

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

LORENA SOUTO TOLENTINO

DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Belo Horizonte

2019

LORENA SOUTO TOLENTINO

DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Doutor Felipe Martins Pinto, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Belo Horizonte

2019

T649d Tolentino, Lorena Souto
Do ônus da prova à luz do processo penal democrático / Lorena Souto
Tolentino. – 2019.

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

1. Direito penal – Teses 2. Processo penal – Teses 3. Prova (Direito) –
Teses 4. Ônus da prova – Teses 5. Presunção de inocência – Teses I.Título

CDU 343.123

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

LORENA SOUTO TOLENTINO

DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2019.

Componentes da banca examinadora:

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

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

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

AGRADECIMENTOS

Muito ouvi dizer que a trajetória no mestrado seria difícil e cansativa. Não posso negar que momentos assim, de fato, ocorreram, mas a verdade é que, no geral, os dois últimos anos, para mim, foram de plenitude e felicidade. Creio que isso se deve, em grande parte, à presença em minha vida de pessoas que tornaram tudo mais leve e simples.

Agradeço, em aos meus pais, Placidina e Amauri, a quem devo tudo que sou e tudo que serei, por acreditarem no meu potencial, apoiarem minhas escolhas e me nutrirem com todo o amor necessário para seguir em frente, sempre. A minha irmã Marcela, que mesmo na distância se fez presente com seu apoio e carinho, e a toda a minha família, pela torcida e acolhimento constantes.

Ao meu orientador e eterno professor, Felipe Martins Pinto, cujas considerações abriram meu horizonte sobre o tema pesquisado e fizeram com que este trabalho tomasse rumos que antes por mim eram inimagináveis, mas sem os quais hoje ele estaria fadado à incompletude. Agradeço também pela confiança em mim depositada e por haver, sempre, respeitado o meu tempo, fazendo com que tudo transcorresse da forma mais natural possível.

Ao Thijs, por me permitir compartilhar com ele as angústias e as alegrias dessa caminhada, por ter sempre uma palavra de apoio para me acalmar e por tantas vezes ter me feito acreditar na possibilidade do que a mim parecia impossível.

A todos os meus amigos, da pós-graduação e da vida, cujo apoio – que envolveu desde dicas e conselhos sobre a pesquisa aos necessários e renovadores momentos de lazer compartilhados – foi essencial para que eu conseguisse chegar até aqui.

Ao Desembargador Fortuna Grion, à Ludi e aos amigos da 3ª Câmara Criminal, por me proporcionarem uma vivência prática essencial para uma compreensão mais completa do processo penal, bem ainda pelo apoio incondicional, que se iniciou em 2017, quando conciliei as atribuições do Tribunal com a pesquisa, e se estende até hoje, graças à amizade entre nós construída, que há muito transcendeu os limites do coleguismo de trabalho.

A todos os professores da vetusta casa de Afonso Pena, que fortalecem a minha admiração pela atividade docente, a quem agradeço nas pessoas dos membros da banca, Professor Fernando Jayme e Professor Leonardo Marinho, ao qual, aliás, faço especial menção por haver mudado minha visão sobre processo penal já nos tempos da graduação, quando tive a honra e a oportunidade de ser monitora em disciplina por ele ministrada.

E por fim, mas em primeiro lugar, a Deus. Ele sabe o porquê.

RESUMO

A presente dissertação analisa o ônus da prova no processo penal brasileiro visando instrumentalizá-lo na construção de uma estrutura garantista e democrática para o exercício jurisdicional, em conformidade com a base principiológica do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República de 1988 inseriu na persecução penal do país, até então regida pelo Código de Processo Penal de 1941, inspirado na legislação fascista italiana, um conjunto de princípios voltados à proteção da dignidade humana. Um deles é o da presunção de inocência, que, além de constituir base estrutural de todo o modelo de processo penal democrático, tem importantes decorrências no campo probatório. Em virtude de tal relevância, o trabalho analisa esse princípio sob as perspectivas histórica, legislativa e conceitual e, através dessa análise, busca encontrar os fundamentos constitucionais para uma possível distribuição do ônus probatório no processo penal. Para possibilitar uma compreensão mais completa desse instituto sob o marco do constitucionalismo democrático, são acentuados alguns aspectos conceituais e legislativos do ônus da prova nesse ramo processual. Em seguida, são expostos o resultado de pesquisa jurisprudencial que demonstra que o ônus probatório no judiciário brasileiro não é analisado sob os influxos dos dispositivos constitucionais que o afetam. Por fim, visando complementar os resultados já obtidos, a partir da análise da teoria hermenêutica de Gadamer, a pesquisa delinea o caráter de linguagem da prova, o que, analisado conjuntamente com a garantia da presunção de inocência, efetiva a democracia no processo e permite concluir que o ônus da prova no processo penal deve ser da acusação, a qual deve apresentar meios de prova que atestem a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável, bem ainda despender a argumentação que delimitará a compreensão dessas provas na sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal democrático. Presunção de inocência. Ônus da prova. Ônus argumentativo.

ABSTRACT

The following dissertation analyzes the burden of proof in the Brazilian criminal procedure aiming to instrumentalize it in the construction of a democratic structure for the jurisdictional exercise, in accordance with the principles of the Rule of Law. The 1988 Constitution inserted in the Brazilian criminal prosecution, until then ruled by the Code of Criminal Procedure of 1941, inspired by Italian fascist legislation, several principles guarantors of human dignity. One of these principles is the presumption of innocence that, in addition to being the structural basis of the criminal prosecution, has important consequences in the field of evidence. Because of such importance, the text analyzes this principle under the historical, legislative and conceptual perspectives, and through this analysis, finds the constitutional foundations for the distribution of the burden of proof in the criminal process. In order to enable a more complete understanding of this institute under the perspective of democratic constitutionalism, some conceptual and legislative aspects of the burden of proof in criminal proceedings are accentuated. Then, the results of jurisprudential research are shown, which demonstrate that the burden of proof in the Brazilian judiciary is not analyzed under the influence of the constitutional provisions. Finally, in order to complement the results already obtained, from the analysis of the hermeneutic theory of Gadamer, the research delineates the language character of the proof, which, analyzed with the guarantee of the presumption of innocence guarantees the democracy in the prosecution and allows to conclude that the burden of proof in the criminal proceeding must be of the prosecution, which must present evidence attesting to the occurrence of a crime and shows the arguments that will delimit the understanding of the evidence in the sentence.

KEYWORDS: Democratic criminal procedure. Presumption of innocence. Burden of proof. Argumentative burden.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
2.1 Presunção de inocência no Império Romano	14
2.2 Presunção de inocência na Idade Média.....	19
2.3 Presunção de inocência no Iluminismo e na Escola Clássica.....	22
2.4 Presunção de inocência e o Código Napoleônico.....	26
2.5 Presunção de inocência nos séculos XIX e XX.....	27
2.5.1 Presunção de inocência e a Escola Positiva.....	28
2.5.2 Presunção de inocência e a Escola Técnico-Jurídica.....	30
2.5.3 Presunção de inocência no período pós segunda guerra mundial	33
3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	36
3.1 O Código de Processo Penal.....	37
3.2 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	40
3.2.1 O Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal	43
3.3 Os tratados internacionais de direitos humanos	49
3.4 Efeitos do princípio da presunção de inocência no ordenamento	53
3.4.1 Regra probatória <i>versus</i> regra de juízo	59
4 PROVA E ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	62
4.1 Finalidade da atividade probatória	63
4.2 A prova no processo penal	66
4.3 Ônus da prova.....	68
5 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS	

PROBATÓRIO.....	70
5.1 A visão do Supremo Tribunal Federal sobre presunção de inocência e ônus da prova	77
5.1.1 Da coleta dos dados	78
5.1.2 Dos resultados da pesquisa jurisprudencial	80
6 ÔNUS PROBATÓRIO ARGUMENTATIVO.....	94
6.2 A superação da correspondência e a adoção da filosofia da linguagem.....	94
6.2 Contraditório efetivo: direito à informação como pressuposto de participação efetiva ...	102
6.3 Ônus probatório argumentativo como mecanismo de consolidação da democracia no processo.	107
7 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

1 INTRODUÇÃO

A curiosidade sobre o tema ora abordado – o ônus da prova no processo penal democrático – foi despertada através da prática jurisdicional em cargo de assessoria no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No exercício dessa atividade, foi possível observar que a jurisprudência brasileira aplica de forma quase irreflexiva o preceito insculpido no art. 156 do Código de Processo Penal, compelindo o acusado, em muitos casos, a agir ativamente no sentido de comprovar sua não culpabilidade, em total contraposição ao princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A curiosidade inicial se transformou em angústia, que, por sua vez, se tornou estímulo constante para a continuidade desta pesquisa¹. Em um primeiro momento, a ideia era trabalhar com a questão do ônus probatório no processo penal sob a perspectiva da presunção de inocência, apresentando uma leitura constitucionalmente adequada do artigo 156 do CPP e estabelecendo-se a quem, no processo, competiria provar a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável.

Todavia, o tema já fora trabalhado, exatamente nessas dimensões, dentro desta mesma área de estudo – “O modelo constitucional de processo penal” –, no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, por Francisco Nogueira Machado, em sua dissertação intitulada “Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência” (2016). Diante desse fato e com o intuito de contribuir para uma completude dos estudos desenvolvidos dentro da mencionada área neste Programa de Pós-Graduação, a pesquisa ora desenvolvida tomou novos rumos que visavam complementar e aprofundar os resultados já obtidos na pesquisa anterior, ora tratando de alguns pontos lá abordados, cuja análise é essencial para uma visão constitucionalmente conformada do ônus da prova, ora aprofundando algumas temáticas que não haviam sido mencionadas.

Por essa razão, o estudo que inicialmente objetivava, em linhas gerais, compreender a concepção de ônus da prova à luz do modelo constitucional de processo penal, visando instrumentalizá-la na construção de uma estrutura garantista e democrática para o exercício jurisdicional, passou a intencionar, também, a conceituação de uma noção de ônus

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

argumentativo², a qual, inserida na concepção de ônus da prova, conformará esse instituto à base principiológica do Estado Democrático de Direito preconizada na Constituição da República de 1988.

Dentre os princípios constitucionais que integram referida base, aquele que possui maior incidência no âmbito do ônus da prova no processo penal é o da presunção de inocência, razão pela qual seu estudo mostrou-se essencial para o desenvolvimento do presente trabalho.

Conforme salienta Pierangeli (1983, p. 12), “o estudo aprofundado do direito processual, como ramo da ciência jurídica, pressupõe o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes para pesquisa da origem e finalidade de seus institutos”. Assim, sobretudo no caso específico da presunção de inocência, qualquer investigação que não leve em conta os aspectos mencionados encobrirá seu caráter emotivo e limitará a sua compreensão, mitigando seu alcance e sua finalidade no ordenamento.

Por tais motivos, em um primeiro momento, o trabalho apresentou as circunstâncias históricas em que formulado o princípio da presunção de inocência e especificou seu tratamento nos sistemas jurídicos mais remotos que tenham tido alguma influência na legislação brasileira atual, com enfoque, quando possível, para suas implicações no âmbito probatório. Como, em muitos momentos, a história do referido princípio se confunde com a própria história do processo penal, essa análise mostrou-se essencial para a compreensão dos contornos legais e jurisprudenciais da própria prática jurídica brasileira, o que permite evidenciar melhor a possível (in)compatibilidade dessa com o modelo de Estado adotado pela atual Constituição e com a conjuntura internacional de priorização dos direitos humanos.

A seguir, foram apresentadas as disposições normativas que tratam sobre a presunção de inocência e, conseqüentemente, sobre o ônus da prova no direito brasileiro: o Código de Processo Penal de 1941, a Constituição da República de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos, os quais, como se constatou, são incorporados ao direito nacional com caráter supralegal. Essa parte do trabalho é muito relevante uma vez que evidencia um dos maiores desafios do processo penal brasileiro atualmente: compatibilizar os dispositivos ordinários do CPP de 1941, de viés autoritário, pautado na presunção de culpa, com os ditames

² Interessante mencionar que alguns autores que trabalham a questão probatória no processo chegam a citar, mesmo que de forma superficial, a existência de um ônus argumentativo ou um ônus de afirmação. É o caso, por exemplo, de Gustavo Badaró, o qual afirma ser o ônus de afirmar “um antecedente lógico e cronológico do ônus da prova” (BADARÓ, 2003. p. 227). Porém, é necessário deixar claro que não é a esse ônus ao qual se refere o presente trabalho. A necessidade que o órgão acusador tem de delimitar a acusação com todas as suas circunstâncias decorre da própria obrigatoriedade da ação penal e deve mesmo preceder toda e qualquer atividade probatória. Todavia, o ônus argumentativo ao qual se refere este estudo diz respeito à construção da verdade no processo e constitui elemento, não antecedente cronológico da prova na persecução penal.

constitucionais e internacionais de respeito à dignidade da pessoa humana e de limitação dos poderes estatais através de garantias à liberdade individual.

Definidos os contornos legislativos do princípio, são apresentados seus efeitos dentro do ordenamento jurídico: enquanto princípio estruturador da persecução penal, enquanto regra de tratamento do imputado, enquanto regra de juízo e, por fim, naquilo que mais interessa à presente discussão, enquanto regra probatória, que determina, no processo, quem deve provar e que tipo de prova é suficiente para afastar o estado de inocência do cidadão.

No capítulo seguinte, foram definidos alguns aspectos conceituais do ônus da prova que possibilitam a compreensão mais completa no instituto na perspectiva democrática. Para tanto, são mencionadas a finalidade probatória dentro do processo penal e os conceitos de prova e ônus da prova normalmente utilizados na doutrina, limitando o presente estudo aos aspectos subjetivos desse, os quais dizem respeito ao encargo que pesa entre as partes de buscar fontes de prova e levá-las ao processo.

Visando consolidar o entendimento constitucionalmente adequado do ônus da prova subjetivo, no terceiro capítulo do desenvolvimento foram aprofundados os efeitos da presunção de inocência no campo probatório, notadamente quanto ao aspecto “quem deve provar?”, o que foi feito, inicialmente, a partir da análise dos principais fundamentos doutrinários relativos ao tema. Após, no mesmo capítulo, para analisar de forma mais concreta a aplicação das disposições legislativas e principiológicas estudadas, foram apresentados os resultados de pesquisa jurisprudencial realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, que visou delimitar a que nível se encontra o controle de constitucionalidade sobre a relação entre ônus da prova e presunção de inocência no ordenamento brasileiro³.

Dando continuidade à pesquisa, no capítulo seguinte, visando-se melhor delimitar o tipo de prova que é suficiente para afastar o estado de inocência do cidadão, ainda trabalhando com o princípio constitucional em sua dimensão de regra probatória e partindo dos ensinamentos da hermenêutica jurídica e da filosofia da linguagem de Gadamer, buscou-se delinear uma noção de atividade probatória que englobe também sua dimensão argumentativa.

Aliás, do ponto de vista epistemológico, a principal questão correlata à prova está relacionada com a verdade (BADARÓ, 2003, p. 19). Por isso, em um primeiro momento desse capítulo foi analisada a concepção de verdade que historicamente rege a dinâmica processual penal, para, em um segundo momento, tentar-se conformar essa concepção com os paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito, o que foi feito, como já mencionado, através

³ Os critérios utilizados para a pesquisa estão indicados no capítulo correspondente.

da filosofia da linguagem de Hans-Georg Gadamer. Em seguida, foram traçados os contornos do princípio constitucional do contraditório, cuja relevância é reforçada quando se admite o caráter de linguagem da prova processual.

Por fim, buscou-se criticar as incongruências no tratamento do ônus da prova no Brasil, seja com relação à sua distribuição entre as partes, seja com relação à negligência ao aspecto de linguagem do instituto, que trabalham na contramão dos objetivos constitucionais de reconhecer limites precisos para a intervenção do Estado nos direitos individuais e de garantir a participação equânime das partes na construção do provimento jurisdicional.

2 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como bem salienta Maurício Zanóide de Moraes (2010, p. 01), o estudo das matrizes históricas de um instituto jurídico somente é justificado “se dele se puder extrair razões reveladoras de sua atual importância e dirimir confusões ou ampliar seu âmbito de incidência porventura suprimido”. Em tempos como o atual, no qual a presunção de inocência é constantemente banalizada e mesmo repudiada por alguns setores da sociedade, é imprescindível, pois, retomar suas origens históricas para assim resgatar seu valor⁴.

Como o tema central do presente trabalho é o ônus da prova, o qual, por sua vez, será analisado sob a perspectiva constitucional da presunção de inocência, a análise histórica desse princípio será aqui limitada, quando viável, aos aspectos relacionados à atividade probatória. Ressalte-se, porém, que essa limitação nem sempre é possível, pois o desenvolvimento histórico da presunção de inocência muitas vezes acompanha o desenvolvimento do próprio processo penal, o que torna relevante também a menção de alguns aspectos mais genéricos.

2.1 Presunção de inocência no Império Romano

O sistema jurídico romano é o sistema mais antigo que influenciou diretamente na organização do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual é o primeiro a ser analisado⁵.

Segundo historiadores, o Império Romano durou de 754 a.C. a 565 d.C., tempo dividido em quatro fases do ponto de vista externo: período régio (754 a.C. a 510 a.C.), período da República (510 a.C. a 27 a.C.), período do Principado ou do Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.) e período da Monarquia absoluta, também conhecido como Baixo Império, ou Dominato (284 d.C. a 565 d.C.). Essas fases políticas acompanham, em boa medida, o desenvolvimento dos institutos jurídicos romanos. Ainda assim, embora tenham surgido em uma ordem específica, em muitos momentos esses institutos jurídicos coexistiam, passando por uma fase de transição e implementação antes de serem totalmente substituídos pelo cronologicamente mais avançado (TUCCI, 1976, p. 35-36, 41)⁶.

⁴ Sobre a relevância dessa abordagem, Pierangelli (1983, p. 10), assevera que, “no campo do direito, o estudo histórico das codificações e leis coloca o jurista e o estudioso em condições de alçar vôos mais seguros, possibilitando maior certeza quanto às suas conclusões”.

⁵ Como assevera Pierangelli (1983, p. 21), parece equivocada a ideia de limitar o estudo de qualquer ramo do Direito, no Brasil, a partir de suas primeiras codificações, tendo em vista a forte influência que as legislações históricas exerceram no ordenamento jurídico português e, posteriormente, brasileiro.

⁶ Alguns historiadores elaboram outras divisões, como é o caso de Pierangelli (1983, p. 25), que adota critérios relativos à romanização dos povos “conquistados”. Rogério Lauria Tucci (1976, p. 191) ressalta, aliás, ressalta

Durante o período régio, vigorou o procedimento denominado *congnitio* – ou cognição espontânea –, caracterizado pela estreita relação entre religião e direito. Os reis ou as pessoas por eles delegadas exerciam o poder de *imperium* de forma arbitrária e ilimitada, sem regras e punições pré-definidas, através da *coercitio*⁷. Todo esse procedimento se fundava no sistema da *inquisitio*, que se caracterizava pela inexistência de partes e pela possibilidade de que o rei ou as pessoas delegadas agissem *ex officio* e com poder ilimitado para alcançar a punição. Não havia qualquer forma fixa de procedimento, que podia ser abandonado ou retomado a qualquer tempo pelo julgador, o qual também não precisava demonstrar a análise sobre a aplicação ou não de uma norma jurídica (TUCCI, 1976, p. 109-114). Por todos esses fatores, alguns autores afirmam que não era propriamente um procedimento, pois não havia regras. Era apenas um *iudicare* (decidir a causa), não um *ius dicere* (dizer o direito pela aplicação de uma regra)⁸ (MORAES, 2010, p. 09; TUCCI, 1976, p. 59-62).

Da precariedade desses institutos é possível concluir que vigorava na *congnitio* a presunção de culpa, pois a convicção de culpabilidade, em regra, já existia no começo do julgamento, que era instaurado de ofício pelo próprio julgador. As regras sobre provas eram inexistentes e os poderes conferidos ao acusador/julgador ilimitados.

Posteriormente, com a decadência da monarquia e o início da República, um novo tipo de procedimento se desenvolveu: a *anquisitio* – ou instrução sumária. Nessa nova organização política, o cidadão ganhou poderes frente ao Estado e o *imperium* não era mais exercido como antes, passando a ser limitado (MORAES, 2010, p. 09; TUCCI, 1976, p. 117). O marco legislativo inicial da *anquisitio* é a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., que estabeleceu uma nova forma de procedimento em que o povo reunido em *comitia* (assembleias do povo) exercia o poder judicante.

Embora não tenham sido abolidos o princípio da cognição espontânea dos magistrados (*congnitio*), nem se limitado as competências desses, nessa época surgiu a *provocatio ad*

que “não há como estabelecer-se, no Direito Penal Romano, em qualquer dos períodos analisados, um sistema orgânico, vasado, como de mister, em princípios gerais e em agrupamentos lógicos”, sendo possível somente a assinalação, nas diversas instituições, das suas principais características. Todavia, para melhor compreensão do instituto da presunção de inocência, optou-se por seguir a divisão esboçada por esse último acompanhada por Maurício Zanoide de Moraes.

⁷ Segundo Rogério Lauria Tucci (1976, p. 56), a *coercitio* “era o poder de coação dos magistrados investidos do *imperium*, ou seja, do direito de mandar em nome da comunidade, e que incluía, individualmente, o poder de penar”. O *imperium*, por sua vez, é melhor caracterizado como “a soma de todos os poderes e faculdades exercitáveis até onde se entendia, na paz ou na guerra, a autoridade de Roma, pelo magistrado supremo, cuja competência era ilimitada e indefinida” (TUCCI, 1976, p. 112-113).

⁸ Rogério Lauria Tucci (1976, p. 62) ainda assevera que não existia, à época, um verdadeiro juízo penal, sendo que o Direito Penal assumia sobretudo um caráter de pena. A imposição da pena não era a solução de um litígio ou uma afirmação, mas tão somente uma sanção, vinculada unicamente à vontade do julgador.

populum, tida por muitos como a primeira garantia processual do imputado na história. Ela servia para o cidadão (ou seja, somente as pessoas legitimadas, pertencentes a determinado grupo social), em alguns crimes específicos, solicitar que seu julgamento fosse realizado pelo povo, reunido em *comitia*, que era o único legitimado a aplicar pena capital e as multas graves (MORAES, 2010, p. 11; TUCCI, 1976, p. 117-118). Submetia-se, assim, a eficácia da decisão⁹ proferida pelos detentores do *imperium à provocatio* no caso específico dos *crimina*¹⁰ (TUCCI, 1976, p. 119).

No sistema da *anquisitio*, introduziu-se a citação do acusado, a fixação de alguns prazos e o direito à defesa, mas a votação continuava secreta, o que inviabiliza a determinação do ônus probatório. Doutrinariamente se supõe a existência de uma forma embrionária de *in dubio pro reo*, a qual, embora já seja um indicativo de humanização do procedimento penal, não é suficiente para indicar a presunção de inocência, tampouco qualquer regra sobre a atividade probatória (MORAES, 2010, p. 12).

Embora minimamente mais humanizada que os procedimentos anteriores, a *provocatio ad populum* se mostrou insuficiente pela morosidade e por não abarcar as infrações que constantemente migravam da esfera privada para a pública. Para lidar com essas demandas, no fim do período republicano, surgiu o procedimento da *accusatio*, que se estabeleceu através das *quaestiones publicae*. Essas se desenvolveram pelo sistema acusatório de iniciativa particular, conferindo ao magistrado (*quaestor*) uma função imparcial na solução do conflito, tornando possível a separação da *coercitio* (então aplicada de forma restrita para infrações policiais e de magistrados) e a repressão criminal. (TUCCI, 1976, p. 146, 149).

No campo do direito penal, introduziu-se a noção de legalidade, segundo a qual o crime somente poderia ser processado se previsto em lei. No campo processual, as prisões provisórias ainda eram tidas como excepcionais, a tortura era permitida “somente” para escravos e, após firmada a acusação, o acusado podia se defender e produzir provas para o julgamento, que era realizado por alguns jurados perante o *quaestor*, o qual, por sua vez, não podia sequer indagar testemunhas (MORAES, 2010, p. 14).

Após a instrução, definidos os pontos controvertidos pelo *quaestor*, os membros do colégio eram convidados a se retirar e decidiam o provimento final, que poderia ser de

⁹ Referido procedimento carregava as características preparatórias da pronúncia atual, já que a decisão condenatória do magistrado possuía cunho preparador para o verdadeiro julgamento, realizado pelo povo (TUCCI, 1976, p. 121).

¹⁰ A exemplo do que já ocorria no período anterior, o Direito Penal é dividido entre as áreas pública e privada, sendo que o primeiro ramo tratava dos fatos que colocavam em risco toda a sociedade (*crimina*) e o segundo dos delitos privados, que atingiam somente a família (*delicta*) (MORAES, 2010, p. 06; TUCCI, 1976, 19-21, 32-33).

absolvição, de condenação ou de renovação do julgamento em razão da incerteza dos jurados acerca da responsabilização do réu¹¹. Em diversos registros se constata que a condenação somente ocorria com maioria absoluta de votos, além do que a tendência de absolvição nos casos de dúvida (*in dubio pro reo*), mesmo em decisões colegiadas, se apresentava mais consolidada (MORAES, 2010, p. 15-16).

Embora se tratasse de um sistema acusatório com algumas garantias processuais, diversas passagens de textos da época permitem concluir que o julgamento era pautado pela presunção de culpa¹², pois os jurados compareciam ao local para analisar se o acusado conseguiria refutar cada ponto apresentado pela acusação, não se essa comprovara os fatos. Assim, embora já existisse a noção de que deveriam, no caso de dúvida, decidir a favor do acusado, a ocorrência ou não dessa dúvida dependia da defesa, pois a acusação era tida como verdadeira até serem apresentados argumentos suficientes em contrário. A habilidade argumentativa acabava sendo mais importante que as provas apresentadas. (MORAES, 2010, p. 15).

Não obstante tenham avançado ainda mais no sentido da humanização do processo penal¹³, as *quaestiones perpetuae* logo foram substituídas¹⁴. No início do período imperial (27 a.C.), o sistema processual como o acima delineado, de caráter descentralizador e natureza acusatória, passou a ser incompatível com o novo regime político recém instaurado. Ganhou força, então, o procedimento da “*cognitio extra ordinem*”, que recebeu esse nome por resgatar os valores da *cognitio*¹⁵ monárquica e se apresentar como uma contraposição ao sistema

¹¹ Uma vez reconhecida a responsabilidade do acusado, a afirmação dessa era implícita no *condemno*, que prescindia da imposição de pena, já que essa era determinada previamente pela lei. As penas, portanto, derivavam, mediatemente, da lei definidora do *criminen* e, imediatamente, do reconhecimento da responsabilidade penal, não sendo sujeitas a juízo de proporcionalidade (TUCCI, 1976, p. 155).

¹² Maurício Zanóide de Moraes aponta ser o modelo das *quaestiones perpetuae* uma prova de que é possível que um sistema seja acusatório, respeite o *in dubio pro reo*, mas se pautar na presunção de culpa. Segundo o autor, para que a presunção de inocência de efetive, ela necessita “(i) da igualdade de tratamento humano dos jurisdicionados por toda a persecução e (ii) de uma fundamentação justa e coerente entre a lei e o material probatório produzido pelas partes”, não bastando “a distribuição de funções entre juiz, acusador e acusado” e “um critério hermenêutico para decidir em caso de dúvida fática (“*in dubio pro reo*”)” (MORAES, 2010, p. 17).

¹³ Além disso, pode-se citar que foi com as *quaestiones* que o Direito Penal romano passou a ostentar mais consistência e autonomia com relação às infrações privadas, estabelecendo-se um sistema homogêneo de normas, sobretudo com a edição das duas leis de César, referentes aos *iudicia publica* e *iudicia privata* (TUCCI, 1976, p. 159).

¹⁴ Uma das razões para tanto foi sua insuficiência enquanto modelo de repressão da delinquência, sobretudo porque ocasionava o inconveniente de incutir no acusado o desejo de vingança contra seu acusador (TUCCI, 1976, p. 159).

¹⁵ No sistema extraordinário, o significado de *cognitio* é ampliado e abrange todo o procedimento, desde o início ao julgamento do mérito da causa, com eventual imposição da pena, com exceção somente da execução. E a essência da atividade cognoscitiva compreendia, além de examinar as alegações das partes, a colheita e valoração das provas.

acusatório das *quaestiones*, tido como ordinário (TUCCI, 1976, p. 168). Ambos os sistemas, porém, o ordinário e o extraordinário, surgiram quase que paralelamente e coexistiram até 305 d. C., quando esse último se tornou o único existente¹⁶ (MORAES, 2010, p. 18), em virtude da nova configuração política que resgatara a noção de *imperium* monárquica e conferira ao príncipe (*Princeps*) o controle decisório, demandando a volta do sistema puramente inquisitivo.

Enquanto nas *quaestiones* o dever de provar era das partes, em procedimento acusatório, podendo o acusador ser punido com a pena requerida se não comprovasse a questão, incumbindo ao *quaestor* somente a organização do julgamento, no procedimento extraordinário, o julgador cumulava também a função acusatória e possuía participação ativa na produção probatória, não podendo ser punido se não provasse os fatos, até mesmo porque o *Princeps* era o magistrado supremo e os demais julgadores agiam sob sua delegação.

Assim, se a acusação não fosse provada não havia condenação, nem do acusador nem do acusado. A absolvição ocorria quando se provava a inocência e quando se tinha dúvida sobre os fatos, não havendo mais *non liquet*. Ademais, como “a assunção do poder de julgar impõe um poder indeclinável de decidir” (MORAES, 2010, p. 36), a discussão passou a ser sobre o que era necessário para formar convicção. Nessa busca de critérios de decisão que surgiram as presunções e aparências, aplicadas nas esferas civil e penal.

Na *cognitio extra ordinem* a persecução penal podia ocorrer de ofício, a publicidade progressivamente perdeu espaço para o sigilo e a tortura passou a ser o principal método de obtenção da verdade (utilizado inclusive para testemunhas). Não havia regra definida para a produção de provas e o ônus probatório era determinado pelo princípio da oficialidade, devendo o julgador atuar ativamente para buscar “a verdade” (MORAES, 2010, p. 19-20; TUCCI, 1976, p. 167-169).

Para mitigar a presunção de culpa que vigorava, a sentença passou a ser fundamentada e escrita para ser passível de *appellatio* aos órgãos superiores. Ademais, os jurisconsultos também defendiam de forma mais veemente que o *in dubio pro reo* e o *favor rei* fossem usados em causas civis e penais para favorecer o polo mais débil da relação processual quanto à pena a ser aplicada, à lei mais favorável e à interpretação do fato tido como ilícito. Em alguns

¹⁶ A total substituição de um pelo outro foi paulatina, sendo que a competência das *quaestiones* foi sendo gradualmente limitada pela lei até perder completamente espaço para *cognitio extra ordinem* (TUCCI, 1976, p. 160-162). Além das razões políticas, que são evidentes, essa substituição também se deu em virtude de falhas técnicas das *quaestiones*, como o fato da pena já estar definida em lei e não poder ser alterada, o grande número de acusações infundadas que eram julgadas pelos jurados e as decisões injustas que eram proferidas em razão do poderio econômico-social das partes envolvidas (MORAES, 2010, p. 19).

fragmentos é sugerida até mesmo que, uma vez definida a lei aplicável ao caso, sua interpretação deveria ser a mais favorável possível ao réu.¹⁷

Enfim, de todas as características citadas acima, é possível inferir que, durante o Império Romano, a presunção de inocência jamais fora utilizada como critério de definição do ônus probatório. Aliás, ao que tudo indica, esse princípio não fora sequer cogitado nesse período, notadamente tendo em vista a presunção de culpa que vigorava em todos os procedimentos e a seletividade do aparato processual (MORAES, 2010, p. 39). Havia, em verdade, uma privação de direitos para o inimigo, que era o estrangeiro, o diferente, o *hostis*, (ZAFFARONI, 2007, p. 21-22) que deveria ser perseguido pelo Estado e para o qual as leis punitivas eram direcionadas, o que tornava totalmente inviável o reconhecimento de um estado original de inocência de todos os cidadãos.

2.2 Presunção de inocência na Idade Média

Em razão das “invasões bárbaras”¹⁸ que assolavam o continente europeu, o Estado romano atingiu seu fim em 565 d.C. com a morte do Imperador Justiniano. Embora a tratativa histórica tenda a generalizar os povos responsáveis por essas invasões, aqueles que mais influenciaram o direito brasileiro foram os visigodos e longobardos, por terem se estabelecido nas penínsulas ibérica e itálica, respectivamente, influenciando, assim, os direitos português e italiano (MORAES, 2010, p. 40).

Os sistemas jurídicos de ambos se caracterizavam por serem simples, pelo direito consuetudinário e pela ausência de leis escritas¹⁹. Inicialmente, os julgamentos eram feitos por meio das *vendetas*, formas de vingança privada, ou através de duelos e desafios, os quais eram realizados perante assembleias populares, sendo que, algum tempo depois, a composição pecuniária foi implementada para infrações menores. A precariedade de informações e o

¹⁷ É dessa época um dos fragmentos mais citados como primeiro registro da presunção de inocência, que diz: “*O Divino Trajano respondeu por reescrito a Julio Fronton, que se tratando de delitos não devia ser condenado um inocente. Mas o Divino Trajano respondeu por reescrito a Assiduo Severo, que tampouco devia ser condenado alguém por suspeitas; porque é melhor que se deixe impune o delito de um culpado, que condenar um inocente.*”. Alguns autores, porém, não concordam que seja esse o primeiro registro da presunção de inocência na história, pois, apesar dessa previsão o sistema como um todo não se compatibiliza com o princípio, mas com a presunção de culpa, aceitando somente o *in dubio pro reo*, o qual, por sua vez, não pode ser considerado como sinônimo da presunção de inocência (MORAES, 2010, p. 31).

