

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jacques Trindade Ferreira

O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Belo Horizonte
2014

Jacques Trindade Ferreira

O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383p Ferreira, Jacques Trindade
O princípio da inocência no processo penal democrático / Jacques Trindade
Ferreira. Belo Horizonte, 2014.
75f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Presunção de inocência. 2. Processo penal. 3. Processo cautelar. I.
Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.919

Jacques Trindade Ferreira

O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes – Milton Campos

Prof. Dr. André Estevão Ubaldino Pereira – PUC Minas

Belo Horizonte, 30 de abril de 2014.

*A meus pais, à minha querida esposa, Marianna Gianini de Oliveira,
a meus filhos, Rafael Laube Trindade e Eros de Oliveira Trindade, e
meus queridos amigos Jaime Patto Rocha e Valdeir Carlos Santana,
pela compreensão e carinho.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Leonardo Augusto Marinho Marques, pelas sempre pertinentes observações e orientações no desenvolvimento do presente trabalho.

A todos, que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação.

RESUMO

Esta dissertação aborda o princípio da inocência com vistas a delimitar o seu conteúdo normativo e sua repercussão no sistema processual penal democrático. Procura-se desvendar qual a teoria do processo seria capaz de viabilizar a democratização do processo penal, que, para efeito deste estudo, entende-se como sendo a teoria constitucionalista. Procura-se, ainda, situar o princípio da inocência no contexto do processo penal democrático. Investiga-se o conteúdo normativo do princípio no processo penal democrático. Para tanto, procede-se à decomposição de seu conteúdo normativo, para se demarcar com a maior precisão possível a sua amplitude normativa. Concebe-se o princípio da inocência como norma de tratamento do imputado; suas repercussões no campo probatório; como orientador da teoria da cautelaridade; como norma de julgamento e, por fim, como norteador da interpretação da norma penal.

Palavras-chave: Princípio da inocência. Processo penal democrático. Teoria constitucionalista. Teoria da cautelaridade.

ABSTRACT

This dissertation discusses the Presumption of Innocence with the aim of defining its normative content and its impact on the democratic criminal justice system. This paper attempts to reveal which theory of the process could enable the democratization of criminal proceedings, which for the purpose of this study is understood as the Constitutional Theory. It is sought to further situate the Presumption of innocence in the context of democratic criminal proceedings. The normative content of that presumption in the democratic criminal proceedings is investigated. To do so, there is a decomposition of its normative content, in order to demarcate with the greatest possible precision their normative range. The Presumption of Innocence is conceived as standard treatment of the accused, its impact on field evidence, a guide for the theory of cautiousness; as a judgment standard and, finally, as a guide for the interpretation of the criminal standard.

Keywords: Principle of innocence. Democratic criminal proceedings. Constitutional theory. Theory cautelardade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA: DO PROCESSO ROMANO AO PROCESSO DEMOCRÁTICO	9
3 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	22
4 A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	29
4.1 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO DO IMPUTADO	29
4.2 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO CAMPO PROBATÓRIO.....	35
4.3 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REITOR DA TEORIA DA CAUTELARIDADE.....	41
4.4 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REGRA DE JULGAMENTO: <i>IN DUBIO PRO REO X IN DUBIO PRO SOCIETATE</i>	46
4.5 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REITOR DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL	51
5 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	58
5.1 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO DO IMPUTADO.....	58
5.2 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO CAMPO PROBATÓRIO.....	62
5.3 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REITOR DA TEORIA DA CAUTELARIDADE.....	64
5.4 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REGRA DE JULGAMENTO: <i>IN DUBIO PRO REO X IN DUBIO PRO SOCIETATE</i>	66
5.5 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA COMO REITOR DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL	68
6 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação discorre sobre o princípio da inocência, com vistas a delimitar o seu conteúdo normativo e sua repercussão no sistema processual penal, que convive com uma Constituição que afirma o princípio e um Código de Processo Penal que o rechaça, visto ser, reconhecidamente, inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, que se estrutura a partir da presunção de culpa, preconizada pelo regime autoritário à época vigente, o fascismo.

O interesse pelo tema advém das constantes violações ao princípio da inocência levada a efeito pela imprensa, que aborda o caso penal sob o enfoque da espetacularização, em flagrante desrespeito à intimidade, à imagem e à honra do investigado/acusado, antes que ocorra o julgamento público.

Inicialmente, discorre-se a respeito da construção histórica do princípio da inocência, com vistas a precisar o marco de seu surgimento e sua importância para se fomentar a discussão a respeito da democratização do processo penal.

Em seguida, procura-se desvendar qual a teoria do processo seria capaz de viabilizar a democratização do processo penal, que, para efeito deste estudo, entende-se como sendo a teoria constitucionalista, com os aportes teóricos da teoria do processo como procedimento em contraditório idealizada por Elio Fazzalari, do constitucionalismo e pela leitura do modelo constitucional de processo, concebido por Andolina e Vignera, levada a efeito por Flaviane de Magalhães Barros. Procura-se, ainda, situar o princípio da inocência no contexto do processo penal democrático.

Por fim, procura-se delimitar o conteúdo normativo do princípio da inocência no processo penal democrático. Para tanto, procede-se à decomposição de seu conteúdo normativo, para se demarcar com a maior precisão possível a sua amplitude normativa. Assim concebe-se o princípio da inocência como norma de tratamento do imputado; suas repercussões no campo probatório; como reitor da teoria da cautelaridade; como norma de julgamento e, por fim, como norteador da interpretação da norma penal.

2 CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA: DO PROCESSO ROMANO AO PROCESSO DEMOCRÁTICO

A construção histórica do princípio da inocência teve início no Direito Romano, perpassando pela Idade Média e finalizando com a eclosão da Revolução Francesa, ocasião em que, pela primeira vez, na história do direito processual penal, rompe-se com a ideia da presunção de culpa, única vigente até aquele momento histórico.¹ (MORAES, 2010, p. 3).

O Direito Romano, segundo a perspectiva aqui assumida, divide-se nas seguintes fases: período régio (754 a.C. até 510 a.C.); período da República (de 510 a.C. até 27 a.C.); período do Principado ou do Alto Império (de 27 a.C. até 284 d.C.) e período da Monarquia Absoluta ou Baixo Império ou Dominato (de 284 d.C. até 565 d.C.). (MORAES, 2010, p. 3).

Para empreender a análise do princípio no Direito Romano, o faremos por meio da análise do procedimento penal romano, que pode ser dividido em três espécies. (MORAES, 2010, p. 4).

O primeiro é historicamente encontrado no período comicial, que abrange desde a fundação de Roma até o último século da República, ocasião em que se identificam dois procedimentos, quais sejam, a *cognitio* e a *inquisitio*, aquele caracterizado pela noção de *inquisitio* e *imperium* e este norteado pela ideia da *provocatio ad populum*. (MORAES, 2010, p. 4).

Já o segundo surge no período Republicano e é denominado de *iudicium publicum*, ocasião em que há a participação popular nos julgamentos e se substitui o sistema da *inquisitio* pelo da *acusatio*. Nesse instante, surge o período das *quaestiones*. (MORAES, 2010, p. 4).

A terceira e última espécie de procedimento penal romano surge com a ascensão dos imperadores, ou seja, no final da República e início do Império Romano, recebendo a denominação de *cognitio extra ordinem*, o qual resgata as noções de *inquisitio* e de *imperium* concebidas na *cognitio*. (MORAES, 2010, p. 4).

O período da *cognitio* foi marcado pelo exercício arbitrário e desmedido do poder de *imperium*, este concebido como mais ampla e irrefutável manifestação do poder militar, político, religioso e jurídico exercido pelo rei, assim como pela utiliza-

¹ Adota-se como norte a metodologia utilizada por Maurício Zanoide de Moraes.

ção de um procedimento norteado pelo sistema da *inquisitio*, que legitimava o rei ou alguém delegado por ele a conhecer de ofício da causa penal e a proceder à investigação e julgamento sem qualquer formalidade legalmente estabelecida. (MORAES, 2010, p. 7).

Segundo exorta Maurício Zanoide de Moraes, nesse instante o que chama a atenção não é a desumanidade dos dispositivos legais e, sim, a completa ausência deles e a conseqüente discricionariedade dos magistrados, que podiam julgar segundo seu conveniente arbítrio. (MORAES, 2010, p. 7).

Sintetizando, no período da *cognitio*, o processo penal foi marcado pelas seguintes características: a) o procedimento era iniciado de ofício pelo magistrado, que exercia, de forma irrestrita, o poder de *imperium* delegado pelo rei; b) a extensão do direito de defesa ficava ao arbítrio do magistrado, visto que poderia restringi-lo ou ampliá-lo segundo sua conveniência; c) o procedimento era norteado pela presunção de culpa, visto que a sua formação se dava antes mesmo do início do processo; d) a prisão provisória era decretada segundo a conveniência do magistrado; e) a decisão não era fundamentada; f) por ser manifestação do poder de imperium, as decisões eram irrecuráveis. (MORAES, 2010, p. 8).

Assim, nesse ambiente de exercício de poder sem limites e de presunção de culpa, não há qualquer referência do princípio da inocência nessa fase.

A *anquisitio*, segunda fase do período comicial, surge com o declínio da monarquia e a ascensão da República, que traz a reboque as ideias de participação do cidadão nos destinos de Roma, já que não existia mais a figura do monarca portador de poderes ilimitados, a limitação e controle do exercício do poder e a concessão de garantias ao cidadão perante o Estado. (MORAES, 2010, p. 9).

Nesse contexto, foi concebido o instituto da *provocatio ad populum*, que, com o objetivo de limitar os poderes dos magistrados, outorga aos cidadãos romanos a faculdade de requerer seja o seu julgamento submetido ao povo reunido em assembleia (*comitia*) e, por outro lado, submete os magistrados à autoridade dessas decisões. (MORAES, 2010, p. 10).

A concepção de um incipiente sistema acusatório, fundado na necessidade de limitação do poder dos magistrados e ampliação das garantias do cidadão perante o Estado, traz inúmeros efeitos nos institutos jurídico-processuais vigentes.

Assim, a prisão provisória passa de regra à exceção, sendo substituída, ao final, pelo pagamento de valores. Nos julgamentos perante as assembleias, aos acu-

sados se outorga o direito à defesa, com todos os seus consectários, como produção de prova e debates em contraditório e, por fim, o julgamento se realiza em sistema de votação em que a decisão é irrecorrível. (MORAES, 2010, p. 11).

Sustenta Maurício Zanoide de Moraes que a decisão era tomada por maioria de votos, o que, no seu entender, faria com que, em caso de empate, se declarasse o acusado inocente. Observa o autor que dessa constatação pode-se avançar para vislumbrar o gérmen do que atualmente se denomina *in dubio pro reo*. (MORAES, 2010, p. 12).

Todavia, apesar da mitigação do sistema inquisitório adotado pela *cognitio*, essencialmente por meio da limitação do poder dos magistrados e outorga de garantias ao cidadão, ainda não se pode conceber o princípio da inocência como ideia-força capaz de romper com a presunção de culpa regente do processo penal até esse ponto da história.

No período do *iudicium publicum*, ao contrário do que ocorre no período comicial, o procedimento é regido pelo sistema acusatório, cabendo ao particular a iniciativa quanto à imputação e ao magistrado a posição de terceiro imparcial representante do Estado na solução da causa.

Sob o influxo dessa ideia, a prisão provisória, em regra, não podia ser decretada no curso do procedimento. Ao acusado garantia-se o direito de defesa, com consequente produção de provas e debates em contraditório. Ao magistrado era vedada a produção de prova, assim como o direito de inquirir as testemunhas.

No tocante ao ônus da prova, perdurava a presunção de culpa, impondo ao acusado o ônus de provar a sua inocência e não ao acusador o de provar a imputação.

A decisão era prolatada por um conselho, prevalecendo a condenação somente quando se alcançasse a maioria absoluta. O empate redundava em absolvição.

Nesse período, fortalece a ideia de que na dúvida deve-se absolver o acusado, apesar da dominante presunção de culpa, segundo se destacou.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, nessa quadra da história do Direito Romano, coexistia a presunção de culpa e o *in dubio pro reo*, pois o primeiro atribuía ao acusado o ônus de provar a sua inocência, e o segundo determinava que se ele, no exercício de sua atividade probatória, apesar de não conseguir provar sua ino-

cência, gerasse dúvida no julgador, esta deveria ser resolvida em seu favor. (MORAES, 2010, p. 17).

Observa o autor que a adoção do *in dubio pro reo* e do sistema acusatório não implica na aceitação do princípio da inocência como contraposição à presunção de culpa. (MORAES, 2010, p. 17).

Logo, nesse período, por perdurar a presunção de culpa como ideia-força norteadora de toda a processualidade penal ainda não se pode vislumbrar a vigência do princípio da inocência como reitor do processo penal.

Ante a necessidade surgida pela centralização do poder, retomada no período imperial em contraposição à descentralização ocorrida na fase republicana, surge a necessidade de se criar um novo sistema que se enfeixasse nas mãos do soberano, o *Princeps*, todo o poder militar, político e judicante. (MORAES, 2010, p. 17).

Sob esse influxo de ideias, cria-se o procedimento da *cognitio extra ordinem*, por meio do qual se procede a um resgate do sistema da *cognitio*, de natureza eminentemente inquisitiva e, como tal, viabilizador da almejada concentração de poder na figura do soberano. (MORAES, 2010, p. 18).

O procedimento da *cognitio extra ordinem* caracteriza-se pela substituição do sistema acusatório pelo inquisitório, tudo para satisfazer os anseios de concentração de poder nas mãos do soberano. Segundo Maurício Zanoide de Moraes, este procedimento possui como ideias centrais as seguintes: a) o procedimento poderia ser instaurado de ofício pelos magistrados, que investigavam, acusavam e, ao final, decidiam; b) ausência de regras definidas para produção e avaliação da prova; c) supressão quase total do direito de defesa, do contraditório e, conseqüentemente, do direito de produzir provas e realização de debates; d) o procedimento se torna sigiloso; e) a sentença deve ser escrita e motivada, para viabilizar a interposição de recurso ao soberano, como julgador supremo. (MORAES, 2010, p. 19-20).

Nessa linha de desenvolvimento, no que diz respeito à prisão provisória, inverte-se a lógica estabelecida no período anterior, para concebê-la como regra e, portanto, como antecipação de pena. Tal concepção se explica com facilidade, visto que todo o procedimento *sub examine* foi construído sobre o postulado da presunção de culpa. (MORAES, 2010, p. 20-21).

No campo probatório, os magistrados tinham ampla iniciativa probatória, podendo utilizar a tortura como meio de descobrir a verdade. Em verdade, nesse procedimento, o magistrado, por enfeixar as funções de investigar, acusar e julgar, des-

de o início do procedimento já está comprometido com uma verdade preconcebida (presunção de culpa), utilizando-se do processo apenas como meio de amearhar os elementos de convicção hábeis a confirmar a hipótese acusatória. (MORAES, 2010, p. 25-26).

A decisão deveria ser escrita e fundamentada, para viabilizar o recurso de apelação. Com o intuito de mitigar a presunção de culpa reinante no sistema, os juriconsultos romanos conceberam algumas restrições à tendência condenatória determinada pelo sistema inquisitivo e à opção pelo recrudescimento do sistema penal. (MORAES, 2010, p. 26).

Assim, exortam os magistrados a decidirem com equilíbrio, sempre atentos à necessidade de não se excederem na benevolência ou na severidade no trato do caso. (MORAES, 2010, p. 28).

Com o intuito de reduzir a tendência do procedimento a produzir, na quase totalidade dos casos, decisão condenatória, visto que inspirado em clara presunção de culpa, os juriconsultos romanos idealizaram inúmeros preceitos com o objetivo de mitigar o excesso repressivo do sistema inquisitivo que norteava a *cognitio extra ordinem*.

Nessa ordem de ideias, concebeu-se o *in dubio pro reo*, como preceito viabilizador da solução da dúvida sobre os fatos em favor do acusado, e o *favor rei* como critério viabilizador da escolha da interpretação mais favorável ao acusado. (MORAES, 2010, p. 29 e 31).

Apesar de se ter claramente o germe das ideias representadas, na atualidade, pelo *in dubio pro reo* e pelo *favor rei*, ainda não se pode concebê-los como ideias-força capazes de afastar a presunção de culpa como elemento norteador de todo o processo penal até a presente fase do Direito Romano.

Entretanto, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho e Felipe Martins Pinto, nessas concepções se pode vislumbrar o germe do princípio da inocência, não obstante, conforme alhures sustentado, nesse período ainda não se tenha empreendido o cambiamento da presunção de culpa pela presunção de inocência, o que ocorrerá tão somente com a eclosão do movimento iluminista. (PINTO. *In*: MARCHI JÚNIOR; PINTO, 2008, p. 79; GOMES FILHO, 1991, p. 9).

Na Alta Idade Média, séculos V a XI, com o esfacelamento do Estado Romano, e a ascensão e domínio dos povos bárbaros, instalou-se, em um primeiro momento, a vingança privada como forma de resolução de conflitos. Os duelos e os

desafios também eram utilizados, vencendo a contenda quem vencesse a disputa. Os julgamentos ocorriam perante assembleias populares e lideradas pelo chefe. (MORAES, 2010, p. 39-40).

Em seguida, com o fortalecimento do poder central, instaurou-se um sistema penal fundado na composição pecuniária, com a utilização de procedimentos norteados pelo sistema acusatório, cabendo ao magistrado a decisão da causa. (MORAES, 2010, p. 40).

Diante da dificuldade estabelecida pela necessidade da reunião das pessoas em assembleia e o fortalecimento do poder central surge um novo sistema para se julgar as causas penais: as ordálias ou juízos de Deus. (MORAES, 2010, p. 41).

Segundo ensina Maurício Zanoide de Moraes, as ordálias não se constituíam em novos procedimentos penais, mas um modo de provar e julgar a culpa de alguém. (MORAES, 2010, p. 42).

O julgamento passa a ser presidido pelo líder e não por assembleia popular, tal como acontecia anteriormente. Colhida a prova, caso houvesse dúvida sobre a inocência do acusado, o líder o submetia às ordálias, oportunidade em que do seu resultado se extraía a decisão quanto à sua culpabilidade, decisão esta de atribuição divina. Isso quer dizer que, conforme bem sustenta Maurício Zanoide de Moraes, em caso de dúvida decidia-se em desfavor do acusado, submetendo-o às ordálias, gerando para ele um ônus de provar sua inocência, por ocasião da submissão ao juízo de Deus. Desse modo, não resta dúvida que a presunção de culpa permeia todo o procedimento penal dessa época. (MORAES, 2010, p. 42).

Já no final da Alta Idade Média, ocorre uma grande aproximação entre a Igreja e o Direito, culminando com forte influência daquela na cultura bárbara e consequente resgate do procedimento inquisitório romano da *cognitio extra ordinem*, que somado aos preceitos canônicos, vai influenciar decisivamente no Direito europeu dos séculos porvindouros. (MORAES, 2010, p. 45).

Nessa ordem de ideias, a decisão que era atribuição divina, já que dependia do resultado das ordálias – juízos de Deus –, passa a ser atribuição do próprio detentor do poder, ocorrendo a substituição dos julgamentos divinos por uma forma de buscar a verdade. (MORAES, 2010, p. 46).

Assim, segundo Maurício Zanoide de Moraes, nesse período, em um primeiro momento, em razão da precariedade dos institutos jurídicos bárbaros, não se pode encontrar qualquer indício da existência do princípio da inocência. No período das

ordálias, em razão da presunção de culpa como ideia norteadora do julgamento, visto que na dúvida submetia o acusado aos juízos de Deus, também não há como conceber sequer um rascunho do princípio da inocência. Por fim, no final da Alta Idade Média, com o resgate do modelo inquisitivo romano da *cognitio extra ordinem*, vista a prevalente presunção de culpa inspiradora de todo o sistema, como já tivemos oportunidade de sustentar, também não se encontra qualquer indício do princípio da inocência, apesar de existir opinião diversa conforme se ressaltou oportunamente. (MORAES, 2010, p. 47).

Na Baixa Idade Média, séculos XIII a XVIII, em razão do crescimento das cidades, ocorre a migração do poder das mãos dos senhores feudais para pessoas escolhidas pela população das cidades.

Essas lideranças, preocupadas em manter a unidade em seus domínios, necessitavam de maior força militar para se fortalecer economicamente e estender o seu espaço territorial. Para tanto, fez-se necessária a concentração crescente do poder nas mãos do soberano, com a implementação de uma política de forte controle e implementação da sua nova ordem. (MORAES, 2010, p. 48).

No plano religioso, a Igreja Católica, que com as invasões bárbaras perdeu força, paulatinamente, consolidou a sua aproximação com o poder, voltando a integrá-lo e/ou assisti-lo, tal como ocorria no Baixo Império Romano. (MORAES, 2010, p. 48-49).

O poder central, tal como a Igreja Católica, nesse período, buscava ampliar os seus domínios. Aquele pela conquista de novos territórios e o fortalecimento econômico e militar e esta pela conquista de novos fiéis. (MORAES, 2010, p. 49).

A Igreja, então, inicia a luta contra seus inimigos, resgatando o sistema inquisitivo romano, já agora sob a influência canônica. Em um primeiro momento, utiliza-se desse sistema tão somente para resolver questões internas, de viés disciplinar. (MORAES, 2010, p. 49).

Esse sistema, sob o ponto de vista processual, possui como ideias essenciais a iniciativa da ação de ofício, o sigilo procedimental, a iniciativa persecutória e instrutória do juiz e, por fim, a confissão como a rainha das provas. (MORAES, 2010, p. 49).

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, a opção canônica pelo sistema inquisitivo romano se justifica pela dificuldade de apuração dos desvios de conduta dos

clérigos e pela necessidade do sigilo, para não se expor às mazelas da Igreja aos fiéis e, com isso, não perder adeptos e poder. (MORAES, 2010, p. 50).

Desse modo, o sistema processual que melhor atendia aos anseios da Igreja era o inquisitivo, visto se tratar de um sistema cujo sigilo e a iniciativa persecutória atribuída ao magistrado eram suas características marcantes.

Apesar de inicialmente aplicado *interna corporis* na Igreja, o sistema atendia aos seus interesses externos de combater os hereges e, ainda, aos interesses do poder político centralizador da época.

A partir do século XIII, o poder central avoca para si também o poder de julgar, encontrando no sistema inquisitivo a ferramenta ideal, para muito mais que controlar a criminalidade, impor o mais ferrenho controle social. (MORAES, 2010, p. 51).

Nesse contexto, conforme ressalta Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 51):

(...) Inimigo e criminoso passam a ser expressões sinônimas, assim como criminoso e herege e, silogisticamente, herege torna-se inimigo (...)

Em síntese, segundo Maurício Zanoide de Moraes, o sistema processual reinantes nessa quadra histórica é marcado pela concentração de poder nas mãos do julgador, pela crença na luta contra o inimigo, pela presunção de culpa e pela consideração do outro, o inimigo, o herege ou imputado, como objeto e como tal sem qualquer direito. (MORAES, 2010, p. 51-52).

Da imbricação da religião com o poder político, surge a concepção de que todo o ser humano é portador do pecado original, logo, a qualquer momento é capaz de fazer o mal. Como os inquisidores conheciam bem a verdade sabiam que todo herege é culpado. A culpa advinha do fato de a pessoa ser humana, constituindo-se a heresia apenas em um deslize daqueles que destoavam dos desígnios da Igreja e do poder. (MORAES, 2010, p. 54-55).

Assim, a culpa é inata ao ser humano (portador do pecado original) e a denúncia sobre ele comparece como a confirmação desta culpa, logo, o imputado é considerado, já no início da persecução como culpado, erigindo-se o processo como mero meio de confirmar a certeza construída, *a priori*, pelo julgador.

Logo, todo o sistema processual vigente nessa época foi erigido sobre o postulado da presunção de culpa.

A presunção de culpa, norteadora de todo o sistema vigente, como é de se esperar, espargiu seus efeitos no campo probatório e também no que diz respeito à prisão provisória.

No campo probatório, além de atribuir ao imputado o ônus de provar a sua inocência, já que a culpa era presumida antes mesmo de se iniciar a persecução, estabelecia que a dúvida, ao contrário do que se entende hoje pelo *in dubio pro reo*, não redundava na absolvição do imputado, mas na condenação a uma pena menor ou mesmo na malsinada absolvição de instância, espécie de suspensão do procedimento com vistas a aguardar a prova necessária à condenação. (MORAES, 2010, p. 61-63).

A utilização da tortura e da prova legal também foram características marcantes do sistema, no que tange à matéria probatória. (MORAES, 2010, p. 64).

No que diz respeito à prisão provisória, a adoção da presunção de culpa como ideia reitora do sistema, implica na sua consideração como antecipação de pena, visto que, em regra, ocorria, de forma obrigatória, no início da persecução e perdurava até o seu fim. (MORAES, 2010, p. 61-63).

Ante a presunção de culpa como ideia fundante de todo o sistema processual vigente, que traz como consequência a atribuição do ônus da prova ao imputado e a prisão provisória como regra, deve-se reconhecer que nesse período não há qualquer sinal do princípio da inocência.

Com a eclosão do movimento iluminista, os pensadores da época, para além de discutir a necessidade de reforma do sistema processual penal inquisitivo, revoltaram-se contra o predomínio do poder central em todos os campos e o descomprometimento com as necessidades da população. (MORAES, 2010, p. 70).

A mais importante alteração no período, sob o ponto de vista deste trabalho, foi a mudança da visão atribuída ao indivíduo perante o poder estatal.

O indivíduo, em vez de ser concebido como inimigo do Estado, passa a ser encarado como fonte legitimadora do poder. Assim, ao indivíduo se atribui a mesma importância outorgada ao Estado, visto que a par do reconhecimento da necessidade do Estado como ente coletivo responsável por proteger e garantir a melhoria da sociedade, também se reconhece o indivíduo como início e fim do agir estatal. Início, por ser a única fonte legitimadora do poder, e fim, porque é em seu favor que o Estado deve empreender todos os esforços para proporcionar-lhe a melhoria de sua condição de vida. (MORAES, 2010, p. 70-71).

Logo, o Estado deveria exercer o poder pelo indivíduo e para o indivíduo, sob pena de perder a legitimidade do exercício do poder que lhe foi conferido. (MORAES, 2010, p. 71).

O Estado, no qual a autoridade emana do direito natural ou hereditário e cujo poder pode ser exercido de forma ilimitada, é substituído por um Estado pelo qual a autoridade advém da renúncia do povo de parte de sua liberdade em favor de um ente coletivo que garantisse as condições necessárias ao desenvolvimento integral do indivíduo. (MORAES, 2010, p. 71).

O Estado, nesse contexto, deixa de ter origem na força e hereditariedade para fincar suas raízes na vontade social, na qual o indivíduo passa a ter papel importante.

Valoriza-se o indivíduo, por consequência, joga-se por terra a ideia vigente de que a maldade encontra-se em estado potencial no indivíduo, visto ser ele portador do pecado original. O indivíduo, nessa ordem de ideias, passa a ser concebido como uma pessoa boa, cujo atuar criminoso constitui-se em uma exceção, o que traz um ambiente propício à consideração do indivíduo como inocente. (MORAES, 2010, p. 72).

Sob o ponto de vista jurídico, na França, haja vista a conquista de espaço político na Assembleia francesa, a lei passa a ser o meio no qual os revolucionários inscrevem seus ideais. Lei esta que, seguindo os ideais revolucionários, deveria se caracterizar pela abstratividade e generalidade, atribuindo a todos tratamento igualitário.

As leis, como não poderiam deixar de ser, por terem sido eleitas como o meio em que se inscreviam os ideais revolucionários, não tardaram a sofrer alterações, entre as quais se destaca:

(...) (a) a obrigatoriedade de defesa de ofício; (b) a publicidade e a oralidade passaram a ser a tônica procedimental; (c) a necessidade do juiz indagar sobre provas favoráveis ao acusado; (d) os interrogatórios deviam ser feitos na presença de duas pessoas; e, por ser o eixo central dos sistemas processuais penais imediatamente anteriores (ordálias e Inquisição), (e) a presunção de culpa foi substituída pela presunção de inocência e, em decorrência disso, as hipóteses de prisão cautelar foram reduzidas e melhor racionalizadas (...) (MORAES, 2010, p. 76).

No sistema penal, em síntese, o que ocorre nesse período, é a mudança de *status* do acusado, que, de objeto passa à condição de sujeito de direito, tal como elucida Felipe Martins Pinto. (PINTO. *In*: MARCHI JÚNIOR; PINTO, 2008, p. 79).

Ante o acirramento do conflito entre o povo e a burguesia, de um lado, e as classes dominantes e o clero, de outro, ocorreram inúmeras revoltas e guerras civis, entre as quais se destaca a Revolução Francesa, pela importância que representa no que diz respeito à construção histórica do princípio da inocência. (MORAES, 2010, p. 75).

Adveio da Revolução Francesa a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 1789, promulgada em 1793, que em seu texto, pela primeira vez na história, previu o princípio da inocência nos seguintes termos: “9. Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo o rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Com essa disposição, substituiu-se a presunção de culpa vigente até o presente na história do direito processual penal pela presunção de inocência.

Dentro dessa perspectiva, rompe-se com um processo penal até então lastreado na presunção de culpa, que acompanhava o imputado antes mesmo de iniciada a persecução, para estabelecer, como critério reitor da nova processualidade, a presunção de inocência. (MORAES, 2010, p. 77-78).