¹⁸ Aqui, quando se fala das “invasões bárbaras”, refere-se às conquistas de território anteriormente pertencentes a Roma por povos de diversas culturas, as quais não foram evitadas por problemas eminentemente internos ao Estado romano.

¹⁹ Em sentido contrário, Pierangelli (1983, p. 28) aponta que “várias compilações legislativas tiveram os visigodos”.

primitivismo dessas organizações jurídicas não permitem aferir qualquer indício de presunção de inocência nesses sistemas, tampouco da influência dessa na distribuição do ônus probatório (MORAES, 2010, p. 40).

Posteriormente, com o aumento do número de crimes e a dificuldade de reunir pessoas em assembleias, foi adotado um novo instituto no processo penal: as ordálias de Deus, que não eram exatamente uma forma de julgamento, mas uma forma de prova. O juiz era uma espécie de árbitro que zelava pelo respeito às regras e, se apresentadas as provas, ainda houvesse dúvidas sobre a culpabilidade do réu, determinava a adoção das ordálias. Quando os imputados eram nobres, esses ou seus representantes podiam duelar, e o que vencesse era tido como aquele que falava a verdade. Para os demais, cabiam outras formas de ordália, como a imersão do braço do acusado ou da testemunha em água quente ou em brasa. Se após três dias o braço estivesse sem infecções ou se curasse, suas palavras eram tidas como verdadeiras. (ZAFFARONI, 2007, p. 38; MORAES, 2010, p. 42).

A adoção de referido sistema era possível em virtude da alta influência que a religião dos povos denominados “bárbaros” exercia sobre o direito, fazendo com que os institutos jurídicos não se desenvolvessem muito. As decisões judiciais daquele período não eram sobre o mérito da questão, mas somente para definir a prova, pois cabia ao líder, geralmente o senhor feudal, que era o julgador, somente a escolha da ordália a ser utilizada, a decisão de mérito cabia a Deus (MORAES, 2010, p. 43).

Como se pode notar, novamente vigorava uma presunção de culpa. A dúvida não beneficiava o réu, mas levava às ordálias, nas quais a divindade, caso ele fosse inocente, expurgava sua culpa, liberando-o daquela presunção (MORAES, 2010, p. 44). Esse tipo de procedimento perdurou durante toda a chamada Alta Idade Média, que compreendeu o período entre os séculos VI e XII, no qual prevaleciam as formas jurídicas dos povos “bárbaros” (MORAES, 2010, p. 39).

Entre os séculos X e XII, porém, a religião romana acabou prevalecendo sobre referidos povos, notadamente aqueles que ocupavam as penínsulas ibérica e itálica, e iniciou-se o período chamado de Baixa Idade Média,²⁰ no qual a Igreja Católica passou a exercer muita influência e retomou o exercício do poder punitivo. Em virtude da força moral dos bispos – bem ainda por necessidades do poder da época – o julgamento através das ordálias, do imponderável, foi substituído pelo julgamento inquisitivo, no qual a Igreja possuía o poder judicante e indicava quem seriam os julgadores. (MORAES, 2010, p. 46).

²⁰ Como Baixa Idade Média se designa aqui o período compreendido entre os séculos XIII e XVIII (MORAES, 2010, p. 47).

De um lado, a Igreja que pretendia reconquistar fiéis e perpetuar seu poder e, do outro, o Estado que precisava de reafirmação política e econômica perante os senhores feudais, se uniram para caçar seus inimigos, resgatando valores que vigiam durante o *Dominato* romano.

Inicialmente, o direito romano inquisitivo fora utilizado para resolver problemas disciplinares internos da Igreja, o que era feito através de procedimentos que previam ações *ex officio*, sigilo procedimental, iniciativa probatória do juiz e confissão como rainha das provas (MORAES, 2010, p. 49; PIERANGELLI, 1983, p. 52-54). Tudo isso era racionalmente justificado pelo fato de que as falhas dos clérigos eram difíceis de investigar, quase nunca eram denunciadas por particulares e precisavam ser mantidas em sigilo para não afastar os fiéis.

Posteriormente, porém, esse procedimento passou a ser utilizado também contra os hereges e, já em meados do século XIII, o próprio Estado o adota como instrumento de implementação da nova política absolutista, assumindo o julgador as funções de investigar, acusar, instruir e julgar (MORAES, 2010, p. 50-51). O processo penal mais uma vez se torna instrumento de implementação da nova configuração política do Estado.

O processo penal passa a ter fins políticos e religiosos e, com a inquisição, tem duas características fundamentais: a forma como o poder considera o imputado e a destinação já pré-estabelecida do aparato persecutório. Nessa união entre Estado e Igreja, criminoso e herege se tornam sinônimos, e ambos são sempre inimigos (MORAES, 2010, p. 51-52). O direito é o instrumento de luta contra esses inimigos e pauta-se, pois, na presunção de culpa, não havendo que se falar aqui, mais uma vez, em presunção de inocência.

O imputado, enquanto ser humano, nasce culpado, portando o pecado original. A heresia era apenas um deslize dos descuidados que não temiam a Deus e seus representantes (MORAES, 2010, p. 54). Por essa razão, os meios investigativos não precisam de limites, pois tudo poderia ser feito para se chegar aos hereges. Os inquisidores, como guardiões da verdade, podiam e deviam penetrar na mente do imputado. O objetivo deles era salvar a alma dos hereges, de forma tal que a violação do corpo nada significava perto do fim a que ela se destinava.

Como o pecado é inerente ao ser humano, qualquer denúncia era suficiente para formar a convicção do julgador. Essa lógica tornava muito difícil a absolvição. Ademais, em casos de dúvida, o julgador ainda podia facilmente obter a confissão por meio da tortura. (MORAES, 2010, p. 55).

As noções de prova, pena e culpabilidade se misturavam. Ainda que a prova não fosse plena o acusado seria condenado, mas com uma pena menor. Jamais uma declaração de inocência. A dúvida, portanto, era quanto à inocência não comprovada. A culpa já estava

definida. (GOMES FILHO, 1991, p. 10).

Para diminuir o arbítrio dos julgadores, foi instituído um sistema de prova legal ou tarifada, no qual o valor de cada prova e sua classificação, bem ainda a quantidade necessária para proferir cada decisão, eram previstos em lei. Esse sistema legal também servia para o julgador determinar se e qual tipo de tortura seria aplicada ao imputado para dirimir possíveis dúvidas (MORAES, 2010, p. 64).

Enfim, não havia qualquer traço de presunção de inocência ou mesmo de *in dubio pro reo* nesse sistema: o juiz fazia a instrução preliminar, colhendo elementos mínimos de culpabilidade, devendo o acusado, se não provasse a sua culpa, confessar. Negando-se a confessar, era submetido a subsequentes sessões de tortura até admitir sua culpabilidade, o que colocava a confissão como rainha das provas, que legitima a própria condenação do réu e todo o sistema nela pautado.

2.3 Presunção de inocência no Iluminismo e na Escola Clássica

A inquisição chegou ao cume da violência institucionalizada, que, como já dito, era utilizada como forma de submissão do povo ao poder estatal. No fim do século XVIII, ao perceberem esse cenário de desvalorização do ser humano e miséria populacional, diversos pensadores passaram a criticá-lo, o que serviu de base à construção de um modelo de direito e processo penal diametralmente oposto ao anterior.

Além disso, embora sustentasse financeiramente o Estado, a burguesia era a principal atingida pela atuação totalitária daquele, seja em virtude da cobrança de impostos abusivos, seja por causa das perseguições criminais de viés autoritário. Ao mesmo tempo, o domínio econômico que essa classe adquiria permitiu que entrasse nas esferas de poder e influenciasse na construção de uma nova corrente de pensamento que lhe fosse favorável.

Para atender aos anseios dessa classe social emergente, surge a ideologia iluminista, que rompe com a ideia de que o poder deve se fundar em critérios religiosos, militares ou hereditários, e estabelece uma nova ordem de racionalidade que coloca o indivíduo no centro de importância do atuar estatal (MORAES, 2010, p. 74). Essa nova ordem modifica, sobretudo, a forma como o homem é visto frente ao Estado. Ele para de ser tratado como o inimigo, um pecador em potencial, um herege, e passa a ser visto como fator legitimador do poder público e ao mesmo tempo destinatário de todas as disposições estatais.

Abandona-se o pensamento de Maquiavel, de que o poder decorre da hereditariedade e da força, e se adotam as teorias contratualistas, em que o poder estatal se legitima em virtude

da vontade dos indivíduos de se organizarem em sociedade. Essa nova corrente de pensamento afronta o pensamento político e religioso vigente à época, mas encontra crescente apoio na nova classe econômico-social que então se consolidava, a burguesia (MORAES, 2010, p. 71-72).

Do cenário de conflito entre burguesia e povo, de um lado, e Igreja e Estado absolutista, do outro, eclodiram diversas revoluções. A mais importante para o presente estudo foi a Revolução Francesa, da qual adveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada em 1793, em cujo preâmbulo já se encontra expresso o ideário de defesa dos direitos naturais²¹.

Para viabilizar essa atuação voltada ao indivíduo, os iluministas trabalham com a noção de igualdade, que é expressa já no art. 1º²² da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois é na lei abstrata e geral que se formam as bases do modelo político. Também no art. 6º²³ desse diploma se firma uma relação entre igualdade e liberdade.

Foi na declaração francesa que a presunção de inocência foi formulada legalmente pela primeira vez, no vernáculo 9, que diz: “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 guardar sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”²⁴.

Como salienta Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 09), o texto do mencionado artigo evidencia um duplo papel do princípio da presunção de inocência: de um lado, regra processual que garante que o acusado não deve provar sua inocência e, do outro, princípio que impede adoção de medidas restritivas de liberdade contra imputados, salvo em casos estritamente necessários, em total contraposição das práticas processuais penais dos períodos anteriores, que toleravam diversas formas de ofensa à dignidade da pessoa humana, sendo a

²¹ Diz o preâmbulo do referido documento: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.”

²² O artigo 1º referido determina: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” (COMPARATO, 2010, p. 170).

²³ Dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou através de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção a não ser de suas virtudes e seus talentos.” (COMPARATO, 2010, p. 171).

²⁴ Original francês: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*” (MORAES, 2010, p. 77).

tortura inclusive institucionalizada.

A partir de então, muda-se a concepção histórica de processo penal que se tinha até então. Ele deixa de ser uma arma política para se tornar uma forma de proteção do indivíduo contra possíveis abusos estatais. O acusado, antes de ser um acusado, é um cidadão, sujeito de direitos, e é essa a ideia que deve delinear toda a persecução penal (MORAES, 2010, p. 77-78).

Ademais, esse contratualismo que surge reafirma a necessidade do Estado, mas modifica as bases de legitimação. A lei deve controlar o Estado para proteger a liberdade do indivíduo. Por ser na esfera criminal que o Estado pode praticar as maiores atrocidades contra os cidadãos, o direito penal passa a ser a *ultima ratio*. Além disso, as condutas morais e religiosas deixam de ser punidas pelas leis, que só se interessam pelas condutas externas dos indivíduos (MORAES, 2010, p. 75)

Como reflexo dessa última mudança, no campo processual, a prova da conduta externalizada torna-se premissa básica para a condenação, passando o sistema de provas e a motivação das decisões judiciais a ocupar papel de destaque na persecução penal. Baseando-se em conceitos adaptados do júri inglês, como oralidade, contraditório pleno, imediatidade e livre apreciação das provas, abandonam-se os sistemas de provas tarifadas e adota-se o sistema da livre apreciação das provas (MORAES, 2010, p. 75).

O apelo à presunção de inocência assumiu importante papel no quadro de uma reforma do sistema criminal que postulava a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto por um processo acusatório, público e oral, estruturado para assegurar a igualdade de todos os cidadãos perante o Estado (GOMES FILHO, 1991, p. 11).

Esses ideais da Revolução Francesa foram absorvidos pela chamada “Escola Clássica”²⁵, que colocou em relevo a distinção entre o trato do imputado no processo inquisitivo e no processo acusatório e elevou a presunção de inocência a princípio fundamental da ciência penal e pressuposto de todas as garantias processuais (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 29). Nesse sentido, um dos expoentes dessa escola, Francesco Carrara, afirmava ser a presunção de inocência pressuposto da ciência penal, sendo dela decorrentes todas as garantias do justo processo: juiz natural, ampla defesa, condições de legalidade da confissão, imparcialidade e

²⁵ Como salienta Monica Ovinski de Camargo (2005, p. 30), “há uma reconhecida dificuldade em especificar a Escola Clássica, devido ao fato de que sua atuação não se restringiu somente à Itália, mas confunde-se com o próprio movimento de reforma da justiça punitiva, perpetrado em toda a Europa durante os séculos XVIII e XIX”. Esse movimento, tinha uma unidade ideológica liberal e humanitária (ANDRADE, 2003, p. 47) que permitiu seu agrupamento sob a mesma epígrafe. A maior representação na Itália se deve à forte motivação política, em virtude da luta pela unidade italiana, e o patriótico anseio de se postular em favor de todos os cidadãos as garantias consagradas na Revolução Francesa (GOMES FILHO, 1991, p. 13).

proporcionalidade na custódia preventiva²⁶ (GOMES FILHO, 1991, p. 13).

Influenciados pelos princípios políticos liberais, os clássicos almejavam organizar os limites do poder punitivo, visando impedir os arbítrios anteriormente praticados. A lei passa a ser a fonte do direito, o que leva à adoção do princípio da legalidade nos direitos penal e processual penal, estabelecendo-se os princípios *nullum crimen, nulla poena sine lege* e *nulla poena sine iudicio*, de forma tal que as penas, que deveriam ser previstas em lei, somente poderiam ser aplicadas após o trâmite regular de um processo pré-estabelecido²⁷. (CAMARGO, 2005, p. 31).

Como pretendiam tornar universal a estrutura do direito penal e processual penal, tentaram construir uma estrutura principiológica orientadora da ordem punitiva. Em um primeiro momento, essa fora descrita na obra de Beccaria. Em seguida, com os ecos produzidos por sua teoria, inclusive no contexto da Revolução Francesa e na positivação das demandas de cunho humanitário, a Escola Clássica contou com o reforço de alguns outros autores, os quais tinham o pensamento de Francesco Carrara como principal ponto de referência (CAMARGO, 2005, p. 32).

Não obstante as transformações ocorridas com o advento do Iluminismo, aquelas concepções ideológicas de cunho humanitário não conseguiram se firmar. Conforme salienta Bobbio (2004, p. 28-30), as declarações de direito necessitam de três fases para se concretizar. Resumidamente, a primeira dessas fases é um momento filosófico e histórico que diz respeito à conscientização acerca da necessidade e importância desses direitos; a segunda é a concretização por meio da inscrição legal; e a terceira é a afirmação positiva e universal dos direitos, que não existem para os cidadãos desse ou daquele Estado, mas para todos os homens, fazendo com que sejam exigidos até mesmo do próprio Estado que os tenha violado.

A presunção de inocência desenhada pelos iluministas logrou atingir as duas primeiras fases mencionadas, eis que o momento político levou os filósofos a abandonar a ideia de que o processo penal seria instrumento de poder, inscrevendo essa ideologia em documento com relevante estatura juspolítica (MORAES, 2010, p. 95). A partir daí, a adoção do princípio deveria trazer ao sistema processual duas consequências principais: mediata, fazendo com que

²⁶ Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 13-14) ainda adverte que, porém, nem mesmo os mais fervorosos adeptos da Escola Clássica levaram às últimas consequências o dogma da absoluta razão proveniente da presunção de inocência. Havia tanto autores que afirmavam que o *in dubio pro reo* não deveria beneficiar muito criminosos, pois havia sido escrito para homens de bem, quanto autores que defendia que a presunção de inocência favorece somente cidadãos sem antecedentes.

²⁷ Nesse sentido conclui Beccaria (2014, p. 99): “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada em lei”.

os julgadores teriam que conter a sanha punitiva face à valorização dos direitos do imputado e imediata, instruindo a construção de um sistema processual mais técnico e com limites precisos, totalmente diverso dos que já haviam existido (MORAES, 2010, p. 99).

A consequência mediata se concretizou, inclusive resultando em muitas críticas ao instituto. A imediata, todavia, não, já que a inscrição do princípio na mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e posteriormente na Constituição Francesa não repercutiu sequer na legislação infraconstitucional daquele país, não conseguindo lograr o caráter universal e positivo, frustrando a terceira fase de concretização dos princípios nela contidos. Um dos fatores que contribuiu para tanto foram as guerras napoleônicas²⁸, brevemente tratadas a seguir.

2.4 Presunção de inocência e o Código Napoleônico

Após a revolução, a França ficou carente de um poder central, que seria essencial para acabar com a desigualdade nos diversos setores da sociedade, bem ainda para liderar o país nas guerras que visavam espalhar aos países vizinhos os ideais humanitários emergidos da revolução. Surgiu, então, a figura de Napoleão Bonaparte, general que se destacou durante essas guerras, e que pôs fim às conquistas da revolução para a jurisdição criminal com a promulgação do Código Penal e do Código de Processo Penal franceses em 1811, os quais serviram de inspiração para outros códigos europeus no século XIX. (MORAES, 2010, p. 100).

Através desse diploma legal, mais uma vez o poder se valeu do processo penal para imprimir seus novos desígnios frente aos seus opositores. Para tanto, limitaram-se direitos do imputado e conferiram-se poderes ilimitados aos julgadores no exame da prova. Novamente em um Estado absolutista e centralizador, perdeu-se o espírito humanitário que anteriormente guiara a reforma da jurisdição criminal, que se adaptou ao agora ambiente de guerra que se instaurava. A repressão severa era uma resposta à criminalidade e um meio do Estado mostrar seu poder a um inimigo externo e interno (MORAES, 2010, p. 101).

Para conciliar a pauta autoritária com algumas das conquistas advindas da revolução francesa, Napoleão criou um procedimento penal misto, em que a primeira fase tinha caráter burocrático e secreto, e a segunda se voltava para a publicidade e introdução de elementos não togados (MORAES, 2010, p. 102).

Na primeira fase, os aparatos do Estado são altamente burocratizados e seus interesses

²⁸ Obviamente que outros fatores contribuíram para não implementação do sistema processual delineado na Revolução Francesa, como, por exemplo, o despreparo dos atores jurídicos na aplicação dos novos preceitos.

se sobrepõem aos dos cidadãos. Ela se caracteriza por ter: caráter secreto, forma escrita, onipotência do magistrado instrutor, impossibilidade do imputado produzir prova em seu favor, aumento dos poderes do MP, ampla utilização da prisão preventiva, livre convencimento judicial ilimitado e peso decisivo dessa fase sobre a fase instrutória (MORAES, 2010, p. 103).

Na segunda fase, de caráter acusatório, elimina-se a contraposição entre garantias do indivíduo e interesse social e o juiz assume uma posição técnica, com características do júri inglês. Ao fim dos debates legislativos franceses escolheu-se o modelo de júri inglês, mas o sistema com juízes togados já havia se espalhado pela Europa, fazendo com que esses decidissem pelo livre convencimento sem as regras da *law of evidence*. (MORAES, 2010, p. 103).

O código de instrução criminal é de 1808, o penal de 1810, com vigência a partir de 1811. Ambos são usados como meio de controle político. Baseavam-se em um discurso de emergência em virtude do crescimento da criminalidade interna e no risco de subversões políticas (MORAES, 2010, p. 104). Ademais, também dificultou a adoção de um modelo progressista a falta de experiência histórico-jurídico com modelo que não o inquisitivo (MORAES, 2010, p. 104).

O procedimento napoleônico não era exatamente inovador, pois resgatava muito dos modelos processuais penais pré-revolucionários, os quais eram incompatíveis com a presunção de inocência. Desprezando-se o avanço humanitário, cedeu-se, mais uma vez, à figura do inimigo a ser combatido, com a qual, todavia, a presunção de inocência é incompatível. Todo modelo jurídico que vê o indivíduo como inimigo público se manifesta na esfera penal por meio da presunção de culpa. (MORAES, 2010, p. 105-106).

Embora a presunção de inocência tenha sido citada nas constituições francesas de 1791 e 1793, foi omitida na constituição de 1795 e no próprio código de instrução de 1808 (MORAES, 2010, p. 106).

2.5 Presunção de inocência nos séculos XIX e XX

O movimento iluminista, além de filosófico e político, era também científico e econômico, o que propiciou a revolução industrial, que se espalhou pela Europa entre os séculos XVII, XIX e XX. Com o desenvolvimento científico e o anseio de lucro da burguesia em ascensão, as cidades começaram a atrair cada vez mais pessoas que, com o avanço das áreas biomédicas, tinham maior expectativa de vida e podiam trabalhar por mais tempo (MORAES, 2010, p. 107).

Todavia, apesar da grande migração para as cidades, as estruturas sociais não se alteraram. Continuou existindo uma classe detentora do dinheiro e do poder, a burguesia, e outra que se subjugava em condições desumanas para obter sustento, o proletariado. A alta densidade demográfica e essa convivência entre dois mundos desiguais em um pequeno espaço, entre uma população rica e uma, majoritária, miserável, levou ao aumento da violência.

Como visto, a revolução francesa cuidou apenas de delinear um sistema criminal humanitário, sem indicar diretrizes concretas, sem as quais restou impossível superar a estrutura repressiva herdada do *ancien régime* (GOMES FILHO, 1991, p. 12). Na incapacidade de entender e enfrentar as causas da crescente criminalidade, defendia-se que a filosofia racional do iluminismo não atendia à constatação prática da violência urbana e desacreditavam-se as teorias contratualistas formuladas no seio da revolução.

Ademais, se os ideais iluministas eram interessantes para a burguesia num primeiro momento, para romper com a ordem então vigente, essa perspectiva já não era a mesma quando essa classe se consolidou no poder. (MORAES, 2010, p. 108).

Assim, se o começo do século XIX foi marcado pela ideologia humanista aflorada com a Revolução Francesa, o final desse século trouxe algumas mudanças sociais e políticas que ocasionaram, mais uma vez, mudanças significativas no processo penal. Contribuíram para tanto duas correntes do pensamento jurídico que tentavam se contrapor às ideologias da Escola Clássica: a Escola Positiva e a Escola Técnico-Jurídica, as quais, ainda hoje, reverberam suas influências nos pensamentos de autores do processo penal, o que justifica seus estudos nas seções posteriores.

2.5.1 Presunção de inocência e a Escola Positiva

O desenvolvimento científico da análise empírica alavancou a pesquisa das ciências naturais, o que contaminou as ciências humanas, que abandonaram a compreensão filosófica racional do iluminismo e aderiram à análise empírica das chamadas Escolas Positivas (ou do positivismo criminológico), por muitos considerada o berço da criminologia, tendo como expoentes pensadores como Cesare Lombroso.

Para os positivistas, o enfoque do problema criminal era a análise do delinquente, sustentando, a partir de estudos empíricos, que esse estava marcado pelo determinismo de ordem biopsicológica para praticar crimes, o que viciava sua liberdade de escolha. Todavia, nem todos os indivíduos estariam sujeitos a esse determinismo, mas apenas uma parte da população, classificada como doente. Essa minoria afetada deveria ser isolada da sociedade,

não pelo exercício do direito de punir, mas porque a manutenção da vida em grupo assim o exigia. A ideia de defesa social, portanto, perpassava todo o pensamento da Escola Positiva. (CAMARGO, 2005, p. 37-39).

Referida escola se constrói sobre diversas falhas da Escola Clássica iluminista, sendo também “fruto do seu tempo e condicionada por uma série de fatores” (ANDRADE, 2003, p. 60), como o intervencionismo do Estado, o aumento da criminalidade, do desenvolvimento da ciência empírica e dos novos anseios da classe dominante. Contrapondo-se aos clássicos, mas coerentes com o propósito de estudo do crime e da punição a partir dos subsídios da ciência, negam a presunção de inocência e seu valor eminentemente filosófico.

Diante disso, mais uma vez na história o processo é tomado como forma de intervenção social contra o indivíduo insubordinado, mas, agora, a delinquência não mais tem viés religioso, mas biopsicossocial, podendo ser verificada através de estatística. O estigma do crime não estava mais na alma, mas no gene (MORAES, 2010, p. 109).

Com o Estado passando a ser mais importante que o indivíduo, os interesses punitivos são prolatados como públicos, sobrepondo-se às garantias individuais, tidas como privadas e, portanto, secundárias (CAMARGO, 2005, p. 37).

A principal inovação da escola positiva se deu com relação à finalidade do processo penal. Para os positivistas, se os fatores biopsicossociais já determinavam a culpa, o processo servia para aplicar a pena, não para proteger o indivíduo do punitivismo estatal. (MORAES, 2010, p. 111).

Como o crime revelava um desvio psicossocial do delinquente, ao identificar o ato ilícito, a punição era aplicada a partir de uma classificação já definida do imputado. O ato criminoso só confirmava a predisposição psicossocial, razão pela qual essa corrente trabalhava sob a perspectiva da presunção de culpa. (MORAES, 2010, p. 113). Alguns autores afirmavam que a maior probabilidade do processo penal era a de condenação, e por isso não se devia presumir a inocência do acusado ou declarar sua culpa. Ele era simplesmente um *imputato* (GOMES FILHO, 1991, p. 14)

Já Enrico Ferri, expoente positivista no ramo do processo penal, embora tenha admitido a base positiva da presunção de inocência, em virtude do fato de que os delinquentes seriam uma minoria em relação aos cidadãos honestos, quando tratou do referido princípio, não hesitou em dizer que ele seria um exagero individualista quando estendida a toda a sociedade. Defendia ainda que a inocência somente deveria ser declarada quando comprovada por rigorosa valoração

de provas, e deveria ser excluída em casos de flagrante ou confissão²⁹. (GOMES FILHO, 1991, p. 14-15; MORAES, 2010, p. 113-114)

O ponto central da Escola Positiva, tal como de todo sistema que nega a presunção de inocência, é que os indivíduos não eram totalmente iguais. Para eles, o maior erro dos clássicos seria aplicar a presunção de inocência a todos os cidadãos, igualando, assim, o delinquente nato e o delinquente ocasional (MORAES, 2010, p. 113). Mas, ao mesmo tempo, não negavam totalmente a presunção de inocência, reconhecendo, sobretudo, seu valor político (GOMES FILHO, 1991, p. 15). Também reconheciam a incidência do *in dubio pro reo*, que, segundo os doutrinadores dessa escola, teria caráter mais amplo que a própria presunção de inocência.

Tudo isso, em verdade, somente evidenciava o abandono das concepções humanistas da Escola Clássica e a retomada da presunção de culpa vigente em ordenamentos historicamente anteriores, que se fundava em motivos biopsicossociais, fazendo com que o acusado suportasse todo o ônus de demonstrar sua inocência, especialmente se estivesse em condição de hipossuficiência perante o poder estatal.

2.5.2 Presunção de inocência e a Escola Técnico-Jurídica

Seguindo cronologicamente a Escola Positiva, surgiu na Europa a Escola Técnico-Jurídica³⁰, que também criticava a Escola Clássica, mas através de uma perspectiva lógico-dogmática que buscava superar deficiências técnicas do pensamento iluminista, bem como excluir do campo penal fatos biopsicológicos alegados pela Escola Positiva.

As transformações científicas, políticas, sociais e econômicas do século XIX criaram uma onda de nacionalismo na Europa que eclodiu em movimentos separatistas e buscas por expansão que resultaram na I Guerra Mundial (1914-1918). Apoiado em pseudociências etnocentristas esse nacionalismo se tornou ultranacionalismo que, sustentado por desejos

²⁹ Além disso, no geral, os positivistas eram contra o *in dubio pro reo* como regra geral, não admitiam que prevalecesse a decisão mais favorável em caso de empate de jurados, eram favoráveis à *reformatio in pejus* e não achavam que irregularidades formais deveriam beneficiar os imputados. Tudo para eliminar os excessos de direitos do indivíduo em face da impotência do Estado. Por sua vez, Enrico Ferri, mais temperado, defendia alguns mecanismos para manter o “equilíbrio” do sistema processual, tais como a reintrodução do *non liquet* em caso de empate da votação dos jurados e a introdução do *non consta*, decisão que proferiria o magistrado em caso de dúvida, pois a sociedade teria direito a não ver declarada uma inocência sobre a qual o juiz não estava certo. Ademais, a interpretação poderia ser *pro reo*, mas somente se o acusado tivesse todas as condições psicossociais favoráveis, caso contrário o juiz deveria decidir em favor da sociedade (MORAES, 2010, p. 115-116).

³⁰ A escola técnico-jurídica é apresentada com outros nomes: neo-clássica, positivista jurídica e dogmática. Todos os nomes com objetivo de demonstrar os apelos que faziam aos estudos técnicos para criticar o pensamento iluminista.

econômicos, buscou espaço em várias nações europeias.

Na Itália, por exemplo, a situação era crítica, de inflação, fome, violência e até mesmo focos de guerra civil, enquanto o partido popular católico ganhava espaço político e a filosofia socialista alimentava o proletariado com ideais revolucionários. Nesse clima de tensão, Benito Mussolini ascende ao poder. Mesmo perdendo as eleições para os socialistas em 1919, o partido fascista cresce combatendo os sindicalistas e buscando restabelecer a ordem através do uso da força e com consenso da monarquia (MORAES, 2010, p. 118).

Com organização militar e hábeis ingerências políticas e fiscais, em 1924 o fascismo vence no legislativo, dissolve todos os partidos e sindicatos não fascistas, suprime liberdade de imprensa, manifestação e reunião, cria o Tribunal Especial de Defesa do Estado para crimes políticos e introduz a pena de morte e permite a prisão administrativa sem processo. O governo aproxima-se da igreja por meio de pactos e torna obrigatório estudo religioso nas escolas (MORAES, 2010, p. 117-118).

Tendo o controle de todas as esferas de vida do cidadão, faltava a instituição de um direito criminal compatível com os ideais fascistas, o que era essencial para triunfo do regime em virtude da difundida crença na correspondência entre legalidade e legitimidade (MORAES, 2010, p. 119). O problema foi resolvido com a edição de dois códigos de processo penal. O primeiro em 1913 e o segundo, no auge do fascismo, em 1930, que teve iniciativa governamental em 1925 para alteração do anterior.

O cerne do direito criminal não era mais o crime ou o delinquente, mas as normas lógicas e sistêmicas e, portanto, neutras. Todavia, como a história já demonstrara, o tecnicismo exacerbado é um mito que engana os que nele acreditam se não acompanhado de uma ampla compreensão dos valores que o regem. Nessa falsa pretensão de busca da neutralidade dos estudos jurídicos, nega-se o fato de que mesmo a linha técnica está sempre eivada de escolhas ideológicas, e de que, naquela época, a escolha ideológica que se fazia era pelo fascismo (MORAES, 2010, p. 120).

Não é à toa que o positivismo jurídico surgiu na Alemanha pré-nazismo e foi rapidamente assimilado na Itália, que dispunha do cenário perfeito para propagação das ideias autoritárias que representava. O fascismo não permitia que outros partidos integrassem o legislativo, não permitiam liberdade de imprensa, reunião ou manifestação. Mas permitiam prisão determinada por órgão administrativo que, pela proibição anterior, era controlado por eles. É totalmente descabido conceber, portanto, que a condução legislativa do código de processo penal italiano se deu somente com base em elementos técnicos, não ideológicos. Em verdade, por trás do elevado nível técnico dessa corrente que se escondeu a evidente opção

política (MORAES, 2010, p. 120-122).

Lado outro, embora negue a influência da Escola Positiva, a Escola Técnico-Jurídica dela recebeu muitas influências, entre as quais o reconhecimento da primazia do interesse público sobre o interesse privado, bem ainda a atribuição, ao processo penal, da finalidade de realizar a pretensão punitiva do Estado. Essa influência também fica clara nas críticas pretensamente neutras tecidas à presunção de inocência³¹ (MORAES, 2010, p. 117, 132-133).

Nesse sentido, Vincenzo Mazini, um dos principais representantes do pensamento técnico-jurídico na área do processo penal, nega a existência da presunção de inocência com base da definição técnica das palavras “presunção” e “inocência”. Ele afirma, por exemplo, que se existe alguma presunção no processo penal, é a de culpa, eis que a sua finalidade é verificar o fundamento da pretensão punitiva do Estado. Ademais, o vocábulo “inocência” teria significado ético, não jurídico, sendo que o não reconhecimento da culpabilidade poderia ser decorrente de mera falha na apuração do crime, mesmo que a pessoa não estivesse sob nenhuma suspeita, não podendo o Estado jamais declarar alguém inocente (MORAES, 2010, p. 135).

Essa postura se coaduna perfeitamente com a concepção positiva, de que o crime é imanente à pessoa e apenas depende de um contexto para aflorar. Outrossim, Manzini implicitamente concorda com os pressupostos da Escola Positiva, pois suas premissas desconsideram o fato de que a fase preliminar, inquisitória, dá amplos poderes somente ao acusador, e não trata como igual as versões trazidas pela acusação e pelo réu, e que seu resultado forma a convicção do julgador (MORAES, 2010, p. 133-135), tal qual ocorria no Código Napoleônico.

O pano de fundo dessas ideias é facilmente percebido: a presunção de culpa decorrente de um pensamento excludente segundo o qual todos que não exercem influência no poder são “inimigos” e, portanto, não são sujeitos de direitos. Em verdade, o grande legado da Escola técnico-positivista foi condicionar a titularidade de direitos à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana (PIOVESAN, 2013, p. 190). Não declarar alguém inocente se não há provas para condenação não é apuro técnico, mas esconde a finalidade verdadeira do processo que é conferir ao processado estigma social como forma de demonstração de poder (MORAES, 2010, p. 136).

Citar toda essa evolução histórica é muito importante pois elas exerceram fundamental

³¹ Também nesse sentido, Mônica Ovinski de Camargo (2005, p. 40), referenciando Jaime Vegas Torres, afirma que o debate entre as escolas italianas (clássica, positiva e técnico-jurídica) fora perpetrado essencialmente no ramo do Direito Penal, sendo que no processo penal elas promoveram uma pacífica continuidade dos institutos, muito embora alguns aspectos conceituais, já citados, tenham substancial diferença.

influência no Código de Processo Penal italiano de 1930, o qual, por sua vez, serviu de modelo ao Código Processual Penal do Brasil de 1941, conforme se verá a seguir.