Nesse contexto, o procedimento deixa de ser uma sequência de atos enjambrados para comprovar a certeza concebida pelo inquisidor *a priori*, para se tornar uma metodologia cognitiva, que teria como objetivo buscar os meios mais confiáveis para se reconstruir os fatos sob apuração. A investigação não significa mais apenas um meio de confirmar aquilo que o julgador já concebia como verdade. O sigilo procedimental foi abolido, o direito de defesa e o contraditório foram garantidos, a integridade física, moral e religiosa do imputado, assim como a imparcialidade do juiz e o direito ao recurso, passaram a ser assegurados. (MORAES, 2010, p. 78).

Em suma, ocorreu o cambiamento do *status* do acusado de objeto de direito para sujeito de direitos.

Nesse passo, oportuna as lições de Maurício Zanoide de Moraes, para quem, conforme aqui se entende também, o princípio da inocência surgiu tão somente nessa quadra histórica, com a sua inscrição na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789:

(...) durante toda a história da humanidade até este instante, nunca houvera tal tomada prévia do imputado como inocente. Nunca houvera, em sistemas inquisitivos ou acusatórios, qualquer assunção da condição de inocente pa-

ra o imputado até que contra ele fosse demonstrada a culpa (...). (MORAES, 2010, p. 78).

Assim, o pensamento iluminista, com a previsão legal do princípio da inocência como ideia-força norteadora do processo penal, substituindo, desse modo, a presunção de culpa, que até o presente momento lastreava toda a processualidade penal, determinou uma nova perspectiva processual até o momento inexistente e, outrossim, originou o princípio da inocência. (MORAES, 2010, p. 80).

Com o rompimento da presunção de culpa ocasionado pela adoção do princípio da inocência como ideia regente do processo penal, avulta em importância o papel do processo, que agora já não é mais concebido como meio para viabilizar a comprovação da certeza concebida, *a priori*, pelo inquisidor, mas como uma metodologia cognitiva, que tem como objetivo a reconstrução dos fatos e a escolha da norma aplicável ao caso.

Observe-se que na vigência da presunção de culpa, em verdade, o processo se mostra absolutamente dispensável, visto que a certeza da culpa já existe mesmo antes da instauração da persecução penal, erigindo-se o processo apenas como método capaz de buscar os elementos de convicção hábeis a lastrear a condenação.

Com o processo em evidência, criou-se o ambiente necessário ao desenvolvimento das cogitações referentes, inicialmente, à sua autonomia em relação ao direito material, o que se consolidou Oskar Von Bülow (1868).

Com Elio Fazzalari, em 1971, concebeu-se o contraditório como elemento distintivo entre o procedimento e o processo, colocando em evidência a participação em igualdade de condições entre os legitimados ao processo como um dado característico do processo.

Nesse sentido, destacou-se a importância da participação em simétrica paridade dos legitimados ao processo na construção do provimento, o que, segundo Felipe Martins Pinto, caracterizaria o modelo de processo democrático. (PINTO. *In*: MARCHI JÚNIOR; PINTO, 2008, p. 86-87).

Apropriando das noções cunhadas por Fazzalari e das conquistas do constitucionalismo, concebeu-se a teoria constitucionalista do processo, que, para além de conceber a participação em igualdade de condições como elemento indispensável à caracterização do modelo de processo democrático, a alçou a princípio fundamental,

que como tal deve permear toda a compreensão do sistema processual vigente, consolidando-se o modelo de processo penal democrático.

A teoria constitucionalista viabiliza a compreensão segundo a qual os princípios constitucionais atinentes ao processo devem ser entendidos como um todo orgânico, cuja violação de qualquer dos princípios ocasionaria o vilipêndio ao todo.

Assim, o contraditório, como participação em simétrica paridade na construção do provimento, e considerado como direito fundamental, somado à compreensão dos princípios atinentes à matéria processual, considerados como um todo orgânico, dá o tom de um modelo de processo penal democrático.

3 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 instaurou-se o Estado Democrático de Direito brasileiro, suplicando, desse modo, que o estudo do processo penal brasileiro seja norteado pela perspectiva democrática.

Ocorre que esse estudo pode ser encaminhado por teorias diversas do processo. Pela importância que assumem no cenário jurídico-processual brasileiro atual, nos ateremos à análise das concepções que norteiam a Escola Paulista de Processo, que lança mão da teoria do processo como relação jurídica, bem como das que sustentam as reflexões da Escola Mineira, que possui como aporte teórico a teoria constitucionalista do processo.

Segundo a teoria do processo como relação jurídica, cujo precursor foi Oskar Von Bülow (1868), o processo é um instrumento por meio do qual a atividade jurisdicional é exercida. Por meio de um critério teleológico, a mesma corrente de pensamento distingue o processo do procedimento em virtude do primeiro ser essencialmente teleológico, e o segundo ser apenas a manifestação fenomênica do primeiro, logo, destituído de finalidades.

Assim, o processo é o instrumento por meio do qual se exerce a atividade jurisdicional e o procedimento é o modo pelo qual os atos processuais se sucedem.

Para essa teoria, a natureza jurídica do processo é a de uma relação jurídica, que desenvolvida entre juiz, autor e réu, pode perseguir a consecução de fins extralegais (escopos metajurídicos). (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 191-192; LEAL, 2002, p. 82).

Sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito como um projeto de construção permanente, que demanda a transformação das práticas políticas e sociais, não sendo suficiente para sua efetivação, portanto, a sua mera previsão no corpo da Constituição de 1988, essa teoria merece severas críticas. (CATTONI DE OLIVEIRA. *In*: GALUPO, 2009, p. 254).

A concepção segundo a qual o procedimento se distingue do processo pela ausência de finalidades não se sustenta, pois, conforme bem ensina Aroldo Plínio Gonçalves, o procedimento também possui finalidade, que é a de ordenar os atos processuais:

(...) se o procedimento constitui em meio necessário (pois não se aboliu, ainda, a necessidade de existência do procedimento), para existência, ou desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teológico que toda a técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, por que sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada (...) (GONÇALVES, 2001, p. 66).

De igual modo, as ideias segundo as quais o processo é uma relação jurídica e mero instrumento da jurisdição também não resistem a uma acurada crítica.

Isso porque a própria ideia da relação jurídica, que, nos moldes tradicionais do Direito Privado, implica a possibilidade de uma pessoa exigir de outra um determinado comportamento, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, em que o único ato imperativo capaz de incidir sobre a esfera jurídica de uma pessoa é o ato imperativo do Estado, construído sob a regência do processo constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a perspectiva segundo a qual o processo é um mero instrumento da jurisdição acaba por encampar a ideia de que ao julgador é permitida a construção da decisão de modo solipsista, admitindo-se até mesmo a persecução dos escopos metajurídicos, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. (GONÇALVES, 2001, p. 92; LEAL, 2002, p. 82 e 87).

As críticas dirigidas à natureza jurídica do processo como relação jurídica propiciaram o surgimento da teoria do processo como procedimento em contraditório, cujo idealizador foi o italiano Elio Fazzalari.

Elio Fazzalari partiu da reelaboração do conceito de procedimento, entendido como:

(...) uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um 'ato final' (...) (FAZZALARI, 2006, p. 93).

Já o processo, é concebido por Fazzalari como uma espécie de procedimento, cuja característica distintiva é a presença do contraditório, delineado como a garantia de participação em simétrica paridade entre as partes, logo, os demais sujeitos processuais não podem atuar como contraditórios. (FAZZALARI, 2006, p. 118 e 123).

Para Fazzalari, ao contrário da teoria da relação jurídica, que entende só existir processo e, por consequência, o procedimento como manifestação fenomênica deste, no exercício da atividade jurisdicional, o procedimento, tal como o processo, compareceria como atividade preparatória de todo e qualquer ato, seja ele estatal ou não. Portanto, para ele, processo e procedimento não estão indissociavelmente conectados à jurisdição, estendendo-se, assim, às demais funções estatais e ao âmbito privado.

Essa teoria trouxe importante contribuição à construção do projeto inacabado do Estado Democrático de Direito, na medida em que além de estabelecer como condição essencial para existência do processo o dado do contraditório, concebido como garantia de participação dos afetados em simétrica paridade, também, como ressalta Rosemiro Pereira Leal, vislumbra a sentença como “uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva dos atos realizados do procedimento em contraditório entre as partes”, rechaçando, portanto, a possibilidade do processo ser utilizado como instrumento da jurisdição para atingir fins extralegais (escopos metajurídicos). (LEAL, R. P., 2010, p. 83).

Todavia, segundo bem observa Dierle Nunes José Coelho, “Fazzalari não demonstrou maior preocupação com a aplicação dinâmica dos princípios constitucionais”, pois sua teoria “trabalha no campo exclusivamente da técnica processual”, até porque, segundo relata Rosemiro Pereira Leal:

(...) não se poderia exigir do insigne pensador e processualista italiano, na época inicial de suas lúcidas e contributivas cogitações sobre a escola processual que brilhantemente criou, inserções no movimento constitucionalista que só se firmou, em paradigmas democráticos avançados, recentemente por estudos de Carpizo, Pizzorusso, Baracho e Canotilho (...). (LEAL, R. P., 2010, p. 84).

Nessa medida, não obstante a teoria do processo como procedimento em contraditório dê importante passo rumo à democratização do processo, é somente com a teoria constitucionalista que se consolida o seu viés democrático, o que se dá pela consideração do processo como instituição constitucionalizada, nos moldes a seguir expostos.

A partir das concepções desenvolvidas por Fazzalari e sob a influência do constitucionalismo contemporâneo, surge a teoria constitucionalista do processo, que se apropriando das cogitações desenvolvidas pelo mestre italiano, desenvolve a

ideia de processo como instituição constitucionalizada, que pelo devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo, cujas “vigas mestras são o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal”, assegura o respeito aos direitos fundamentais. Em suma, “o processo é garantia constitutiva de direitos fundamentais”. (BRÊTAS, 2010, p. 72 e 93; BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 332).

Flaviane de Magalhães Barros, levando em consideração as especificidades do processo penal em razão dos direitos fundamentais que visa garantir, mormente a liberdade, apropria-se das noções de modelo constitucional de processo construídas pelos processualistas italianos Andolina e Vignera. (BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 332).

Segundo a jurista, baseada nas noções dos juristas italianos, o modelo constitucional de processo é um esquema geral de processo que possui como características a expansividade, que possibilita que a norma possa expandir seus efeitos para microssistemas, mas sempre em consonância com o esquema geral; a variabilidade, como possibilidade da norma assumir formas diversas em razão das especificidades de cada microssistema, desde que de acordo com a base constitucional; perfectibilidade, como a possibilidade do modelo constitucional se aperfeiçoar por meio do processo legislativo. (BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 334).

Para a professora da PUC Minas, o modelo constitucional do processo é uma base uníssona formada pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, aplicável a qualquer tipo de processo, sendo que o processo penal, em razão do princípio da presunção de inocência e das garantias das liberdades individuais, comparece como um microssistema. (BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 335).

Portanto, segundo a mesma autora, no processo penal, “a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos”. (BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 335).

Compreendido que o processo nessa teoria é concebido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, que possui como núcleo os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e o terceiro impar-

cial, passa-se à significação desses princípios. (BRÊTAS, 2010, p. 93; LEAL, R. P., 2010, p. 123).

Segundo Diele José Coelho Nunes, o contraditório possui como elementos essenciais a influência, no sentido de possibilitar às partes se manifestarem sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a influir no desenvolvimento e resultado do processo, e a não surpresa, como garantia das partes não serem afetadas por uma decisão que não tenha sido construída na sua inteireza por elas. O contraditório, segundo suas lições, possuiria um duplo aspecto, pois além de impor ao decisor “o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso”, outorga às partes o direito a uma cientificação regular, o direito à prova e o direito de que a causa seja decidida com base em elementos adquiridos tão somente no debate. (NUNES, 2008, p. 226-227 e 229-230).

Na mesma linha de raciocínio, André Cordeiro Leal assegura que “o contraditório há de permear tanto a reconstrução dos fatos quanto a escolha e interpretação da norma material aplicável ao caso concreto”. (LEAL, 2002, p. 103).

Neste contexto, avulta em importância a função do advogado, que, conforme Carlos Henrique Soares, “é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa na estruturação dos procedimentos jurisdicionais”. (SOARES, 2004, p. 174).

De forma imbricada com o princípio do contraditório, surge o princípio da fundamentação das decisões, pois de nada adiantaria oferecer-se às partes igualdade de oportunidades de pronunciamento se ao final não se impusesse ao juiz o dever de considerar a argumentação produzida por elas.

Além do princípio da fundamentação das decisões exigir do juiz que se atenha às questões e argumentos debatidos pelas partes no *iter* procedimental, impõe ainda a ele, como exigência do Estado Democrático de Direito, que motive a sua decisão em conformidade com o ordenamento jurídico, sendo-lhe vedado, assim, a utilização de argumentos extrajurídicos. (BRÊTAS, 2010, p. 128 e 130).

No que tange à ampla defesa, Flaviane de Magalhães Barros propõe interessante reflexão. Apropriando-se da concepção fazzalariana do direito de ação, a autora sustenta que o direito de ação é de todos e não somente do autor, logo, é entendido como legitimação ao provimento ou ao processo constitucionalmente garantido. Neste quadro, a ampla argumentação, vista como uma proposta de releitura da ampla defesa é um direito de ambas as partes e não somente do réu, caracterizando-se pela “necessidade de se

garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas". (BARROS; MACHADO, 2011, p. 24-25).

Portanto, para a autora, a ampla defesa outorga às partes o direito de esgotarem as possibilidades de argumentação.

No que diz respeito ao terceiro imparcial deve-se salientar que não se defende que a imparcialidade decorreria da neutralidade do julgador, vez que isso não existe, nem mesmo da repercussão de suas escolhas de vida no ato de julgar.

A imparcialidade, assim, é alcançada mediante o afastamento das hipóteses de imparcialidade e suspeição, assim como pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 24-25).

Firmado o entendimento segundo o qual o processo seria "uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais" e esclarecido o conteúdo dos princípios que compõem o seu esquema geral, tal como concebe a teoria constitucionalista do processo, que para fins do presente trabalho é a que se considera como a mais adequada à democratização do processo, faz-se necessário esclarecer qual o papel do princípio da inocência, como princípio regente do microsistema do processo penal. (BARACHO, 1999, P. 119).

O princípio da inocência, como reitor do microsistema do processo penal, estabelece um novo padrão de tratamento ao imputado, a partir da sua consideração como inocente e o conseqüente cambiamento de seu *status* de objeto para sujeito de direitos.

A adoção do princípio da inocência como regente da processualidade penal traz como consequência imediata o rompimento com a ideia de presunção de culpa, concepção norteadora de todos os sistemas processuais vigentes até o advento da Revolução Francesa, que, por meio da previsão do princípio na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, inaugurou uma nova perspectiva processual, desta feita lastreada na presunção de inocência.

Desse modo, o princípio da inocência como regente da processualidade penal impõe uma mudança de perspectiva no tratamento de todo o sistema penal, que já não pode mais ser guiado pela presunção de culpa e pela consideração do imputado

como objeto de direito e, sim, pela presunção de inocência e pelo tratamento do imputado como sujeito de direitos.

Estabelecido que o princípio da inocência instaura um novo padrão de reflexão no processo penal, importa agora delimitar o seu conteúdo jurídico-normativo.

4 A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

4.1 O princípio da inocência como norma de tratamento do imputado

A concepção do princípio da inocência como norma de tratamento do imputado teve sua formulação inicial na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu art. 9º estabelece que “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo o rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei”. Tal concepção inaugura um novo padrão de tratamento ao imputado, atribuindo-lhe um verdadeiro estado jurídico de inocente. (OLIVEIRA, 2004, p. 174-175; GOMES FILHO, 1991, p. 41; CAMARGO, 2005, p. 29-30).

Sob essa perspectiva, o princípio da inocência impede a equiparação da situação do imputado à do culpado no curso da persecução penal, garantindo-lhe que da imputação não decorra, como consequência automática, a restrição da sua esfera de direitos.

Logo, o imputado, no curso da persecução penal, deve ser tratado como inocente, não se coadunando com esse estado jurídico a restrição à sua liberdade ou patrimônio como consequência automática da imputação (art. 5º, LIV, CB); a sua submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CB); e, por fim, a violação de sua intimidade (art. 5º, X, CB).

Desse modo, a restrição à liberdade assim como ao patrimônio do imputado antes do trânsito em julgado de decisão condenatória somente será legítima se lastreada em razões cautelares. A sua integridade física e moral deve ser preservada, vedando-se, assim, a utilização de violência ou quaisquer outros subterfúgios com o intuito de extrair a confissão, tais como, interrogatórios extenuantes, pressões psicológicas e falsas promessas. A intimidade deve ser preservada, vedando-se, a divulgação abusiva do fato tendente a atribuir ao imputado, sem o devido processo, a condição de culpado.

Nesse contexto, o princípio da inocência estrutura-se a partir da vedação da publicidade abusiva, da imposição a todos do dever de tratar o imputado como ino-

cente e, por fim, da consideração de que o princípio deve alcançar situações extraprocessuais.

Para a determinação do conteúdo normativo da primeira vertente, faz-se necessária a leitura conjunta do princípio da inocência, art. 5º, LVII, CB, e da inviolabilidade do direito à intimidade, art. 5º, X, CB, de um lado, e, de outro, do direito à liberdade de informação, art. 5º, XIV, CB, e da publicidade dos atos processuais, art. 93, IX, CB. (GOMES FILHO, 1991, p. 44).

Segundo Antônio Magalhães Gomes filho, o direito à liberdade de informação não deve ser restringido, mas, sim, coibidos os abusos da sua fruição. Logo, a divulgação dos conteúdos tratados no processo deve-se realizar com observância do princípio da inocência. Portanto, na divulgação da informação relativa ao conteúdo do processo, não se pode dar aos fatos caráter de definitividade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (GOMES FILHO, 1991, p. 44).

Tal exigência, é bom que se registre, persiste ainda que o suspeito tenha sido preso em flagrante delito, em situação que, pela sua visibilidade, não deixa dúvidas no que diz respeito à materialidade e autoria do delito, tal como se dá quando a polícia surpreende o indivíduo golpeando a vítima com um instrumento pérfuro-cortante, ferimentos estes que causaram o falecimento desta. Isto porque o juízo condenatório não se resume à constatação da existência do fato e de sua autoria, mas demanda ainda um juízo jurídico-penal, que, uma vez realizado, demonstrará se a conduta constitui-se em crime, como conduta típica, antijurídica e culpável.

Todavia, apesar de no plano das cogitações não oferecer maiores dificuldades a compatibilização do princípio da inocência com o direito à liberdade de informação, no plano dos fatos o mesmo não acontece. Francesco Carnelutti retrata bem a tensão existente entre esses valores constitucionais e o dano que pode representar ao imputado a publicidade abusiva, no seguinte trecho:

A Constituição italiana proclamou solenemente a necessidade de tal respeito declarando que o acusado não deve ser considerado culpado até que não seja condenado com uma sentença definitiva. Esta é, porém, uma daquelas normas, as quais servem somente para demonstrar a boa fé daqueles que a elaboraram; ou, em outras palavras, a incrível capacidade de iludir-se da qual são dotadas as revoluções. Infelizmente a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito. Santo Agostinho escreveu a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si só é uma tortura. Até

um certo ponto, dizia, não se pode fazer por menos; mas a assim chamada civilização moderna tem exasperado de modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido. (CARNELUTTI, 1995, p. 45-46).

Observe-se que Carnelutti escreveu estas supramencionadas palavras na década de 1950, época em que a mídia, embora já detivesse certa capacidade de manipulação da opinião pública, não dispunha do poderio que atualmente tem, em virtude do fortalecimento da sua versão falada e da popularização da internet.

Atualmente, a mídia ocupa um papel de destaque no que diz respeito à formação da opinião pública, haja vista seu grande potencial de divulgação e convencimento, mormente em sua versão falada e virtual, esta última ainda potencializada pela popularização da internet e dos dispositivos móveis de acesso à rede, tais como *tablets*, *smarphones* e computadores portáteis. (CAMARGO, 2005, p. 241).

Desse modo, se cresceu o potencial de divulgação e convencimento da mídia, em igual medida deve se avolumar a preocupação com o seu exercício de maneira respeitosa aos direitos e garantias fundamentais, especialmente, quando se trata de pessoa submetida à persecução penal, o princípio da inocência.

E, por ocupar um papel relevantíssimo na sociedade atual, pois capaz de manipular a opinião pública ao sabor dos ventos, é que a imprensa deve exercer o direito à informação de modo a não atribuir ao imputado, por mais veementes que sejam os indícios, o *status* de culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Os danos daí decorrentes são irreparáveis, pois, influencia no julgamento do caso penal, especialmente no Tribunal do Júri, procedimento em que vigora o princípio da livre convicção íntima, e atribui a competência para o julgamento a juízes leigos, em tese mais suscetíveis a influências externas, e também provoca danos irreversíveis aos direitos de personalidade, visto que o Judiciário não consegue alterar tal estado de coisas com a sentença absolutória e muito menos com a concessão de vultuosas quantias a título de danos morais. (CAMARGO, 2005, p. 243).

No particular, Mônica Obvinski de Camargo faz importante observação:

Infelizmente, o direito de imagem é atropelado pelo direito à informação e pelo princípio da publicidade dos atos processuais, dos quais se utiliza a imprensa livre para cometer abusos, já que esta, por vezes, age com irresponsabilidade, destruindo de forma irrecuperável a reputação de uma pessoa inocente ou humilhando e estigmatizando um futuro culpado. Reconhece-se, porém, que os meios de comunicação só são vitoriosos nesses exageros porque existe uma multidão ávida em presenciar as minúcias acerca de um crime e da vida pessoal do apontado culpado por sua autoria. (CAMARGO, 2005, p. 243).

Portanto, à especial importância da mídia na formação da opinião pública na atualidade deve-se agregar o respeito à condição de inocente do imputado, sob pena de causar danos irreparáveis à sua personalidade em prol da morbidez da multidão, que se compraz com as tragédias alheias.

Ademais, o exercício do direito à informação em consonância com o princípio da inocência impõe à imprensa o dever de se abster de julgar o caso penal, pois tal competência é atribuída, com exclusividade, ao Judiciário.

Quanto à publicidade dos atos processuais, deve-se atribuir o mesmo tratamento outorgado ao direito à informação, ou seja, deverá ser exercido com observância do princípio da inocência. Logo, deverá ser limitada nas hipóteses em que redundar na atribuição de tratamento de culpado ao acusado. (GOMES FILHO, 1991, p. 44-45).

Sintetizando, com Aury Lopes Júnior, o princípio da inocência na vertente aqui tratada:

(...) exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JR., 2010, v. I, p. 188).

Na sua segunda vertente, como dever de tratar o imputado como inocente, expressa o princípio da inocência a necessidade de todos, Estado e particulares, outorgar ao imputado tratamento digno, jamais o privando da condição de sujeito de direitos pelo simples fato de figurar como suspeito da prática de qualquer infração penal. Nessa vertente, o que se exige é que ao imputado se assegure o exercício de todos os seus direitos fundamentais, cuja restrição ou privação não compareçam como decorrência lógica da imputação.

Nesse contexto, se de um lado a restrição ao direito de imagem comparece como consequência natural da imputação exercida nos limites do ordenamento jurídico e, como tal, permitida, de outro lado, não se pode dizer devida a restrição ao direito à inviolabilidade do domicílio, como decorrência direta da imputação.

Logo, o Estado deve tratar o imputado com urbanidade e respeito, lançar mão do uso das algemas em casos de absoluta e comprovada necessidade, submetê-lo à identificação criminal somente quando não identificado civilmente, se abster de impeli-lo ao uso de uniformes do sistema prisional, de exigir dele comportamentos diferentes dos demais sujeitos do processo e de, por fim, utilizar-se da violência ou de quaisquer subterfúgios com o objetivo de extrair a confissão. (GOMES FILHO, 1991, p. 45; BARROS; MACHADO, 2011, p. 29).

Já ao particular, do mesmo modo, impõe-se o dever de tratá-lo com urbanidade e respeito, o que, corolariamente, implica na vedação de se referir a ele de modo pejorativo em razão das peculiaridades da imputação, como, por exemplo, adjetivá-lo de “monstro”, “maníaco”, “animal”, por figurar, como suspeito, indiciado ou acusado da prática de crime de estupro de vulnerável em concurso com homicídio qualificado, por ter, após o coito vaginal, decaptado a vítima e ingerido a sua genitália. Observe-se que ao particular, tal como ao Estado, impõe-se o dever de respeito à integridade física e moral do imputado.

Isso, porque independente da gravidade da imputação ou da veemência dos indícios ou provas da autoria ou materialidade, o imputado é inocente, pois a Constituição assim o considera até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, portanto, como tal deve ser tratado.

Sob seu último aspecto, o princípio da inocência como norma de tratamento possui como consequência a sua aplicação para além dos limites do processo penal, vedando-se quaisquer restrições advindas da imputação no âmbito da esfera jurídica de direitos do imputado.

Isso quer dizer que a instauração de inquérito policial, oferecimento ou recebimento da denúncia, ou mesmo a prolação de sentença condenatória não transitada em julgado, independente do delito em tese cometido, não legitima a restrição a qualquer direito do imputado, seja de que natureza for.

Nesse sentido, a negativa de acesso a cargo público, ainda que eletivo, em virtude da submissão do sujeito à persecução penal, seja em sua fase investigatória

ou processual, é medida intolerável, haja vista que impede o imputado de participar do certame em virtude da simples existência da imputação.

Igualmente inadmissível se manifesta o afastamento do servidor público do cargo ocupado como simples decorrência da imputação e a correspondente redução dos vencimentos, visto representar verdadeira antecipação de pena, sem a precedência do devido processo.²

Na mesma ordem de ideias, também vedam-se, pelo princípio da inocência, a suspensão do exercício de profissão e/ou mesmo o acesso a emprego na iniciativa privada, como decorrência automática da instauração e/ou pendência de persecução penal.

Observe-se que, nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 144, oportunidade em que, por maioria, julgou improcedente o pedido, para considerar constitucional, entre outros dispositivos, a norma inserta na redação original do art. 1º, I, “e” da Lei Complementar n. 64 de 1990, que exigia como condição para a inelegibilidade o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e no RE n. 482.006/MG, ocasião em que também reconheceu o alcance normativo do princípio da inocência para além do âmbito do penal, vedando-se, por consequência, a imposição ao imputado de quaisquer medidas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal estava acorde com a concepção aqui sustentada, até que, em flagrante retrocesso, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 29, a Corte, por maioria, posicionou-se de maneira diversa, para restringir o seu alcance normativo ao campo do direito penal e processual penal.

Não obstante, o princípio da inocência como norma de tratamento, segundo a perspectiva aqui defendida, possui triplo aspecto, visto que proíbe a publicidade abusiva, impondo o exercício do direito de informação em consonância com os ditames do próprio princípio, atribui a todos o dever de dispensar ao imputado tratamento condizente com a condição sujeito de direitos, e, por fim, proscreve a agressão da esfera jurídica de direitos do imputado, como decorrência pura e simples da imputação, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

² Sobre a suspensão do exercício de profissão ver STF, HC 45.232-GB, assim como em relação à impossibilidade de redução dos vencimentos ver STF, RE 482.006-MG.

4.2 O princípio da inocência no campo probatório

O significado do princípio da inocência atrelado ao campo probatório, que teve sua formulação inicial na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e que encontra também amparo na previsão normativa do art. 5º, LVII da Constituição Brasileira, estrutura-se a partir da discussão sobre a distribuição do ônus da prova e da correlata iniciativa probatória do juiz, assim como do valor probatório que se deve atribuir aos elementos de convicção produzidos no inquérito policial. (GOMES FILHO, 1991, p. 9).

No que diz respeito à distribuição do ônus probatório, reconhece-se na processualística penal brasileira duas correntes de pensamento. A primeira, que, influenciada pela redação do art. 156 do Código de Processo Penal, defende que o ônus da prova deve ser distribuído entre a acusação e o imputado, e a segunda, que sustenta que deve ser o ônus da prova suportado exclusivamente pela acusação. (MARQUES, 2006, p. 48-49).

Partindo da regra probatória construída para o Processo Civil, segundo a qual incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato modificativo, impeditivo e extintivo, para, em um segundo momento, lançar mão do conceito analítico de crime, a primeira corrente classifica a tipicidade como fato constitutivo do delito; a exclusão da ilicitude como fato modificativo; a exclusão da culpabilidade como fato impeditivo e a inexistência da infração, a prescrição, a decadência, o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia, como causas extintivas.

Assim, sob essa perspectiva, cabe à acusação o ônus de provar a materialidade, a autoria e a tipicidade, assim como ao acusado o de provar as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo qualquer outra causa que faça extinguir a infração penal. (MARQUES, 2006, p. 48-49).

Já a segunda corrente de pensamento, que assegura recair o ônus da prova exclusivamente sobre a acusação, assim o faz com argumentos diversos.