As reformas processuais penais na Itália foram conduzidas pelo então ministro Alfredo Rocco, que se baseou nos estudos de Vincenzo Manzini. O Código de 1913 era semelhante ao código misto francês: tinha uma primeira fase inquisitiva e uma segunda fase na qual o imputado possuía muitas garantias. Todavia, a presunção de inocência foi expressamente rejeitada pelo legislador³² como critério informativo durante os debates, o que era de se esperar tendo em vista a ideologia voltada para a defesa social e a pretensão técnica do código. Retomasse, portanto, a figura do “inimigo” e a presunção de culpa. Ademais, o código também se assentava em um discurso de repressão à delinquência frente à crescente criminalidade. (MORAES, 2010, p. 123-125).

Posteriormente, o código processual penal italiano de 1930 somente recrudescerá ainda mais o de 1913, suprimindo algumas garantias do imputado. Lado outro, a falácia da neutralidade ficou mais exposta. A suposta neutralidade técnica legislativa era encoberta pela prática fascista, eis que os membros do Ministério Público, que denunciavam e aplicavam pena, eram escolhidos pelo governo, e cinco dos sete julgadores leigos também. (MORAES, 2010, p. 131).

Lado outro, importante citar que embora negue a presunção de inocência, a Escola Técnico-Jurídica é favorável ao *in dubio pro reo* para dirimir dúvidas no campo fático, quando da decisão de mérito. Todavia, ela também defende o livre convencimento judicial, com um juiz ativo que busca as provas, o que diminui, em muito, a possibilidade de dúvida, tal como ocorre no sistema brasileiro.

2.5.3 Presunção de inocência no período pós segunda guerra mundial

Como já visto, a universalização da presunção de inocência teve início ainda no século XVII, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já mencionada, que, pela primeira vez, coloca a apresentou como direito fundamental de todos os indivíduos. Como também já visto, porém, a previsão não logrou se efetivar, havendo a humanidade experimentado, nos séculos posteriores, diferentes tipos de crueldade promovidas por sistemas que se pautavam na presunção de culpa.

Tal situação se agravou quando, em meados do século XX, a tendência econômico

³² Sobre a rejeição da Escola Técnico-Jurídica à presunção de inocência, bem ainda sobre os argumentos utilizados para construção da crítica ao princípio, ver a obra de Maurício Zanóide de Moraes.

expansionista dos regimes totalitários que se instalaram na Europa gerou os conflitos bélicos que resultaram cerca de 60 milhões de mortos e 45 milhões de refugiados. Constatando o cenário de hipertrofia dos Estados e opressão dos cidadãos, a comunidade internacional concluiu que o tratamento dos indivíduos não deveria ser deixado exclusivamente a cargo dos Estados Nacionais (MORAES, 2010, p. 179; PIOVESAN, 2013, p. 190-191).

Nesse panorama, após o fim da Segunda Guerra Mundial, passaram a ser dimensionados os direitos mais essenciais do ser humano no processo de evolução em busca de sua plenitude para uma convivência pacífica, denominados “direitos humanos”, os quais, quando positivados no ordenamento jurídico constitucional, passam a ser conceituados como “direitos fundamentais” (BRETAS, 2010, p. 68). Esse dimensionamento ocorreu com a criação da sistemática normativa de proteção internacional, que torna possível a responsabilização dos Estados quando as instituições nacionais falham ao proteger os direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 191).

Seguindo esse anseio de delimitar as práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais tendentes a evitar a objetificação dos seres humanos, em 1945, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) implementou um sistema internacional vinculativo de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (GIACOMOLLI, 2013, p. 03). O documento buscava, exatamente nos termos supra delineados, forçar que os Estados-membros implementassem em seu ordenamento disposições que contivessem o mínimo necessário de respeito aos direitos elementares dos seres humanos para evitar quaisquer tipos de conflitos internos que pudessem ocasionar guerras internas e internacionais (MORAES, 2010, p. 176)³³.

Todavia, aludido documento, embora apontado como o primeiro na história a fomentar a internacionalização e proteção dos direitos fundamentais, não tratou de defini-los e especificá-los (PIOVESAN, 2013, p. 204). Dessa forma, coube à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 1948, a tarefa de elencar os direitos e liberdades fundamentais, definindo uma base universal de respeito e proteção, um paradigma ético e humanitário, também aplicável ao processo penal, com regras internacionais de *jus cogens* (GIACOMOLLI, 2013, p. 04). Foi também neste documento que o princípio da presunção de inocência foi formalmente reconhecido enquanto marco essencial

³³ O primeiro benefício dessa implementação interna de garantias individuais é torná-las mais efetivas e próximas à realidade dos cidadãos. O segundo benefício é que o não asseguramento dessas garantias no âmbito interno permite uma identificação mais rápida dos Estados não democráticos, o que facilita a prevenção a conflitos bélicos multilaterais (MORAES, 2010, p. 177).

das sociedades livre e democráticas³⁴ (MORAES, 2010, p. 178).

Aliás, se antes, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, a presunção de inocência teve sua origem histórica, foi o documento de 1948 que se impôs aos países dele subscritores que adotassem o princípio em seu direito interno. Ademais, se a carta de 1789 aparentava se referir a uma realidade utópica e distante, a reinserção da presunção de inocência na Declaração de 1848 reafirmou sua atualidade e sua força vinculativa.

Posteriormente, visando a efetivação dos princípios constantes da Declaração mencionada, foram firmados diversos tratados internacionais. Entre eles, pode-se citar o Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político³⁵ e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 (STEINER, 2000, p. 37), que criam mecanismos sancionatórios para impor a juridicização dos direitos humanos e, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formaram a *International Bill of Rights* (ou Carta Internacional de Direitos Humanos) (MORAES, 2010, p. 182).

No âmbito da América Latina, em 1969, na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que incorporou disposições dos tratados a ela anteriores, bem ainda trouxe importantes inovações no que diz respeito à proteção das liberdades individuais, entrando em vigor em 1978. Em diversos artigos, a Convenção explicita garantias³⁶ e direitos da pessoa em face dos mecanismos de controle social e repressão do Estado (STEINER, 2000, p. 52), também no campo do processo penal³⁷. Notadamente no que concerne à presunção de inocência, o documento, em seu artigo 8.2, que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.*” (BRASIL, 2006, p. 287).

Esse sistema internacional de proteção aos direitos humanos inaugura a terceira fase de

³⁴ Consta do art. 11, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “1. *Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*” (BRASIL, 2006, p. 42).

³⁵ Acompanhando a tendência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos também prevê expressamente o princípio da presunção de inocência, *in verbis*, em seu art. 14.2: “2. *Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*” (BRASIL, 2006, p. 73).

³⁶ Rogério Lauria Tucci (2004, p. 53-54) esclarece que o dualismo entre *direitos* e *garantias* é indispensável, posto que essas são outorgadas mediante preceituações constitucionais para tutelar direitos por via de instrumentos compatíveis à sua grandeza, dignidade e importância. “Estabelecidos os *direitos* fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as *garantias* a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes”.

³⁷

implementação dos direitos humanos mencionada no item 2.3, impondo sua universalização vinculativa como parâmetro a todos os Estados que se propõem democráticos. Desde então, os Estados começaram a inscrever os direitos humanos também nas legislações internas, em âmbito constitucional e infraconstitucional, o que de fato aconteceu no Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988, o que será abordado no próximo capítulo.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Atualmente, o processo penal brasileiro é regido pelo Código de Processo Penal de 1941, de nítida inspiração autoritária³⁸, que contém as normas procedimentais específicas que regem a persecução penal, pela Constituição da República de 1988, que estabeleceu uma base principiológica de proteção da dignidade da pessoa humana que se estende a todas as áreas do Direito, bem ainda pelos tratados internacionais de direitos fundamentais que, por construção jurisprudencial, têm validade supralegal.

Mesmo através dessa apresentação resumida pode-se perceber quão contrastantes são as naturezas das fontes legais do direito processual penal atualmente em vigor no Brasil. Por isso, o estudo de qualquer assunto dentro desse ramo jurídico deve perpassar a questão da compatibilização entre as formas de matiz autoritária previstas na legislação infraconstitucional e o sistema de proteção dos direitos e liberdades individuais estabelecido pela Constituição. Esse, aliás, talvez seja o maior desafio do processo penal moderno.

No que pertine à presunção de inocência, o desafio parece ser um pouco maior, seja em virtude da importância desse princípio para o processo penal como um todo, seja porque foi somente na Constituição da República de 1988 que ele apareceu expressamente pela primeira vez na legislação brasileira. Aliás, como bem afirma MORAES (2010, p. 160), uma das

³⁸ Referida inspiração autoritária é facilmente constatada através da leitura da Exposição de Motivos do referido diploma legal, como se ressaltará melhor adiante. Por ora, basta citar que preconizava a defesa do interesse social em prol das liberdades individuais, bem ainda que tratava como favores as garantias individuais, como consta do seguinte trecho: “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia 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 expansão da 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. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joierado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.”

principais causas da não efetivação plena da presunção de inocência no cotidiano legislativo é justamente a dicotomia entre os dispositivos constitucionais e o sistema processual fascista que ainda vige no Brasil.

Assim, com a finalidade de se superar essa dicotomia e elaborar um estudo que contribua com a compatibilização dos dispositivos processuais penais à base principiológica constitucional, partindo das premissas históricas já delineadas, serão brevemente analisados, na sequência, as três principais fontes legais que delimitam a presunção de inocência no ordenamento pátrio.

3.1 O Código de Processo Penal

Para melhor entender a ideologia por trás do Código de Processo Penal ainda em vigor no Brasil, necessária uma breve explicação acerca do momento histórico do país quando de sua publicação. Em novembro de 1937, antes das eleições marcadas para janeiro de 1938, Getúlio Vargas capitaneia um golpe de Estado para evitar uma “revolução comunista”, instaurando no Brasil o chamado “Estado Novo”. Todos os contornos do golpe tiveram inspiração europeia. Mesmo o nome, o fechamento do congresso nacional, a extinção dos partidos políticos, tudo teve inspiração no nazifascismo europeu, sobretudo o que vigia na Itália (MORAES, 2010, p. 156).

A constituição polaca de 1937, promulgada após o golpe, já demonstrava todas as características de um governo autoritário: Getúlio era o chefe do poder executivo, que podia nomear interventores e governar por decretos leis, as eleições eram indiretas, a pena de morte era permitida, não havia garantia do juiz natural, entre outras disposições. Essa constituição foi elaborada com auxílio do jurista Francisco Campos, posteriormente nomeado ministro da justiça. Ele mesmo que, posteriormente, orientou e levou a cabo o decreto-lei 3.689, promulgado em 03 de outubro de 1941, também conhecido como Código de Processo Penal brasileiro³⁹. Obviamente que a elaboração do CPP pelo mesmo ministro da justiça que capitaneou a constituição deixa claro como um Estado autoritário se vale do processo penal para atingir seus fins (MORAES, 2010, p. 157).

O CPP brasileiro foi, assim, promulgado em pleno Estado Novo e no curso da segunda

³⁹ Interessante destacar, como também o faz MORAES (2010, p. 157), que na exposição de motivos do decreto-lei, Francisco Campos cita alguns juristas que auxiliaram na elaboração do referido Código de Processo Penal, todos os quais possuíam notável saber jurídico na área de Direito Penal. Nenhum em Processo Penal.

guerra mundial, recebendo todas as influências do Código de Processo Penal italiano de Rocco que vigia em pleno regime fascista, o qual é inclusive mencionado pelo próprio Francisco Campos já na exposição de motivos daquele⁴⁰. Alguns dos artigos da legislação brasileira são quase traduções literais do código italiano, sendo as principais diferenças a exclusão dos juizados de instrução (o que é justificado na própria exposição de motivos) e da parte civil.

No que ora interessa, é de se observar que tanto o diploma legal italiano quanto o brasileiro não fazem qualquer menção à presunção de inocência. Ambos aceitaram apenas e de forma restrita o *in dubio pro reo*⁴¹, limitando-o à resolução de dúvidas de mérito após o exercício ilimitado do livre convencimento, excluindo-o de outras fases processuais (MORAES, 2010, p. 158).

A própria previsão do *in dubio pro reo* na fase de sentença é mitigada. Embora o CPP já previsse, no art. 386, VI (antiga redação), a necessidade de absolvição no caso de inexistência de prova suficiente para a condenação, também permitia, no art. 156 (antiga redação), que o juiz poderia “no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”⁴². Ora, se a dúvida sobre os fatos levasse à absolvição, para que prever que o juiz pode produzir prova em caso de dúvida? Se o juiz está em dúvida, seguindo o corolário do *in dubio pro reo*, deveria absolver. Qualquer coisa diferente disso mostra, na verdade, a insatisfação do julgador com os elementos trazidos pela acusação, de forma que a produção probatória nos termos permitidos pela lei sempre servirá à confirmação da hipótese acusatória.

E a tendência punitiva que se alia a esse poder de produzir provas é a livre apreciação das provas que, como já ressaltado, veio do sistema do júri inglês, onde tinha várias limitações que não se aplicam ao juiz togado. Com isso o julgador pode decidir conforme sua certeza

⁴⁰ Na citada Exposição de Motivos, Francisco Campos faz referência expressa à reforma análoga promovida por Rocco na legislação italiana: “ Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’.”

⁴¹ A própria exposição de motivos aduz que, no novo código, para se aliviar o processo penal do “excesso de formalismo”, “é restringida a aplicação do *in dubio pro reo*”.

⁴² Também na exposição de motivos Francisco Campos esclarece que a dúvida do juiz deve levar primeiro à atividade probatória e, somente depois, caso a dúvida permaneça, ao *in dubio pro reo*: “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

moral. Embora os códigos processuais penais italiano e brasileiro tenham tentado conter esse sistema através da motivação⁴³, não há qualquer estrutura segura que garanta a verificação dos fundamentos de uma decisão (MORAES, 2010, p. 170).

Aliás, de uma análise superficial do próprio artigo mencionado – art. 386, VI (hoje inciso VII), do CPP – percebe-se a incompatibilidade do código que o contem com a presunção de inocência em sua plenitude. Se todos os cidadãos são, de fato, inocentes até a condenação definitiva, a dúvida sobre a prova de um fato deveria levar à conclusão de que esse fato não foi provado, isto é, de que não ocorreu⁴⁴, não à absolvição por ausência de provas suficientes para a condenação.

Nos termos em que posta no dispositivo citado, a previsão legal da absolvição por insuficiência probatória pode se tornar problemática em virtude das consequências dela extraídas, eis que permite uma diferença de tratamento, no âmbito cível, entre o réu absolvido plenamente e aquele que foi absolvido por precariedade de provas. afronta diretamente o preceito constitucional da presunção de inocência⁴⁵.

Assim, o CPP brasileiro rejeita a presunção de inocência em sua face juspolítica, abraçando a presunção de culpa delineada no sistema fascista italiano, bem ainda a ideia subjacente de todo regime autoritário, que produz consequências nefastas no processo penal, de que existe um inimigo a ser perseguido e por isso todas as restrições de direitos individuais

⁴³ Consta da multirreferida exposição de motivos: “Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”. E ainda: “A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença.”.

⁴⁴ Essa incompatibilidade entre a presunção de inocência e uma sentença de absolvição que permita fazer pairar sobre o acusado as consequências negativas da acusação indefinidamente, tal como a desqualificação social que a imputação produz, gera muitas discussões na doutrina italiana, posto que aquela também considera inquietadora a possibilidade de se suprimir a possibilidade de absolvição em tais termos, o que pode redundar no enfraquecimento do valor do *in dubio pro reo*, levando o juiz a condenar em casos que deveriam ser de absolvição (GOMES FILHO, 1991, p. 40-41).

⁴⁵ Nesse sentido, lembra Damásio de Jesus (2015, p. 340-341) que somente com a reforma processual de 2008 foi inserido no art. 386 um inciso que permite a absolvição do réu pela prova de que o acusado não concorreu para a infração penal, fundamento absolutório que, diferente do mencionado acima, produz coisa julgada também no âmbito cível. Também em virtude dessa questão o autor entende que inciso VI do art. 386 do CPP (atual inciso VII) foi revogado pelo art. 5º, LVII, do CPP, pois se a acusação não logra comprovar o fato criminoso, esse não aconteceu. A afirmação de que há prova do crime, mas insuficiente para a acusação, faz com que o imputado não se livre do estigma da imputação.

devem ser toleradas.

É verdade que, posteriormente à sua promulgação, referido código já sofreu alterações e reformas pontuais, tendo a mais notável delas ocorrido em 2008. Todas elas, porém, não foram suficientes para modificar a estrutura punitivista sobre a qual o Código encontra-se alicerçado, tendo algumas, ao contrário, colaborado para reforçá-la.

Pode-se citar como exemplo a própria reforma de 2008, consubstanciada na Lei 11.690, que, por exemplo, embora tenha alterado o art. 156 do CPP, manteve nos mesmos termos acima colocados a possibilidade de produção de prova pelo juiz em casos de dúvida.

Outro exemplo da manutenção da estrutura autoritária mesmo após as alterações realizadas pela lei mencionada se deu com relação à possibilidade de utilização dos elementos colhidos no inquérito para decisão. O anteprojeto da Lei 11.690/2008 chegou a prever que o juiz não mais poderia utilizar elementos colhidos no inquérito para decidir, o que parece ser e melhor técnica em um processo penal estruturado seguindo os ditames do Estado Democrático de Direito. Porém, após algumas alterações, a redação final do art. 155 do CPP⁴⁶ ainda permite que o juiz embase sua decisão em elementos do inquérito, desde não o faça de forma exclusiva.

Dessas observações é possível dizer que, tal como afirma MORAES (2010, p. 172), “sem medo de incidir em erro ou precipitações técnicas, nosso sistema processual penal ainda vigente, examinado pelo modelo concebido e projetado pelo código de processo penal, em 1941, é um modelo autoritário, com tendência punitiva, e que rejeita a presunção de inocência em todos os seus aspectos fundamentais”, o que não foi rompido pelas reformas pontuais ocorridas até então. Se há algum avanço, ainda que insuficiente, ele é fruto da postura doutrinária e jurisprudencial frente à Constituição, conforme se verá a seguir, não do legislador infraconstitucional.

3.2 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Foi na Constituição da República de 1988 que, pela primeira vez, a presunção de inocência foi consagrada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, no seu art. 5º, LVII, que atesta “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, evidenciando assim uma escolha do constituinte “por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como

⁴⁶ Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”.

valores centrais do sistema” (GOMES FILHO, 1991, p. 01).

Desde 1941, ano de publicação do Código de Processo Penal acima mencionado, a Constituição brasileira já havia sido totalmente substituída outras duas vezes. Em 1988, porém, além de inserir o Brasil no contexto internacional de revalorização dos direitos humanos, a legislação constitucional também desempenhou importante função no processo de redemocratização do país, que entre os anos de 1964 a 1985 esteve sob regime militar ditatorial, o qual, como todos os regimes totalitários, suprimiu diversas liberdades e fez uso de variadas formas de violência contra os cidadãos e as instituições para “salvar” o país do “perigo iminente” do comunismo.

Logo, a carta constitucional brasileira teve uma dupla missão: no plano interno, conter o autoritarismo e evitar um novo regime jurídico antidemocrático, e, ao mesmo tempo, no plano externo, inserir o Brasil num contexto internacional de valorização e potencialização da vida humana como finalidade da constituição dos Estados, estabelecendo uma nova ordem que coloca o indivíduo em um papel central, enquanto fonte e destinatário único do poder⁴⁷.

No cenário nacional, como já mencionado, toda essa preocupação com a implementação de um sistema promovedor dos direitos e garantias fundamentais consubstanciou-se com a promulgação da Constituição da República de 1988, que elencou um rol de direitos fundamentais destinados a salvaguardar as liberdades individuais dos arbítrios do poder do Estado (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Partindo dessa perspectiva, o Título I da Constituição de 1988, denominado “Princípios Fundamentais”, é composto por quatro artigos que delimitam o conteúdo, a finalidade e as diretrizes que o legislador não pode relegar, sob pena de descumprimento da ordem constitucional (MORAES, 2010, p. 192). Em seu artigo 1º, a Constituição afirma a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, fundado em valores como o da soberania, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e que visa, segundo o artigo 3º, a persecução de objetivos fundamentais, entre os quais se pode citar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem discriminação.

⁴⁷ Nesse sentido, destaca Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 191) que, já no preâmbulo da CRFB/88, o legislador constituinte expressa a consciência de que o poder emana do povo e afasta completamente a ideia de um Estado que se coloca acima dos cidadãos, bem ainda concretiza verbalmente a posição da nova Constituição enquanto fundadora de uma nova ordem protetora dos valores democráticos e dos direitos e liberdades individuais, *in verbis*: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*”.

Assim, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito passam a ser “as diretrizes estruturais e axiológicas” que devem guiar a atuação hermenêutica do legislador infraconstitucional, do administrador público, do julgador e dos cidadãos em suas relações privadas (MORAES, 2010, p. 193).

Por sua vez, no Título II, o legislador constituinte elencou explicitamente diversos direitos e garantias fundamentais, muitos dos quais já haviam sido incorporados por tratados internacionais. Assim, ao lado de previsões já tradicionais no sistema jurídico brasileiro, a Constituição trouxe, em seu artigo 5º, “um extenso rol de garantias básicas do direito à liberdade, reforçando a ideia de que a persecução penal deve ser atividade impregnada do maior respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana” (GOMES FILHO, 1991, p. 46).

Ademais, ainda dentro do Título II, Constituição inova ao mencionar não somente os direitos civis e políticos (capítulo I), mas também os sociais (capítulo II), acolhendo o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, “pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade” (PIOVESAN, 2013, p. 96).

No intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, determinando, no art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que objetiva torna-las imediatamente aplicáveis ao exercício dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário independentemente de regulamentação.

Não bastasse, no § 2º do art. 5º, o legislador ainda determinou que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, já em suas primeiras linhas a Constituição deixa claro a que veio: estabelecer uma estrutura de proteção aos direitos básicos do ser humano frente a possíveis arbítrios estatais. Estrutura essa que permanece aberta a ampliações desses direitos, mas não oferece, lado outro, qualquer possibilidade de sua redução, inclusive classificando como cláusulas pétreas, impassíveis de abolição nem mesmo por emenda constitucional, todos os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, da CRFB/88).

Dos dispositivos mencionados pode-se auferir quão grande era a preocupação do legislador constituinte em estabelecer um sistema de proteção dos direitos humanos e do bem estar social.

Dentro dessa estrutura de proteção do ser humano, a Constituição eleva à categoria de

direitos fundamentais todos os princípios que atualmente dão sustentação básica ao processo penal, em virtude do qual passou a vigor um novo sistema criminal que provocou a derrogação de muitos dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 e de algumas leis esparsas (BARROS, 2013, p. 76). Isso porque, como é notório, ela representa a própria Lei Fundamental, e como tal não pode sofrer ataques de qualquer outra lei hierarquicamente inferior (BARROS, 2013, p. 80).

Assim, como marco de transição para o regime democrático, a constituição alargou sobremaneira o campo dos direitos e garantias fundamentais e inseriu o Brasil no contexto internacional de proteção desses direitos, o que se dará através da constituição do Estado enquanto democrático de direito, pela determinação da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental, e que, recai, na instrução processual, com a necessidade de respeito ao devido processo legal, fatores esses que são premissas e, ao mesmo tempo, consequências da presunção de inocência.

Não é a toa que, como já abordado, a própria constituição destaca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito. Fica claro, assim, que os direitos fundamentais são um elemento básico para realização do princípio democrático, tendo em vista a função democratizadora que exercem (PIOVESAN, 2013, p. 88).

3.2.1 O Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal

Toda Constituição pode ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais (PIOVESAN, 2013, p. 90). Assim, qualquer análise a ser feita a respeito do princípio da presunção de inocência no Brasil não pode prescindir de uma visão conjunta acerca de uma série de disposições do texto constitucional, as quais exprimem uma “tomada de posição dos constituintes em face de questões fundamentais da justiça repressiva” (GOMES FILHO, 1991, p. 46).

Dentre essas disposições, convém deter especial atenção à constituição do Estado enquanto Democrático de Direito, o que decorre de escolha elaborada do legislador originário. Um Estado assim delineado não demanda um governo de homens, tampouco um governo de qualquer lei, mas das leis tidas pela população como as mais essenciais para sua convivência pacífica. Essas leis, escolhidas pelo povo de forma soberana, mesmo que em maioria, limitam a atuação do poder e do homem, e são aquelas previstas na Constituição, isto é, os direitos

fundamentais nela consagrados. (MORAES, 2010, p. 194).

Logo, o fato de o Estado brasileiro não ser somente um Estado Democrático, tampouco somente um Estado de Direito se justifica porque, ao colocar essas duas características juntas, o legislador constituinte pretendia obter de ambas o que elas tinham de melhor.

Por outro lado, a cidadania (fundamento do Estado brasileiro, segundo art. 1º, II, da CR) exige que todos os cidadãos assumam os deveres que advém das suas escolhas. Por isso, por exemplo, o capítulo I do título II da Constituição se chama “direitos e deveres individuais e coletivos”. Os deveres decorrem dos direitos pois cada titular de direitos tem o dever de respeitar o mesmo direito cujo titular é o próximo. Assim, se o Estado Democrático de Direito é uma garantia aos cidadãos, ele também representa um dever de agir democraticamente nas suas relações privadas.

Disso decorre que os direitos fundamentais não são opostos ao coletivo ou à sociedade. Ademais, o cidadão não é só o destinatário desses direitos, mas também seu promovedor e garantidor. Ou seja, os direitos fundamentais não são obstáculos que se apresentam ao Estado na realização dos interesses da sociedade, tampouco são efetivados somente pelo Estado. (MORAES, 2010, p. 198).

Ademais, ao inserir esses direitos na Constituição, o Estado brasileiro assumiu internacionalmente o compromisso de não coadunar com arbitrariedade e violência como forma de solução de conflitos, sobretudo penais, reconhecendo que o ser humano a ser julgado é, antes de imputado, um ser humano, fonte e destinatário de direitos como todos os outros cidadãos, os quais também podem, a qualquer tempo, pela igualdade que vigora na sociedade, tornarem-se imputados. Abandona-se, portanto, a noção de que o imputado é o “outro”, o “marginal”, o “inimigo”, e assume-se que ele é “um de nós”. (MORAES, 2010, p. 198).

Esses valores adotados pela Constituição são os que a sociedade tomou como os mínimos essenciais para o desenvolvimento humano pleno e pacífico, os quais tem sua validade e vigência condicionados à atuação de todo e qualquer cidadão que integre a sociedade. O que efetiva a norma constitucional não é a sua manutenção formal, ainda que ela seja insuscetível de alteração, mas a atuação ativa das pessoas que compõem a sociedade no sentido de concretizá-los da melhor e mais ampla forma possível. Isso é também um compromisso assumido pela nação com a comunidade internacional, que, constatando qualquer violação a esse acordo, pode punir o Brasil com sanções econômicas, jurídicas e políticas.

Propondo-se a fundamentar suas relações no âmbito interno e externo na prevalência dos direitos humanos, o Brasil limita e condiciona a noção de soberania estatal, promovendo a ruptura com a concepção de soberania absoluta e reforçando sua relativização em prol dos

direitos humanos, o que condiz com as exigências do Estado Democrático de Direito pretendido (PIOVESAN, 2013, p. 103).

Aliás, a constituição do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito não é uma meta, é um ponto de partida. É um princípio fundamental que regula continuamente todas as ações públicas e privadas que aqui se desenvolvem com a finalidade de se atingir os objetivos representados pelos direitos fundamentais, esses sim produtos inacabados da humanidade. (MORAES, 2010, p. 200).

Por outro lado, se no modelo constitucional adotado o Estado Democrático de Direito é um programa de ação, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸ é um critério, um limite, uma finalidade. É a base axiológica de todos os direitos fundamentais, critério de legitimação da ação privada ou particular e o impedimento constitucional para qualquer raciocínio baseado na crença de que “os fins justificam os meios”. (MORAES, 2010, p. 201-202). É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada (PIOVESAN, 2013, p. 92-93).

Ao definir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 a elegeu enquanto valor que lhe dá unidade de sentido, fazendo com que a ordem jurídica decida pelo e para o homem, não apesar dele (MORAES, 2010, p. 204). Ademais, embora o exercício desse valor seja em regra individual, contra ações públicas ou privadas, sua destinação é sempre pública, pois beneficia a todos os homens que compõem a sociedade⁴⁹.

⁴⁸ Segundo MORAES (2010, p. 201), o nome “dignidade da pessoa humana” é a consubstanciação do previsto no art. 1º da declaração dos direitos do homem e do cidadão, o que reafirma o objetivo constitucional de inserir o Brasil em um contexto de internacionalização dos direitos humanos. Por sua vez, Canotilho (2010, p. 225) define a define como “o princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (...) do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”.

⁴⁹ Há um equívoco muito grande em colocar a dignidade da pessoa humana como algo que atende apenas interesses individuais, e com isso como obstáculo ao chamado interesse social, equívoco esse construído em bases comuns às ideologias nazi-fascistas, bem ainda a alguns primados das ideologias comunistas (que defendem que o homem só existe em função da comunidade). O que ambos têm em comum é que o público é visto como contrário do individual e, portanto, o interesse individual pode ser obstáculo ao bem comum. Pelo contrário, na sociedade atual, o que se deve buscar é a compatibilização dos interesses para realização plena do ser humano, destinatário último da norma. (MORAES, 2010, p. 203). Por essa razão não se concorda com a visão de alguns autores, como Mercedes Fernández López (2005, p. 119-122), que afirmam que a presunção de inocência equilibraria dois interesses contrapostos: o do Estado de reprimir a delinquência e o do imputado de resguardar sua dignidade. Primeiramente porque o processo é para o Estado o meio de exercer seu *ius puniendi*. O que “reprime a delinquência” é política pública. Por outro lado, ainda, o interesse de ver resguardada a dignidade não é apenas do indivíduo, mas da sociedade como um todo a elegeu através de procedimentos legislativos enquanto princípio fundamental da nação. Assim, a repressão a todo custo encontra óbice não nos direitos daquele cidadão em específico, mas no preceito genérico constitucional, que garante a todo cidadão a presunção de inocência. Quando ocorre uma situação violadora, é verdade, a pessoa passa a poder exercer e reivindicar esse direito, mas o interesse de que ele seja respeitado não é individual. Tanto que, por ser constitucional, o próprio Estado deve garanti-lo, bem ainda os particulares, os quais também podem ser responsabilizados civilmente caso não o respeitem.

Sob o prisma histórico supradelineado, a primazia jurídica da dignidade da pessoa humana é a resposta à derrota do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália e à crise do positivismo jurídico emergida após a segunda guerra mundial, decretando a impossibilidade de um sistema jurídico não pautado em valores éticos, confinado ao formalismo (PIOVESAN, 2013, p. 90). Nessa reaproximação entre ética e direito, destaca-se mais a força normativa dos princípios, que passam a ganhar especial atenção tanto com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como no plano dos constitucionalismos locais (PIOVESAN, 2013, p. 92). É o caso do princípio da dignidade humana, “verdadeiro superprincípio” que confere valor axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2013, p. 93, 95).

Quando sujeito à persecução penal, o homem se encontra em posição de vulnerabilidade ímpar, razão pela qual, nela, o cumprimento desse compromisso constitucional com a dignidade humana se faz ainda mais difícil. É aqui que se destaca a sua intrínseca relação com o princípio da presunção de inocência. Os direitos humanos são complementares e interdependentes porque todos têm a gênese axiológica de atender à pessoa humana na integralidade de sua dignidade (MORAES, 2010, p. 210). Há, em verdade, uma conjugação e interpretação mútua entre eles, o que faz com que o catálogo de direitos humanos seja sempre expansível, sendo que os novos direitos podem complementar os espaços deixados pelos anteriores, aperfeiçoá-los, serem deles dependentes ou potencializá-los em virtude das exigências da realidade cotidiana.

Assim, é certo que a presunção de inocência vem prevista na Constituição para complementar o também fundamental direito à dignidade humana, que constitui ainda objetivo do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sua principal atuação se dará na área do processo penal⁵⁰, auxiliando os sujeitos que são historicamente marginalizados enquanto seres humanos pela mera condição de imputados.

A presunção de inocência, juntamente com as outras garantias processuais, minimiza o impacto da atuação estatal no exercício do *ius puniendi* e com elas regula os mecanismos que possibilitam a persecução penal. Tal como previsto pela primeira vez na história no documento iluminista, somente quando o Estado é capaz de tratar o imputado enquanto inocente durante toda a persecução penal é que ele é capaz de assegurar tratamento digno a todos os cidadãos. Do contrário, quando a persecução penal já começa viciada, com a possibilidade de tratamentos diferenciados a alguns sujeitos, o processo é utilizado enquanto instrumento de perpetuação do poder dominante e os direitos humanos são preocupações secundárias e relativizadas. Em um

⁵⁰ Todavia, como se deixará claro mais adiante, o princípio da presunção de inocência também pode ser aplicado em outros ramos do direito e até mesmo em situações extraprocessuais.

Estado Democrático de Direito que tem como fundamento garantir a dignidade da pessoa humana, porém, esse tipo de prática deslegitima todos os atos de poder, assim como o próprio Estado.

Ainda tendo em vista a complementariedade entre os direitos fundamentais, também é importante citar a relevância do princípio do devido processo legal para a persecução penal e para a própria consubstanciação da presunção de inocência e garantia da dignidade da pessoa humana. É no devido processo legal que o Estado de Direito encontra sua base jus-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força não se converte em arbítrio (PRADO, 2014, p. 15).