Para a imensa maioria dos autores, o princípio da inocência, no campo probatório, comparece com uma presunção relativa, que, como tal, inverte totalmente o ônus da prova para a acusação. Argumentam que a leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, sob a ótica do princípio da inocência, reforça esse entendimento. O dispositivo determina que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. A primeira e principal alegação feita no processo é realizada pela acusação na exordial acusató-

ria, na qual deve conter, segundo o art. 41 do Código de Processo Penal, a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Logo, a alegação possui como conteúdo o crime com todas as suas circunstâncias. Crime, segundo entendimento majoritário, é a ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, haja vista que a alegação é feita pela acusação na exordial e que possui como conteúdo a descrição do crime, como fato típico, antijurídico e culpável, inarredável é a conclusão no sentido de que à acusação impõe-se o ônus de provar, com exclusividade, a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (LOPES JR., 2010, v. I, p. 514-515; RANGEL, 2011, p. 500-501).

Leonardo Augusto Marinho Marques, destoando da imensa maioria dos processualistas penais brasileiros, apesar de concluir pela exclusiva atribuição do ônus probatório à acusação, utiliza-se de argumentos diversos, que pela originalidade e consistência merece detida análise.

O autor parte do conceito de ônus processual articulado por Elio Fazzalari, que o define como consequência desfavorável advinda da omissão de um ato processual. Em seguida, define o ônus da prova, espécie do gênero ônus processual, como consequência desfavorável decorrente da omissão de um ato no processo, já agora com cunho probatório. (MARQUES, 2006, p. 164-165).

Nesse sentido, o autor argumenta que ao Ministério Público e, excepcionalmente, ao particular se atribuem o poder de postular uma imputação, por meio da denúncia ou queixa-crime, sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, assim como a faculdade de produzir provas sobre o fato imputado. Observe-se que a faculdade constitui-se em uma possibilidade juridicamente assegurada e não uma obrigação. Todavia, o seu não exercício resolve-se em ônus. (MARQUES, 2006, p. 165-166).

Assim, a ausência de prova da imputação redundará em um resultado desfavorável no processo, consistente no não acolhimento da pretensão e na consequente absolvição do acusado. Dano esse que recai sobre quem fez a acusação. (MARQUES, 2006, p. 166).

Esclarece o autor que a imputação articulada por meio da denúncia ou queixa-crime, segundo determina o art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o que significa dizer que dela deve

constar todos os elementos necessários à configuração do crime, concebido como ação típica, antijurídica e culpável. (MARQUES, 2006, p. 225-226).

Logo, se ao Ministério Público e ao ofendido cabem o ônus de provar a imputação e desta deve constar todos os elementos do conceito analítico de crime, consequência inarredável é que a eles deve-se atribuir o ônus da prova com exclusividade. (MARQUES, 2006, p. 230).

Observe-se que a segunda concepção aqui tratada se mostra a mais adequada, visto que se entende que o princípio da inocência, no campo probatório, comparece como uma presunção relativa, que, como tal, inverte o ônus da prova, atribuindo-lhe com exclusividade à acusação. Ademais, adotando-se o conceito de ônus forjado por Fazzalari, como consequência desfavorável advinda da omissão de um ato processual, não há outra conclusão possível senão a de que à acusação cabe o ônus de provar a imputação, haja vista que a ela cabe suportar as consequências do eventual insucesso na persecução.

Aury Lopes Júnior, de igual modo, também entende que cabe à acusação o ônus exclusivo de provar a acusação:

(...) A carga processual que recai sobre a acusação inviabiliza integralmente a aplicação do art. 156 do CPP em sua literalidade. É lugar comum doutrinário e jurisprudencial que o Ministério Público deve provar apenas a tipicidade do fato criminoso, bem como a autoria, ficando a cargo da defesa a prova das excludentes de ilicitude e culpabilidade. Há, aqui, uma espécie de transposição (absolutamente inadequada) do art. 333 do CPC, que determina que a carga da prova dos elementos extintivos ou desconstitutivos do direito alheio incumbe a quem os alegar. Como assevera Rosenberg, não basta à acusação a prova dos elementos constitutivos da tipicidade. É preciso que a acusação esgote a prova de todos os elementos constitutivos do delito, isto é, os elementos integrantes da culpabilidade e ilicitude (...). (LOPES JR., 2013, p. 78-79).

Assentado que à acusação cabe o ônus exclusivo de provar a imputação, passa-se a tratar sobre a iniciativa probatória do juiz, no contexto do princípio da inocência.

Apesar de os autores reconhecerem que às partes cabe o ônus de provar, também reconhecem, em virtude do art. 156 do Código de Processo Penal, os poderes instrutórios conferidos ao juiz. Mencionado dispositivo atribui ao juiz a faculdade de determinar diligências, de ofício, para dirimir dúvida sobre ponto relevante ou mesmo, antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. (MARQUES, 2006, p. 149-150).

Aceitam a iniciativa probatória do juiz, pois entendem que o objetivo maior do processo penal é perseguir a verdade real, o que não vilipendiaria o sistema acusatório e nem tampouco a imparcialidade que deve nortear o exercício da atividade jurisdicional. (MARQUES, 2006, p. 150).

Todavia, com o objetivo de delimitar a extensão dos poderes instrutórios do juiz, partindo da consideração de que a iniciativa probatória é atribuída precipuamente às partes, estabelecem que a sua atuação se limitaria ao esclarecimento de dúvida relevante, que emergisse do acervo probatório produzido pelas partes. (MARQUES, 2006, p. 151).

Ocorre que, com a promulgação da Constituição de 1988, rompe-se, no plano do Direito Processual, com o modelo de processo penal calcado no sistema inquisitório, que erige a verdade real como objetivo capaz de legitimar toda sorte de violências contra o acusado. (MARQUES, 2006, p. 263-264).

Assim, inaugura-se um modelo processual penal eminentemente acusatório, concebendo-o como garantia constitutiva de direitos fundamentais e não mais como instrumento concedido à jurisdição para o desvelamento da verdade, desprendendo-se do dogma da verdade real. (MARQUES, 2006, p. 264).

Nesse contexto, a opção pelo modelo acusatório e o abandono da busca pela verdade real reclamam nova delimitação dos poderes instrutórios do magistrado, para se preservar a repartição de funções entre os sujeitos processuais distintos, uma das importantes características do novo sistema, e o equilíbrio exigido pelo princípio do contraditório na relação processual.

Desse modo, deve-se preservar a repartição de funções promovida pela Constituição. Ao acusado se atribui a função de se defender, assistido, é claro, por profissional habilitado (art. 133, CR). Ao Ministério Público se atribui a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos individuais e sociais indisponíveis e a persecução penal (art. 127, CR). E, por fim, ao Judiciário se outorga a missão de tutelar os direitos assegurados, coibindo as suas violações (art. 5º, XXXV, CR). (MARQUES, 2006, p. 266).

Nesse particular, Leonardo Augusto Marinho Marques propõe a distinção entre a participação do juiz na produção da prova e o poder de propor provas. Para o autor, ao juiz se permite a participação na produção da prova, mediante a formulação de perguntas ao acusado e testemunhas, a análise de documentos, propositura de quesitos. O que não se permite ao juiz é determinar a realização de provas que

aproveitem à acusação, sob pena de violar o princípio do contraditório, pois ao assim agir atuaria de forma substitutiva à atividade acusatória, dispensando-a do ônus que lhe cabe e desequilibrando a relação processual. (MARQUES, 2006, p. 266-267).

Ademais, como bem salienta o mesmo autor, a permissão da iniciativa probatória ao juiz também viola o princípio da imparcialidade, visto que a propositura de uma prova não é um ato permeado de neutralidade. Ao juiz, pela análise dos elementos de convicção colhidos, é possível prever, ainda quem em um juízo de probabilidade o resultado que advirá da prova.

A atribuição de iniciativa probatória ao juiz, a par de violar o sistema acusatório e a imparcialidade, também viola o princípio da inocência, na medida que possibilita a assunção pelo juiz do ônus probatório atribuído, com exclusividade, à acusação e, como veremos adiante, impossibilita a aplicação do princípio como regra de julgamento: *in dubio pro reo*.

Assim, em respeito ao sistema acusatório, à imparcialidade do juiz e ao princípio da inocência, ao juiz não se outorga o poder de propor a produção de provas.

Passa-se às considerações a respeito do valor probatório que se deve atribuir aos elementos de convicção colhidos na fase de investigação.

O princípio da inocência nasce do propósito de reforma do sistema inquisitório até então vigente, como um dos pilares da revolução liberal empreendida no século XVIII, tendo como marco a Revolução Francesa. Rompe com a presunção de culpabilidade e com a qualificação do imputado como objeto de investigação, invertendo-se a presunção que agora passa a ser de inocência e outorga ao sujeito a condição de sujeito de direitos. (MARQUES, 2006, p. 181-183).

Desse modo, o princípio inverte a lógica do sistema inquisitório, para estabelecer que a imputação é que deve ser provada e não a inocência, que é presumida.

Estabelecido que a inocência é presumida e que, de outro lado, a imputação é que deve ser provada, faz-se necessário esclarecer quais as qualidades devem ostentar os elementos de convicção colhidos com a finalidade de disincumbir-se desse ônus.

O art. 5º, LIV, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal possui como uma de suas vigas mestras o contraditório e a ampla defesa. Isso quer dizer que a decisão

tendente a agredir a esfera de direitos de alguém somente pode desenvolver seus efeitos se construída sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Construir uma decisão demanda um esforço para reconstrução dos fatos, assim como para a individuação da norma aplicável ao caso. Reconstruir os fatos reclama atividade probatória, que, por se inserir em procedimento regido pelo contraditório e ampla defesa, também deve ser colhida sob a mesma orientação. A esse elemento de convicção, colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, atribui-se a designação de prova.

Logo, o único elemento de convicção capaz de provar a imputação e, por consequência, destruir a presunção que milita em favor da inocência é a prova, entendida essa como elemento de convicção colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Tendo em vista que o inquérito policial, por ser procedimento inquisitório, em que o contraditório e a ampla defesa não comparecem em toda a sua plenitude, como garantia de influência e não surpresa e como direito de esgotar as hipóteses defensivas, deve-se reconhecer que os elementos colhidos no seu desenrolar não podem ser qualificados como prova e, assim, não são hábeis a provar a imputação, não podendo subsidiar a prolação de sentença penal condenatória.

Nesse sentido, os elementos colhidos na fase de investigação têm limitado valor probatório, ostentando a qualidade de meros elementos informativos, hábeis a viabilizar a formação da *opinio delicti*, assim como possibilitar um juízo de verossimilhança necessário à adoção de medidas cautelares e à instauração do procedimento processual.

Resumindo, com Aury Lopes Júnior: “Somente são considerados atos de prova [prova] e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal”. (LOPES Jr., 2010, v. I, p. 511).

Sendo assim, conclui-se que os elementos de convicção produzidos no curso do inquérito policial ostentam a qualidade de meros elementos informativos, que, como tais, não são hábeis a provar a imputação e, corolariamente, destruir a presunção que milita em favor da inocência.

4.3 O princípio da inocência como reitor da teoria da cautelaridade

O significado do princípio da inocência como reitor da teoria da cautelaridade penal, tal como seu atrelamento ao campo probatório, teve sua formulação inicial na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, possuindo previsão normativa do art. 5º, LVII da Constituição Brasileira. (GOMES FILHO, 1991, p. 9).

Nessa perspectiva, o princípio da inocência erige-se como garantidor da liberdade do imputado, estabelecendo que a restrição à liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória se justificará apenas nos estritos limites da cautelaridade. Logo, as medidas cautelares não podem assumir caráter satisfativo, redundando em execução provisória da pena. Não é por outra razão que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia foram suprimidas do ordenamento jurídico-processual penal brasileiro, respectivamente pelas Leis n. 11.719/08 e 11.689/08, e o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, reconheceu o direito de recorrer em liberdade aos tribunais superiores, apesar de o art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, prescrever que os recursos extraordinários possuíam apenas efeito devolutivo. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 30-33; OLIVEIRA, 2004, p. 174).

Nesse sentido, elucidativas as lições de Felipe Martins Pinto, para quem, tal como se sustenta acima, a regra é a liberdade e a exceção a restrição à liberdade, ainda assim justificada por razões cautelares:

(...) contemporaneamente, a liberdade é a regra, e a prisão provisória somente será admissível quando ancorada em razões de cautela concretamente apontadas em decisão judicial fundamentada, nos termos do art. 93, IX, CF/88, não satisfazendo a nova ordem constitucional a decretação de prisões alicerçadas na gravidade genérica do delito, na vida progressa do imputado e tampouco na natureza hedionda do fato (...). (PINTO. *In*: MARCHI JÚNIOR; PINTO, 2008, p. 86-87).

Assim, a restrição da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado de decisão condenatória somente poderá fundar-se em razões estritamente cautelares, sob pena de violar o princípio da inocência, transmudando-se em odiosa antecipação da execução da pena.

Flaviane de Magalhães Barros, buscando traçar limites à mencionada cautelaridade, propõe uma teoria da cautelaridade penal, a qual, pela pertinência a este trabalho, visto que possui como marco teórico a teoria constitucionalista do processo,

adota-se como meio viabilizador da compatibilização entre o princípio da inocência e a restrição da liberdade do imputado no curso da persecução penal. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 34).

Para tanto propõe a autora a construção de uma teoria da cautelaridade a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, compreendido como uma base uníssona formada pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, aplicável a qualquer tipo de processo, sendo que o processo penal, em razão do princípio da presunção de inocência e das garantias das liberdades individuais, comparece como um microsistema, do qual o princípio acusatório e o da inocência compareceriam como regentes deste. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 34; BARROS. *In*: MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 335).

Da compreensão do princípio acusatório, sustenta a autora que as medidas cautelares pessoais devem ser requeridas pela acusação, na fase processual, ou, na fase de investigação, por meio de representação da autoridade policial. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 35).

No que diz respeito ao contraditório, advoga que as medidas cautelares devem ser, em regra, submetidas a contraditório prévio, devendo este ser postergado tão somente em caso de urgência ou ineficácia da medida (art. 282, § 3º, CPP). (BARROS; MACHADO, 2011, p. 37).

Já em relação à ampla defesa, assegura que por ela se garante ao imputado o direito de demonstrar que os motivos que ensejaram a decisão nunca existiram ou não mais subsistem (art. 5º. LV, CB; art. 282, § 5º, CPP). (BARROS; MACHADO, 2011, p. 37).

Com relação à fundamentação das decisões, assevera que ela deve ser motivada, o que significa dizer que deve demonstrar a satisfação de todos os requisitos necessários à decretação da medida, utilizando-se, para tanto, dos elementos concretos constantes nos autos (art. 5º, LXI, 93, IX, CB). (BARROS; MACHADO, 2011, p. 37-38).

Por fim, argumenta que a leitura conjunta do princípio da imparcialidade do juiz e do princípio acusatório traz como consequência inarredável a necessidade de o juiz abster-se de decretar medidas cautelares de ofício, sob pena de antecipar seu julgamento e perder a imparcialidade. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 38).

Sustenta ainda a autora que a proporcionalidade, concebida como proibição de excessos, é critério orientador da cautelaridade penal, na medida em que vedase a restrição da liberdade do imputado em amplitude maior do que aquela que poderá advir do provimento final.

Estabelecido os parâmetros para se compreender a teoria da cautelaridade, sob a ótica do modelo constitucional do processo, passa a autora a estabelecer quais as características devem ostentar essa teoria, para se manter compatível com o princípio da inocência.

Assim, a primeira característica, é a exigência, como requisito hábil a viabilizar a decretação das medidas, da verossimilhança da imputação e o dano iminente ao direito da acusação ao processo. Aquela representada pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, *fumus comissi delicti*, e esta pela demonstração do dano iminente ao direito da acusação ao processo, ou seja, o *periculum libertatis*, oportunidade em que se deve perquirir, segundo lapidar lição de Aury Lopes Júnior, se o imputado solto causaria algum dano ao regular desenvolvimento do processo. Observe-se que tanto o *fumus comissi delicti* quanto o *periculum libertatis* devem emergir, de forma precisa, da análise conjunta dos elementos de convicção constantes dos autos, não podendo constituir-se de meras presunções ou elucubrações mentais, sob pena de violação do princípio da inocência. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 42-43; LOPES JR., 2010, v. II, p. 56).

Em sentido semelhante, Eugênio Pacelli de Oliveira:

(...) A custódia, então, vedada a antecipação da culpabilidade, deve se orientar pelo critério da excepcionalidade, fundada, sempre, em razões de cautela, quando revelada a necessidade da prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal. Sem o comprovado risco – vedado aqui também o receio decorrente de mera especulação – de ser frustrado o regular desenvolvimento do processo ou a execução de sentença condenatória não há porque se impor medida restritiva à liberdade do acusado, sem incorrer em violação ao devido processo penal (...) em todos os casos, tanto aqui como lá, além da presença de situações fáticas concretas que podem colocar em risco o processo ou a jurisdição penal e das hipóteses específicas de cabimento para determinados crimes, exige-se também a constatação, comum a qualquer medida cautelar, do *fumus delicti*, entendido como a probabilidade de ocorrência de um delito (...). (OLIVEIRA, 2007, p. 57-59).

Em virtude do potencial explicativo que encerra, válida a citação de Aury Lopes Júnior:

(...) o *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos autos de investigação levado a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, premita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (...) qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis* (...). (LOPES JR., 2010, v. II, p. 111).

O *periculum libertatis* emergirá, segundo Flaviane de Magalhães Barros, quando a liberdade do imputado puder inviabilizar a aplicação da lei penal após o provimento final ou a colheita escorreita dos elementos de convicção necessários à investigação ou à instrução processual, conforme dispõe o art. 282, I do Código de Processo Penal. Acrescenta, ainda, que, conforme o dispositivo retromencionado, o *periculum libertatis* também poderá surgir da potencial reiteração da prática de infrações penais, desde que haja previsão legal. Todavia, alerta para a incompatibilidade desta última hipótese com o princípio da inocência, visto que, para decretar alguma medida cautelar em seu desfavor, seria necessário pressupor a sua responsabilidade pela imputação atual e, assim, decretá-la para evitar a reiteração criminosa. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 46-49).

Nesse contexto, inadmissível a decretação de prisão, antes de sentença definitiva, fundada na presunção de fuga ou de que o imputado venha a prejudicar a coleta da prova e o desenvolvimento do procedimento de forma escorreita ou, por fim, de que voltará a delinquir. De igual modo, não se admite as prisões decretadas tão somente em virtude de disposição de lei, sem razões cautelares que a justifiquem, tais como a decorrente da sentença recorrível, de pronúncia ou da natureza hedionda do delito.

A segunda é a temporalidade das medidas, significando dizer que devem perdurar enquanto subsistir o dano, ou seja, desaparecendo este ela deve ser revogada. Acrescenta a autora que a temporalidade também exige que as medidas cautelares não perdurem por tempo indefinido, sob pena de se tornarem injustificáveis e, corolariamente, transmudarem-se em inadmissível execução provisória da pena. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 44).

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior se pronuncia, não obstante utilizar-se dos conceitos de provisionalidade, para externar a necessidade da prisão perdurar enquanto se mostrar necessária à preservação da situação fática que a ensejou, e de provisoriedade, para demonstrar a necessidade das medidas cautelares serem limitadas no tempo, sob pena de se transformarem em antecipação da execução da pena. (LOPES JR., 2010, v. I, p. 61-62).

Já a terceira característica, segundo Flaviane de Magalhães Barros, seria uma situação cautelanda, concebida como um direito, uma pretensão ou uma ação que se pretende proteger, observando-se que, no seu entender, utilizando-se do conceito de ação esposado por Fazzalari como direito ao processo, o direito a ser protegido é o da acusação articular a imputação.

No contexto da característica *sub examine*, deve-se proceder a um juízo de adequação, consistente em verificar a relação de pertinência entre a medida cautelar e a situação fática a ser protegida, assim como a sua proporcionalidade, visto que a restrição advinda da medida cautelar não pode representar maior restrição à liberdade do imputado do que aquela que se espera com a sentença definitiva.

Por fim, estabelece, como última característica da teoria da cautelaridade penal, a natureza mandamental da decisão, pois, no processo penal, as medidas cautelares se consubstanciam em uma ordem, possuindo, desse modo o caráter de autoexecutoriedade. Observa ainda que, apesar de mandamental, o provimento em exame pressupõe um conteúdo declaratório, que se apresenta no reconhecimento e declaração de uma situação cautelanda.

Sendo assim, conclui-se que o princípio da inocência, como reitor da cautelaridade penal, estabelece que a regra é a liberdade e a exceção a sua restrição ou privação, o que somente poderá ocorrer nos estritos limites da cautelaridade, o que significa dizer que as medidas cautelares, para manterem essa natureza, devem ser decretadas somente quando presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, além de ser temporárias e decretadas para resguardar o direito da acusação ao processo.

4.4 O princípio da inocência como regra de julgamento: *in dubio pro reo* x *in dubio pro societate*

O significado do princípio da inocência como regra de julgamento surge como implicação necessária de sua concepção no campo probatório, visto que se cabe à acusação o ônus exclusivo de provar a imputação, nada mais natural que a dúvida quanto à sua desincumbência seja suportada por ela, com o indeferimento da pretensão acusatória e conseqüente absolvição do acusado. Logo, sua formulação inicial tem origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, possuindo previsão normativa do art. 5º, LVII, da Constituição brasileira.

Nesse contexto, o princípio da inocência estabelece que na dúvida quanto à prova da imputação, esta deve se resolver em favor do imputado (*in dubio pro reo*). Logo, se a acusação não provou a imputação, o imputado deve ser absolvido.

Observe-se que, apesar de Aury Lopes Júnior conceber o brocardo *in dubio pro reo* como princípio autônomo, que com o princípio da inocência corrobora a atribuição do ônus da prova exclusivamente à acusado e reforça a regra segundo a qual a dúvida quanto à prova da imputação deve redundar na absolvição do imputado, para efeito deste estudo o concebemos como uma ideia-força decorrente do âmbito normativo do princípio da inocência. (LOPES JR., 2010, v. I, p. 514).

Importante, no particular, a lição de Maurício Zanoide de Moraes, para quem o princípio da inocência não pode ser identificado com o *in dubio pro reo* e nem tampouco pode ser concebido como realidade diversa. Isto, porque, no primeiro caso, restringe-se demasiadamente o conteúdo normativo do princípio, que, como já dito, possui diversas facetas, e, no segundo, pode implicar na admissão da convivência entre a presunção de culpa, rejeitando-se o estado de inocência, e a admissão do *in dubio pro reo* em alguns instantes do sistema processual, tal como ocorreu no regime fascista do Código de Rocco. (MORAES, 2010, p. 404).

Logo, tal como aqui se sustenta, o *in dubio pro reo* é apenas uma das facetas do princípio da inocência, que possui diversos desdobramentos. (MORAES, 2010, p. 404).

A concepção do *in dubio pro reo* como uma das facetas do princípio da inocência possui implicação significativa do ponto de vista normativo, visto que, desse modo, de princípio interpretativo é alçado à categoria de direito fundamental, que

deve ser obedecido, de modo cogente, pelo julgador no instante de decidir em caso de dúvida fática. (MORAES, 2010, p. 405).

Eugênio Pacelli de Oliveira, buscando dar maior amplitude ao âmbito normativo do princípio da inocência, desenvolve importante reflexão, sustentando que a inocência não deve ser reconhecida como mera presunção, portanto, restrita ao campo probatório, mas como verdadeira concreção jurídica. Argumenta que decorre desta concepção o esvaziamento do *in dubio pro reo*, visto que, como concreção jurídica que é, a inocência somente pode ser restringida por meio de uma certeza, que deve ser construída no e em cada processo. Diante disso, em caso de dúvida deve permanecer intacta a realidade jurídica de inocente. (OLIVEIRA, 2004, p. 174-175).

Seja como presunção ou mesmo como concreção jurídica, o que nos interessa mais de perto é a repercussão do princípio da inocência no tratamento da dúvida quanto à prova da imputação.

Inicialmente, importa salientar que o *in dubio pro reo* somente terá aplicação quando a dúvida emergir dos aspectos fáticos do caso, logo, não se aplicará quando a dúvida recair sobre a interpretação da lei. Neste caso, terá aplicação o *favor rei*, conforme se demonstrará oportunamente. (PITOMBO, 2013).

No que tange ao momento de prolação da sentença penal, é unânime o entendimento de que o princípio da inocência impõe a absolvição em caso de dúvida em relação à prova da imputação, ou seja, *in dubio pro reo*. Nesse sentido se pronunciam Aury Lopes Júnior (2010, v. I, p. 514), Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 174-175), Paulo Rangel (2011, p. 482) e Antônio Magalhães Gomes Filho. Por todos, Antônio Magalhães Gomes Filho:

(...) Seja como for, através da negação completa da existência do ônus da prova no criminal, ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque, como ressaltou Saraceno, as circunstâncias impeditivas não são senão o inverso das constitutivas, e uma dúvida sobre aquelas constitui também uma dúvida a respeito destas últimas (...) Sob esse prisma, confundiria-se o princípio da presunção de inocência como o *in dubio pro reo*, que é postulado comum a todos os sistemas processuais, pois a condenação de inocentes não traz proveito algum (...). (GOMES FILHO, 1991, p. 39).

Todavia, não perdura a mesma certeza em outros momentos decisórios, como no recebimento da denúncia e, no encerramento da primeira fase do procedimento do Júri, quando da prolação da pronúncia. De forma majoritária, doutrina e

jurisprudência têm-se posicionado no sentido de que, nesses momentos, a dúvida recebe tratamento diverso, aplicando-se o princípio do *in dubio pro societate*, isto é, mesmo que haja dúvida quanto à materialidade e à autoria deve-se receber a denúncia, no primeiro caso, e, no segundo, pronunciar o acusado.

Nesse sentido, posicionam-se Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 529), Damásio E. de Jesus (2003, p. 331), Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 575) e Joaquim Cabral Netto. Por todos, Joaquim Cabral Netto:

(...) Por outro lado, enquanto o princípio do *in dubio pro reo* se adstringe, quando cabível, ao julgamento definitivo, na pronúncia impera o princípio do *in dubio pro societate* (...). (CABRAL NETTO, 1997, p. 311).

No mesmo sentido, assim vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Penal. Processual Penal. Procedimento dos crimes da competência do Júri. *Idicium acusationis. In dubio pro societate*. Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. 5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário. 6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula nº 279/STF. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE 540999/SP. Rel. Min. Menezes Direito. Org. Julg Primeira Turma. Maioria. Dt. Pub.: 20/06/2008. Fonte: www.stf.jus.br).

Habeas corpus. 2. Pronúncia em sede de recurso em sentido estrito. Possibilidade. 3. Indícios de autoria e materialidade do crime. 4. Excesso de linguagem. Não ocorrência. 5. *In dubio pro societate*. Prevalência. Garantia da competência reservada ao Tribunal do Júri. 6. Tratando-se de pronúncia, exige-se apenas juízo de admissibilidade. Precedentes. 7. Ordem denegada." (STF, RE 113.156/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Org. Julg Segunda Turma. Unanimidade. Dt. Pub.: 29/05/2013. Fonte: www.stf.jus.br).

Os autores supramencionados, assim como o Supremo Tribunal Federal, sustentam a aplicabilidade do princípio do *in dubio pro societate* mediante dois argumentos. Argumentam que o recebimento da denúncia e a pronúncia constituem-se em mero juízo de admissibilidade da acusação, não ensejando um juízo de certeza e, sim, de suspeita, o que legitima a aplicação do *in dubio pro societate* em detrimento do princípio da inocência sob a perspectiva *sub examine*.

Além disso, advogam que por ser o Tribunal do Júri o juízo natural dos crimes dolosos contra vida, eventual dúvida a respeito da admissibilidade da acusação deve-se resolver em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), redundando na submissão do acusado a julgamento pelo tribunal popular, isto é, pronunciando-o.

Contudo, tendo-se em mente o processo penal democrático, que comparece como microsistema e tem como princípio reitor o da inocência, o entendimento externado por esses autores merece severas críticas.

A primeira é relativa à incompatibilidade com o tratamento oferecido pelo princípio da inocência à dúvida no campo probatório do processo penal. O princípio da inocência estabelece que a dúvida que recaia sobre a prova deve sempre ser decidida em favor do acusado, isto é, caso pare dúvida sobre a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria, deve o magistrado rejeitar a denúncia ou impronunciar o acusado.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, o princípio da inocência, por ter assento constitucional, somente pode sofrer restrições mediante a aplicação de outro princípio de igual modo constitucional. (OLIVEIRA, 2004, p. 174).

O princípio do *in dubio pro societate*, todavia, não possui sequer previsão legal e muito menos constitucional, conforme bem ressalta Paulo Rangel (2011, p. 482), Aury Lopes Júnior (2010, v. I, p. 516-517) e Maurício Zanoide de Moraes. Por todos, este último autor:

(...) O 'in dubio pro societate' não encontra qualquer previsão legal em nosso ordenamento jurídico, seja em nossa atual Constituição, seja em nosso Código de Processo Penal de 1940 (...). (MORAES, 2010, p. 412).

Logo, não possui a força normativa necessária para restringir o âmbito de aplicação do princípio da inocência e afastar a sua incidência no momento do recebimento da denúncia e na fase de pronúncia.

Ademais, como bem sustenta Maurício Zanoide de Moraes, o princípio da inocência, sob a perspectiva do *in dubio pro reo*, erige-se como verdadeira norma de resolução da dúvida que recaia sobre matéria fática, portanto, deve ser aplicado a todas decisões penais que impliquem restrição a quaisquer direitos do imputado no curso da persecução. Assim, segundo o autor:

(...) o 'in dubio pro reo' deve ser aplicado no instante do juiz decidir sobre a decretação ou não de prisão provisória ou de qualquer outra medida coativa, inclusive de cunho patrimonial, ou, ainda, ao decidir pela continuidade da persecução penal em cada uma de suas fases (da investigativa à revisional) (...). (MORAES, 2010, p. 406).