No Estado de Direito, não há sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade de alguém fora dos limites da legalidade (PRADO, 2014, p. 15), e por isso a Constituição da República de 1988 assegura, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. As garantias processuais penais são, na verdade, consubstanciação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e, por isso, não é errado dizer que o próprio Processo Penal é determinado pela aplicação concreta do direito constitucional⁵¹.

O Estado de Direito é fruto de uma construção histórica que buscou, nas últimas décadas, a consolidação dos direitos fundamentais e, por isso, o processo penal nele instituído não deve traduzir mera cerimônia protocolar que antecede o castigo previsto pelas forças políticas. Ao contrário, deve sempre se pautar na incerteza, mas, ao mesmo tempo, visar a construção de uma certeza que esteja adstrita aos limites legais que, por sua vez, devem sempre assegurar a dignidade de todos os seres humanos.

Esse devido processo legal, nas lições de Rogério Lauria Tucci (2004, p. 62-64), envolve o procedimento legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular (em sua face substancial), a aplicação das normas positivas por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo, e a asseguuração, nesse, da paridade de armas entre as partes nele envolvidas, visando a igualdade substancial também na realidade processual⁵².

⁵¹ Nesse sentido, Geraldo Prado (2014, p. 16) cita Henkel, o qual afirma “o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado”. De forma semelhante Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 103) afirmam que “todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade”.

⁵² Isso implica dizer, pois, que “o *processo* legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, aos revés, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e *plena contraditoriedade*” (TUCCI, 2004,

Na esfera jurisdicional, o devido processo se apresenta como garantia constitucional que objetiva a consecução de direitos fundamentais, materializado em um procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários⁵³ (TUCCI, 2004, p. 65-66), entre os quais se pode citar o princípio da presunção de inocência.

Ao mesmo tempo, a própria garantia da presunção de inocência torna necessário o processo para que uma pessoa seja considerada culpada, o que se encontra de acordo com a máxima “não há pena sem processo” (PRADO, 2014, p. 18). O “processo” aqui referido, porém, não é qualquer tipo de processo, mas somente aquele cuja função, a finalidade e o próprio procedimento sejam constitucionalmente conformadas.

Dessa forma, presunção de inocência e devido processo legal se complementam e representam a concepção básica de que, no Estado Democrático de Direito, o reconhecimento da culpabilidade de alguém não exige apenas a existência de qualquer processo, mas de um processo justo, no qual o confronto em o poder punitivo e a liberdade do imputado seja feito de forma equilibrada (GOMES FILHO, 1991, p. 47).

Esse “equilíbrio”, aliás, é característico das instituições anglo-saxãs, nas quais o processo é um duelo em que se defrontem partes igualmente armadas, não podendo se aceitar qualquer tipo de privilégio em favor do representante estatal, pois o acusado, até a sentença condenatória definitiva, é inocente (GOMES FILHO, 1991, p. 47). Essa ideia, consubstanciada na expressão “paridade de armas”, será melhor trabalhada em capítulo subsequente, onde se discutirá a concepção do ônus argumentativo, o qual, atrelado ônus da prova, servirá para consolidar essa igualdade processual.

Agora, porém, cumpre mencionar que a presunção de inocência e o devido processo legal são garantias que reafirmam a dignidade humana do imputado frente ao poder estatal de exercício do poder punitivo, estabelecendo uma situação de igualdade entre todos os indivíduos, imputados ou não, bem ainda entre os sujeitos processuais. O respeito a essas garantias é requisito para a efetividade do exercício do direito de defesa, o qual engloba também o direito

p. 65).

⁵³ Rogério Lauria Tucci (2004, p. 74) salienta que os corolários constitucionais do devido processo legal são “determinantes de correlatos *direitos individuais*, cuja expressividade desponta em todos, e em cada um, com intensividade própria das prerrogativas fundamentais do ser humano, no seio da comunidade”. Esses corolários, na força de sua conjunção, em sede penal, constituiriam o devido processo penal, nomenclatura particularizada daquele princípio quando de sua incidência no campo processual penal. Assim, inequívoca e inexoravelmente, “a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental –, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e na concretização da sanção (pena ou medida de segurança), como na afirmação do *ius libertatis*” (TUCCI, 2004, p. 67-68).

à prova e à necessidade de submissão, ao juízo, dos elementos colhidos durante a fase preliminar, permitindo a verificação contraditória dos fatos, bem ainda a obrigatoriedade da motivação, que garante a possibilidade de análise do método utilizado para se chegar à conclusão da sentença.

De toda forma, por ora, é necessário apenas firmar a compreensão de que, no Estado Democrático de Direito, o poder punitivo deve ser exercido tendo como premissa o estado original de inocência de que gozam todos os seres humanos, o qual somente poderá ser modificado após persecução penal em que tenham sido respeitados todos os direitos básicos a que o imputado faça jus, isto é, o devido processo legal⁵⁴.

O processo assim moldado, que tem função recognitiva, será o fundamento da obrigatoriedade da decisão que dele provier, estruturado de modo a permitir a verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela defesa e pela acusação com respeito aos ditames constitucionais, legitimando a si próprio e ao modelo de Estado adotado. Lado outro, fora dessa estrutura dialética, que permite às partes colaborar para a construção da decisão final e lhes assegura suas garantias, o processo não seria sequer necessário (PRADO, 2014, p. 19).

3.3 Os tratados internacionais de direitos humanos

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 a prática jurisdicional penal no Brasil exige uma releitura da legislação ordinária que a rege sob a perspectiva da humanização dos sujeitos que afeta. Para tanto, “faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos” (GIACOMOLLI, 2014, p. 12).

Segundo construção doutrinária, esses direitos humanos, uma vez positivados no ordenamento jurídico, passam a ser chamados de direitos fundamentais. Continuam, porém, sendo resguardados no plano internacional. Mesmo quando se fala em direitos de diversas gerações, por exemplo, não se pretende sobreposição, exclusão ou substituição de nenhum deles por outro, notadamente em virtude da íntima relação – inclusive histórica – entre direitos

⁵⁴ Marco Antônio de Barros (2013, p. 79) afirma que o “direito estatal de punir curva-se ao predomínio de algumas regras que atuam como componentes do devido processo legal”, dentre as quais se pode citar: o direito à citação; o direito de arrolar testemunhas e produzir provas; o direito de pugnar pela realização e diligências complementares; direito ao contraditório; o direito de ser processado por leis anteriores aos fatos; o direito de igualdade com a acusação; o direito à não autoincriminação; o direito à vedação da prova ilícita; o direito ao juiz natural; o direito à indeclinabilidade da prestação jurisdicional; o direito de peticionar de recorrer; o direito da decisão com eficácia de coisa julgada.

humanos e direitos fundamentais. Eles são sempre cumulativos, nunca sucessivos (GIACOMOLLI, 2014, p. 15).

Por isso que, internacionalmente falando, a Constituição da República de 1988 se consagra como guia para a nação brasileira, fixando valores para orientar a agenda internacional do país, os quais estão expressos nos incisos do seu art. 4º. Rompendo com a sistemática das constituições anteriores, ela apregoa o primado do respeito dos direitos humanos como paradigma voltado para sua atuação, inovando a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Isso implica não apenas no engajamento do país na elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também na busca plena pela integração de tais regras na ordem jurídica nacional e no compromisso com uma posição política contrária a Estados gravemente violadores desse Direito (PIOVESAN, 2013, p. 102).

Em virtude dessa importância, inclusive, a Constituição prevê que direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CR/88), independentemente do cumprimento de qualquer formalidade. Os direitos fundamentais são, assim, o núcleo da própria Constituição, sendo que sua compreensão e efetivação é tarefa não só do Estado no exercício de seus poderes, mas de todos os cidadãos.

Para assegurar a efetividade desses direitos no plano nacional e ainda inserir o Brasil no contexto internacional de proteção das liberdades e garantias individuais, o legislador constituinte, como já mencionado, determinou, no § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988, que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁵⁵.

A previsão constitucional, porém, não esclareceu a força normativa que esses direitos resguardados em tratados internacionais de direitos humanos teria dentro do ordenamento, tendo o Supremo Tribunal Federal, por algum tempo, conferido a eles o *status* de lei federal, obedecendo a critérios de normas como o princípio cronológico (*lex posterior derogat priori*, ou lei posterior revoga a anterior) e o princípio da especialidade⁵⁶ (PACELLI, 2017, p. 20), em

⁵⁵ Na Constituição anterior, de 1967, vigorava o art. 153, § 36, que previa: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota”. Assim, o texto de 1988 inovou ao incluir nesse rol os direitos advindos de tratados internacionais, os quais passam a ser objeto da proteção constitucional.

⁵⁶ No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a paridade entre tratados internacionais e a lei federal, entendimento reiterado em 1995, já após a Constituição de 1988, no julgamento do HC 72.131/RJ, no qual aquela corte em caso relativo à prisão do depositário infiel, negou a superioridade das normas de tratados internacionais (inclusive sobre direitos humanos) com relação à legislação

contraposição à forte tendência doutrinária de se atribuir àqueles o *status* de direito constitucional⁵⁷ (FERNANDES, 2007, p. 28).

Resolvendo essas divergências, a Emenda Constitucional nº. 45/04 estabeleceu critérios a serem adotados para determinar o grau de normatividade das garantias e direitos previstos em tratados internacionais, acrescentando, ao art. 5º da CR/88, o § 3º, que dispõe: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A partir de então, desde que aprovados na forma expressa no dispositivo mencionado, a legislação internacional de direitos humanos tem validade, no plano interno, de norma constitucional, sobrepondo-se, pois, a toda a legislação ordinária. Apesar de ter o mérito de explicitar a opção nacional quando da aplicação das normas internacionais, o parágrafo mencionado não deixa de estabelecer um “condicionamento altamente significativo” (PACELLI, 2017, p. 20).

Além disso, o artigo mencionado não esclarece a situação dos tratados internacionais que não preenchem o requisito nele contido, notadamente aqueles incorporados à legislação brasileira anteriormente à sua entrada em vigor em 2004. Aliás, como exemplo, citando-se apenas os que têm fortes influência no processo penal, pode-se falar do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 (PIDCP), incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº. 592/92 (BRASIL, 2006, p. 69); da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), aprovada pelo Decreto nº. 678/92 (BRASIL, 2006, p. 284); e do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1988, aprovado pelo Decreto nº. 4.388/02, (BRASIL, 2006, p. 467); dentre outros.

Diante da lacuna legislativa, a questão restou pacificada no julgamento do Recurso

ordinária. Como se verá, porém, esse posicionamento foi posteriormente modificado em julgamento que tratava exatamente sobre a mesma questão.

⁵⁷ Nesse sentido, por exemplo, assevera Flávia Piovesan (2013, p. 114) que, ao estabelecer a previsão referida, a norma constitucional confere aos direitos advindos dos tratados internacionais a mesma proteção que confere aos direitos nela consagrados, especialmente em função da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Outro argumento utilizado pela autora diz respeito à natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, conferida pela referência expressa aos tratados no art. 5º, § 2º, da CRFB/88. “Se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão” (PIOVESAN, 2013, p. 117). Os direitos provenientes dos tratados internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, fazendo daquele dispositivo uma cláusula constitucional aberta. Essa interpretação é consoante o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que visa potencializar a função útil dessas normas no ordenamento (PIOVESAN, 2013, p. 121).

Extraordinário nº. 466.343⁵⁸, em 03/12/2008, no qual o órgão pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, o que envolvia diretamente a validade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Na oportunidade, aquela corte considerou inaplicável o art. 652 do Código Civil⁵⁹, por ser contrário ao disposto no art. 7.7 da CADH⁶⁰ e o art. 11 do PIDCP⁶¹, mesmo que a prisão do depositário infiel estivesse prevista no art. 5º, LXVII, da CR/88⁶². Sobre o tema, segue, no que interessa, a ementa do Recurso Extraordinário nº. 349.703, cujo julgamento foi realizado em conjunto com do recurso acima mencionado:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

No julgamento dos mencionados recursos, cinco dos onze ministros afirmaram a tese de que os diplomas internacionais de direitos humanos têm caráter supralegal no ordenamento

⁵⁸ “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

⁵⁹ Art. 652 do CC: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

⁶⁰ Artigo 7.7 da CADH: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude do inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 2006, p. 287).

⁶¹ Artigo 11 do PIDCP: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (BRASIL, 2006, p. 72).

⁶² Art. 5º, LXVII, da CR/88: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

brasileiro, isto é, encontram-se acima da legislação ordinária, mas abaixo da legislação constitucional. A paridade constitucional foi defendida por quatro ministros, enquanto outros dois ministros não aderiram a nenhuma das teses sobre a hierarquia normativa.

Desse julgamento, portanto, a corte constitucional brasileira rompeu com o entendimento que pairava desde 1977 de que parificava todos os tratados internacionais à lei ordinária, estabelecendo, ao revés, que os direitos humanos expressos em tratados internacionais, que estão acima da lei ordinária e irradiam um “efeito bloqueador” de normas infraconstitucionais que a eles sejam contrárias (GIACOMOLLI, 2014, p. 23).

Esses direitos humanos advindos dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário integram o ordenamento jurídico e, por isso, devem ser utilizados como parâmetros para reforma e integração da legislação ordinária às exigências internacionais, funcionando como sustentação deontológica e esferas epistemológicas (de estrutura, metodologia e crítica), a gravitar em torno do processo penal (GIACOMOLLI, 2014, p. 16).

No tocante à presunção de inocência, além da previsão constitucional, ela se encontra presente no ordenamento brasileiro também em virtude dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário. Como acima citado, referido princípio é garantido expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 11.1), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8.2), todos eles assinados no Brasil, estando os dois últimos incorporados à legislação por meio de decretos também já mencionados.

Dessa forma, por estar o princípio expresso em diversos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, o respeito à presunção de inocência no ordenamento pátrio é necessidade que ultrapassa a dimensão interna e se insere no âmbito internacional a partir do compromisso assumido pelo país de proteção às garantias e direitos fundamentais mediante a assinatura dos respectivos tratados internacionais, envolvendo, assim, questões de legitimidade interna e externa. Os tratados internacionais de direitos humanos que tratam sobre a matéria, irão, assim, reforçar o valor jurídico desse princípio de forma tal que eventual violação a ele importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional.

3.4 Efeitos do princípio da presunção de inocência no ordenamento

As considerações já delineadas sobre o princípio da presunção de inocência permitem concluir que seu dimensionamento e conseqüente concretização não são objeto de consenso no mundo jurídico, notadamente porque tratados internacionais que o contem e a própria

Constituição o referenciam de forma genérica ou limitada. Por isso, em qualquer estudo que verse sobre ele é essencial fazer referência às construções doutrinárias e jurisprudenciais⁶³ acerca da definição e aplicação da presunção no processo penal.

Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 35), boa parte das divergências entre juristas decorre da falta de clareza acerca de como certos enunciados devem ser interpretados na teoria jurídica, sobretudo em razão do “significado emotivo” de certas expressões. É o que ocorre com a expressão “presunção de inocência”, seja em virtude do momento histórico em que foi inicialmente cunhada, seja pelo seu emprego multiforme nas diferentes legislações que a abordam.

Assim, o “significado emotivo” da presunção de inocência remonta ao contexto histórico em que fora cunhada e revela, basicamente, um estado de ânimo com relação à repressão penal, que, como se verá, repercute em diferentes fases do processo, e até mesmo fora dele. Por isso mesmo não pode ser pensada a partir de uma concepção puramente técnica resultante da junção das palavras “presunção” e “inocência”, tal como pretendia realizar a Escola Técnico-Jurídica, única e exclusivamente com a finalidade de mitigar seu alcance.

Conforme consolidado na doutrina, as presunções, tecnicamente falando, se relaciona, à consequência de a lei extrair de um fato conhecido para um fato desconhecido. Por outro lado, a palavra “inocência” (do latim: *in* e *nocens*, ou não nocivo), também no sentido técnico, se relaciona à crença rousseauiana na bondade inata do indivíduo. Com base nessas concepções, formulam-se críticas ao valor do princípio, as quais afirmam que a experiência processual penal permite concluir que a maioria dos acusados não são inocentes, bem ainda a alegação oposta de que a maioria dos homens é honesta e, por isso, a regra seria conforme a natureza. (GOMES FILHO, 1991, p. 36).

As críticas, contudo, baseadas no tecnicismo da expressão, se mostram totalmente impróprias quando ela é analisada sob a perspectiva histórica, em sua origem, em 1789 com a Revolução Francesa. Em verdade, referido princípio antes de uma presunção propriamente dita, diz respeito ao repúdio ao sistema penal que vigia até então, no qual o acusado deveria comprovar a improcedência da acusação, muitas vezes sob pena de suportar as consequências do *non liquet* (GOMES FILHO, 1991, p. 35-36).

Ademais, como também assevera Antônio Magalhães Gomes Filho, as presunções seriam normas de comportamento através das quais o legislador formula regras de “dever-ser”, não asserções sobre a realidade. Demais disso, elas estariam fundamentadas em valores

⁶³ As considerações jurisprudenciais sobre os efeitos de presunção de inocência, como esclarecido supra, são analisadas em pesquisa jurisprudencial cujos resultados estão delineados na seção 5.1 infra.

ideológicos e técnicos. No caso da presunção de inocência, seu valor ideológico diria respeito à garantia dos interesses do imputado na persecução criminal (e nas esferas a ela relacionadas), enquanto seu valor técnico, instrumental, contribuiria para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser seguida no caso concreto. (GOMES FILHO, 1991, p. 36).

Logo, o entendimento da expressão “presunção de inocência” deve se dar eminentemente em seu valor ideológico, pois se trata de uma definição mais política do que técnica. Seu valor técnico, em verdade, advirá da sua interpretação e das consequências de sua implementação no ordenamento jurídico, as quais serão analisadas na sequência.

No Brasil, como ressaltado, a presunção de inocência foi positivada pela primeira vez no ordenamento na Constituição da República de 1988, no art. 5º, LVII. Todavia, se, por um lado, essa positivação reforça a relevância do princípio no cenário jurídico brasileiro, por outro, ela não produz efeitos imediatos, provocando uma mudança substancial no comportamento dos atores jurídicos e da sociedade, revelando mais uma vez a relevância da delimitação dos efeitos realizada doutrinariamente.

Nesse sentido, importa especificar os quatro efeitos ou aplicações da presunção de inocência geralmente apontados pela doutrina, embora com algumas variações. Na primeira delas, ele é entendido como o princípio informador geral do processo penal; na segunda acepção, a presunção de inocência determina o tratamento que o imputado deve receber durante o procedimento persecutório; em terceiro, ela exige requisitos da atividade probatória para que ela seja válida a embasar uma sentença condenatória (regra probatória); e, por último, ela atua como critério decisório em casos de dúvida sobre os fatos *sub judice* (regra de juízo).

No sentido de garantia básica do processo penal, a presunção de inocência é conceito fundamental em torno do qual se constrói o modelo de persecução criminal em um sistema jurídico no qual sejam respeitados todos os valores inerentes à dignidade da pessoa humana (GOMES FILHO, 1991, p. 37).

É verdade que esse significado da presunção de inocência já se encontra inserido dentro do direito ao devido processo legal. Porém, como já ressaltado, por se tratarem ambos de direitos humanos, delimitam de forma complementar e interdependente os parâmetros do direito processual penal em um Estado Democrático de Direito, de forma tal que os dois são necessários para reforçar a necessidade do cumprimento de certas formalidades ou mesmo porque um pode incidir em espaços onde o outro não incide⁶⁴, já que a aplicação dos direitos

⁶⁴ Nesse sentido, por exemplo, Montañes Pardo (1999, p. 38) cita decisão do Supremo Tribunal Constitucional da Espanha que reconheceu a presunção de inocência enquanto princípio cardinal do sistema penal em suas facetas

humanos é sempre expansível.

Ademais, enquanto princípio informador do processo penal, a presunção de inocência atua como diretriz para os aplicadores do direito e para o próprio legislador. Aliás, já para os integrantes da Escola Clássica, o princípio constituía o eixo fundamental sobre o qual girava o processo penal, por ter um papel político central, estabelecendo limites da relação entre os indivíduos e o poder. Há, pois, uma intrínseca relação entre um Estado garantista e a presunção de inocência, pois em Estados totalitários, nos quais a punição é mais importante que a proteção do inocente, sua aplicação é totalmente impensável (LÓPEZ, 2005, p. 119-120).

Em um segundo sentido, a presunção de inocência também pode ser considerada enquanto regra de tratamento do imputado. Nessa acepção, o princípio encerra a garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou administrativo pode fundar-se na equiparação da situação do imputado à do culpado (GOMES FILHO, 1991, p. 46), sendo ilegítimos quaisquer desses atos que se fundem exclusivamente na imputação.

Parte-se, pois, da ideia de que o imputado é inocente e assim ele deve ser tratado enquanto não houver decisão condenatória com o trânsito em julgado⁶⁵, devendo o processo penal restringir o mínimo possível de seus direitos⁶⁶. Por isso, por exemplo, os presos preventivos devem estar separados dos condenados nos estabelecimentos prisionais, bem ainda as medidas cautelares devem cumprir requisitos de proporcionalidade, a prisão provisória deve ser subsidiária, se sustentar em indícios de culpabilidade e ter duração inferior à pena possivelmente imposta (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 40).

Enquanto regra de tratamento a presunção de inocência ainda garante ao cidadão imputado tratamento respeitoso não só no plano formal e abstrato, mas também em práticas que possam atribuir-lhe o caráter de culpado antes do trânsito em julgado da condenação, como é o caso do uso desnecessário de algemas.

Todavia, não é somente na esfera processual penal que a presunção de inocência produz

adjetiva e substantiva, declarando inconstitucional, em virtude desse, uma tipificação legal que visava punir a posse de objetos destinados ao roubo. Logo, enquanto garantia básica da persecução criminal, no âmbito legislativo, a presunção de inocência impede o legislador de criar normas que impliquem uma presunção de culpabilidade ou que obriguem o acusado a provar sua inocência, ainda que no âmbito do direito penal material.

⁶⁵ Mercedes Fernández López (2005, p. 124) aponta discussões doutrinárias sobre a vigência temporal do princípio sob esse enfoque, discussão essa que se justifica na Espanha porque a Constituição desse país não define expressamente quando essa presunção se finda (BELTRÁN, 2018, p. 159). No Brasil, porém, essa discussão não se aplica porque a Constituição da República de 1988 é expressa ao definir que todos serão considerados inocentes “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a despeito de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que, como se verá, parecem entender de forma diferente.

⁶⁶ É nessa acepção que a presunção de inocência foi proclamada na Declaração de Direitos do Homem de 1789, já mencionada, bem ainda em outros tratados internacionais.

esses efeitos. Referido princípio é oponível a toda a sociedade, mas também aos cidadãos, que são promovedores e garantidores de todos os direitos fundamentais. E isso se dá inclusive em casos afetos à esfera processual cível, que podem acarretar algumas consequências sancionadoras, como é o caso de restrição de outros direitos em virtude da mera acusação ou às referências indevidas a processos em andamento, bem ainda fora do âmbito judicial, entre particulares, com destaque para as questões relativas ao tratamento do imputado pelos meios de comunicação⁶⁷.

Como visto acima, na seção 2.3, a fórmula da presunção de inocência foi inscrita pela primeira vez de forma solene no art. 9º da Declaração de 1789 preconizando justamente um pressuposto de tratamento do imputado no curso de um processo penal humanizado. Essa forma de compreensão também é aquela da doutrina que rechaça a relevância do significado técnico do termo “presunção”.

Também no caso do texto constitucional brasileiro a forma como o princípio é expresso parece demonstrar a relevância conferida pelo legislador à condição de não culpabilidade do cidadão no ordenamento e à vedação a qualquer forma de tratamento que implique equiparação à situação oposta, do tratamento do réu enquanto presumivelmente culpado⁶⁸, não obstante esse enfoque não impossibilite a consideração ampla do princípio, que encontra sua base na estrutura principiológica do Estado, a qual reafirma a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Em um terceiro sentido, a presunção de inocência teria papel de regra probatória. É nessa acepção que se direcionam os principais estudos recentes sobre a presunção de inocência (LÓPEZ, 2005, p. 139), para os quais este trabalho visa contribuir, razão pela qual a presunção de inocência enquanto regra de tratamento que incide no ônus da prova processual penal será

⁶⁷ Ferrer Jordi Beltrán (2018, p. 154) discorda da incidência da presunção de inocência nesses casos e afirma que ela é aplicada jurisprudencialmente somente de forma retórica, posto que as situações colocadas ofenderiam, em verdade, o direito à honra e à imagem. Porém, não haveria violação ao direito à honra e à imagem ao considerar-se um sujeito culpado se a presunção de inocência não tivesse a dimensão de regra de tratamento, sendo que referidos direitos, como outros direitos humanos, são complementares e interdependentes. O próprio autor, aliás, embora tente diminuir a relevância disso, admite que a presunção de inocência nesses casos é pressuposto da violação à honra ou à imagem.

⁶⁸ A doutrina italiana também reforça esse caráter ao apontar que a não consideração de culpabilidade também inserida na Constituição (art. 27, § 2º) daquele país privilegia o tratamento jurídico do imputado, o seu *status* de inocência no curso da persecução penal, enquanto uma possível referência ao termo “presunção de inocência” diria respeito aos aspectos do convencimento judicial (GOMES FILHO, 1991, p. 42). Na Itália, porém, a formulação legal da presunção de inocência recebeu nítida influência da Escola Técnico-Jurídica, que criticava a utilização desse termo e preferia a expressão “não culpabilidade”, mitigando assim a aplicabilidade do princípio. No caso brasileiro, contudo, conforme se extrai dos debates legislativos que precederam a formulação do texto constitucional, a escolha pela expressão da não culpabilidade se deu em virtude de uma aderência técnica ao ensinamento italiano, que, todavia, não correspondia ao objetivo ideológico do legislador, uma vez que, quando se analisa a Constituição da República de 1988 como um todo sistêmico torna-se impossível a compreensão mitigada da presunção de inocência.

objeto de um único capítulo desta dissertação.

O que se pode adiantar, no entanto, é que, nessa acepção, a presunção de inocência impõe as regras que determinam como deve ser o procedimento probatório e as características que cada meio de prova deve ter para fundamentar uma sentença condenatória (LÓPEZ, 2005, p. 139). Assim, não é qualquer prova que destrói o *status* de inocência, mas a prova produzida segundo certas garantias e de determinada forma.

Por fim, em um quarto sentido, a presunção de inocência também pode ser interpretada como regra de juízo. Quando o juiz se encontra em situação de dúvida irresolvível, aplica-se a presunção de inocência para evitar o *non liquet*. (LÓPEZ, 2005, p. 157) e resolver-se a questão em prol da inocência do acusado. Como se verá, para alguns autores, essa faceta estaria integrada com o *in dubio pro reo*, enquanto para outros ambos os princípios não incidem nas mesmas situações.

Após essas considerações importa ressaltar que embora essas manifestações da presunção de inocência possam ser estudadas separadamente, é certo que ela é apenas doutrinária e, na prática, elas não atuam desconexas umas das outras, uma vez que todas elas têm o mesmo pano de fundo: a ideia de que não se deve infligir castigo algum a um indivíduo inocente (LÓPEZ, 2005, p. 119).

Porém, embora não seja exata, essa divisão dos efeitos da presunção de inocência ajuda a garantir sua efetividade prática. Muito mais que apenas um direito fundamental concreto, ela é um norte a ser seguido por legislador, aplicadores do direito e até mesmo pela sociedade, o que amplia sua incidência e lhe agrega valor único. Porém, essa amplitude, se não especificada, pode gerar a banalização do princípio que, tomado sempre de forma abstrata, pode acabar comprimindo-se, tal qual ocorrera no período iluminista acima mencionado.

No século XVII, como relatado acima, a presunção de inocência finalmente foi elaborada enquanto princípio regulador da persecução penal, não logrando, todavia, fincar raízes nos ordenamentos modernos justamente por ser considerada por demais genérica e abstrata. Dessa forma, a identificação de situações específicas nas quais incide o princípio é dever daqueles que objetivam a construção de um processo penal constitucional, justificando-se, pois, o estudo de suas consequências em esferas separadas.

Lado outro, justamente por se tratar de construção doutrinária, essa divisão entre quatro efeitos não é consenso entre os estudiosos do tema, que não raro afirmam, por exemplo, que

somente as três primeiras mencionadas são facetas da presunção de inocência⁶⁹; ou que, na verdade, as funções de regra probatória e regra de juízo seriam faces diferentes do mesmo efeito⁷⁰; ou que definem a regra probatória enquanto a regra de juízo ou como o próprio *in dubio pro reo*⁷¹; ou mesmo que neguem a relevância de quase todas essas acepções e afirmem que o princípio basicamente exerce a função de regra de juízo⁷².

Entre esses vários entendimentos doutrinários e todas as discussões que poderiam ser travadas a esse respeito, no presente trabalho, faz-se relevante apontar apenas as considerações daqueles que aventam se a presunção de inocência realmente possui efeito enquanto regra probatória e se esse aspecto se confunde, ou não, com a regra de juízo ou o *in dubio pro reo*.

3.4.1 Regra probatória versus regra de juízo

É verdade que a presunção de inocência enquanto regra probatória já era delineada anteriormente pela doutrina italiana. Todavia, seu estudo de forma não individualizada fazia com que fosse confundida com a regra de julgamento do *in dubio pro reo*. A partir de decisões emblemáticas do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional da Espanha, a doutrina desse país passou a apontar o caráter de regra probatória da presunção de inocência como um dos principais novos enfoques que esse princípio pode ter, o que foi possibilitado pela conclusão extraída daquelas decisões de que a presunção de inocência tem dimensão que independe do *in dubio pro reo*⁷³. (MORAES, 2010, p. 461).

⁶⁹ Montañes Pardo (1999, p. 38, 41), seguindo ensinamentos de Jaime Vegas Torres, aponta que a presunção de inocência pode ser considerada em três acepções: como garantia básica do processo penal, como regra de tratamento do imputado durante o processo e como regra probatória, dirigida ao juiz no momento de prolação da sentença, com incidência no âmbito probatório, do que decorreria a necessidade de a acusação provar a culpabilidade do acusado, impondo-se a absolvição caso isso não ocorra.

⁷⁰ Nesse sentido, Mercedes Fernández López (2005, p. 117) afirma que a presunção de inocência tem três funções distintas. A princípio informador do processo penal; a de determinar o tratamento que o imputado deve receber durante o processo; e, por fim, de constituir uma regra com efeitos no âmbito da prova, sendo que, nessa dimensão, possuiria duas funções distintas, mas que poderiam ser estudadas conjuntamente: a de regra probatória e a de regra de juízo.

⁷¹ Jordi Nieva Fenoll (2016, p. 10) aponta que a presunção de inocência cria uma regra de ônus da prova que é o *in dubio pro reo*, ou seja, em caso de insuficiência da prova, o juiz deve optar pela absolvição. Trabalha, assim, com o ônus da prova subjetivo, o qual, conforme se verá adiante, corresponde ao critério de julgamento do juiz, o qual raramente é aplicado porque casos de ausência de prova quase não chegam a juízo. Assim, por tampouco ser um standard probatório, a presunção de inocência se resumiria à função de princípio geral orientador do processo penal para livrar o juiz do preconceito da culpabilidade.

⁷² Ferrer Jordi Beltrán (2018), embora aponte as quatro facetas mencionadas reconhecidas pela jurisprudência espanhola, afirma que elas são utilizadas com caráter meramente retórico, eis que a única função relevante da presunção de inocência no ordenamento seria como regra de juízo, o que ele ainda condiciona à existência de um standard de prova. Também reconhece a importância do princípio enquanto regra de tratamento, mas somente com relação à clareza das medidas cautelares.

⁷³ Ferrer Jordi Beltrán (2018, p. 169-170) argumenta que, em um primeiro momento, o *in dubio pro reo* era tido

Assim, desatrelando-se a presunção de inocência do *in dubio pro reo* abre-se caminho para o estudo separado das suas dimensões de regra de juízo e regra probatória. Para os autores que adotam essa diferenciação, enquanto regra de juízo, a presunção de inocência dirige-se à análise do material probatório já produzido, visando determinar se ele é ou não suficiente para a condenação do imputado⁷⁴. Lado outro, enquanto regra probatória, a presunção de inocência servirá como parâmetro para se determinar: quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado. (MORAES, 2010, p. 462).

Aliás, é certo que esses efeitos da presunção de inocência se manifestam em momentos distintos e possuem diferentes pressupostos. No processo penal de cunho acusatório, em um primeiro momento, as provas são colhidas e levadas ao processo. Somente em um segundo momento essas provas, caso válidas, serão analisadas pelo juiz, que as utilizará para formar seu convencimento acerca dos fatos julgados. Assim, se seguem o fluxo natural da persecução penal, os estudiosos dessa área em um primeiro momento estudam como deve se dar a atividade probatória que constrói o fato no processo para, só depois, analisar a atividade jurisdicional de análise das provas.

Dessa forma, de um lado, a presunção de inocência como regra probatória exige que a atividade de prova seja praticada com todas as garantias, sendo que, caso não o seja, o órgão jurisdicional deverá dar uma sentença absolutória. Do outro lado, após a produção da prova com todas as garantias (ou seja, superada a presunção de inocência enquanto regra probatória), o resultado advindo com o exame daquela não é concludente. (LÓPEZ, 2005, p. 157). Nesse caso, a dúvida deve se resolver em favor do acusado com a aplicação da presunção de inocência.

Asdemais, embora as perspectivas da presunção de inocência enquanto regra probatória e regra de juízo liguem o princípio ao campo da prova no processo penal, o estudo em separado dessas dimensões, além de partir de pressupostos distintos, ainda traz vantagens concretas à persecução criminal.