A segunda se manifesta na sua incompatibilidade com o conceito de ônus probatório, que se entende, para fins desse trabalho, como o mais adequado ao processo penal democrático. Apropriando-se do conceito construído por Leonardo Augusto Marinho Marques sob bases fazzalarianas, compreende-se o ônus da prova como consequência desfavorável da omissão de um ato no processo. (MARQUES, 2006, p. 165-166).

Nesse contexto, à acusação se atribui o poder de postular uma imputação, assim como a faculdade de produzir provas sobre o fato imputado, a qual se não exercida resolve-se em ônus. Assim, a ausência de prova da materialidade e de indícios suficientes da autoria deve redundar em um resultado desfavorável à acusação no processo, consistente na não admissão da acusação, seja por meio da rejeição da denúncia ou da impronúncia.

Entendimento contrário viola o conceito de ônus probatório aqui proposto, na medida em que atribui à acusação consequência favorável, apesar de não ter-se desincumbido do ônus de provar a materialidade e os indícios suficientes de autoria, constituindo-se em um absurdo lógico-jurídico, segundo Sérgio Pitombo:

(...) É fácil, na seqüência, perceber que a expressão *in dubio pro societate* não exhibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirma-se: 'na dúvida, em favor da sociedade' consiste em absurdo lógico-jurídico. Veja-se: em face da contingente dúvida, sem remédio no tocante à prova – ou na imaginada incerteza – decide-se em prol da sociedade. Dizendo de outro modo: se o acusador não conseguir provar o fato, constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova; então, se soluciona a seu favor, por absurdo. Ainda, porque não provou ele o alegado, em face do acusado, deve decidir-se contra esse último. Ao talante, por mercê judicial o vencido vence, a pretexto de que se favorece a sociedade: *in dubio contra reum* (...). (PITOMBO, 2013).

Por fim, segundo Paulo Rangel, o princípio do *in dubio pro societate* não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, na medida em que a dúvida, nesse Estado, não permite a acusação e nem tampouco a submissão do acusado a júri. Isso porque a instauração do processo em si já ocasiona um grave dano social ao acusado, assim como o seu envio a júri representa um grave perigo de condenação ainda que paire dúvidas, bastando a tanto a eloquência da acusação, já que o sistema que impera na segunda fase do procedimento do júri é o da livre convicção íntima. (RANGEL, 2011, p. 620).

Sendo assim, o princípio da inocência como regra de julgamento, em verdade, estabelece um padrão de tratamento da dúvida no campo da prova do processo penal, isto é, pairando dúvida fática, seja em que momento decisório for, impõe-se que se decida em favor do imputado, seja absolvendo-o, seja rejeitando a denúncia ou abstendo-se de pronunciá-lo. Logo, não existe, em nosso ordenamento jurídico, espaço para aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, sob pena de violação ao princípio da inocência sob a perspectiva aqui tratada.

4.5 O princípio da inocência como reitor da interpretação da norma penal

O significado do princípio da inocência como reitor da interpretação da norma penal, identificado historicamente com a ideia atribuída ao *favor rei*, deita suas raízes no Direito Romano, texto que consta do *Corpus Iuris Civilis*, cujo autor se chama Paulo, que estabelece que “Nas causas penais se há de fazer a interpretação com mais benignidade”. (MORAES, 2010, p. 30).

Preliminarmente, é importante que se ressalte, como se fez com o brocardo *in dubio pro reo*, que o *favor rei* é concebido, para efeito do presente estudo, como um dos significados do princípio da inocência, visto que, partindo dessa ideia, se estende a ele o *status* de direito fundamental, tornando-o cogente, obrigando a todos, legislador e intérpretes, a escolher, entre as hipóteses de interpretação, a que se coaduna com os valores constitucionais eleitos. Neste ponto, válida a lição de Maurício Zanoide de Moraes:

(...) Como integrantes [*in dubio pro reo* e *favor rei*] de um direito fundamental destinado à aplicação em âmbito processual penal, passam a ser determinações constitucionais às quais o legislador e julgador não poderão se furtrar, sob pena de agirem inconstitucionalmente, por descumprimento da presunção de inocência (...).(MORAES, 2004, p. 368).

Nesse contexto, concebidos tanto o *in dubio pro reo* quanto o *favor rei* como facetas do princípio da inocência, para determinação do âmbito de abrangência deste último, importa se estabeleçam as diferenças entre um e outro.

Partindo da análise da expressão *in dubio pro reo*, Maurício Zanoide de Moraes sustenta que o brocardo traz a ideia da existência de uma dúvida e de que esta se deve resolver em favor do acusado. Já o *favor rei*, segundo o autor, expressa a ideia de uma escolha valorativa, que não possui na dúvida a razão de ser. Nesse sentido, o *favor rei* expressa uma opção pela proteção da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e patrimônio, o que se viabiliza por meio do processo. (MORAES, 2010, p. 365).

O *in dubio pro reo* indica ao julgador qual a decisão deve ser tomada em caso de dúvida oriunda dos fatos, os quais podem restar provados ou não nos autos do processo. Nesse sentido, a dúvida que paira sobre os aspectos fáticos do caso deve se resolver em favor do acusado, independente de qual seja o momento decisório, não se restringindo ao instante da decisão de mérito. (MORAES, 2010, p. 366).

Já o *favor rei* comparece como norma de interpretação da lei penal, norteando o Legislativo nas escolhas que deve empreender na elaboração da legislação e o intérprete na opção pela interpretação que esteja mais acorde com os valores constitucionais. (MORAES, 2010, p. 365).

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, o *in dubio pro reo* não tem aplicação no campo legislativo, visto que este possui como pressuposto de incidência a dúvida, sendo que a lei não encerra dúvidas, seja na sua formação, interpretação ou aplicação. A lei, segundo sustenta, enseja várias possibilidades de interpretação e não dúvidas. Logo, nesse espaço, o que se exige é a escolha entre as interpretações possíveis e não a resolução de dúvidas. Escolha essa que deve ser norteadada pelo *favor rei*, como expressão do princípio da inocência como regra de interpretação. Nesse contexto, exorta o autor:

(...) Não se deve confundir a dúvida gerada pelo desconhecimento ou pelo conhecimento parcial de algo, típica do 'in dubio pro reo', com a escolha que deve ser feita conforme a linha doutrinária, metodológica ou ideológica que o intérprete possui. O 'favor rei' incide exatamente neste instante da escolha valorativa, indicando ao intérprete, dentre as opções tecnicamente justificáveis e, portanto, em si mesmas certas e claras quanto à compreensão do texto normativo, qual ele deve escolher (...). (MORAES, 2010, p. 365-366).

Assim, o intérprete, em seu labor, deve proceder às escolhas conforme indicar os valores constitucionais, assim como o legislador, no processo de formação das leis, deve optar pelos enunciados normativos que melhor atendam às exigências de proteção dos valores constitucionalmente eleitos.

Em síntese, o *in dubio pro reo* orientará o intérprete na escolha da decisão mais favorável ao acusado quando a dúvida emergir dos aspectos fáticos do caso, assim como o *favor rei* o orientará na escolha da interpretação da lei que for mais benéfica ao imputado.

Estabelecidas as diferenças essenciais entre as duas facetas do princípio da inocência, representadas pelos brocardos *in dubio pro reo* e *favor rei*, passa-se à análise do conteúdo normativo do segundo, o qual é o objeto desse capítulo.

O princípio da inocência como norma de interpretação da norma penal, que se expressa pelo brocardo *favor rei*, repita-se, no campo legislativo, impõe ao legislador a elaboração da legislação em conformidade com o princípio, assim como ao intérprete orienta na escolha da interpretação mais favorável ao imputado.

Consignado que o *favor rei* vai nortear as escolhas empreendidas pelo legislador na elaboração da legislação e pelo intérprete no seu labor interpretativo, resta delimitar quais os valores constitucionais servirão de substrato para a determinação de seu conteúdo.

Nesse sentido, Paulo Rangel ensina que o valor constitucional a ser considerado na escolha da norma mais favorável ao imputado é a liberdade. Assim, sentencia o autor que “deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda melhor ao *status libertatis*”. (RANGEL, 2011, p. 34).

No mesmo sentido, posiciona-se Leonardo Augusto Marinho Marques:

(...) Cumpre observar que este princípio geral fundamental se manifesta também como princípio hermenêutico, fazendo prevalecer, naquelas situações de antinomia, sempre a interpretação mais favorável ao acusado. Essa é mais uma exigência do princípio da liberdade. (...). (MARQUES, 2006, p. 178).

Júlio Fabbrini Mirabete, embora não externar com clareza a natureza do *favor rei* como regra de interpretação da norma penal, acentua a prevalência da liberdade, quando sentencia que “num conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis*

do acusado, deve a balança inclinar-se a favor deste último”. (MIRABETE, 2004, p. 54).

Fernando da Costa Tourinho Filho, tal como o faz Mirabete, apesar de não deixar claro o significado do princípio da inocência sob a ótica nesse ponto defendida, sinaliza para a liberdade como critério que deve nortear a compreensão de todo o sistema processual penal:

(...) numa determinada ótica o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade (...). (TOURINHO FILHO, 2006, p. 30).

Observe-se, por oportuno, que, ao contrário do que se sustenta no presente trabalho, Paulo Rangel, Leonardo Augusto Marinho Marques, Júlio Fabbrini Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho trabalham com o *favor rei* como um princípio autônomo, logo, não como uma das facetas do princípio da inocência, concebendo-o como um princípio geral de direito, destinado à interpretação da legislação, perdendo a oportunidade de alçá-lo à categoria de direito fundamental, tornando-o cogente, tal como o é o princípio da inocência.

De igual modo, também merece registro que alguns autores (MARQUES, 2006, p. 180; TOURINHO FILHO, 2006, p. 31) atribuem ao *favor rei* implicações no campo probatório, na medida em que estabelecem, como decorrência dele, a resolução da dúvida fática em favor do acusado, o que, para efeito deste trabalho, decorre do *in dubio pro reo*, concebido como um dos significados do princípio da inocência. Por todos, Paulo Rangel:

(...) Portanto, estando o juiz diante da prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pelo convívio com a sociedade um culpado.

A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia (...). (RANGEL, 2001, p. 34).

Esclarecido que o princípio da inocência vai nortear o legislador na escolha do enunciado normativo que melhor atenda às exigências de proteção do direito à liberdade, e o intérprete, na escolha da interpretação que melhor assegure a fruição da

liberdade, passa-se à análise de duas situações jurídicas, para se demonstrar como se daria a aplicação do princípio sob a ótica *sub examine*.

O art. 156 do Código de Processo Penal prescreve “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício (...)”.

A partir desta disposição desenvolveram-se duas correntes de pensamentos na processualística penal brasileira. A primeira, influenciada pela literalidade do art. 156 do Código de Processo Penal, defende que o ônus da prova deve ser distribuído entre a acusação e o imputado e, a segunda, sustenta que o ônus da prova deve ser suportado exclusivamente pela acusação.

Segundo a primeira corrente, cabe à acusação ônus de provar a materialidade, a autoria e a tipicidade, ao passo que ao imputado se atribui o ônus de provar as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, ou mesmo qualquer outra causa que faça extinguir a infração penal.

Já a segunda, procedendo à interpretação do art. 156 do Código de Processo Penal, sob a ótica do princípio da inocência, sustenta caber à acusação o ônus exclusivo de provar a imputação, pois “se o réu é inocente não precisa provar nada”. (LOPES JR., 2010, v. I, p. 514-515; RANGEL, 2011, p. 188). Assim, à acusação se atribui o ônus de “provar a presença de todos os elementos constitutivos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação” (LOPES JR., 2010, v. I, p. 514-515; RANGEL, 2011, p. 515) ou mesmo de qualquer outra causa extintiva da infração penal. (MARQUES, 2006, p. 48-49).

Ante as duas possibilidades de interpretação,, surge a necessidade de se optar por uma delas. A escolha, segundo a perspectiva aqui defendida, deve ser norteada pelo princípio da inocência como norma de interpretação da lei penal, logo, deve-se escolher a interpretação mais favorável ao imputado, isto é, a que seja mais eficaz na proteção de sua liberdade.

No caso aqui examinado, sem sombra de dúvidas, a atribuição do ônus probatório com exclusividade à acusação é a perspectiva que mais favorece o imputado, visto que a ausência de prova relativa a qualquer um dos elementos constitutivos do crime implica na sua absolvição, ao passo que, adotando-se a corrente de pensamento contrária, a ausência de prova quanto às causas de justificação redundaria na condenação do imputado, visto que à acusação caberia apenas o ônus de provar a materialidade, autoria e tipicidade.

Demonstrada a aplicação do princípio da inocência sob a perspectiva *sub examine* no campo da interpretação da lei, passa-se a demonstrar como se daria sua aplicação no campo da gestão da lei.

Entre as hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar n. 64/90, com redação determinada pela Lei Complementar n. 135/10, encontra-se a seguinte:

Art. 1º São inelegíveis:
I – para qualquer cargo:
[...]
e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crime
[...]

Em razão desta disposição se proscree ao condenado por sentença transitada em julgado ou por decisão condenatória recorrível prolatada por órgão colegiado a candidatura a qualquer cargo eletivo.

O princípio da inocência como norma de tratamento do imputado, como já sustentado em capítulo anterior, estrutura-se a partir da vedação da publicidade abusiva, da imposição a todos do dever de tratar o imputado como inocente e, por fim, da consideração de que o princípio deve alcançar situações extraprocessuais.

Para o desenvolvimento proposto nesse instante, interessa-nos mais de perto a ideia do princípio da inocência alcançar situações extraprocessuais.

Nesse norte, o princípio da inocência possui aplicação para além dos limites do processo penal, vedando-se, portanto, quaisquer restrições advindas da imputação no âmbito da esfera jurídica de direitos do imputado.

Logo, a instauração de inquérito policial, oferecimento ou recebimento da denúncia, ou mesmo a prolação de sentença condenatória não transitada em julgado, independente do delito em tese cometido, não legitima a restrição a qualquer direito do imputado, seja de que natureza for.

Nesse contexto, a disposição legal que estabelece como hipótese geradora de inelegibilidade a decisão condenatória proferida por órgão colegiado não transitada em julgado está em flagrante descompasso com o princípio da inocência, na medida em que impede o imputado de exercer, de forma plena, os seus direitos políticos, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Portanto, o Legislativo violou o princípio da inocência como regra de interpretação no campo de gestão da norma penal, visto que a opção pelo enunciado

normativo contido no art. 1º, I, “e” da Lei Complementar n. 64 está em flagrante descompasso com o princípio como norma de tratamento, pois impõe ao imputado restrições ao exercício dos seus direitos políticos antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que reclama do Judiciário a declaração de sua inconstitucionalidade.