A primeira dessas vantagens é que o estudo assim elaborado demonstra mais nitidamente que, se de um lado o processo penal demanda uma atividade probatória lícita e

como consequência da presunção de inocência, o que foi modificado pelos tribunais superiores espanhóis, os quais, por razões pragmáticas e para diminuir o número de reclamações constitucionais acerca da violação desse princípio, passaram a entendê-los como coisas distintas. A presunção de inocência aplicar-se-ia quando não há provas válidas de autoria, enquanto o *in dubio pro reo* resolveria dúvidas sobre os fatos ou a participação do acusado. Segundo o autor, isso significaria que a presunção de inocência não é regra de julgamento, pois não implica valoração de prova e só é aplicada na ausência dessa, o que resulta na desproteção constitucional dessa faceta do princípio que, por isso, recebe o tratamento mais descuidado.

⁷⁴ Alguns autores, como Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 462) defendem que a presunção de inocência enquanto regra de juízo também orienta a escolha da norma aplicável ao caso, que deve ser a mais favorável ao réu.

incriminadora, atribuída à acusação – como se verá mais adiante –, esses aspectos não necessariamente estão conectados com as noções subjetivas relacionadas às regras de juízo, como os conceitos de suficiência, probabilidade e dúvida razoável (MORAES, 2010, p. 464).

Isso porque a presunção de inocência enquanto regra que incide no ônus da prova presta-se a regular mais a atividade probatória entre as partes que a atuação subjetiva do juiz. É claro que, constatando qualquer irregularidade, esse deverá no sentido de resguardar direito fundamental do réu, seja no curso do processo ou quando da decisão de mérito. É claro, também, que é o julgador quem profere a decisão final do processo, razão pela qual a atuação das partes com relação às provas está mesmo relacionada à análise que ele fará sobre o conjunto probatório.

Todavia, o estudo em separado da presunção de inocência enquanto regra probatória e enquanto regra de juízo permite uma compreensão mais clara da distribuição da atividade probatória, de um lado, e dos critérios de análise das provas colhidas a serem utilizados pelo julgador na formação de seu convencimento, do outro, o que acaba com a tese doutrinária de que inexistente um ônus da prova (subjetivo) entre as partes no processo penal acusatório⁷⁵.

Deve-se mencionar, ainda, que o estudo da presunção de inocência enquanto norma probatória permite a aplicação desse princípio em um espaço normativo-constitucional que lhe é próprio, mas vem sendo insuficientemente substituído por outros direitos fundamentais, como o da inadmissibilidade da prova ilícita, o da necessidade de motivação das decisões judiciais e o do duplo grau de jurisdição (MORAES, 2010, p. 465), o que gera soluções insatisfatórias ou por demais complexas de alguns casos.

Embora referidos princípios possam e devam ser utilizados para garantir a tutela do cidadão, em algumas situações eles são arguidos em substituição à presunção de inocência, que, caso tivesse sua dimensão de regra probatória considerada ocuparia seu devido espaço normativo (MORAES, 2010, p. 467) e até mesmo garantiria de forma mais efetiva o cumprimento desses outros princípios com o qual ela se inter-relaciona.

Assim, por exemplo, se o tribunal *ad quem* aplica a presunção de inocência enquanto norma probatória a situações concretas que envolvam a ilicitude na obtenção de uma prova, não haverá espaço para discussão acerca da necessidade ou não de desentranhamento dessa ou da

⁷⁵ Na contramão dessa ideia, o que se observa, em muitos casos, é um estudo conjunto dos dois momentos, da atividade probatória e da atividade cognitiva do juiz. Nesse sentido, por exemplo, cita-se Gustavo Badaró (2003), o qual considera que as regras de distribuição do ônus probatório seriam decorrência natural do princípio *in dubio pro reo*. Embora esse tipo de compreensão não comprometa a seriedade dos estudos, não há como negar que ela limita a concretização do princípio e produz alguns resultados incompatíveis com a ordem constitucional, como a possibilidade de que o juiz produza provas de ofício.

devolução dos autos ao tribunal *a quo* para novo julgamento. Isso porque antes de se analisar se aquela prova era realmente essencial para a condenação, já houve violação da presunção de inocência enquanto norma probatória, o que já implica em violação de direito fundamental e, assim, em nulidade da decisão primeva (MORAES, 2010, p. 467).

Afinal, como já delineado, a análise da conformidade da prova com a presunção de inocência enquanto regra probatória precede qualquer juízo acerca da suficiência da prova para possível condenação. Com a simples remissão à presunção de inocência estariam garantidos, nesse caso, os princípios da inadmissibilidade da prova ilícita, o da necessidade de motivação das decisões judiciais e o do duplo grau de jurisdição, sem a necessidade de discussões doutrinárias prolongadas pautadas em uma sobreposição e ponderação desnecessária de princípios.

Como já salientado, embora todas as perspectivas da presunção de inocência sejam passíveis de análise aprofundada e tenham igual relevância para a construção de uma persecução penal democrática, a presente dissertação focará a abordagem nos efeitos que esse princípio produz no âmbito probatório do processo penal, sobretudo no que diz respeito no âmbito da prova.

É nessa perspectiva que os estudos doutrinários sobre presunção de inocência se encontram mais defasados, problema esse que é acompanhado pela jurisprudência brasileira, a qual, como se verá, não conecta de forma relevante a atividade probatória e o referido princípio constitucional. Por essa razão, salienta Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 468) que o estudo da presunção de inocência como “norma probatória” deve ser aprofundado por doutrina (e jurisprudência) para que referido princípio se expanda o quanto necessário e tenha a devida aplicação prática.

Visando agregar conhecimentos nesse sentido, nos capítulos seguintes serão analisadas as consequências que o princípio da presunção de inocência faz incidir no campo probatório, mais especificamente na questão relativa ao ônus da prova, no processo penal democrático. Para facilitar a compreensão do tema, porém, primeiramente serão apontadas algumas noções doutrinárias e conceituais acerca da prova e do ônus da prova no processo penal.

4 PROVA E ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Como visto, a presunção de inocência pode ser abordada sob diversos enfoques, os quais são complementares e igualmente relevantes para o desenvolvimento do processo penal democrático. No presente trabalho, porém, o princípio será melhor abordado em sua dimensão

de regra probatória, especialmente na parte que afeta o ônus da prova processual penal pautado nos parâmetros constitucionais.

No Estado Democrático de Direito, o estado de inocência do imputado somente pode ser modificado mediante uma persecução criminal limitada pelas garantias constitucionais protetoras da dignidade da pessoa humana. Essa persecução visará construir a percepção de suposto fato criminoso, o que se dará através das provas. Assim, as regras probatórias no processo penal democrático serão, pois, a concretização, nessa área da atuação estatal, dos princípios previstos na Constituição que visam salvaguardar os direitos individuais do cidadão contra possíveis arbitrariedades do poder público.

Embora isso transfira o estudo de alguns limites à atividade probatória para o campo constitucional, não é possível estudar o ônus da prova no processo penal sem explanar algumas noções conceituais já trabalhadas na doutrina sobre o tema. E por isso o presente capítulo visa traçar essas noções previamente construídas pelos estudiosos da área, ressalte-se, sem qualquer intenção de esgotar o estudo dessas, para então buscar compatibilizá-las com o exercício democrático da jurisdição penal.

4.1 Finalidade da atividade probatória

O conceito que se dá ao vocábulo “prova” está diretamente relacionado ao que se entende como sendo a finalidade dessa. Assim, antes de passar à conceituação daquele, é interessante que se faça uma breve abordagem acerca das finalidades atribuídas, pela doutrina, à atividade probatória no processo penal.

Por muito tempo boa parte da doutrina considerou que a atividade probatória tem como finalidade máxima a demonstração objetiva da verdade no processo. Essa concepção transfere para o processo penal o estudo das concepções filosóficas acerca do conceito de verdade. E, baseando-se na cientificidade moderna, muitos são os autores que defendem que a investigação processual está vinculada à existência ou inexistência de um fato tal como ocorrera no passado, se embasando em uma visão correspondista da verdade processual. Todavia, como se verá no capítulo 6 desta dissertação, além de não poder ser demonstrada pelos rastros analógicos do passado, a verdade correspondente, sempre conjugada com poderes instrutórios do juiz, fundamenta uma realidade autoritária de processo penal, de clara matriz inquisitória. (KHALED JR., 2016, p. 298).

Defendendo essa teoria, pode-se citar Eugênio Pacelli (2017, p. 333), para quem a finalidade da prova seria a reconstrução da verdade “dos fatos investigados no processo,

buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*” (grifo no original).

Khaled Jr. ainda aponta outra corrente que defende que a atividade probatória deve simplesmente fixar formalmente os fatos alegados no processo, usando de procedimentos legais para controlar as alegações das partes. Essa concepção enfatiza o caráter de procedimento, de atividade probatória que é conduzida no processo, e se contrapõe à atividade probatória no geral, que se submete a critérios epistemológicos. Assim, os critérios procedimentais afastariam a prova de uma relação significativa com o passado. A “verdade” aí obtida teria caráter formal, em contraposição à verdade real ou material da concepção anterior. (KHALED JR, 2016, p. 302).

O mesmo autor também salienta, porém, que o grande problema dessa corrente é que a estrutural formal do processo não é suficiente para afastar a noção de verdade baseada na realidade empírica anterior e, assim, o decisionismo judicial. Além disso, ainda que se considere que o procedimento seja mesmo suficiente para desvincular a persecução do fato histórico, isso significaria que qualquer decisão judicial é potencialmente válida, mesmo que desconsidere totalmente o evento concreto em que se embasa. Assim, tal como a corrente anterior, a corrente que defende o caráter formal-processual da verdade a ser obtida no processo também permite e legitima abusos por parte do julgador.

Ademais, a contraposição que geralmente se apresenta entre verdade formal e verdade material é falsa, pois ambas levam ao mesmo resultado, qual seja, a maximização do espaço do decisionismo judicial, uma porque se apega à verdade enquanto correspondência com a realidade, e a outra porque se apega a elementos formais que não possuem vinculação com o passado. Ambas não explicariam a dimensão cognitiva e comunicacional do processo e ignorariam o papel do juiz enquanto receptor da prova no processo (KHALED JR., 2016, p. 305).

Lado outro, existem ainda alguns doutrinadores que atribuem a finalidade da atividade probatória no processo como sendo a captura psíquica do juiz. Nesse sentido, por exemplo, Marco Antônio de Barros (2013, p. 138) assevera que a finalidade da prova deve ser examinada pelo prisma da convicção do julgador “quanto a existência dos fatos e atos jurídicos que são objeto da afirmação positiva ou da argumentação negativa, segundo as alegações feitas pelas partes”.

Porém, como salienta Khaled Jr. (2016, p. 315), essas teorias que determinam ser a finalidade da prova conseguir o convencimento psicológico do juiz a respeito da veracidade ou falsidade dos fatos não podem ser totalmente separadas das teorias que vinculam essa finalidade

ao preceito de verdade, posto que não o abandonam, mas o definem segundo seu destinatário.

Nesse sentido, ainda vinculando-se à correspondência, o já citado Marco Antônio de Barros (2013, p. 139), seguindo os ensinamentos de Rogério Lauria Tucci, assevera que a prova judiciária é realizada para se encontrar a verdade dos fatos afirmados pelas partes (sentido objetivo) para que o órgão judicial se convença de sua correspondência com a realidade, para que se forme em seu espírito a convicção da verdade (sentido subjetivo).

Para os que aderem a essa corrente, ela possibilitaria a superação da contraposição entre verdade material e verdade formal, pois a veracidade ou falsidade dos fatos, no processo, seria sempre determinada pela convicção psicológica do julgador. Assim, tendo-se em vista o papel central que a captação psíquica do juiz representa no processo, poder-se-ia desenvolver questionamentos que evidenciam o caráter analógico da verdade no processo e, ao mesmo tempo, demonstram a incerteza na formação da convicção no processo penal, o que segundo Khaled Jr. (2016, p; 315), é necessário para se construir uma estrutura regrada do poder punitivo.

Também Hélio Tornaghi (1997, p. 270), acredita que a principal finalidade da prova é formar a convicção do juiz. Todavia, o autor salienta que no processo inquisitório, essa é a sua única finalidade, enquanto no processo acusatório essa é apenas uma das. É precipuamente para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação ou das circunstâncias que envolvem o crime que se faz a prova, mas não exclusivamente para isso. As partes têm a faculdade de pronunciar-se sobre a prova, discuti-la, impugná-la, e dessa forma cada uma delas pode até mesmo convencer a outra ou alterar sua visão dos fatos⁷⁶, sendo também destinatárias da atividade probatória. No mesmo sentido é a opinião de Moacyr Amaral dos Santos (2008, p. 342).

Ademais, essa finalidade de formar a convicção do juiz diria respeito à verdade histórica, “aos fatos tal qual eles se passaram” (TORNAGHI, 1997, p. 270). Por isso, não importaria que o acusado admita a acusação como procedente, ou que o acusador acolha a afirmação do acusado como verdadeira. Ainda que as opiniões das partes sejam convergentes, o juiz deveria descobrir a verdade, pois, ao contrário do que ocorre no cível, no campo penal os fatos incontrovertidos também seriam objeto de indagação do juiz. Nesse, ainda que as partes cheguem a um acordo sobre algo, o juiz deveria colher as provas que levam ao conhecimento dos fatos reais, “verdadeiros”.

De uma simples leitura das considerações despendidas sobre o tema já é possível

⁷⁶ Tornaghi (1997, p. 270) ainda complementa que, embora isso também ocorra nos crimes de ação pública, nos de ação privada se torna ainda mais visível,

concluir que independentemente da finalidade atribuída pela doutrina à prova, essa não pode prescindir da busca por alguma noção de verdade (BADARÓ, 2003, p. 24). Caso contrário, o processo penal estaria fadado a um relativismo exacerbado, por sua vez legitimador do decisionismo (KHALED, 2016, p. 308). Além do mais, é essa busca que legitima a própria atividade jurisdicional, pois somente quando se considera a verdade como condição para aplicação da norma que valores como legalidade, correção e justiça das decisões judiciais ganham sentido (BADARÓ, 2003, p. 26).

Por essa razão, todas as concepções acima apresentadas falham não quando definem de forma errônea a finalidade da prova, mas, em verdade, quando atrelam a atividade probatória, de qualquer forma, à concepção correspondista de verdade. Afinal, ainda que se considere que a finalidade da prova é a obtenção do convencimento do juiz, é impossível a construção de um modelo de processo penal democrático, notadamente no que diz respeito à produção probatória, se se segue acreditando que o julgador buscará esse convencimento através de uma suposta prova que represente dados objetivos do passado. Essa análise será aprofundada no capítulo 6 dessa dissertação, cabendo, agora, somente explicar as definições de prova e ônus da prova que decorrem das finalidades apontadas.

4.2 A prova no processo penal

Apresentam-se, agora, alguns dos conceitos de prova apontados na doutrina, as quais serão essenciais para que se compreenda a noção de “ônus da prova” com a qual se pretende trabalhar no presente estudo, notadamente no que diz respeito ao seu aspecto argumentativo, a ser trabalhado no último capítulo.

Como assevera Hélio Tornaghi (1997, p. 269-270), a palavra “prova” pode ser usada em vários sentidos, todos correlacionados entre si. Em um primeiro sentido, ela designa a atividade probatória, que seria o procedimento da prova ou “o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último”. No segundo, designaria o resultado dessa atividade. É nesse significado que se diz, por exemplo, que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (art. 157 do CPP, antiga redação). Em um terceiro significado, mais amplo, “prova” remeteria a qualquer elemento de convicção. É o modo em que é empregada, por exemplo, no art. 6º, III, do CPP, que manda a autoridade policial “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato”. Por fim, em um quarto sentido, refere-se aos meios de prova, como a testemunhal, indiciária documental etc.

Por sua vez, segundo Mittermaier (1996, p. 55), prova seria a soma dos motivos geradores da certeza do juiz, na qual repousaria o veredicto condenatório ou absolutório, ou, ainda, a “base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz” (1996, p. 57).

O autor alemão ainda adverte que a prova pode ser tomada sob o ponto de vista daquele que a produz e daquele perante quem ela é dada. No primeiro caso, a palavra prova é tomada subjetivamente e “designa os esforços feitos pela parte para fundar a convicção no ânimo do juiz, e habilitá-lo a decidir com toda a certeza a respeito dos fatos da causa”. Nesse sentido, prova e produção de prova seriam sinônimos. No segundo caso, a prova é tomada objetivamente e designa o complexo de motivos que “dão em conclusão a realidade dos fatos acusados”, sendo sinônimo de certeza. (MITTERMAIER, 1996, p. 57).

Para Marco Antonio de Barros (213, p. 140), no processo penal, “a prova resume-se a todo meio (qualquer coisa, ainda que material), que se destina a levar ao conhecimento do juiz e das partes a existência ou a inexistência de um fato material ou a verdade acerca do que se alega”⁷⁷.

Já para Montañes Pardo (1999, p. 74), a prova no processo penal seria “a atividade processual das partes e do julgador, dirigida a formar a convicção deste último sobre a verdade ou certeza dos fatos afirmados pelas partes”, a qual se desenvolve fundamentalmente em juízo.

As provas são classificadas segundo diversos critérios, entre os quais: o objeto, o sujeito e a forma. O objeto geralmente são os fatos da causa, alegados pelas partes (BARROS, 2013, P. 141). Assim, no processo penal, em primeiro lugar devem ser provadas a veracidade da afirmação positivada a respeito da existência do fato ilícito e de sua autoria, bem ainda as circunstâncias subjetivas e objetivas que influenciem na convicção do juiz. Aqui pode-se traçar uma diferença essencial com o processo civil, pois nem mesmo a confissão do acusado exclui a necessidade de prova. Assim, a regra do fato incontroverso (afirmado pelas duas partes

⁷⁷ Esse autor também aponta quatro momentos da prova no processo: a propositura, a admissão, a produção e a valoração. A propositura se dá na fase postulatória do processo penal, no qual as partes podem requerer ao juiz a produção das provas que julgarem necessárias (art. 396, caput, art. 396-A e art 403, § 3º, do CPP), o que para a acusação geralmente ocorre no oferecimento da denúncia ou queixa e pro acusado, geralmente, nos procedimentos ordinário ou sumário, no momento da resposta à acusação. Na admissão o juiz defere os requerimentos feitos pelas partes, que ocorre no ato em que ele designa audiência de instrução (art. 309, caput e art. 410, CPP). A produção, por sua vez, é realizada durante a audiência de instrução, sendo que o próprio Código de Processo Penal autoriza a prova oral colhida antecipadamente (art. 400, caput e § 1º, e art. 411, caput e § 2º, do CPP) . (BARROS, 2013, p. 141). Por fim o quarto momento é o da valoração, que compete ao julgador ao qual, ao fundamentar a sentença, deve se manifestar sobre as provas produzidas, utilizando-se dos critérios estabelecidos pelo sistema da persuasão racional (art. 403, caput, do CPP). (BARROS, 2013, p. 141-146). No presente trabalho, quando se fala da prova no processo trabalha-se, essencialmente, com aquela que se encontra no momento da produção.

processuais) não vale na seara criminal. (BARROS, 2013, p. 141).

Como se pode ver dos vários conceitos apresentados, a definição da prova poderia ser, por si mesma, objeto de uma verdadeira tese, razão pela qual, por ora, faz-se necessário somente apontar um fator que é quase unânime entre eles, e que vai importar, em muito, para o presente estudo: a vinculação da prova à argumentação despendida pelas partes. Essa vinculação se relaciona diretamente ao caráter de linguagem da prova, que será melhor trabalhado no capítulo 6 da dissertação, e permite a compreensão dessa segundo sua conformação constitucional.

4.3 Ônus da prova

A produção da prova no processo sugere o problema: “a quem compete provar?” (TORNAGHI, 2007, p. 311). Para responder a essa questão criou-se o instituto do ônus da prova que, ainda hoje, é objeto de muitas discussões na doutrina processual penal. Para conceituá-lo e delimitar sua existência (ou não) nesse ramo jurídico, a noção que agora se deve compreender é a de ônus. Como salienta Tornaghi (2007, p. 311), esse seria um encargo, um tipo de obrigação para consigo mesmo. Se a lei obriga a fazer algo que a pessoa não faz, a única prejudicada é a própria pessoa. Não sofre pena, somente deixa de ganhar o que ganharia se cumprisse com o encargo.

De forma semelhante, acompanhando a noção de Carnelutti, José Frederico Marques (1997, p. 44-45) afirma que o ônus é “um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse a quem ele é imposto”. Descumprida a ordem legal contida no ônus, a pessoa que desatendeu o preceito jurídico restaria prejudicada. Já Marcos Antonio de Barros (2013, p. 147) salienta que “ônus equivale a uma faculdade cujo exercício é necessário para a proteção de um interesse, que pode ser destinado à obtenção de uma vantagem ou para se evitar um prejuízo”.

Assim, das considerações explanadas se pode resumir que “a noção de ônus, no processo, está ligada ao cumprimento de uma faculdade para obtenção de uma vantagem, sendo um imperativo do próprio interesse que, ao não ser dele desincumbido, poderá resultar uma consequência favorável” (MACHADO; PINTO, 2016, P. 55).

Para que produza os efeitos desejados pelas partes, a consequência que lhes seja favorável, é importante que essas exerçam a faculdade que lhes é atribuída “com zelo e sem restrições de qualquer natureza, exceto as legais”. Conjugando esse conceito com o caráter argumentativo da prova, já mencionado, obtém-se a máxima “*allegatio et non probatio, quase non allegatio*”, ou melhor dizendo, “quem alega e não prova se mostrará como se estivesse calou ou nada alegasse”. (BARROS, 2013, p. 147). Outra máxima que rege a atividade

probatória é “*onus probandi incumbit ei qui dicit*”, a qual vem expressa no artigo 156 do CPP, “a prova da alegação incumbe a quem a fizer”.

Ambas as máximas reforçam o caráter de linguagem da prova supramencionado, vinculando a análise dessa à argumentação das partes. O próprio Carnelutti (1971, p. 303), inclusive, fala de conceito de ônus probatório que significa que as provas devem ser oferecidas pelas partes, sendo vedada a iniciativa do juiz para buscá-las. Nesse sentido, o ônus da prova estaria totalmente relacionado ao chamado “ônus da alegação”⁷⁸.

A essa noção corresponderia o conceito de “ônus da prova subjetivo”, que seria o encargo que pesa entre as partes de buscar fontes de prova e levá-las ao processo (BADARÓ, 2003, p. 181). Funcionaria, assim, para direcionar a atividade das partes de produção de provas.

Como dessa reflexão resulta um risco, isto é, se as afirmações de uma das partes não são demonstradas, o juiz não deve conferir-lhes credibilidade, o ônus da prova também estaria relacionado ao critério de julgamento a ser utilizado por esse, que corresponderia ao chamado “ônus probatório objetivo” (BADARÓ, 2003, p. 178)⁷⁹.

De forma semelhante, define MONTAÑES PARDO (1999, p. 81) que o ônus da prova subjetivo ou formal diz respeito à distribuição entre as partes da prova dos fatos alegados no processo. Está intimamente ligado aos princípios dispositivo e de *aportación* e supõe a ausência de atividade probatória por parte do órgão jurisdicional, que assim não pode buscar de ofício a verdade sobre os fatos aduzidos.

Por sua vez, o ônus da prova adquire sentido material ou objetivo quando se refere à questão de determinar as consequências derivadas da falta de prova dos fatos⁸⁰ (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 81), prescindindo de qualquer atividade das partes e dirigindo-se ao juiz. Diante da impossibilidade de declarar o *non liquet*, como ocorria durante o período das *quaestiones perpetuae*, se após a atividade das partes esse permanece em dúvida acerca das alegações, deveria se pautar em um critério de julgamento que lhe permita proferir a decisão. (BADARÓ, 2003, p. 178-179).

Assim, no sentido objetivo, o ônus da prova deveria ser utilizado no momento da decisão, fazendo com que uma das partes arque com as consequências da dúvida gerada pela compreensão do acervo probatório.

⁷⁸ Como já ressaltado na introdução, esse ônus da alegação aqui mencionado não corresponde ao ônus argumentativo tratado no capítulo 6.

⁷⁹ Inclusive, ao definir o conceito de ônus, Badaró (2003, p. 20) limita-o ao seu aspecto objetivo, como “um caminho a ser seguido pelo juiz que, ao término do processo, encontra-se em estado de incerteza”.

⁸⁰ Para Montañes Pardo (1999, p. 81), no processo penal, que não é regido pelos princípios dispositivo e da “*aportación*”, não caberia falar em distribuição do ônus probatório formal ou subjetivo entre as partes. Mas seria possível falar em ônus da prova em concepção objetivo ou material.

Como já explanado acima, no presente trabalho, a análise acerca do ônus da prova no processo penal democrático é restrita ao seu aspecto subjetivo, isto é, diz respeito à atribuição desse encargo às partes processuais, o qual será melhor tratado, no próximo capítulo, a partir da noção constitucional de presunção de inocência em sua faceta de regra probatória.

5 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Como já adiantado, a presunção de inocência terá incidência em toda a persecução penal, pois especifica como deverá ser tratado o imputado durante seu curso – e mesmo antes dela –, produzindo consequências no campo probatório, já que é através da prova que se construirá a compreensão do suposto fato criminoso. Como decorrência disso, “boa parte das regras gerais da prova no processo penal devem reputar-se constitucionalizadas pelo direito à presunção de inocência” (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 42).

Aliás, ainda que não se trate tecnicamente de verdadeira presunção, visto que tal colocação encobriria seu caráter político, a presunção de inocência, “não se pode negar que as primeiras consequências de sua aceitação situam-se na disciplina da prova” (GOMES FILHO, 1991, p. 37). Por essa razão, inclusive, nos ordenamentos em que o princípio é expresso da forma original, a doutrina tende a trata-lo como presunção *iusi tantum*, que faria recair sobre a acusação o ônus da prova, eis que as presunções importam na dispensa do encargo probatório para quem as tem em seu favor.

Todavia, tomando-se a presunção e inocência a partir de sua acepção cunhada historicamente, a despeito das definições técnicas, tem-se que, em sua dimensão de regra probatória, ela servirá como parâmetro para se determinar, no processo penal, quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado.

O primeiro aspecto, ou seja, “quem deve provar”, refere-se à distribuição do encargo probatório entre as partes do processo. Sobre o tema, embora a jurisprudência ainda insista em distribuir o ônus probatório a depender dos elementos constitutivos do delito, no processo penal democrático, essa posição não se sustenta, como se verá mais adiante.

Quanto ao aspecto do tipo de prova que deve ser utilizada para se atestar a culpa do acusado, como já adiantado, a presunção de inocência, no contexto do Estado Democrático de Direito, determina que aquela deve ser a prova produzida segundo os parâmetros da lei, por sua vez pautada nos ditames constitucionais. Assim, a culpa deve ser provada pela acusação, mas não através de qualquer tipo de prova. Somente a prova lícita, produzida segundo o devido

processo legal, pode comprovar a existência de um crime e assim retirar o indivíduo de seu estado de inocência⁸¹.

Sendo a prova lícita, se ela é ou não suficiente para influir no convencimento judicial, é a faceta da presunção de inocência enquanto regra de juízo que irá determinar.

Demais disso, o princípio referido também determina que a prova da acusação deve ser incriminadora, isto é, deve ser capaz de demonstrar, em linguagem técnico-processual, a materialidade, a autoria e todas as circunstâncias do crime, condição através da qual será apta a afastar o estado de inocência do indivíduo (MORAES, 2010, p. 464).

Por fim, a presunção de inocência enquanto regra probatória também define o que deve ser provado no processo penal. Aliás, como salienta Gomes Filho (1991, p. 39), as presunções, antes de inverter o ônus da prova, lhe alteram o objeto. Assim, embora não se trate de uma presunção no sentido técnico, a presunção de inocência no processo penal determina que a atividade probatória deve tender à verificação dos fatos imputados, não das possíveis escusas apresentadas pelo réu, tampouco deve servir à mera ratificação dos fatos colhidos no inquérito policial. É a imputação, não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base, que deve ser demonstrada (GOMES FILHO, 1991, p. 39-40).

Demais disso, também é decorrência lógica do princípio da presunção de inocência no âmbito probatório a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar com a investigação dos fatos (GOMES FILHO, 1991, p. 40), posto que se esse nasce inocente não pode ser obrigado a agir para comprovar tal estado, bastando, para tanto, a sua inércia⁸².

Nesse contexto, surge ainda outro problema que é a legitimidade da fórmula absolutória baseada na precariedade de provas, isto é, quando existe alguma prova sobre a culpabilidade, mas essa é duvidosa. É o caso já citado do art. 386, VII, do CPP, cuja redação se mostra totalmente incompatível com a presunção de inocência em sua faceta de regra de juízo.

Não obstante essas considerações, a análise do ônus da prova pela doutrina – e na jurisprudência, como se verá no tópico posterior – continua sendo feita à margem dos parâmetros constitucionais, o que pode ser demonstrado através de uma breve incursão na doutrina brasileira.

Como se sabe, o ônus probatório no processo penal do país é regido pelo artigo 156 do CPP, o qual determina, no que concerne à sua distribuição entre as partes, que “a prova da

⁸¹ Como assevera Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 463), nesse ponto os princípios da presunção de inocência, da inadmissibilidade das provas ilícitas e do devido processo legal exemplificam a complementariedade dos direitos fundamentais.

⁸² Disso decorre a necessidade de se conceber o interrogatório do acusado como ato de defesa, não como meio de prova, bem ainda a questão relativa ao direito ao silêncio.

alegação incumbirá a quem a fizer”. Ao tratar sobre essa previsão legal, Eugênio Pacelli (2017, p. 341) repercute a posição da doutrina tradicional, defendendo sua aceitabilidade. Segundo o autor, cabe à acusação, em virtude do “princípio da inocência”, a prova da materialidade (ou existência) do fato e de sua autoria, mas não lhe incumbe demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou mesmo da imputabilidade do acusado.

Isso se justificaria pelo fato de que os exames da tipicidade e da ilicitude não dependem de matéria de prova, mas, em verdade, de juízo de abstração, de valoração do fato em relação à norma penal. “Sobre tais questões não se produz prova, no sentido de sua materialização, mas, unicamente, emite-se juízo de valor, no plano abstrato das ideias” (PACELLI, 2017, p. 341). Quanto à imputabilidade, o fato do acusado ser capaz e mentalmente são seria uma presunção legal, válida até prova em contrário.

Obtendo as mesmas conclusões, Tornaghi (2007, p. 312) afirma que a acusação não deve provar a ilicitude do fato típico. A partir da pergunta: “Se o acusador afirma que o acusado matou e este assevera que não o fez, a quem compete a prova?”, o autor conclui que “seria errado supor que o acusador tem de provar tudo quanto alega contra o réu”, razão pela qual o réu é quem teria que provar que agira licitamente.

Afirma, ainda, o autor que para entender melhor o artigo 156 do CPP é necessário lembrar que as presunções invertem o ônus da prova. Assim, quando alguém mata outrem, deve se presumir que o fizera ilicitamente, porque é o que se faz quando a presunção se baseia “*id quod plerumque accidit*”, e esse é o sentido de certas presunções, como a de dolo e a de culpa (*stricto sensu*).

Explica, ainda, referido autor que há crimes em que o comum é o dolo e o raro a culpa, e outros em que o comum é a culpa, como homicídio no trânsito. Com base nessas ilações se presume um ou outro e se define o ônus da prova. Todavia, mesmo que o interessado não se desincumba do ônus, a presunção (de dolo ou culpa) não prevaleceria se as provas indicarem o contrário. Ademais, “o fato de alguém não ter o ônus da prova não significa que não possa produzi-la”, eis que a prova seria uma faculdade.

Tornaghi (2007, p. 313) ainda diz que o sentido do art. 156 do CPP deveria ser: “ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu”. Assim, em verdade, “o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita.”, esclarecendo, ainda, que essa é a orientação que se compatibiliza

com o CPC, art. 333, I e II⁸³.

Embora esse não seja o foco do presente trabalho, cumpre dizer que de forma correlativa o autor ainda afirma que, se ao final do processo o juiz tiver dúvida sobre a pretensão ainda assim terá que julgar, pois não pode declarar o *non liquet*, como em Roma. Poderia supor-se que em matéria penal o juiz deve absolver em virtude do *in dubio pro reo*. Porém, essa regra só vale para fatos constitutivos, o crime e sua autoria (386, II, IV e VI), enquanto fatos modificativos e extintivos resolvem-se contra o réu (TORNAGHI, 2007, p. 315).

Ademais, o juiz deveria sempre levar duas coisas em consideração: primeiro, que a presunção *iuris tantum* inverte o ônus da prova; e, segundo que se há prova no processo sobre um fato pouco importa se foi produzido por quem deveria ou não. O juiz só pode decidir sobre um fato contra quem está incumbido de prová-lo se as provas não aportaram nos autos. (TORNAGHI, 2007, p. 315).

Também a doutrina espanhola, com base na jurisprudência dos tribunais superiores desse país, esboça um entendimento semelhante, de que, em virtude da presunção de inocência, a parte acusadora deve provar todos os elementos constitutivos da acusação. Como todo acusado se presume inocente até sua condenação, à acusação incumbiria a prova de sua culpabilidade, sob pena de que se o submetta à “prova diabólica” de fatos negativos. (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 82). Essa atribuição da carga probatória à acusação faz com que a inexistência ou deficiência de provas gere a desconsideração da acusação formulada.

Porém, Montañes Pardo (1999, p. 83) salienta que o ônus da prova acima explicado não se aplica a todos os elementos do delito, pois somente circunstâncias fáticas podem ser objeto de prova. Dessa forma, a exigência de prova não alcança por completo todos os elementos do crime, somente os fatos. O próprio Tribunal Constitucional espanhol atesta que “a presunção de inocência é uma presunção que versa sobre os fatos, pois só os fatos podem ser objeto de prova” (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 79).

Como decorrência disso, muito se discute sobre quem deve provar as circunstâncias eximentes, tendo o Tribunal Superior deixado de analisar a questão em específico por considerar que isso é questão de estrita legalidade a ser decidida por juízes e tribunais. O autor, porém, afirma que a acusação não tem o ônus de provar os fatos impeditivos da acusação, ou teria que fazer prova de fatos positivos e negativos.

As circunstâncias que aumentam a pena também devem ser objeto de prova por parte

⁸³ Dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

da acusação, por imperativo da própria presunção de inocência. Lado outro, as circunstâncias que diminuem a pena devem ser provadas pela parte que as pleiteia. Não haveria, nesse aspecto, qualquer presunção favorável ao acusado, já que a presunção de inocência não postula que toda pessoa deve ter diminuída sua pena se não se prova que ela tenha esse direito.

Ora, feitas essas considerações sobre o pensamento da doutrina tradicional, que divide o ônus probatório entre acusação e defesa no processo penal, é necessário apontar algumas contradições e incompatibilidades ideológicas em seus argumentos.

Primeiramente, cabe ressaltar que a divisão realizada por todos os doutrinadores que defendem a divisão do ônus da prova entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos é uma adaptação malfeita dos institutos do processo civil ao processo penal. Na persecução penal são julgados fatos criminosos, que assim são considerados somente quando são típicos, ilícitos e culpáveis, sendo que a não caracterização de qualquer desses elementos afasta o interesse do Estado na sua punição.

Com relação ao elemento subjetivo do tipo, salienta Gustavo Badaró (2003, p. 306), esse se refere ao aspecto da intenção ou vontade do agente, não se referindo, pois, à prova de fatos. Na sua investigação, portanto, o juiz deve investigar elementos exteriores ao delito que indiquem a subjetividade do imputado. Isso não significa, porém, que o dolo ou a culpa possam ser presumidos, eis que a inferência desse elemento subjetivo não a partir de dados fáticos não implica nessa presunção.

Em verdade, a presunção do dolo significa que o acusado deve provar que não agira com dolo para evitar a condenação, o que impõe uma regra *in dubio pro societate* no momento do julgamento que é contrária à presunção da inocência determinada pela Constituição, à qual devem se submeter a lei ordinária e a jurisprudência. A culpa e o dolo, portanto, devem sempre ser demonstrados pela acusação (MITTERMAIER, 1996, p. 122-123).

Quanto às excludentes de ilicitude, da mesma forma, não se pode impor à defesa a prova de que ocorreram, eis que isso é também inverter o ônus da prova determinado pelo parâmetro constitucional⁸⁴. Ademais, ao contrário do que alega a doutrina tradicional, a ilicitude do fato não é circunstância impeditiva do direito de punir, mas sim integrante do fato constitutivo desse direito, juntamente com a tipicidade e a culpabilidade (BADARÓ, 2003, p. 318).

⁸⁴ Ademais, não há falar-se aqui em impossibilidade da prova negativa, já que, como salienta Badaró (2003, p. 316), a toda negação corresponde uma afirmação, de forma tal que, estando todas as excludentes de ilicitude determinadas em lei, é perfeitamente possível ao acusador que prove ou afirme a inoccorrência dessas. Isso se dá em virtude do princípio da comunhão dos meios de prova, referenciado pelo próprio autor (2013, p. 148), que significa que “a prova produzida por uma das partes não possui o condão de impedir que a parte adversa dela tire proveito”. Então, por exemplo, se a dessa arrola uma testemunha que corrobore a versão da acusação, nada impede que o juiz utilize a prova por ela produzida para embasar a condenação.

O mesmo raciocínio funciona para as excludentes de culpabilidade, as quais também devem ter sua ocorrência excluída pela acusação. Afinal, a culpabilidade também integra a própria definição de fato criminoso, porém com uma peculiaridade: a lei não define quando essa se caracteriza, mas somente quando não se caracteriza. Isso não muda, porém, o fato de que a dúvida sobre sua ocorrência descaracteriza a ocorrência do crime e, em virtude da presunção de inocência, deve levar à absolvição (BADARÓ, 2003, p. 326-329).

Dessa forma, pode-se perceber que a corrente doutrinária que divide o ônus da prova entre os supostos fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do crime resulta da inconveniente analogia entre o processo civil e o processo penal.

A confusão entre elementos desses dois processos fica clara acima quando o próprio Hélio Tornaghi propõe uma nova leitura do art. 156 do CPP para adequá-lo à disposição correspondente do Código de Processo Civil, mas não faz qualquer referência a princípios de direitos humanos ou aos dispositivos constitucionais que regem a matéria, em total contraposição à ideologia voltada à proteção dos direitos humanos⁸⁵.

Ademais, com relação ao argumento do mesmo Hélio Tornaghi, de que as presunções invertem o ônus da prova, não é preciso esforço para notar que de todas as presunções que incidem sobre a questão probatória no processo penal, a única com previsão constitucional é a de inocência, que deveria, pois, sobrepujar todas as demais, tornando-se verdadeiro e único critério de regra probatória.

Quando se diz que alguém é inocente até que se prove sua culpabilidade, com esse termo faz-se referência a todos os elementos do crime. Na lei brasileira, a lei constitucional refere, expressamente, que essa prova somente se dará por concretizada como o trânsito em julgado da decisão condenatória. A condenação, portanto, que diz respeito a um crime, deve considerar provada a prática, pelo acusado, de um ato típico, ilícito e culpável, de forma tal que nenhum desses elementos podem ser presumidos em desfavor daquele, sob pena de violação do multirreferido princípio constitucional.

Cabe, portanto, ao autor da ação penal o exercício da atividade probatória principal com relação à existência do ilícito penal e sua autoria, com todas as circunstâncias e elementares do tipo, o que se justificaria pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*.

Por outro lado, ao se analisar as consequências do princípio da presunção de inocência no trato do ônus da prova no processo penal, não se pode ignorar que, além de determinar que

⁸⁵ Nos dizeres de Eros Roberto Grau (2009, p. 132), “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar do percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”.

a prova da acusação caberá ao acusador, bem ainda a dimensão da atividade probatória por esse desenvolvida, ela também especifica, como já mencionado, que tipo de prova será suficiente para modificar o estado original de todo ser humano.

O Tribunal Constitucional espanhol assevera que a presunção de inocência se assenta sobre duas ideias essenciais: de um lado, no princípio da livre valoração da prova no processo penal e, do outro, no fato de que a sentença condenatória deve se fundar em autênticos atos de prova e que a atividade probatória seja suficiente para desvirtuá-la (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 73).

Como o primeiro dos aspectos não é o objeto de análise do presente estudo, aqui abordar-se-á somente o segundo. Assim, no que diz respeito aos atos ou meios de prova, tem-se que somente podem ser consideradas pelo juiz na prolação da decisão as provas produzidas em conformidade com os parâmetros constitucionais. Mais uma vez, portanto, se verifica como é estreita a relação existente entre presunção de inocência e princípios básicos do processo penal, assim como as garantias que regem as provas nesse ramo do direito.

Ademais, extrai-se da dimensão de regra probatória da presunção de inocência que ainda que o juiz possua íntima convicção da culpa de um acusado, esse somente poderá ser condenado se ele lograr indicar provas lícitas e incriminadoras com base nas quais tenha formado seu convencimento (MORAES, 2010, p. 464), o que será verificado no processo penal democrático através da fundamentação exarada pelo julgador. Impede-se, assim, que a condenação seja embasada em um elemento de convicção qualquer. Isso quer dizer que a aplicação da presunção de inocência no processo faz nele incidir uma condição objetiva, que é a existência de prova lícita e incriminadora, que deve ser preenchida antes de qualquer análise subjetiva por parte do juiz que se destine a determinar se ela afasta ou não o estado inicial do imputado.

Por essa razão, a dimensão probatória da presunção de inocência pode ser invocada não só na decisão de mérito, mas durante toda a persecução penal (MORAES, 2010, p. 468). A propósito, a constitucionalização do processo promovida em 1988 deixa a clara a necessidade de controle sobre todos os atos de poder, não somente da sentença final. Não por acaso o art. 93, IX, da CRFB/88 afirma o dever de motivação para todas as decisões judiciais, não somente da sentença.

Essa motivação, como será abordado mais a frente, deve estar pautada nas provas apresentadas pelas partes, o que inclui seu caráter argumentativo, o qual, como se verá, compõe o ônus da prova delineado sob as bases epistemológicas da democracia. Antes dessa análise, porém, apresentar-se-ão os resultados de pesquisa jurisprudencial que visa avaliar como se dá, na prática jurisprudencial do tribunal constitucional brasileiro, a relação entre ônus da prova e

presunção de inocência.

5.1 A visão do Supremo Tribunal Federal sobre presunção de inocência e ônus da prova

Nesta seção, analisar-se-á a relação consolidada entre presunção de inocência e ônus da prova no âmbito da prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Como acima esclarecido, o dimensionamento e a concretização do princípio da presunção de inocência são tarefas a serem cumpridas doutrinária e jurisprudencialmente. A análise doutrinária já foi desenvolvida supra, razão pela qual resta agora verificar como a jurisprudência brasileira vem entendendo a dimensão probatória desse princípio, mais especificamente com relação ao ônus probatório, objeto do presente estudo.

O estudo doutrinário da presunção de inocência, princípio consagrado na Constituição da República de 1988, leva à conclusão de que entender o ônus probatório no processo penal democrático significa concebê-lo como encargo exclusivo do órgão acusador, a quem incumbe comprovar a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável para modificar o estado de inocência do imputado. Assim, a ideia de desenvolver um estudo analítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal visa coletar dados que constatem que o ônus da prova ainda é analisado, ou não, segundo esses parâmetros impostos pela presunção de inocência.

Como visto, são as provas na persecução penal que constroem a percepção do fato e, portanto, formam o entendimento final sobre ele a ser exarado na sentença. É na motivação despendida nas sentenças que os julgadores expressarão suas razões de decidir, as quais, diante das várias disposições legais ideologicamente contrárias coexistindo no ordenamento, podem tender tanto para o autoritarismo quanto para a democraticidade. Não há como, pois, analisar por completo a conformação constitucional do ônus probatório no processo brasileiro somente através da generalidade da lei. Aliás, como bem salienta Eros Roberto Grau (2009, p. 86-89) o juiz é o intérprete autêntico que, ao interpretar e compreender o texto normativo e o fato, produz a verdadeira norma jurídica enquanto manifestação de poder.

A finalidade desta seção, portanto, será verificar na prática judiciária a permanência (ou não) da mentalidade autoritária no julgamento de questões criminais no Brasil, especificamente no que concerne ao ônus probatório, através da análise do discurso predominante nas decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao tema.

Para tanto, necessário explicar a metodologia adotada, afinal, toda investigação científica que se pretenda séria deve seguir um método pré-determinado que assegure a confiabilidade do seu resultado. Visando especificar essa metodologia que confere à pesquisa

jurisprudencial ora realizada caráter de cientificidade, passa-se, pois, a esclarecer os parâmetros de coleta de dados adotados.

5.1.1 Da coleta dos dados

A escolha do Supremo Tribunal Federal como fonte prolatora dos julgados analisados foi feita em virtude de ser esse o órgão judiciário máximo responsável por analisar qualquer possível ofensa à Constituição da República no Brasil⁸⁶. Como já ressaltado, as questões relativas ao ônus probatório, mesmo na vertente do ônus argumentativo, precisam ser analisadas à luz do princípio da presunção de inocência, o qual tem status constitucional.

Além disso, a legislação ordinária que trata sobre os procedimentos penais no Brasil, o CPP de 1941, ainda contém traços das ideologias inquisitoriais que permearam sua elaboração durante o governo autoritário de Getúlio Vargas, em total contraposição à Constituição de 1988, cuja ideologia humanitária foi acima salientada. Assim, em um país no qual a legislação infraconstitucional processual penal tem nítida tradição autoritária, enquanto a Constituição possui um caráter progressista e democrático diametralmente oposto àquela, era de se esperar que o órgão jurisdicional responsável pelo controle de constitucionalidade já houvesse examinado a fundo as mais diversas questões do processo penal, entre as quais as relativas ao ônus probatório, sob a perspectiva dos princípios constitucionais. Por isso a escolha do Supremo Tribunal Federal para fins de identificar a consolidação, no sistema jurídico brasileiro, dos parâmetros constitucionais na análise desse instituto.

Como seria impossível analisar todo o universo das decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, para identificar as que tenham relação com a temática ora abordada num período de elaboração de uma dissertação, foram selecionadas algumas “palavras-chave” que pudessem delimitar o tema no campo de busca por jurisprudência na página do respectivo tribunal na internet.

Em um primeiro momento, os verbetes utilizados na pesquisa no sítio daquele tribunal foram “presunção”, “inocência”, “ônus” e “prova”. A escolha dessas palavras se deu porque, como já ressaltado, a pesquisa jurisprudencial ora empreendida tem o objetivo de identificar se o sistema judicial brasileiro interpreta o ônus da prova em conformidade com os parâmetros norteadores estabelecidos, na Constituição, pelo princípio da presunção de inocência. Afinal, abordar o ônus da prova em conformidade com a Constituição é abordá-lo enquanto regra

⁸⁶ Dispõe o art. 102 da CRFB/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

probatória decorrente da presunção de inocência.

Assim, não foram usados somente os verbetes “ônus” e “prova” porque o objetivo da pesquisa é analisar a correlação que o tribunal estabelece entre esses e a presunção de inocência. Não se pretendeu, portanto, constatar como o ônus probatório é analisado pelo tribunal, no geral, mas se e como ele é analisado segundo o parâmetro constitucional da presunção de inocência. Não se nega, porém, que podem existir acórdãos que deem tratamento conforme a Constituição ao ônus da prova sem, todavia, qualquer referência expressa ao princípio. Entretanto, somente se pretende analisar os casos em que o ônus da prova tenha sido abordado com ligação direta ao preceito constitucional, pois somente assim se verifica a real influência que ele exerce para compreensão do instituto em sede de controle de constitucionalidade.

Afinal, como já salientado, se o Supremo Tribunal Federal é o responsável por analisar possíveis ofensas à Constituição, em um ordenamento no qual a legislação infraconstitucional não se adequa àquela, é mais que necessário que essa corte faça algumas adequações dos entendimentos baseados na lei ordinária. O fato de não serem encontrados resultados ou dos resultados, seguindo esse parâmetro, serem reduzidos, por si só, já seria sintomático, pois demonstraria que o tribunal não exerce a função de guardião constitucional que deveria exercer.

Por outro lado, a pesquisa não se limitou somente às ementas, sendo que referidas palavras poderiam estar em qualquer parte no corpo do texto do acórdão. Ademais, ela não incluiu as decisões monocráticas porque essas não expressam a posição do órgão colegiado como um todo, mas os entendimentos de um só ministro, o qual definitivamente já estaria externado nas decisões colegiadas obtidas.

Não foi estabelecida delimitação temporal para que fosse analisada possível concretização do princípio da presunção de inocência no decorrer dos anos após a promulgação da Constituição.

A partir de uma primeira pesquisa seguindo esses parâmetros foram encontrados 42 acórdãos, julgados pela primeira e pela segunda turma, bem ainda pelo órgão pleno daquele Tribunal.

Em seguida, porém, nova pesquisa fora realizada, segundo os mesmos critérios, mas agora com outros verbetes: “ônus”, “presunção”, “(inocência ou culpabilidade)” e “prova\$”. Essa forma de pesquisa, por sua vez, visava garantir que dentre os resultados também estariam os acórdãos que tratassem da presunção de inocência com a nomenclatura de “presunção de não culpabilidade”. De fato, essa reanálise surgiu efeito e obteve 45 resultados, 3 a mais que a pesquisa anterior. Os três acórdãos a mais foram prolatados antes do ano 2000, o que permite constatar, pois, que àquela época ainda predominava na corte constitucional a visão limitadora

daquele princípio pautada nos ensinamentos da Escola Técnico-Jurídica⁸⁷.

Dentre os acórdãos encontrados, muitos têm temáticas semelhantes e são fundamentados com trechos textuais idênticos, razão pela qual, para que as informações colhidas sejam expostas de modo didático e não repetitivo, foram selecionados alguns acórdãos paradigmas, os quais contém os dados mais relevantes para a pesquisa. A descrição desses acórdãos foi feita de modo a se tentar garantir a maior exposição dos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e que tenham relação, ainda que indireta, com a temática ora estudada.

Passa-se, assim, a descrever os resultados encontrados na pesquisa jurisprudencial mencionada.

5.1.2 Dos resultados da pesquisa jurisprudencial

Dos 45 acórdãos encontrados após a segunda pesquisa, 17 tratam de ações de Habeas Corpus, 03 de inquéritos, 11 de ações penais, 3 de embargos de declaração em ações penais, 2 de recursos ordinários em Habeas Corpus, 01 de questão de ordem em ação penal, 03 de Recursos Extraordinários, 01 de ação civil, 01 de ação direta de constitucionalidade, 01 de mandado de segurança, 01 de petição e 01 de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário.

Desses números já é possível extrair algumas conclusões. Do total da amostra, todos os acórdãos relacionados a ações penais, inquéritos ou petições tratam, obviamente, de procedimentos cuja competência para julgamento é originariamente do Supremo Tribunal Federal. Assim, somente através da análise da classe processual do material colhido já é possível auferir que 19 acórdãos obtidos⁸⁸ – ou aproximadamente 43% do total – não tratam de qualquer controle de constitucionalidade, mas tão somente da aplicação direta da Constituição⁸⁹.

⁸⁷ Eros Graus (2009, p. 286), referindo-se à situação de ponderação entre direitos fundamentais, faz referência às escolhas feitas pelos juízes, especialmente os juízes constitucionais, que é fruto de suas pré-compreensões. “Ou adotam conscientemente certa posição jurídico teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito de seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões”. Em ambos os casos, a escolha feita pelo julgador é perigosa. No primeiro, porque a posição jurídico-teórica desse julgador pode não ser aquela preconizada pelo ordenamento, no segundo porque esses juízes se transformam em meros instrumentos dos detentores do poder. E quem mais perde, em ambos os casos, são os jurisdicionados.

⁸⁸ São eles: AP 883 / DF; AP 565 ED-ED / RO; AP 565 ED-segundos-ED / RO; AP 565 ED-terceiros-ED / RO; AP 975 / AL; AP 941 / MT; AP 954 / AC; Pet 7074 QO / DF; AP 985 QO / MT; AP 580 / SP; AP 898 / SC; Inq 3983 / DF; AP 512 / BA; AP 929 / AL; AP 869 / AL; AP 858 / DF; AP 470 / MG; Inq 2424 / RJ; e Inq 2033 / DF.

⁸⁹ Além desses acórdãos, que não tem muita relevância para os estudos ora desenvolvidos, também não cita de forma direta a presunção de inocência e o ônus da prova a decisão proferida no Habeas Corpus nº. 89025, de

Embora se possa extrair algumas conclusões relevantes sobre a posição do órgão julgador através da leitura dessas decisões⁹⁰, elas não discutem com profundidade a natureza constitucional do ônus da prova no processo penal, mas sim indicam, de forma quase superficial, a posição escolhida por aquele órgão para resolver as questões de mérito de cada caso concreto que lhes são postos a julgamento.

Lado outro, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 675.702, expressamente instado a se manifestar sobre a questão relativa ao ônus da prova e à presunção de inocência, cuja ofensa, aliás, era o único argumento defensivo para interposição do recurso, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, sustentou incidência da Súmula 279 daquele sodalício, que veda o reexame de mérito em recurso extraordinário, e não alisou as questões colocadas pela defesa.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. Alegada contrariedade aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. Impossibilidade de reexame de provas. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 675702 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2012 PUBLIC 17-05-2012).

Referida postura é rotineira nos tribunais superiores, que constantemente se valem dessa forma de jurisprudência defensiva para se abster da análise de questões relativas ao ônus da prova, como se essas não fossem de ordem processual, mas material. Essa afirmação é corroborada pelo fato de que, na mesma pesquisa que encontrara o resultado mencionado, tenham sido encontrados outros acórdãos em que a questão relativa ao ônus probatório fora analisada com base em elementos concretos dos casos, não a partir da perspectiva processual. A escolha de qual caso entrará para cada um desses grupos, porém, parece ser feita de forma

relatoria do Ministro Joaquim Barbosa..

⁹⁰ É o caso, por exemplo, da seguinte ementa, que referencia expressamente a aplicação da presunção de inocência na dimensão de regra probatória que interfere no ônus da prova: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. (...) A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 5. Ação penal julgada improcedente. (AP 580, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017).

totalmente casuística.

É o caso, por exemplo, dos acórdãos do Habeas Corpus nº 77.566/MA⁹¹ e do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 88.861/MG⁹², nos quais as alegações sustentadas pelas defesas acerca da presunção de inocência e do ônus probatório foram afastadas com base em elementos concretos das provas dos respectivos procedimentos.

Há, também, outros seis acórdãos em que a presunção de inocência, em sua dimensão de regra probatória, foi usada como fundamento para modificar a distribuição do ônus da prova em hipóteses relativas à majoração ou atenuação de penas, em todos os casos para favorecer o imputado.

Nesse sentido, nos acórdãos dos Habeas Corpus nº. 95.142 / RS⁹³ e 95.740 / SP⁹⁴, a Segunda Turma do STF, utilizando-se da mesma fundamentação – e ementa – atribuiu à acusação o ônus de demonstrar a potencialidade lesiva para fins de reconhecimento da majorante do uso de arma nos crimes de roubo, a qual foi decotada em ambos os julgados. Em ambas as decisões consta transcrição das palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho que afirma que a presunção de inocência é princípio *iuris tantum*, o que faz recair totalmente sobre a acusação o ônus da prova.

⁹¹ DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMAS E CONCURSO DE PESSOAS (INVASÃO DE "SEM TERRA"). CONDENAÇÃO. "HABEAS CORPUS". Alegações de deficiência de defesa, de falta de individualização da pena e de intimação da sentença. Insinuação de insuficiência de provas para a condenação. Alegações repelidas. Precedentes do S.T.F. "Habeas Corpus" deferido, em parte, apenas para que da sentença condenatória sejam intimados, pessoalmente, ou por edital, os réus Raimundo Dorneles Alves Oliveira Caldas, José de Sousa, Milton Monteiro e Raimundo Domingos de Sousa, em relação aos quais a condenação em 1 grau, não transitou em julgado. Tudo nos termos do voto do relator. Decisão por maioria. (HC 77566, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 13-10-2000 PP-00010 EMENT VOL-02008-02 PP-00274).

⁹² Recurso ordinário em Habeas Corpus. 2. Alegação das seguintes nulidades: a) inadequada responsabilidade penal objetiva, com a consequente violação ao princípio da presunção de inocência; b) ausência de fundamentação idônea e inversão do ônus da prova; c) falta de correlação entre a denúncia e a sentença condenatória; d) impossibilidade de cometimento do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90 por omissão; e) aplicação abusiva do art. 71 do CP. 3. Nulidades não verificadas. 4. Recurso a que se nega provimento. (RHC 88861, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00084).

⁹³ 1. AÇÃO PENAL. Interrogatório. Não comparecimento do representante do Ministério Público. Irrelevância. Nulidade só argüida em revisão criminal. Preclusão consumada. Inexistência, ademais, de prejuízo à defesa. Nulidade processual não reconhecida. Precedente. Argüida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, toda nulidade relativa é coberta pela preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Delito de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Pena. Majorante. Emprego de arma de fogo. Instrumento não apreendido nem periciado. Ausência de disparo. Dúvida sobre a lesividade. Ônus da prova que incumbia à acusação. Causa de aumento excluída. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência do art. 157, § 2º, I, do CP, e do art. 167 do CPP. Aplicação do art. 5º, LVII, da CF. Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo. (HC 95142, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-02 PP-00288 RTJ VOL-00208-01 PP-00340).

⁹⁴ HC 95740, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00431.

Também analisando questões fáticas dos autos, nos acórdãos dos Habeas Corpus nº 103.225 / RN e 97.701 / MT⁹⁵, e do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 107.759 / RJ⁹⁶, sob a relatoria dos ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Ayres Britto, respectivamente, a Primeira e Segunda Turmas do STF afastaram o óbice para reconhecimento da minorante especial do crime de tráfico de drogas por não haver o Ministério Público se desincumbido do ônus de comprovar a dedicação dos imputados a atividades ilícitas ou sua pertença a organizações criminosas.

Nos três acórdãos mencionados, o tribunal superior alterou as decisões recorridas na parte em que afirmavam incumbir à defesa a prova do preenchimento dos requisitos da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sob o argumento de que essa posição é contrária ao princípio da presunção de inocência. Outro fator comum entre eles é que nos três os relatores citaram como precedente o Habeas Corpus nº. 99.608 / SP, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado pela Segunda Turma do STF, que, embora sem fazer qualquer referência à presunção de inocência, assim decidiu:

⁹⁵ Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. (HC 97701, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012).

⁹⁶ PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. (...) PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. AFASTAMENTO DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. O princípio da presunção de inocência veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, sendo ônus da acusação a comprovação de fatos utilizados para a exacerbação da reprimenda penal, no caso concreto, para se afastar a aplicação de causa especial de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 4. In casu: (...) os maus antecedentes criminais dependem de comprovação, não sendo essa prova exigível do próprio réu, sendo certo que, se não houve diligências nesse sentido, é inadmissível que fato objeto de dúvida nos autos conduza à presunção de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, repercutindo na aplicação da sanção penal. 5. Recurso parcialmente provido para remeter-se ao juízo da execução a alteração da dosimetria da pena, para se aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. (RHC 107759, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-227 DIVULG 29-11-2011 PUBLIC 30-11-2011 EMENT VOL-02636-01 PP-00011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. O afastamento da causa de diminuição determinada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 requer fundamentação idônea. 2. Simples afirmação de ausência de prova da inexistência do envolvimento dos acusados em atividades criminosas não é suficiente para negar a redução da pena. O ônus da prova cabe a quem acusa. 3. A quantidade de entorpecentes justifica que a redução da pena seja mínima. Precedentes. Ordem parcialmente concedida. (HC 99608, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00842).

Interessante destacar, ainda, que nos mencionados HC nº. 103.225 / RN e RHC nº. 107.759 / RJ, o próprio representante do Ministério Público Federal opinou pelo afastamento dos óbices ao reconhecimento da referida minorante em virtude da ausência de provas que a afastasse, não em virtude da presunção de inocência.

Feitas essas considerações, crê-se importante para o presente estudo citar a ementa do mais recente dos julgados que reanalisaram a distribuição do ônus probatório nos casos da minorante do crime de tráfico:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. (HC 97701, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012).

O Habeas Corpus mencionado impugnava decisão que confirmou Apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o qual, na oportunidade, assentou: “não há falar em aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 em face da dúvida quanto ao cumprimento, pelo réu, dos requisitos relacionados à primariedade e aos bons antecedentes, ônus probatório que incumbia à defesa e que não podem ser presumidos” (trecho do voto do Ministro Ayres Britto, relator do HC 97.701/MT).

O próprio relator do acórdão do Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, aliás, consignou:

O que se extrai dessa leitura é que a instância colegiada estadual, ao mesmo tempo em que assentou a inconsistência probatória quanto à primariedade do paciente, paradoxalmente se valeu dessa inconsistência mesma para vedar a incidência da majorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006⁵. Incorrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: *In dubio pro réu*. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. (trecho do voto do Ministro Ayres Britto, relator do HC 97.701/MT).

Embora a interpretação do princípio da presunção de inocência, na hipótese, tenha se conformado ao parâmetro constitucional, a fundamentação despendida pelo ministro Ayres Britto merece algumas críticas. Primeiramente porque ele afirma que o constituinte teria optado pela “presunção de não culpabilidade” por ser a “presunção de inocência” carregada de sentido coloquial. Aquela expressão, porém, significaria que, ao contrário do discurso popular, o homem não é inocente até prova em contrário, mas enquanto essa prova não for validada em juízo, sob o devido processo legal, por sentença penal que transite em julgado. Assim, para o Ministro, “esse direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência”, o que, na verdade, só evidencia seu desconhecimento sobre o esforço da Escola Técnica fascista em consolidar essa interpretação aparentemente técnica para incutir no processo penal uma ideologia autoritária que mitiga o princípio mencionado⁹⁷.

Doutro giro, retomando os acórdãos em que a decisão envolveu revolvimento de provas, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 591.054, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, que o princípio da

⁹⁷ Na íntegra, o trecho do voto do Relator do HC 97.701/MT que aborda a temática: “Como já afirmei em outras oportunidades, penso que esse dispositivo constitucional trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nesse direito material à presunção de não culpabilidade. Não foi por acaso que a Constituição preferiu a locução presunção de não-culpabilidade ao fraseado presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim prosaicamente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Para que ele deixe de ser inocente é necessário que a prova contra sua não culpabilidade seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, esse direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.”

presunção de inocência – ali referido como “não culpabilidade” – impedia a consideração de inquéritos e ações penais em curso na valoração negativa dos antecedentes do imputado.

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015).

Embora referido acórdão não trate especificamente da presunção de inocência enquanto regra probatória, ele informa muito sobre a posição do Supremo Tribunal Federal com relação ao referido princípio, e mesmo com relação à sua forma de julgamento.

No voto condutor, o Relator fez uma análise histórica do posicionamento do STF sobre a questão, salientando que, no passado, o tribunal, desde a década de 90, de fato entendia pela possibilidade de consideração de inquéritos e ações penais em curso para agravamento da pena-base. Com a renovação da composição do Tribunal, porém, a posição foi paulatinamente se modificando. Foi assim que nos julgamentos dos Habeas Corpus 81.974/SP (de 22/10/2012) e 84.088/MS (de 29/11/2015), o próprio Ministro Gilmar Mendes passou a cogitar mudança de entendimento. Embora o posicionamento do tribunal não tenha se alterado àquela época, o Ministro Joaquim Barbosa ainda salientou que somente a análise do caso concreto poderia levar à conclusão de que os inquéritos e processos poderiam ou não aumentar a pena base.

Naquele tempo, porém, a Primeira Turma do STF já havia se manifestado sobre a impossibilidade de afastar o princípio constitucional da presunção de inocência nessas hipóteses no julgamento do Habeas Corpus nº 84.088/MS⁹⁸, posição essa que logo se tornou dominante em ambas as turmas daquele tribunal. Para embasar sua fundamentação, o relator do acórdão também citou diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como recomendação do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, nas quais esses órgãos estenderam pela aplicabilidade da presunção de

⁹⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes. Precedentes da Segunda Turma. O fato de a autoridade sentenciante não ter levado em conta os maus antecedentes ao fixar a pena-base, na verdade, beneficiou o paciente, de sorte que não há razão para inconformismo, quanto a esse aspecto. Habeas corpus indeferido. (HC 84088, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-02 PP-00212 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 366-377).

inocência para afastar qualquer juízo de valor negativo ao imputado antes da condenação definitiva. Por fim, citou até mesmo verbete da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Outra temática recorrente, que foi objeto de seis dos acórdãos obtidos – HC 126.292/SP; ADC 43 MC/DF; HC 152.752/PR; HC 152.685/SP; HC 151.172 AgR/RS; RE 696.533/SC – é a questão da possibilidade (ou não) de prisão do acusado após o julgamento em segunda instância. Nesses acórdãos, porém, a presunção de inocência enquanto regra probatória é citada apenas com fins argumentativo, já que o verdadeiro cerne da discussão é a incidência desse princípio em sua dimensão de regra de tratamento. Aliás, dos acórdãos mencionados, ao menos os três últimos somente apareceram na pesquisa em virtude de idênticos trechos do voto, em cada um deles, proferidos pelo Ministro Alexandre de Moraes, nos quais ele salienta:

A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual como inocente em todos os seus aspectos; (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador. (trecho dos votos do Ministro Alexandre de Moraes nos acórdãos: HC 152.685/SP; HC 151.172 AgR/RS; RE 696.533/SC).

Dentre esses acórdãos também é interessante citar o proferido no julgamento do Habeas Corpus de nº. 126.292/SP⁹⁹, no qual o Ministro Relator, Teori Zavascki, menciona em seu voto que o reconhecimento da presunção de inocência “verdadeiro postulado civilizatório”, “teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos”.

No mesmo acórdão, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

⁹⁹ “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal tem sempre advertido que as acusações penais não se presumem provadas, pois – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa. Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, 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. (Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello do HC nº. 126.292/SP)¹⁰⁰.

De forma semelhante, ainda no julgamento do Habeas Corpus de nº. 126.292/SP, o ministro Gilmar Mendes também asseverou que “o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação”.

Noutro giro, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF, que também tratou sobre a possibilidade de prisão do condenado após o julgamento em segunda instância, os Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello repetiram as considerações mencionadas no acórdão anterior. Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli ressaltou:

Por sua vez, o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. Como norma probatória, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência. Como norma de juízo, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o in dubio pro reo: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado. Por fim, como norma de tratamento, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a esse equiparado. (trecho do voto do Ministro Dias Toffoli na ADC nº. 43/DF).

No mesmo acórdão, o ministro Gilmar Mendes assim consignou:

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo - esse é um ponto crucial e que já foi tocado no voto do ministro Fachin. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado. Esse é um ponto importante: tratar isso como

¹⁰⁰ Registre-se que o HC nº. 127.483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que discutia a validade de homologação judicial do acordo de colaboração premiada, somente apareceu na pesquisa em virtude de voto com teor idêntico proferido novamente pelo Ministro Celso de Mello.

uma garantia institucional, que vai enfraquecendo na medida em que se identifica a prova da culpa. (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADC nº. 43/DF).

Também no julgamento do Recurso Extraordinário nº 133.489 a temática abordada dizia respeito à possibilidade da prisão processual em segunda instância, mas, na ementa, a segunda turma, sob a relatoria de Paulo Brossard, fez referência expressa à necessidade de que o ônus da prova, em virtude da presunção de inocência – ali referido como “presunção de inculpabilidade” –, pertença à acusação:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. Licitude. A culpabilidade não se presume. Deve ser provada. O princípio, hoje consagrado em documentos internacionais e em constituições, inclusive a brasileira, art. 5º, LVII, inspira o processo penal - o contraditório, a plenitude da defesa, o "in dubio pro reo" e o ônus da prova a quem acusa. A presunção de inculpabilidade, pelo qual só é culpado o condenado por decisão transita em julgado, não exclui medidas cautelares, como a prisão processual, prevista na Constituição, art. 5º, LXI, ou em lei. Jurisprudência do STF. (RE 133489, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 03/12/1991, DJ 08-06-2001 PP-00020 EMENT VOL-02034-02 PP-00311).

De modo similar, no acórdão do Habeas Corpus nº. 67.707/RS, julgado sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, discutindo a compatibilidade da presunção de inocência com a prisão provisória, o Supremo Tribunal Federal novamente fez referência à incidência da “presunção de não culpabilidade” no âmbito do ônus “substancial” da prova:

PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA DE PRONUNCIA - EFEITO JURÍDICO -PROCESSUAL ORDINÁRIO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISORIA. FACULDADE JUDICIAL . PRISÃO PREVENTIVA ANTERIORMENTE DECRETADA. - A PRISÃO PROVISORIA CONSTITUI EFEITO JURÍDICO-PROCESSUAL QUE DECORRE, ORDINARIAMENTE, DA SENTENÇA DE PRONUNCIA. A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISORIA AO RÉU PRONUNCIADO TRADUZ MERA FACULDADE LEGAL RECONHECIDA AO JUIZ (CPP, ART. 408, PAR. 2.). PRONUNCIADO O RÉU, QUE JÁ SE ENCONTRAVA PRESO PREVENTIVAMENTE, NÃO SE NULIFICA A SUA CUSTODIA PROVISORIA, DESDE QUE SUBSISTAM OS MOTIVOS QUE JUSTIFICARAM A DECRETAÇÃO DAQUELA PRISÃO CAUTELAR. SÃO IRRELEVANTES, PARA ESSE EFEITO, A PRIMARIEDADE E OS BONS ANTECEDENTES DO ACUSADO, QUE NENHUM DIREITO TEM, NESSE CONTEXTO, A OBTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISORIA. SENTENÇA DE PRONUNCIA - ELEMENTOS. - SE A SENTENÇA DE PRONUNCIA REVELA, EM SEU CONTEUDO INTRINSECO, OS ELEMENTOS ESSENCIAIS A CONFIGURAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO (CPP, ART. 408), TORNA-SE LEGÍTIMA A SUBMISSÃO DO RÉU A JULGAMENTO POR SEU JUIZ NATURAL: O TRIBUNAL DO JÚRI. PROVA EMPRESTADA - INOBSERVANCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - VALOR PRECÁRIO - PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. - A PROVA EMPRESTADA, ESPECIALMENTE NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO, TEM VALOR PRECÁRIO, QUANDO PRODUZIDA SEM OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO. EMBORA ADMISSÍVEL, É QUESTIONÁVEL A SUA EFICÁCIA JURÍDICA. INOCORRE,

CONTUDO, CERCEAMENTO DE DEFESA, SE, INOBTANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, NÃO FOI ELA A ÚNICA A FUNDAMENTAR A SENTENÇA DE PRONUNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE - GARANTIA EXPLICITA DO IMPUTADO - CONSEQUENCIAS JURIDICAS. COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE, QUE SEMPRE EXISTIU, DE MODO IMANENTE, EM NOSSO ORDENAMENTO POSITIVO, IMPEDE QUE SE ATRIBUAM A ACUSAÇÃO PENAL CONSEQUENCIAS JURIDICAS APENAS COMPATIVEIS COM DECRETOS JUDICIAIS DE CONDENAÇÃO IRRECORRIVEL. TRATA-SE DE PRINCÍPIO TUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL, CUJO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDENCIA E O DA DISCIPLINA JURÍDICA DA PROVA. A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE, QUE DECORRE DA NORMA INSCRITA NO ART. 5. , LVII, DA CONSTITUIÇÃO, E MERAMENTE RELATIVA (JURIS TATUM). **ESSE PRINCÍPIO, QUE REPUDIA PRESUNÇÕES CONTRARIAS AO IMPUTADO, TORNOU MAIS INTENSO PARA O ÓRGÃO ACUSADOR, O ONUS SUBSTANCIAL DA PROVA. A REGRA DA NÃO-CULPABILIDADE - INOBTANTE O SEU RELEVO - NÃO AFETOU E NEM SUPRIMIU A DECRETABILIDADE DAS DIVERSAS ESPÉCIES QUE ASSUME A PRISÃO CAUTELAR EM NOSSO DIREITO POSITIVO. O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL, QUE NÃO VEICULA QUALQUER IDEIA DE SANÇÃO, REVELA-SE COMPATIVEL COM O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE.** (HC 67707, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/11/1989, DJ 14-08-1992 PP-12225 EMENT VOL-01670-01 PP-00178:: RTJ VOL-00141-03 PP-00816).(grifo nosso).

Em uma temática um pouco mais diferente, no julgamento do Habeas Corpus nº. 80.084/PE, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, julgou inepta uma denúncia ao argumento de que não delimitada corretamente a imputação atribuída ao impetrante pelo Ministério Público. É interessante notar que, no voto condutor, o relator faz referência expressa à ligação existente entre o princípio da presunção de inocência e o ônus argumentativo da acusação, relacionando ambos, ainda, ao princípio do contraditório, nos seguintes termos:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO (CP, ART. 242, SEGUNDA PARTE) E CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR (CP, ART. 245, § 2º) - ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - OCORRÊNCIA - INOBTERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI ÀS PACIENTES COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO QUE AS VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “reato societario”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do “due

process of law” (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. **A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.** - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. **AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (HC 80084, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10-12-2012 PUBLIC 11-12-2012).(grifo nosso).

Embora a referência feita no acórdão diga respeito ao momento do oferecimento da denúncia, observa-se que, comparando essa decisão com as demais decisões analisadas, essa aprofunda um pouco a análise do princípio constitucional ora abordado para além do lugar comum geralmente trabalhado no Supremo Tribunal Federal.

A temática citada também foi tratada nos julgamentos proferidos nos Habeas Corpus nº 83.947¹⁰¹, 84.580 e 88.875, todos de Relatoria do Ministro Celso de Mello, de ementa idêntica

¹⁰¹“(…) **AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexos de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o

à anterior, bem ainda no Habeas Corpus n.º 80799¹⁰², de relatoria do Ministro Néri da Silveira, no qual o Ministro Celso de Mello ficou vencido.

Por fim, cumpre citar mandado de segurança 28.485 / SE¹⁰³, embora não apresente conteúdo relevante ao presente estudo, eis que discute a validade de exoneração de funcionária pública determinada pelo Conselho Nacional de Justiça, é interessante pois nele o Tribunal reconhece a incidência do princípio da presunção de inocência na análise do ônus da prova mesmo em procedimento administrativo. Da mesma forma, a medida cautelar na Ação Cautelar n.º 509/AP¹⁰⁴ discutia a concessão de efeito suspensivo à decisão que cassava mandato de

réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei n.º 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.” (HC 83947, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00327).

¹⁰² “Habeas corpus. 2. Reiteração de pedido já objeto do Habeas Corpus n.º 80.611/RJ, 2ª Turma. 3. Denúncia que possibilita ao paciente defender-se, amplamente, quanto aos fatos nela descritos. Não há reconhecer sua inépcia. 4. Descabe discutir, aqui, a participação societária do paciente na empresa. 5. Habeas corpus indeferido.” (HC 80799, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 15/05/2001, DJ 15-03-2002 PP-00033 EMENT VOL-02061-02 PP-00309)

¹⁰³ Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Competência reconhecida para fiscalizar os princípios que regem a Administração Pública. Servidor não efetivo ocupante de cargo de nomeação e exoneração “ad nutum” que é cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, de servidor efetivo do mesmo órgão. Ausência de prova concreta de subordinação entre os dois servidores ou entre a autoridade nomeante e o servidor de referência para a configuração objetiva do nepotismo. Nepotismo não configurado. Segurança concedida. 1. Competência do Conselho Nacional de Justiça para promover a fiscalização dos princípios constitucionais da Administração Pública consagrados pelo art. 37, caput, da Constituição Federal, entre eles os princípios da moralidade e da impessoalidade, os quais regem a vedação ao nepotismo. 2. A norma depreendida do art. 37, caput, da CF/88 para a definição de nepotismo – em especial os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência - não tem o condão de diferenciar as pessoas tão somente em razão de relação de matrimônio, união estável ou parentesco com servidor efetivo do poder público, seja para as selecionar para o exercício de cargos de direção, chefia ou assessoramento no âmbito da Administração Pública, seja para excluir sua aptidão para o desempenho dessas funções. 3. Ausência de prova concreta de subordinação entre os dois servidores ou entre a autoridade nomeante e o servidor de referência para a configuração objetiva do nepotismo. 4. Segurança concedida para anular a decisão do CNJ na parte em que determinou a exoneração da impetrante. (MS 28485, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 03-12-2014 PUBLIC 04-12-2014).

¹⁰⁴ “AÇÃO CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DA COMPETÊNCIA DA CORTE. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. MANDATO ELETIVO. CASSAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA EXIGÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A SUA EXECUÇÃO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. 1. Medida Liminar para conferir efeito suspensivo a recurso da competência do Supremo Tribunal Federal. Não obstante a dicção das Súmulas 635 e 634, subsiste a excepcionalidade prevista no artigo 21, IV, do RISTF que, ante a iminência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, permite ao magistrado o deferimento da pretensão cautelar para manter-se com plena eficácia o “status do quo” da lide. 2. Suposta prática de captação de votos, ocorrida entre a data do registro da candidatura até o dia da eleição. Representação eleitoral julgada procedente após a eleição, diplomação e posse do candidato. Mandato eletivo. Cassação. Observância do disposto no artigo 15 e nos incisos XIV e XV do artigo 22 da LC 64/90. Plausibilidade da tese jurídica sustentada e viabilidade do recurso extraordinário. Medida liminar deferida e referendada pelo Pleno da Corte.” (AC 509 MC, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2004, DJ 08-04-2005 PP-00006 EMENT VOL-02186-01 PP-00004 RTJ VOL-00194-02 PP-00407)

candidato com base em condenação sem trânsito em julgado.

A pesquisa jurisprudencial desenvolvida confirmou que a questão relativa ao ônus probatório não recebe o devido tratamento constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Era de se esperar que a corte constitucional de um país democrático, que preza pelo desenvolvimento de um devido processo legal, já tivesse analisado a fundo a dimensão probatória do princípio da presunção de inocência. Todavia, o que se vê é que em todos os julgados em que mencionados os verbetes selecionados para a pesquisa, no geral, essa análise fora feita de forma incidental ou meramente retórica.

Mais do que isso, percebe-se que o princípio da presunção de inocência tem seu alcance mitigado na jurisprudência daquele Tribunal Superior, sendo, por exemplo, referido como “princípio da não culpabilidade”, e em alguns casos sequer é tratado como princípio, mas como regra. Demais disso, o que se observa é que embora se trate o STF de uma corte constitucional, é raro que a própria Constituição seja usada de parâmetro para as decisões que versam sobre ônus da prova, que em boa parte da amostra colhida foram tomadas com base em convicções dos julgadores, que não referenciaram a carta constitucional.

Ademais, a análise das decisões mencionadas mostra que a compreensão da presunção de inocência pelo STF, enquanto órgão colegiado, desconsiderando-se algumas posições isoladas, ainda é muito limitada. Não a aplicam com rigor na questão da prisão provisória, não a aplicam com rigor na questão dos antecedentes, de forma tal que nem se poderia esperar que a aplicassem de forma técnica na tratativa do ônus da prova.

Não obstante isso, é certo que alguns ministros até reconhecem a implicância do princípio no âmbito probatório. Todavia, isso é feito quase que de forma retórica, porque ainda consideram, no geral, que ao Ministério Público compete provar os fatos “constitutivos” do direito, a autoria e a materialidade, em evidente confusão com as categorias correlatas do processo civil e total consonância com o entendimento vigente antes da promulgação da Constituição de 1988.

E se esse é o tratamento dado ao ônus da prova pelo tribunal responsável pelo controle de constitucionalidade, nos tribunais de segunda instância e nos juízos singulares talvez a situação seja ainda pior. Somente a título de curiosidade, uma rápida pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na internet com os verbetes “apelação criminal” e “inversão do ônus da prova” apresenta mais de mil resultados, sendo que em 09 dos 10 acórdãos exibidos na primeira página o órgão julgador está “invertendo o ônus da prova” dos fatos para

incumbir a defesa de provar que o réu não praticou determinadas condutas¹⁰⁵.

Essa rápida constatação alarma com relação ao tratamento que o ônus da prova vem recebendo nos tribunais país afora, totalmente alheio à presunção constitucional de inocência que já percorrera longo caminho para estar no ordenamento brasileiro. Alarma também porque nenhuma dos acórdãos constates da amostra de estudo sequer apontava para decisões como essas, que provavelmente não são analisadas sob o pretexto de que isso demandaria reexame probatório. A verdade, porém, é que não é preciso ler uma decisão que fale sobre inversão do ônus da prova no processo penal para saber que ela é totalmente inconstitucional e incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito. Entendimento contrário mitiga o controle constitucional do princípio e, conseqüentemente, o alcance das garantias constitucionais afetas ao tema.

6 ÔNUS PROBATÓRIO ARGUMENTATIVO

6.2 A superação da correspondência e a adoção da filosofia da linguagem

A análise da prova na persecução criminal abarca problemas que não se limitam à esfera jurídica. É o caso, por exemplo, da questão da verdade, que tem suas raízes na filosofia, mas se emaranha no processo penal gerando diversas conseqüências práticas, sobretudo no âmbito probatório. Não raro, o próprio processo penal é definido como o “instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade dos fatos” (BADARÓ, 2003, p. 20)¹⁰⁶, o que evidencia a estreita relação entre processo, verdade e prova.

Como já ficou claro acima, a trajetória da presunção de inocência no processo penal e, paralelamente, a escolha dos métodos empregados com o propósito de propiciar o sucesso na apuração da verdade varou “ao sabor da conveniência e da oportunidade oferecidas pelos distintos regimes de governo” (BARROS, 2013, p. 76). Por isso, historicamente, o processo penal esteve (e ainda está) atrelado à já conhecida e trabalhada noção de verdade real, a qual, ainda quando caracterizada através de outros adjetivos – verdade processual, verdade objetiva, verdade material, verdade histórica, entre outros – designa um conceito que expressa a possibilidade do conhecimento absoluto sobre o fato processual, “uma perfeita correspondência

¹⁰⁵ O assunto, inclusive, foi tema de artigo elaborado por Lênio Luiz Streck intitulado: “No TJ-MG o MP não precisa provar acusação; lá invertem o ônus da prova” (STRECK, 2015).

¹⁰⁶ Há, ainda, os que neguem qualquer relação do processo com a verdade, seja pela impossibilidade fática de se atingi-la, seja pela sua incompatibilidade com a natureza de resolução de conflitos da persecução.

do objeto com a realidade” (PINTO, 2012, p. 79).

No Brasil, porém, a partir de 1988, a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito pela Constituição da República¹⁰⁷, cuja ideologia norteadora se voltou para a defesa das liberdades individuais, da dignidade humana e das estruturas democráticas de poder, acarretou diversas consequências para o exercício do poder jurisdicional, notadamente na esfera criminal.

Embora historicamente lhe sejam atribuídos vários significados, a concepção do Estado de Direito impõe o exercício do Poder estatal *per lege e sub lege*. De um lado, os atos de Poder passam a ser regulados de forma geral, abstrata e pré-estabelecida, de maneira tal que a atuação estatal somente será válida quando observadas as formalidades legais. De outro, os agentes públicos são sempre subordinados a normas superiores que limitam a atuação estatal, vinculando formas, procedimentos e o conteúdo do que é passível ou não de disposição. (PINTO, 2012, p. 79).

Logo, em todas as suas esferas o poder estatal deve ser exercido segundo os parâmetros legais. Paralelamente, no âmbito penal, o Estado de Direito impõe que o poder de investigar e punir crimes seja exercido *sub lege* tanto quanto o poder legislativo é *per lege*. E, mesmo sendo exercitado *per lege*, o poder legislativo está *sub lege*, ou seja, adstrito à Constituição (FERRAJOLI, 2010, p. 789), que estabelece limites para a aplicação da lei penal.

A atuação do poder público torna-se limitada pelo Direito, que coíbe possíveis arbitrariedades através de um tratamento geral e abstrato, garantindo a posição de igualdade de todos perante o Estado e a segurança jurídica quando de sua atuação. Disso se evidencia que um dos principais anseios do Estado de Direito é justamente a criação de limites à atuação estatal visando a defesa dos indivíduos e garantia dos direitos fundamentais, os quais, no exercício do poder punitivo, são muito relevantes.

Todavia, a tarefa de transposição desses anseios à persecução penal não pode se reduzir à ideia de construção de um novo modelo processual em que os direitos fundamentais são casualmente colocados no centro do ordenamento, mas, antes, deve evidenciar a necessidade de se compreender e superar alguns paradigmas anteriormente instituídos que sejam incompatíveis com a ideologia constitucional.

Portanto, o Estado Democrático de Direito exige que se construam bases sólidas sob as quais se fundará a persecução penal, o que inclui a delimitação de uma noção de verdade constitucionalmente adequada, que servirá como limite aos mecanismos formais de exercício do poder punitivo e reforçará a natureza democrática do Estado e do próprio procedimento.

¹⁰⁷ Disciplina o art. 1º da CRFB/88 que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Com esse objetivo de remodelar antigos paradigmas autoritários, a adequabilidade da verdade real passou a ser questionada e, ainda hoje, muitos são os esforços em tentar superá-la, pois, como consolidado por diversos estudiosos do direito processual penal¹⁰⁸, ela justifica e legitima procedimentos criminais de cunho autoritário e repressivo, o que a torna totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito moderno.

Como já adiantado, a busca pela verdade real é a busca pelos fatos enquanto representação objetiva da realidade. Sob essa perspectiva, a verdade obtida ao final do processo criminal deve corresponder exatamente aos fatos tais como ocorreram no passado, sem qualquer alteração. Por isso mesmo, ou seja, por significar uma correspondência exata entre os fatos reconstruídos no presente e os fatos do passado, ela também pode ser chamada de verdade enquanto “correspondência”.

O processo penal que se volta para a busca de uma verdade com essas características desprestigia o método de construção dialética dos fatos, afinal, se a sua finalidade é encontrar uma verdade absoluta, todos os meios podem ser utilizados para tanto, ainda que ilegais ou antidemocráticos. O resultado final, portanto, é mais relevante que o próprio processo, que tem suas formas relativizadas na procura pela correspondência perfeita, a qual, por sua vez, será sempre aquela determinada pelo juiz, cuja subjetividade é totalmente desconsiderada.

Dessa forma, legitimam-se pelo dogma da verdade real diversas práticas probatórias tipicamente autoritárias, tal como a ampla ingerência da prova por parte do juiz, bem ainda a aceitação, no processo, de provas obtidas através de tortura ou outros meios ilícitos. De forma oposta, uma noção constitucionalmente conformada de verdade restringiria a atividade probatória dentro dos limites da legalidade constitucional, assegurando ao imputado amplo exercício de seus direitos fundamentais e sua dignidade enquanto pessoa humana.

Logo, definir regras probatórias na persecução criminal que sejam conformes ao modelo de Estado Democrático de Direito demanda esforço teórico no sentido de se superar as bases epistemológicas sob as quais se assenta a verdade real. Ignorando tal fato, muitos estudiosos do tema trabalham de forma veemente a superação da verdade real sem, contudo, se desatrelar da teoria da verdade enquanto correspondência¹⁰⁹, o que reverbera um problema epistemológico que faz com que a aplicação prática de suas teorias permaneça fadada a desvios autoritários.

¹⁰⁸ Nesse sentido, podem ser citados: BADARÓ, 2017.p. 387; KHALED JR, 2016; LOPES JUNIOR, 2017. p. 371-379; PACELLI, 2017. p. 338-339; PINTO, 2012.

¹⁰⁹ Eugênio Pacelli (2017, p. 339), por exemplo, embora afirme que a verdade real é incompatível com o modelo de processo pós Constituição de 1988, defende a busca de uma verdade processual ou material que, como visto acima, continua atrelada à ideia de correspondência. Chega a dizer, inclusive, que não é inteiramente inadequado falar-se em verdade real no processo, já que essa diria respeito à realidade histórica do já ocorrido.

Para evitar esse mesmo destino, é imperiosa a superação da noção correspondista de verdade, o que, por escolha determinada pela subjetividade imanente a toda pesquisa científica, se fará aqui pela teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. Através da linguagem, esse autor determina o método por meio do qual se pode chegar à compreensão nas chamadas ciências do espírito, entre as quais se pode incluir o Direito.

É a linguagem que traz as coisas à fala e, assim, ao próprio mundo. Mais que isso a própria linguagem só existe para fazer representar as coisas do e no mundo. Nesse sentido, salienta Gadamer que “não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo” (GADAMER, 2005, p. 572).

Para desenvolver seu raciocínio, Gadamer contrapõe os significados de mundo e mundo circundante. Esse último, conceito social, diz respeito ao modo de vida dos seres vivos no mundo. Quanto ao homem, especificamente, o que o diferencia dos demais seres vivos é justamente a sua liberdade para com o mundo circundante. Liberdade essa que, por sua vez, será externalizada através da linguagem, que constitui o mundo. (GADAMER, 2005, p. 572-573)

O fundamento mais determinante do fenômeno hermenêutico para Gadamer é a finitude da experiência histórica. A ordenação e a estruturação dessa experiência, bem como a estruturação do ser, se dará por meio da linguagem (GADAMER, 2005, p. 590), que é o meio em que se reúnem o eu e o mundo, apresentando-se como um acontecer finito. Ela possui uma estrutura especulativa, que não representa uma cópia fixa de algo, mas de um “vir à fala”, onde se enuncia um todo de sentido (GADAMER, 2005, p. 612). Dessa forma, a relação do sujeito com as coisas que o cercam será sempre mediada pela linguagem.

Esse raciocínio parte da noção de que o conhecimento é vinculado à historicidade do intérprete. O objeto de conhecimento não é exato e exterior ao sujeito, mas é por esse reconstruído com base no seu conhecimento vivencial. Conhecer é um fenômeno condicionado pelo “estar-no-mundo” e a relação sujeito-coisa só acontece dentro de um contexto de “círculo” de vivências e linguagem”. (PATRICIO, 2000, p. 41).

Cada sujeito não recria o sentido do objeto, mas acrescenta-lhe um novo sentido, com base na sua “singularidade existencial” (PATRICIO, 2000, p. 42). Cada ser humano passa por vivências únicas que determinam seu modo de pensar e agir, bem ainda constroem a linguagem a qual, em uma conversação, será a base do acordo que permitirá a compreensão.

Esse papel de *medium* da linguagem fica mais claro em situações extremas, nas quais as condições de entendimento complicam o acordo comunicacional. Um exemplo instrutivo é o

da conversa realizada por duas pessoas que falam línguas diferentes. Somente o processo de linguagem de tradução e transposição permite que ela origine um acordo. Em uma conversa assim, o tradutor deve transpor o sentido a ser compreendido para o contexto em que vive o outro interlocutor. Isso não significa que o tradutor pode falsear o sentido que o outro tem em mente, mas, ao contrário, que deve manter o sentido e dar-lhe validade de outra maneira para que possa ser compreendido. A tradução é, portanto, uma interpretação necessária para se chegar a uma compreensão. (GADAMER, 2005, p. 498).

De forma semelhante funciona a tradução dos textos, com a variação de que esses são manifestações fixadas de forma permanente, que só chegam ao mundo e à fala através do intérprete (GADAMER, 2005, p. 502). Aquele que traduz extrai do texto um significado que foi lhe foi dado por outra pessoa, com experiências de vida diversa. O significado extraído pelo tradutor, por sua vez, também estará condicionado pelas suas próprias vivências, de forma tal que sua visão do texto se fundirá com aquela que lhe foi dada pelo autor e assim o objeto de estudo, o texto traduzido, terá uma interpretação única, fruto do acordo de compreensão entre autor e o tradutor. Tudo isso só pode ser realizado por meio da linguagem. “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete” (GADAMER, 2005, p. 503).

Para tanto, autor e tradutor devem trabalhar de forma a entender o caráter subjetivo de suas opiniões e também tentar manter uma abertura com relação ao mundo circundante, pois somente aquele que tem consciência da sua própria historicidade é capaz de se despir de seus preconceitos¹¹⁰ e assim chegar a um acordo no diálogo hermenêutico com o outro, que também tem a sua própria historicidade.

Toda verdadeira conversação implica deixar realmente espaço para os pontos de vista do outro e colocar-se no seu lugar, mas não no sentido de compreender sua individualidade, mas no sentido de compreender aquilo que ele diz. Deve-se respeitar o direito objetivo de sua opinião para se chegar a um acordo comum sobre algo (GADAMER, 2005, p. 499). “Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para a experiência da história” (GADAMER, 2005, p. 492), isto é, à vivência e compreensão de novas coisas.

¹¹⁰ “Aquele que está seguro de não ter preconceitos, apoiando-se na objetividade de seu procedimento e negando seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontroladamente como uma *vis a tergo*. Aquele que não quer conscientizar-se sobre os preconceitos que o dominam acaba se enganando sobre o que se revela sob a sua luz”. (GADAMER, 2005. p. 471).

Essa abertura a novas experiências está relacionada à lógica da pergunta e resposta. Quando se converte em objeto de interpretação, o texto coloca uma pergunta ao intérprete. “A interpretação tem sempre uma referência essencial à pergunta que nos foi dirigida. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta”, o que ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico. É no “horizonte do perguntar” que se define a orientação do sentido do texto. (GADAMER, 2005, p. 582).

Também no estudo do fenômeno histórico se aplica essa lógica¹¹¹, pois “somente se poderão compreender os acontecimentos históricos quando se reconstrói a pergunta que a atuação histórica das pessoas queria responder” (GADAMER, 2005, p. 483). Porém, é necessário frisar que o historiador deve sempre se ater à impossibilidade de circunscrever o horizonte de sentido em que se move quando compreende um fato histórico. A continuação do acontecer histórico estará sempre a mostrar novos aspectos significativos do conteúdo transmitido. Assim, toda compreensão atual é uma possibilidade histórica do que é compreendido (GADAMER, 2005, p. 486-487), não a compreensão em sua totalidade, o que ocorre porque os textos históricos se inserem em autêntico acontecer cada vez que são interpretados.

Por isso mesmo, tal como o tradutor, o historiador também deve ter a consciência da impossibilidade fundamental de se atingir o horizonte do autor, afinal, “compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências” (GADAMER, 2005, p. 492). Logo, a compreensão histórica não pode tentar alcançar exatamente a opinião do autor do texto, tampouco a intenção do agente. A pergunta que se tenta reconstruir nesse caso não pode permanecer no seu horizonte originário, pois ela estará sempre condicionada pelo horizonte do intérprete. Assim, nesse caso, “a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também o nosso conhecer”. É isso o que Gadamer chama de “fusão de horizontes” (GADAMER, 2005, p. 488).

Ao contrário do que se deriva da noção de correspondência, essa forma de se entender o estudo histórico não permite acreditar na verdade como equivalência perfeita do fato passado, pois a compreensão desse fato é condicionada pelo horizonte do autor do texto através do qual se pretende compreendê-lo, bem ainda pelo horizonte do próprio intérprete. Na reconstrução

¹¹¹ Embora boa parte da doutrina considere o estudo jurídico semelhante ao estudo histórico, Nicolás Guzmán (2006, p.109-110) salienta duas diferenças fundamentais entre ambos: o historiador, ao contrário do que julgador, geralmente escolhe o texto com o qual vai trabalhar, o que garantiria a esse a imparcialidade necessária para proferir um julgamento; e o fato de que a busca pela “verdade” empreendida pelo julgador geralmente encontra, *a priori*, limites previamente estabelecidos em lei.

histórica, portanto, passado e presente se unem através da fusão dos horizontes de autor e intérprete, o que se dará através da linguagem.

Dessas considerações se pode extrair a aplicabilidade da teoria de Gadamer também no campo do Direito e no próprio processo penal, uma vez que as leis, sua concretização no direito judicial, na dogmática jurídica, sua interpretação em decisões judiciais e a crítica a essas, tudo isso é expresso em forma de linguagem (HASSEMER, 1995, p. 13). Ademais, a atividade desenvolvida na persecução penal consiste basicamente na reconstrução dialética de um fato passado, o que será feito através da coleta de dados que se relacionam à hipótese formulada pela acusação. Por ser a linguagem o meio universal em que se realiza a compreensão (GADAMER, 2005, p. 503), esses dados, as provas, deverão necessariamente ter estrutura de linguagem, o que deve ser tido como condição essencial para o acordo de compreensão que ocorrerá no provimento final.

Assim, a linguagem exercerá importante papel no processo, tal como exerce no mundo, pois é através dela que as coisas vêm à existência e são compreendidas. Essa linguagem que se emprega no processo, tal como a que se emprega na conversação, na tradução ou no estudo histórico, “carrega em si sua própria verdade, ou seja, ‘desvela’ e deixa surgir algo que é a partir de então”. (GADAMER, 2005, p. 497).

Em virtude disso, são as narrativas, no processo, que constroem os fatos que são contados. De certo modo, “a construção de uma narrativa por parte de seu autor é também a construção dos fatos que o autor conta” (TARUFFO, 2016, p. 73), de forma tal que, ao construir sua narrativa, o sujeito processual dá forma à realidade, que constituirá, ao final do processo, o entrosamento das realidades narradas por todos os interessados.

Assim, da mesma forma que o objeto do historiador, o passado, somente ganha sentido e contornos concretos quando esse interpreta dados elaborados por outras pessoas a partir de seu horizonte, o objeto do julgador na persecução penal, o fato criminoso, também ocorreu no passado e, por isso, somente ganha sentido e contornos concretos a partir de dados trazidos ao processo por outras pessoas a partir de suas perspectivas pessoais.

Esses dados, tanto no estudo histórico como na persecução criminal, somente podem ser compreendidos quando convertidos em signos linguísticos por meio de narrativas. Tal como os monumentos não escritos, tais dados, quando desvinculados da linguagem, só podem ser objeto de uma tarefa hermenêutica em sentido mais amplo, que envolve somente a interpretação, não a decifração e a compreensão (GADAMER, 2005, p. 506). Somente através do caráter de linguagem o que se compreende pode se tornar uma “possível verdade”, que é mais que uma opinião (GADAMER, 2005, p. 510). Essa, por sua vez, será sempre mutável em virtude da

finitude da experiência histórica.

Todavia, ao contrário do que ocorre na experiência histórica, a linguagem que possibilita a compreensão processual, expressa no provimento jurisdicional, é elaborada através de signos delimitados constitucionalmente, pois por representar uma atuação do Estado, que se constitui Democrático de Direito, deve estar sempre limitada pelos direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana.

Por permitir essa construção, uma concepção de verdade processual construída através da fusão de horizontes entre os sujeitos processuais se encontra constitucionalmente conformada com o Estado Democrático de Direito. Enquanto a visão correspondista prioriza o resultado da atividade processual, legitimando arbitrariedades em prol da finalidade de se encontrar uma perfeita correspondência com o passado, a qual será sempre determinada pela consciência do julgador, desconsiderando sua pessoalidade, a hermenêutica de Gadamer desloca essa discussão sobre a verdade processual para o campo da linguagem, sem ignorar a subjetividade dos atores processuais.

Essa construção da verdade através da linguagem será inevitavelmente relativa, pois dependerá dos horizontes do autor e do intérprete da prova, o que não significa, porém, que ela possa ter qualquer natureza, já que na realidade ela já é previamente limitada pelos signos constitucionalmente conformados. A propósito, “o fato de se tratar de uma verdade relativa não significa admitir que com ela seja compatível qualquer procedimento ou método probatório”, eis que o tipo de verdade “é determinado diretamente pela disciplina legal do procedimento probatório que se adote para verificação dos fatos objetos do processo” (BADARÓ, 2003, p. 37).

E, no Estado Democrático de Direito, esse procedimento probatório é construído a partir de signos que limitam o poder punitivo do Estado e garantem ao cidadão o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais. A regra probatória constitucionalmente conformada e que se submeta a todos esses signos será sempre um método válido de obtenção da verdade, a qual, por sua vez, somente será válida se houver sido obtida através do procedimento assim delineado. É o método que delimita a verdade, não a verdade que delimita o método.

A noção de verdade assim obtida se coaduna com a natureza do Estado Democrático de Direito pois, de um lado, ratifica os limites legais impostos ao exercício de poder, possibilitando ainda uma ampliação das garantias fundamentais e, de outro, garante às partes participação equânime no provimento jurisdicional que lhes afetará, permitindo que a democracia se concretize também na esfera jurisdicional, conforme se verá a seguir.

6.2 Contraditório efetivo: direito à informação como pressuposto de participação efetiva

Dentre os vários corolários do devido processo legal, cujos contornos já foram delineados acima, encontra-se a garantia do contraditório que encontra-se consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, LV, que disciplina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A previsão constitucional reforça a importância do princípio, cuja compreensão, até a década de 1970, se limitava à garantia de participação das partes no processo, “com o direito de informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas” (PACELLI, 2017, p. 335).

Posteriormente, com a doutrina de Elio Fazzalari (2006), a noção de contraditório passou a incluir também o critério de igualdade, no sentido de que a participação das partes deveria se dar em paridade de armas. Da mesma forma que no plano político a igualdade meramente abstrata, própria do liberalismo, mostrou-se insuficiente, também no âmbito do processo o conceito de igualdade não pode se restringir à obediência de formalidades, mas deve tender à superação das reais desigualdades (GOMES FILHO, 1991, p. 48).

Se, por um lado, a imputação, por si só, coloca o cidadão em uma situação de desvantagem quanto ao poder punitivo estatal, a afirmação constitucional do princípio da presunção de inocência, em conjunto com outras garantias como a do devido processo penal, contrabalança essa carga negativa, indicando aos atores processuais como deve realizar-se a atividade probatória, “através da integração do direito ao processo com os direitos no processo” (GOMES FILHO, 1991, p. 48). Nessa ótica, o julgador assume especial função dentro do processo, passando a exercer uma função ativa, no sentido de dirigir-se à permanente promoção de um contraditório efetivo (GOMES FILHO, 1991, p. 48).

Ademais, no âmbito criminal¹¹², para ser relevante contraditório deve ser analisado em conjunto com a ampla defesa, pois ambos os princípios conjugados não preconizam uma participação qualquer, mas somente a efetiva, que assegure que o réu possa de fato contribuir para o resultado final da persecução (PACELLI, 2017, p. 335). Não foi por acaso, aliás, que o legislador constitucional inseriu ambos os princípios no mesmo dispositivo legal

¹¹² Registre-se que, na seara penal, ao contrário do que costumam apontar muitos doutrinadores, o contraditório, direito humano, é garantia que pode ser arguida apenas em benefício do acusado. O Ministério Público tem sua atuação processual pautada pelo critério da legalidade, que já preconiza, quando necessário, sua participação na atividade probatória. Enquanto direito humano, porém, o contraditório permite a aplicação da lei para além da legalidade, razão pela qual não pode se estender ao órgão acusador. Registre-se que a própria Constituição, quando trata do princípio, limita sua aplicação aos litigantes e aos acusados, não a estendendo para o órgão ou pessoa que acusa.

Além disso, a exigência de um contraditório efetivo não pressupõe somente o direito à defesa, entendido como a possibilidade de participação em todos os atos processuais, mas também o direito ao defensor, que insere no âmbito dessa discussão as questões relativas à assistência dos necessitados e da efetividade dessa assistência (GOMES FILHO, 1991, p. 48).

Apesar da inexistência de contenciosidade, que resulta do contraste de vontades gerador da lide civil, é imprescindível, no processo penal acusatório, a contrariedade. Não basta à jurisdição penal (especialmente na ação penal de cunho condenatório) a possibilidade de chamamento do réu ao processo para, se desejar, responder aos pedidos formulados pelo autor e acompanhar o desenrolar do processo até a formação da coisa julgada. Mais do que isso, ele precisa do contraditório efetivo, real, para que a descoberta da “verdade” respeite os limites da liberdade do acusado (TUCCI, 2004, p. 48).

Para que essa participação seja efetiva e tenha conteúdo relevante ao deslinde do processo, primeiramente, é necessário que a defesa tenha acesso ao conteúdo detalhado das provas incriminatórias, afinal, é somente através desse que ela poderá contraditar as alegações ou produzir novas provas de forma a efetivamente influenciar na decisão jurisdicional. Logo, o direito à informação é parte essencial do direito ao contraditório.

Em um segundo momento, esse direito ao contraditório, conforme salienta Nicolás Guzmán (2006, p. 146-147), além de possibilitar às partes a criação conjunta da prova – com reduzida participação do juiz –, bem ainda o exercício do controle sobre as provas já produzidas, permite também a valoração final sobre todo o material probatório coligido, isto é, a argumentação com relação a esse antes que se forme a compreensão final do julgador a respeito dos fatos.

No momento seguinte, para garantir a participação efetiva e a relevância da argumentação despendida pelas partes, é necessário que ela vincule a decisão do julgador. Ora, de nada adianta que o Estado conceda à parte o direito de participação no processo se essa em nada influenciar para o resultado final. Dessa forma, o direito ao contraditório efetivo também determina a vinculação da decisão judicial à atividade das partes, que limitarão através de suas argumentações as esferas de ingerência do poder estatal na vida dos cidadãos.

Logo, no processo penal constitucional, não basta que o juiz conceda às partes oportunidades iguais de pronunciamento, devendo ainda garantir que esse será efetivamente considerado quando da prolação das decisões, sob pena de se negar vigência à própria Constituição (LEAL, 2002, p. 104). Para tanto, necessário que a defesa seja informada sobre todas as provas contra si produzidas, as quais devem vincular a decisão judicial inclusive no aspecto argumentativo.

Esse entendimento, embora conforme a Constituição, é totalmente incompatível com a noção de verdade como correspondência supra delineada, que se vincula à pura racionalidade do julgador. Afinal, se o processo está atrelado a uma noção de verdade enquanto representação fidedigna do fato passado, limitar a atividade jurisdicional através da argumentação das partes seria, na verdade, uma barreira para que a persecução atinja seu fim. Assim, novamente, as consequências da adoção de determinado modelo de verdade repercutem no campo probatório e permitem a discricionariedade¹¹³, negando vigência aos princípios processuais.

A superação da correspondência pela linguagem, porém, mitiga esse problema pois reafirma a necessidade de se garantir o contraditório efetivo no processo. Como visto acima, reconhecer o caráter de linguagem da prova no processo penal significa impor que a acusação, ao apresentar os elementos de prova que confirmem a hipótese acusatória, deve trazê-los ao processo através das palavras, de forma tal que esses elementos não representarão o fato em si, mas o fato sob a perspectiva da acusação¹¹⁴, que delimitará seu conteúdo.

Diante disso, quando a defesa entra em contato com o elemento de prova apresentado pela acusação, ela não entra em contato com a representação objetiva do fato, tal como ocorrera no mundo, mas com o fato construído sob o horizonte do acusador. E, como já sinalizado, para que a defesa efetivamente entre em contato com esse elemento de prova, é necessário que ele tenha sido delimitado através da linguagem, vez que é ela que traz as coisas ao mundo processual e torna possível a compreensão. O fato ou objeto não afirmado simplesmente *não existe* (BADARÓ, 2003, p. 228) e é irrelevante, pois sobre ele o juiz não pode emitir qualquer juízo de valor.

Prosseguindo o raciocínio, uma vez que entra em contato com esse elemento de prova que representa o fato ou um de seus aspectos, a defesa poderá ou não sobre ele se manifestar, em virtude da faculdade que lhe é conferida pelo princípio da presunção de inocência. Escolhendo se manifestar, ou mesmo apresentar novas provas, o que deve se dar por meio da linguagem, a defesa inserirá no processo o seu horizonte sobre o fato. Assim, a atuação defensiva no processo estará condicionada pelo horizonte processual do acusador, que desde a

¹¹³ Necessário citar aqui a posição de Eros Roberto Grau (2009, p. 214-217), que afirma o equívoco daqueles que alegam agir o juiz no campo da discricionariedade. Para o jurista, “todo intérprete, assim como todo o juiz, embora jamais esteja submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado pelos textos normativos”. Assim, para ele, “o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação da *norma jurídica* que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade*”, enfatizando que a doutrina que entende o contrário confunde discricionariedade com *liberdade de pensar*, que é própria de todo ser humano. Quando essa liberdade é exercitada para além da abertura dos textos de direito, há uma subversão desses, não o normal exercício da discricionariedade.

¹¹⁴ Importante registrar aqui que no presente trabalho o Ministério Público é considerado enquanto “parte parcial, que, eventualmente, pode assumir uma posição ‘imparcial’, por ter que pautar sua conduta em termos de estrita legalidade” (BADARÓ, 2003, p. 225).

formulação da hipótese acusatória até a apresentação dos elementos de prova estará sempre limitando a acusação e, portanto, a atividade jurisdicional.

Logo, quando se manifesta sobre a hipótese acusatória ou sobre a prova produzida em seu desfavor, a defesa não fala do fato em si, como representação objetiva do real, mas sobre o fato visto sob a perspectiva da acusação, e nele adiciona, por meio da argumentação, a sua própria visão de mundo, criando assim um fato novo, diferente daquele apresentado pelo acusador, mas por ele condicionado.

Ressalte-se que, como analisado no tópico anterior, a compreensão dos sujeitos processuais sobre os fatos, tal como a própria linguagem por eles utilizada, estará sempre condicionada pelas suas experiências e pelo mundo que os circunda. Todavia, uma vez que essas visões são colocadas no processo através das provas, devidamente associadas à argumentação, passam a constituir seres no mundo, que, embora carreguem em si características advindas da pessoalidade de seus autores, não estão mais atreladas a esses. Desse momento em diante, elas passam a atuar como outros seres, podendo estabelecer relações com outros sujeitos, os quais, por sua vez, podem adicionar-lhe novas perspectivas, e assim sucessivamente até que nela se fundam horizontes suficientes para se chegar à compreensão, o que, no processo, se dará na sentença final.

Assim, ao final do procedimento probatório, o magistrado deverá decidir sobre os fatos alegados tais como construídos pelas partes, confirmando ou negando a hipótese acusatória. Nessa fase de julgamento, ele terá contato com as provas que representam, em verdade, as perspectivas da defesa e da acusação sobre o suposto fato criminoso, as quais ele absorverá e adicionará a sua própria perspectiva para chegar à compreensão. O contraditório efetivo assim auxiliará na busca de uma “verdade” (CHIMENTI, 1995, p. 28-30), a qual não será mais fruto da vontade unilateral do julgador, tampouco algo que corresponda a uma inalcançável representação fidedigna da realidade, mas constituirá a fusão dos horizontes dos sujeitos processuais, o que é possibilitado através do caráter de linguagem das provas.

Por ser o elemento universal da compreensão, a linguagem vai mediar entendimento de cada um dos sujeitos processuais sobre os fatos. Ao mesmo tempo, também é a linguagem que, externada através da argumentação, vai trazer os horizontes de cada um desses sujeitos ao processo. Dessa forma, a argumentação passa a ser vista enquanto parte essencial da prova, que permite a essa externar seu caráter de linguagem, trazendo-a ao mundo processual e possibilitando que, através dela, os sujeitos processuais cheguem a uma compreensão dialeticamente construída sobre os fatos apurados.

Assim, as partes somente “apresentam” provas quando indicam os elementos vinculados

aos fatos e sobre eles argumentam, externando, assim, o caráter de linguagem desses. Dessa forma, para que a defesa se considere de fato informada sobre a acusação contra si formulada, não basta que o acusador indique de forma genérica os meios de prova que embasam a hipótese acusatória, pois esses somente passam a constituir verdadeiras provas no processo, podendo contribuir para a compreensão e ser levados em consideração na sentença, se estão associados a alguma argumentação.

Disso decorre que a mera indicação genérica de um elemento de prova não vale enquanto delimitação do conteúdo da acusação no processo, vez que o que possibilitará a fusão de horizontes consubstanciada no provimento final é a compreensão desse elemento que se faz por meio da linguagem. Quando se aceita a indicação genérica de elementos de prova como se prova fossem, se desconsidera o horizonte dos intérpretes e atores processuais, o que é incompatível com o caráter de linguagem da prova, bem ainda com a própria democracia e acaba por perpetuar a noção da prova como correspondência exata com a realidade, dando margem ao decisionismo.

Por outro lado, como já adiantado, para que as provas apresentadas pelas partes sejam mesmo relevantes para a decisão final, a atividade jurisdicional deve ser por elas limitada. Dessa forma, a decisão final do processo deve estar sempre adstrita aos argumentos apresentados pelas partes. “Se, por um lado, a sentença não pode se basear em fatos não provados, também não poderá ela, por outro, se basear em fatos não afirmados” (CAMPOS, 1994), afinal, pela teoria hermenêutica já delineada, um fato não afirmado é um fato não provado.

Caso o magistrado possa condenar o imputado com base em interpretação totalmente nova dos elementos apresentados pelas partes, estaria assim surpreendendo a defesa com um novo argumento, sob o qual essa não pode se manifestar anteriormente. O modelo de persecução penal que abre essa possibilidade de inovação argumentativa na decisão judicial impossibilita o exercício do contraditório efetivo pela defesa e escancara seu viés autoritário e decisionista.

Além disso, essa exigência também conforma o processo aos valores de previsibilidade e calculabilidade demandados pelo direito moderno. Como visto acima, o Direito processual penal sempre acompanhou o modelo e as necessidades do Estado ao qual se encontra vinculado. Atualmente, é exigência do capitalismo racional a calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica, o que somente pode ser alcançado com a previsibilidade das decisões (GRAU, 2010, p. 30-32).

Como consequência disso, no processo penal inteiramente inserido na modernidade, o contraditório deve ser exercido no processo de forma a determinar que o acusador argumente, pela linguagem, como e porque acredita que determinados elementos são suficientes para

comprovar a culpa do imputado, o que exige que esse tenha praticado um fato típico, ilícito e culpável. E essa argumentação deve se incorporar à própria noção de prova e vincular a compreensão final do fato exarada na sentença.

Portanto, para que a defesa se manifeste de forma efetiva, isto é, colaborando de forma efetiva para a fusão de horizontes que será o provimento final, é essencial que o acusador determine o conteúdo do fato segundo o seu horizonte, informando à defesa o exato conteúdo da acusação que pende contra si, e que essa informação estabeleça os limites da atuação estatal. Não por outra razão que o direito de informação integra o próprio direito ao contraditório, por sua vez assegurado constitucionalmente.

E assim a análise do processo sob a perspectiva da filosofia da linguagem contribui também para reafirmar as exigências do direito de informação e do próprio contraditório, construindo bases sólidas para um processo penal constitucional. Essa estrutura dialética de persecução, calcada no princípio do contraditório, longe de constituir entrave à busca da verdade, como é vista em procedimentos autoritários, apenas reafirma que, no Estado Democrático de Direito, essa é obtida de forma muito mais eficaz quando construída em conjunto com as partes que quando buscada de forma solipsística pelo juiz (BADARÓ, 2003, p. 219).

6.3 Ônus probatório argumentativo como mecanismo de consolidação da democracia no processo.

As questões relativas à prova no processo penal passam, necessariamente, pela definição do modelo processual adotado, seja com relação às funções investigatórias e acusatórias, seja com relação à fixação e distribuição dos ônus processuais às partes (PACELLI, 2017, p. 338). Por sua vez, o modelo processual adotado está sempre intrinsecamente ligado a própria natureza do Estado.

A propósito, “os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral”, de forma tal que “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos cooperativos ou autoritários de sua constituição” (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 71).

É no tratamento penal que o Estado expressa de forma mais pura seu viés político (FERRAJOLI, 2010, p. 196), nele se externando de forma mais visível as relações entre homem e Estado. Por isso mesmo um processo penal iníquo, com procedimento autoritários, estará sempre atrelado a um Estado de modelo ditatorial, enquanto um processo penal que salvaguarda

de forma completa a dignidade da pessoa humana estará sempre ligado a um modelo de Estado democrático (ARAÚJO, 1999).

Como já salientado, a Constituição de 1988 instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito e, por meio de uma epistemologia garantista, estabeleceu os signos através dos quais deve ser construída a verdade no processo, preconizando a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites precisos para a intervenção nos direitos individuais (PINTO, 2012, p. 135).

Os direitos humanos, que garantem a todos os cidadãos o seu desenvolvimento pacífico enquanto seres humanos, são constituídos de forma abstrata e genérica, para toda a sociedade, por meio da lei. Todavia, se, por um lado, esses direitos podem ser compreendidos e memorizados pelos cidadãos na vida cotidiana, sua juridificação (e efetividade) exigirá sempre a concomitância da instauração de um poder. Logo, esse processo de juridificação não pode se limitar às liberdades subjetivas de cada cidadão, mas deve se estender também à constituição do poder político (HABERMAS, 1996, p. 133).

Tendo em vista essa juridificação simultânea de liberdades individuais e poder político, a legitimação da atuação estatal assim delimitada engloba a legitimidade dos direitos ou do processo legislativo, mas também a legitimidade dessa ordem política e do exercício de poder. Essa legitimação requer canais legais para a sanção, organização e execução dos poderes do próprio Estado, sobretudo quando esse se intitula Democrático de Direito. (HABERMAS, 1996, p. 134).

Além disso, o Estado Democrático de Direito exige que as decisões do poder politicamente organizado não devem se revestir de quaisquer requisitos formais, mas só daqueles legitimados pelas leis advindas dos procedimentos legislativos estatuídos. Assim, como já mencionado acima, dentro desse modelo estatal, o único direito legitimado seria aquele aceito por todos os cidadãos (HABERMAS, 1996, p. 135), instituído através de um procedimento legislativo.

Outrossim, no Estado Democrático de Direito a divisão das competências legislativa e judiciária entre dois poderes distintos faz com que o exercício do poder pela via jurisdicional somente se legitime se pautado em parâmetros legais, o que evita arbitrariedades dentro do próprio Estado (HABERMAS, 1996, p. 173-174) e determina a relação dos cidadãos com o poder público.

Todavia, em um Estado em que a representatividade legislativa se dá através do voto da maioria, a lei não assegura os interesses de todos. Por isso, para que se garanta o princípio do pluralismo político, é necessário complementar a vontade parlamentar garantindo um fluxo

livre de opiniões também fora do processo legislativo (HABERMAS, 1996, p. 171), atingindo assim diversos setores sociais. Uma das formas de fazê-lo é através do processo penal que, para garantir o direito de todos, não somente da maioria representada legislativamente, deve permitir que as partes possam efetivamente influenciar os atos de poder que lhes afetarão, garantia essa que se encontra consubstanciada na Constituição pelo princípio do contraditório.

A democracia assim esboçada não se limita à representatividade popular através do voto, mas se estende aos processos judiciais, garantindo que mesmo minorias e indivíduos hipossuficientes estejam aptos a fazer frente à superestrutura estatal por meio de sua capacidade argumentativa. O contraditório, portanto, garantirá a democracia no processo e assegurará que as partes tenham nele a máxima equidade possível, exercendo a mesma influência no provimento jurisdicional através da argumentação.

Sob os influxos da teoria hermenêutica de Gadamer supra delineada, a construção do fato no processo se dará através das provas, as quais somente virão a existir por meio da linguagem utilizada pelas partes, que, limitada pelos signos constitucionais assim especificarão o sentido do qual a interpretação do julgador deve partir para, por fim, proferir a decisão final.

Essa interpretação final dada pelo julgador ao fato, porém, estará sempre atrelada à aplicação da norma. Em verdade, o trabalho do intérprete¹¹⁵ envolve a compreensão simultânea da norma e dos fatos, da interpretação e da aplicação. Ao possibilitar essa interpretação dos fatos, o Direito os reconforma, instituindo a sua própria realidade¹¹⁶ (GRAU, 2009, p. 37). Por isso, o relato desses fatos é essencial para a compreensão. Fora desse relato, isto é, fora do universo da linguagem, não há como afirmar que os fatos não são o que são¹¹⁷.

Por isso mesmo, salienta Eros Grau (2009, p. 92) que aqueles que separam a atividade decisória em duas etapas – interpretação e aplicação – o fazem com base na equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção, a qual somente é possível quando trabalha com uma noção concreta do fato, relacionada à visão correspondista da verdade.

¹¹⁵ O intérprete, no caso, pode ser qualquer pessoa. O juiz, o órgão acusador, o acusado, seu defensor... Porém, a atividade interpretativa do juiz se distingue das demais porque ela vincula terceiros: enquanto o “intérprete autêntico”, ele pronuncia o discurso do direito, enquanto os demais operam o discurso jurídico. (GRAU, 2009, p. 91)

¹¹⁶ Essa “realidade” à qual o autor faz referência poderia ser compreendida como uma noção de verdade relativa aplicável ao processo. Todavia, ele se junta àqueles que negam a possibilidade de verdade no direito, salientando que: “não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma” (GRAU, 2009, p. 37).

¹¹⁷ Nesse sentido, contrapondo-se à visão correspondista, Eros Grau (2009, p. 37) afirma a fragilidade do compromisso entre o relato e seu objeto, decorrente de: (1) do fato que não se pode descrever a realidade, mas somente um modo de ser a realidade; (2a) do fato de que realidade determina o pensamento do intérprete; (2b) do fato de que a descrição da realidade será sempre determinada pela compreensão que se tem dela e pelo lugar no mundo que se ocupa ao descrevê-la.

Porém, compreender a inviabilidade desse raciocínio implica também na compreensão de que o juiz, ao interpretar o texto normativo e o fato, concomitantemente aplicando o direito, está, também a produzir a norma jurídica.

Por isso, a interpretação do texto normativo e do caso será sempre um “trabalho artesanal” (GRAU, 2009, p. 98), apresentando, por essa razão, uma nova solução jurídica a cada momento histórico diferente em que é realizado. Essa solução, como já salientado, está diretamente condicionada ao relato dos fatos tais como apresentados pelas partes, que assim inserem no processo as suas perspectivas com relação ao texto normativo e ao caso concreto.

Nesse processo dialético da persecução penal há uma pesquisa cooperatória da verdade (BADARÓ, 2003, p. 220), que permite ao juiz, sem abrir mão da sua personalidade, se apropriar do saber produzido pelas partes para, fundindo-o com seu próprio saber, proferir uma decisão final sobre o fato, que será, na verdade, o conjunto dos horizontes dos sujeitos processuais.

Ademais, importante destacar que se é a linguagem que dá forma ao mundo e delimita o conteúdo de todas as coisas nele contidas e essa está condicionada pela experiência histórica de cada pessoa, a prova apresentada no processo nunca terá a mesma significação para acusação, defesa e julgador. A teoria da correspondência, porém, ignora essa informação e apregoa a existência de uma única verdade, que é a representação fidedigna do fato passado, que, ao final do processo, acaba sendo aquela determinada pelo juiz.

A filosofia da linguagem, ao contrário, conformando o processo à natureza democrática do Estado, afirma que nenhuma das significações conferidas pelas partes pode se sobrepor às demais, devendo todas integrarem o conteúdo do que será a decisão final, que assim corresponderá a uma noção de verdade que representará o “somatório de vários momentos, de vários cruzamentos funcionais e de várias plataformas intrassistemicas” (MARTINS, 2013, P. 71). A decisão deixa de ser fruto puramente da interpretação subjetiva do juiz e passa a se vincular ao saber conjuntamente construído pelos atores processuais, o que significa consolidação da democracia no processo na medida em que garante às partes efetiva participação na construção do provimento jurisdicional.

Se, pelo contrário, o modelo de persecução penal obsta essa participação efetiva, possibilitando que o julgador fundamente sua decisão com dados que vão além da argumentação despendida pelas partes, esse estará se investindo de poderes acusatórios para introduzir no processo a sua verdade unilateral, geralmente movido pela busca da representação fidedigna dos fatos, o que caracteriza o autoritarismo contrário à noção de democracia.

Através do giro ontológico proporcionado pela teoria de Gadamer, porém, o processo passa a se pautar não na verdade enquanto correspondência exata com a realidade, mas na

compreensão como resultado da fusão de horizontes dos interlocutores processuais que ocorre através da linguagem, por sua vez limitada com signos os quais, no Estado Democrático de Direito, estão adstritos aos limites das garantias da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do contraditório e do devido processo legal.

A aplicação processual dessas garantias, sobretudo do princípio da presunção de inocência em sua dimensão de regra probatória, como analisado nos capítulos anteriores, determina que o ônus da prova no processo penal condenatório será sempre exclusivamente da acusação. Conjugando essa assertiva com as consequências da filosofia da linguagem no processo penal supra, conclui-se que à acusação incumbe o encargo de apresentar os elementos de prova que sustentem a hipótese acusatória e sobre eles argumentar, sob pena de desconsideração desses na prolação da sentença.

Em outras palavras, a prova no processo penal democrático deve se desvincular da correspondência e assumir seu caráter de linguagem, o que, na prática processual, faz com que a acusação tenha um ônus argumentativo sobre os elementos de prova apresentados. Esse ônus de argumentação, por decorrer diretamente da vinculação do processo à verdade enquanto fusão de horizontes dos atores processuais, fortalecendo o princípio do contraditório, acaba por legitimar e ratificar o modelo de Estado adotado na Constituição.

Esse ônus argumentativo, tal qual o ônus da prova, que o contém, pode ser analisado pela perspectiva subjetiva e objetiva (ROSENBERG, 1955, p. 224). Na perspectiva subjetiva, diz respeito à divisão entre as partes processuais do encargo de argumentar sobre as provas, enquanto que, na perspectiva objetiva, diz respeito ao critério de decisão a ser utilizado pelo julgador caso a parte detentora do ônus subjetivo dele não se desincumba.

Portanto, havendo um ônus da prova subjetivo na persecução penal democrática, que é a que se visa aqui delinear, há também um ônus argumentativo subjetivo. Logo, à afirmação de que o juiz não pode se utilizar de provas não apresentadas pelas partes para proferir uma condenação, equivale a de que ele também não pode fazê-lo utilizando-se de argumentos por elas não utilizados no decorrer da instrução processual, os quais devem dizer respeito à ocorrência de fato típico, ilícito e culpável. Cabe à acusação o ônus de argumentar sobre os elementos de prova constantes do processo, atrelando-os aos elementos do crime supostamente configurado, não podendo o juiz atribuir a esses a interpretação que lhe convier. Do contrário, encontrar-se-ia legitimada no processo qualquer tipo de fundamentação, o que é incompatível com o processo penal constitucional.

Aliás, na persecução penal no Estado Democrático de Direito, o controle das decisões é exercido por meio da fundamentação, que explicitará se os meios para se chegar àquela

conclusão são legítimos. A motivação, assim, tem valor político e legitima a própria decisão (PRADO, 2014, p. 78) e o modelo de Estado adotado, sendo sua estrutura de fundamental importância por revelar se o resultado da persecução foi adequado e se os caminhos percorridos para se chegar a ele foram legitimamente percorridos.

Todavia, para que esse controle se exerça da forma mais efetiva possível, a exigência da motivação deve ser vinculada a outros parâmetros devidamente conformados com a base principiológica constitucional, entre os quais se pode citar a própria vinculação argumentativa do juízo. É essa vinculação que garante que as razões dos interessados, produzidas em contraditório, serão efetivamente levadas em consideração no momento da decisão.

Dessa forma, o ônus argumentativo consolida a democracia no processo porque, como já ressaltado, permite que o imputado, ainda que hipossuficiente, exerça seu direito ao contraditório de forma efetiva, permitindo à defesa influenciar efetivamente a decisão que lhe afetará. Ademais, o ônus argumentativo impõe critérios de decisão para o julgador que estabelecem limites à própria motivação, que não só deve indicar os elementos de provas nas quais se baseia, mas também os argumentos que fundam sua compreensão, os quais devem ter chegado ao processo por meio das partes.

Por tudo isso, o ônus argumentativo¹¹⁸, contido no ônus probatório, constitui verdadeiro mecanismo de consolidação da democracia no processo, pois, de um lado, garante à defesa participação efetiva da construção do provimento jurisdicional e, de outro, vincula a decisão judicial à argumentação desenvolvida no processo, o que delimita o conteúdo da motivação e facilita o seu controle pelas partes e pela própria sociedade.

¹¹⁸ Antes de concluir o trabalho é importante frisar que quando se fala em ônus argumentativo não se pretende reduzir o significado da atividade probatória ao mero exercício da retórica. Como bem salienta Khaled Jr (2016, p. 308), essa redução é inaceitável, pois “a argumentação é apenas um elemento e não critério definidor da prova no processo”.

7 CONCLUSÃO

Como restou evidente no decorrer do presente trabalho, a caracterização do Estado brasileiro enquanto Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988 criou a necessidade de se infundir no processo penal uma ideologia garantidora das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, sobretudo através dos ditames do devido processo legal. Por ser a prova considerada como o meio através do qual o juiz constrói seu entendimento sobre o fato e fundamenta sua decisão ao final da persecução criminal, essa ideologia democrática transferiu para a seara constitucional o estudo de algumas disposições que afetam diretamente o campo probatório.

Uma dessas disposições é o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição da República de 1988, no seu art. 5º, LVII, e em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Esse princípio, além de constituir parâmetro juspolítico do modelo de persecução penal adotado no país, traz diversas consequências diretas no âmbito probatório, sendo a principal delas a regra que determina os contornos do ônus da prova no processo penal, definindo quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado.

Do ponto de vista “a quem incumbe provar?” e “o que deve ser provado?”, a presunção de inocência faz com que, ao contrário do que afirma boa parte da doutrina tradicional, na persecução penal constitucionalmente conformada, ao órgão acusador incumba o encargo de provar a existência de um fato típico, ilícito e culpável em desfavor do réu. Por outro lado, sob a perspectiva da questão “que tipo de prova é suficiente para sustentar uma condenação?”, o giro ontológico hermenêutico proporcionado pela filosofia da linguagem de Hans-Georg Gadamer faz com que a discussão sobre a verdade processual e, conseqüentemente, sobre a prova alcance a sua dimensão argumentativa.

Determinando-se as características das provas incriminatórias a partir dos parâmetros do processo penal democrático, torna-se premente a superação da noção de verdade enquanto correspondência, que historicamente justificou procedimentos criminais autoritários e repressivos. Numa perspectiva histórica, as consequências da vinculação desse tipo de verdade à persecução penal ficam nítidas, pois permite a relativização das formas e a expansão das esferas de ingerência do poder público na vida privada dos cidadãos, tudo em prol de uma illusória compreensão fidedigna do fato tal como ocorrera no passado.

Todavia, a partir dos contornos da filosofia da linguagem aqui delineados, a linguagem se coloca enquanto meio necessário de toda a compreensão, transformando-se, assim, no

caminho através do qual o fato será construído no processo. Nesse, a linguagem virá ao mundo pela argumentação, que passa a ser requisito de existência da própria prova. Como decorrência lógica dessas considerações, tem-se que o órgão acusador, para se desincumbir do ônus probatório, deve argumentar sobre os meios de prova que considera atestarem a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável, não mais se sustentando a posição civilista que divide o encargo probatório entre as partes do processo penal, tampouco uma visão de prova que não incorpore também seu caráter de linguagem.

É através da argumentação sobre os elementos que compõem o fato criminoso, externalizados por meio da linguagem, que as partes garantirão sua participação efetiva na construção do provimento jurisdicional e assim assegurarão a democracia no processo penal. Essa linguagem, por sua vez, deve ser de comum conhecimento entre partes e julgador, os quais a expressarão cada qual com a sua visão de mundo particular, mas ainda assim vinculados aos signos que são limitados, no Estado Democrático de Direito, pelos direitos humanos previstos na Constituição.

Assim, através dos signos que delimitam constitucionalmente a linguagem a ser utilizada no processo, a acusação poderá argumentar sobre todos os elementos constitutivos do delito, sendo que, ao final da persecução penal, a sua visão do fato, em toda a sua completude, se fundirá com a visão da defesa e à do próprio julgador para a formação da compreensão final que se exprimirá na sentença, que também será delimitada através daqueles.

Tudo isso possibilitará a fusão dos horizontes dos sujeitos processuais sobre os elementos de prova constantes no processo, de forma tal que qualquer visão do julgador que esteja totalmente desvinculada dos argumentos apresentados deslegitima a própria decisão, pois descaracteriza o processo hermenêutico de construção de uma verdade baseado na estrutura dialética, própria da democracia.

Não obstante essas considerações, o Supremo Tribunal Federal parece desconsiderar todas as dimensões do caráter constitucional da disciplina do ônus probatório. Como observado através de pesquisa jurisprudencial, nas raras vezes em que se manifestou sobre o tema do ônus da prova relacionando-o à presunção de inocência, a corte constitucional do país o fizera de forma meramente incidental, sem analisar a fundo a questão e, pior, limitando a compreensão do princípio à afirmação de que à acusação incumbe provar os fatos constitutivos do crime. Quanto ao aspecto argumentativo, embora esse já tenha sido observado enquanto corolário da própria presunção de inocência, sua incidência somente fora reconhecida no momento do oferecimento da denúncia, jamais no momento da produção da prova.

Por essas razões, se pode concluir que o instituto do ônus da prova na prática

jurisdicional brasileira ainda não é trabalhado sob a perspectiva dos direitos humanos e da democraticidade sequer pela corte suprema do país, o que acaba por afetar todos os tribunais e os subordinados, os quais não se sujeitam a um controle de constitucionalidade efetivo sobre a matéria.

Portanto, por tudo que já fora desenvolvido, é certo que se encontra confirmada a hipótese inicial, de que o tratamento do instituto do ônus da prova não recebe tratamento constitucionalmente conformado dentro do ordenamento brasileiro, especialmente na esfera jurisdicional, que o interpreta de forma alheia aos ditames que regulam as atividades estatais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, também se extrai do estudo desenvolvido que, em verdade, ao contrário do que entende a jurisprudência brasileira, o ônus da prova no processo penal democrático deve ser da acusação, a qual possui o encargo de apresentar elementos de prova que atestem a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável, bem ainda de despender a argumentação que delimitará a motivação exarada na sentença acerca desses elementos. Essa necessidade de argumentação decorre diretamente do caráter de linguagem, que não somente caracteriza, mas constitui a prova, trazendo-a ao mundo processual, assegurando às partes sua efetiva participação na construção do provimento jurisdicional e consolidando a noção de democracia em todos os âmbitos da atuação estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017.

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

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BELTRÁN, Ferrer Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Trad. Janaína Matida. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 4 n. 1, p. 149-182, jan-abr. 2018.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Direitos humanos: documentos internacionais**. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 18 de novembro de 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018.

_____. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto - Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018..

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

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

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal: volumen 1: derecho procesal civil: derecho y proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. **Revista para el análisis de derecho**. Barcelona, enero 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. **Na contramão da democracticidade**: a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro. 2014, em Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petropolis: Vozes, 2005.

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.

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

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Princípios Gerais do Processo Penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935 / James Goldschmidt. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Translation: William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

KHALED JR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). **Verdade e prova no Processo Penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 289-316.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: Iustel, 2005.

MACHADO, Francisco Nogueira; PINTO, Felipe Martins. **Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência**. 2016, enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the Brazillian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. **La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia**. Pamplona: Aranzadi, 1999.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PATRÍCIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português**: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2000.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. 2 vol. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. No TJ-MG o MP não precisa provar acusação; lá invertem o ônus da prova. *In: Revista Consultor Jurídico*. 05 fevereiro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-05/senso-incomum-tj-mg-mp-nao-provar-acusacao-la-invertem-onus-prova>>.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. Trad. Celso Braída et al. Mortari, C. A./ Dutra L. H. de A. (Orgs.). São Paulo: Editora UNESP, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 v.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.