Todavia, lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 29, a Corte, por maioria, posicionou-se de maneira diversa, para restringir o alcance normativo do princípio da inocência ao campo do direito penal e processual penal e declarar constitucional o art. 1º, I, “e” da Lei Complementar n. 64, em vez de declarar inconstitucional o dispositivo da legislação infraconstitucional.

Sendo assim, o princípio da inocência, como reitor da interpretação da norma penal, possui dupla implicação, haja vista que além de orientar o intérprete na escolha da interpretação mais favorável ao imputado também impõe ao Legislativo o dever de optar pelo enunciado normativo que melhor se adapte aos ditames do princípio.

5 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 O princípio da inocência como norma de tratamento do imputado

a) Ementa

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR n. 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar n. 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (ius honorum) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n.

135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico. 7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n. 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (ius honorum), mas também ao direito de voto (ius suffragii). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral). (STF, Ação Direta de Constitucionalidade n. 29/DF. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Maioria. DJe, publ. em 29.06.2012. Fonte: www.stf.jus.br)

b) Análise

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 29, ao se pronunciar sobre a constitucionalidade do art. 1º, I, "e", da Lei Complementar n. 135/10, que estabelece como hipótese de inexigibilidade, além da con-

denação criminal transitada em julgado, a proferida por órgão colegiado, posicionou-se pela constitucionalidade do dispositivo em face do princípio da inocência.

O Ministro Relator, em voto condutor, reduz o princípio da inocência à aplicação no âmbito penal e processual penal, sob o argumento de que o princípio deve sofrer nova interpretação, para atender aos reclames atuais da sociedade, que suplica pelo manejo da coisa pública norteado pela probidade e moralidade administrativas.

Ressalta que a consideração do princípio da inocência, para além dos limites do penal e processo penal, adaptou-se aos anseios de democratização que vigia por ocasião da Constituinte de 1988. Todavia, visto estar a democracia brasileira solidamente instalada, já não se justifica a outorga de tamanha elasticidade normativa ao princípio, devendo o seu âmbito de aplicação se restringir à seara penal.

Propõe, desse modo, a adequação da interpretação do princípio da inocência ao espírito do povo brasileiro, com a conseqüente restrição do seu âmbito de aplicação à seara penal, sob pena de se desacreditar a Constituição.

Todavia, a esse entendimento se pode opor sérias objeções, sendo a primeira delas referente à instalação sólida da democracia brasileira, visto que, conforme bem ressalta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, o Estado Democrático de Direito é um projeto de construção permanente, que demanda a transformação das práticas políticas e sociais, não sendo suficiente para sua efetivação a sua mera previsão no corpo da Constituição de 1988. (CATTONI DE OLIVEIRA. *In*: GALUPO, 2009, p. 254).

Além do mais, ainda que se admita a democracia brasileira como um projeto acabado, não se pode dizer que dessa constatação possa decorrer a permissão para a restrição do âmbito normativo do princípio da inocência. Até porque a história mostra que, especialmente no plano dos direitos fundamentais, nada impede que haja retrocessos. Exemplo disso é a promulgação, em 1811, do Código Penal e Código de Processo Penal francês, por Napoleão Bonaparte, após a consolidação do princípio, com a sua previsão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Observe-se que mencionada legislação serviu de importante instrumento de implantação do regime absolutista de Napoleão. (MORAES, 2010, p. 100-101).

Portanto, restringir o âmbito de abrangência do princípio da inocência à seara penal é, no mínimo, temerário e pode, mais cedo ou mais tarde, justificar a sua ex-

clusão do ordenamento jurídico, sob o pretexto de adequar, mais uma vez, a sua interpretação aos reclames sociais.

Logo, para que se afaste a possibilidade de perda dos avanços conquistados pela consolidação do princípio da inocência na Constituição de 1988, segundo sustentou no momento oportuno, o princípio da inocência, como norma de tratamento do imputado, deve ser concebido sob triplo aspecto, pois além de proibir a publicidade abusiva, impondo o exercício do direito de informação em consonância com os ditames do próprio princípio, atribuir a todos o dever de dispensar ao imputado tratamento condizente com a condição de sujeito de direitos, e, por fim, proscrever a agressão da esfera jurídica de direitos do imputado, como decorrência pura e simples da imputação, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Sob seu último aspecto, ou seja, como proibição de agressão à esfera jurídica de direitos do imputado como decorrência da imputação, é importante firmar, pela pertinência guardada com questão enfrentada na decisão do Supremo Tribunal Federal, que o princípio da inocência deve ser aplicado para além dos limites do processo penal, vedando-se quaisquer restrições advindas da imputação no âmbito da esfera jurídica de direitos do imputado.

Isso quer dizer que da instauração de inquérito policial, do oferecimento ou do recebimento da denúncia, ou mesmo da prolação de decisão penal condenatória não transitada em julgado, independente do delito em tese cometido, não pode decorrer a restrição a qualquer direito do imputado, seja de que natureza for.

Nesse sentido, a negativa de acesso a cargo público, ainda que eletivo, em virtude da submissão do sujeito à persecução penal, seja em sua fase investigatória ou processual, é medida intolerável, haja vista que impede o imputado de participar do certame em virtude da simples existência da imputação.

Igualmente inadmissível se manifesta o afastamento do servidor público do cargo ocupado como simples decorrência da imputação e a correspondente redução dos vencimentos, visto representar verdadeira antecipação de pena, sem a precedência do devido processo.

Na mesma ordem de ideias, também veda-se, pelo princípio da inocência, a suspensão do exercício de profissão ou mesmo o acesso a emprego na iniciativa privada, como decorrência automática da instauração e/ou pendência de persecução penal.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar constitucional a norma contida no art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 135/10, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 29, violou o princípio da inocência, na medida em que, como simples decorrência da imputação, impõe ao imputado a inelegibilidade.

5.2 O princípio da inocência no campo probatório

a) Ementa

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II. Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII. Precedente do STF. VIII. Ordem indeferida. (STF, *Habeas Corpus* n. 108.221/SP. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Unanimidade. DJe, publ. em 02.05.2013. Fonte: www.stf.jus.br)

b) Análise

A Suprema Corte, chamada a se pronunciar sobre o tema ônus da prova, nos autos do *Habeas Corpus* n. 93.353-0/SP, lançando mão do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal, assentou caber à acusação o ônus de provar a materialidade, a autoria e a tipicidade, assim como ao acusado o de provar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, além das causas extintivas da punibilidade.

Ocorre que o referido entendimento desafia graves objeções, visto que viola frontalmente o princípio da inocência na vertente nesse ponto tratada.

Isso porque, o princípio da inocência, no campo probatório, comparece como uma presunção relativa, que, como tal, inverte o ônus da prova totalmente para a acusação.

Observe-se que a leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, sob a ótica do princípio da inocência, reforça esse entendimento, na medida em que determina que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. A primeira e principal alegação feita no processo é realizada pela acusação na exordial acusatória, na qual deve conter, segundo o art. 41 do Código de Processo Penal, a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Logo, a alegação possui como conteúdo o crime, considerado como a ação típica, antijurídica e culpável, com todas as suas circunstâncias. Portanto, haja vista que a alegação é feita pela acusação na exordial e que possui como conteúdo a descrição do crime, como fato típico, antijurídico e culpável, inarredável é a conclusão no sentido de que à acusação impõe-se o ônus de provar, com exclusividade, a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação, ao contrário do que sustenta o Supremo Tribunal Federal.

Referido entendimento toma mais força quando se lança mão do conceito de ônus da prova articulado como consequência desfavorável, advinda da omissão de um ato processual de cunho probatório.

Ao Ministério Público e, excepcionalmente, ao particular se atribuem o poder de postular uma imputação, por meio da denúncia ou queixa-crime, sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, assim como a faculdade de produzir provas sobre o fato imputado. Observe-se que a faculdade constitui-se em uma possibilidade juridicamente assegurada e não uma obrigação. Todavia, o seu não exercício resolve-se em ônus.

Assim, a ausência de prova da imputação redundará em um resultado desfavorável no processo, consistente no não acolhimento da pretensão e na consequente absolvição do acusado. Dano esse que é suportado por quem faz a acusação.

A imputação articulada por meio da denúncia ou queixa-crime, segundo determina o art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o que significa dizer que dela devem constar todos os elementos necessários à configuração do crime, concebido como ação típica, antijurídica e culpável.

Logo, se ao Ministério Público e ao ofendido cabe o ônus de provar a imputação e desta devem constar todos os elementos do conceito analítico de crime, consequência inarredável é que a eles deve-se atribuir o ônus da prova com exclusividade.

Portanto, o entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de promover a distribuição do ônus da prova entre a acusação e o imputado, padece de flagrante inconstitucionalidade, na medida em que atribui ao imputado o ônus de provar as causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, assim como as causas extintivas de punibilidade violam o princípio da inocência.

5.3 O princípio da inocência como reitor da teoria da cautelaridade

a) Ementa

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. ALEGAÇÕES DE EXCESSO DE PRAZO E DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL: NÃO OCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. 1. Com a superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, está superada a questão relativa ao excesso de prazo da prisão. Precedentes. 2. Este Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração criminosa, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (STF, *Habeas Corpus* n. 119.790/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Unanimidade. Julgado em 17.12.2013. *DJe* n. 26, publ. em 07/02/2014. Fonte: www.stf.jus.br)

b) Análise

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 119.790/SP, na linha do entendimento pacífico da Corte, assentou que a gravidade em concreto do delito, assim como o risco de reiteração criminosa, evidenciam a necessidade da decretação da prisão preventiva, com vistas a garantir a ordem pública.

Contudo, referido posicionamento mostra-se incompatível com o princípio da inocência, sob a perspectiva aqui tratada, representando violação inadmissível ao seu conteúdo normativo.

Conforme já se sustentou em momento oportuno, o princípio da inocência, sob a presente vertente, erige-se como garantidor da liberdade do imputado, estabelecendo que a restrição à liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória somente se justifica nos estritos limites da cautelaridade, sob pena de transmudar-se em odiosa antecipação da execução da pena.

Nesse sentido, a restrição à liberdade do imputado somente se legitima quando à verossimilhança da imputação se somar o dano iminente ao direito da acusação ao processo. Aquela, representada pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, *fumus comissi delicti*, e esta, pela demonstração do dano iminente ao direito da acusação ao processo, ou seja, o *periculum libertatis*, oportunidade em que se deve perquirir se o imputado solto causaria algum dano ao regular desenvolvimento do processo.

O *periculum libertatis* emerge quando a liberdade do imputado puder inviabilizar a aplicação da lei penal após o provimento final ou a colheita escorreita dos elementos de convicção necessários à investigação ou à instrução processual, conforme dispõe o art. 282, I, do Código de Processo Penal. Acrescente-se, ainda, que, conforme o dispositivo retromencionado, o *periculum libertatis* também pode surgir da potencial reiteração da prática de infrações penais, desde que haja previsão legal específica.

Todavia, esta última disposição encontra-se em flagrante descompasso com o princípio da inocência, assim como também se apresenta a decisão do Supremo em comento, visto que, para se decretar alguma medida cautelar em desfavor do imputado seria necessário pressupor a sua responsabilidade pela imputação atual e, assim, decretá-la para evitar a reiteração criminosa.

Do mesmo modo, o argumento, segundo o qual a gravidade em concreto do delito justifica a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, também representa flagrante violação ao princípio da inocência, haja vista que a decretação de uma medida cautelar em desfavor do imputado, com fulcro na gravidade do fato, reclama um juízo antecipado de culpabilidade, apreciação permitida somente por ocasião da sentença.

Assim, a decretação de qualquer medida cautelar com base na gravidade do delito em concreto, assim como na possibilidade de reiteração criminosa, tal como procedeu a Corte Suprema nos *Habeas Corpus* n. 119.790/SP, viola o princípio da inocência, na medida em que para assim proceder faz-se necessário um juízo antecipado quanto à culpabilidade do imputado, juízo este que só é permitido quando da prolação da sentença.

5.4 O princípio da inocência como regra de julgamento: *in dubio pro reo x in dubio pro societate*

a) Ementa

Habeas corpus. 2. Pronúncia em sede de recurso em sentido estrito. Possibilidade. 3. Índícios de autoria e materialidade do crime. 4. Excesso de linguagem. Não ocorrência. 5. *In dubio pro societate*. Prevalência. Garantia da competência reservada ao Tribunal do Júri. 6. Tratando-se de pronúncia, exige-se apenas juízo de admissibilidade. Precedentes. 7. Ordem denegada. (STF, *Habeas Corpus* n. 113.156/RJ. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Unanimidade. *DJe*, publ. em 29.05.2013. Fonte: www.stf.jus.br).

b) Análise

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 113.156/RJ, a corroborar entendimento externado no Recurso Extraordinário n. 540.999/SP, e posicionamento pacífico da Corte, assentou a aplicabilidade do brocardo *in dubio pro societate* por ocasião da decisão de pronúncia, sob duplo fundamento: a decisão *sub examine* se apresenta como mero juízo de admissibilidade da acusação, não ensejando um juízo de certeza e, sim, de suspeita, o que, por si só, já legitima a aplicação do brocardo; por ser o Tribunal do Júri o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, eventual dúvida a respeito da admissibilidade da acusação deve-se resolver em favor da sociedade, redundando na submissão do acusado a julgamento pelo tribunal popular, isto é, pronunciando-o.

Todavia, merece severas objeções o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, visto se encontrar em flagrante descompasso com o processo penal democrático, que comparece como um microssistema e tem como princípio reitor o da inocência.

Segundo já se sustentou oportunamente, o princípio da inocência estabelece um verdadeiro padrão de tratamento da dúvida no campo probatório do processo penal, assentando que a dúvida que recaia sobre a prova, independente de qual seja o momento decisório, deve sempre ser decidida em favor do acusado. Logo, caso paire dúvida sobre a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria, deve o magistrado impronunciar o acusado, sob pena de infringir o princípio da inocência, ao contrário do que sustenta o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o princípio da inocência, por ter previsão constitucional, só pode sofrer restrições em razão da aplicação de outro princípio constitucional, o que não ocorre em relação ao princípio do *in dubio pro societate*, visto que este não possui previsão em nosso ordenamento jurídico.

Logo, carece da força normativa necessária para restringir o âmbito de aplicação do princípio da inocência e afastar sua incidência na fase de pronúncia, como quer fazer crer a Suprema Corte.

Como se não bastasse, o entendimento externado pelo Supremo esta em desacordo com o conceito de ônus probatório, que se entende, para fins desse trabalho, como consequência desfavorável da omissão de um ato no processo.

Isso porque à acusação se atribui o poder de postular uma imputação, assim como a faculdade de produzir provas sobre o fato imputado, a qual se não exercida resolve-se em ônus. Assim, a ausência de prova da materialidade e de indícios suficientes da autoria deve redundar em um resultado desfavorável à acusação no processo, consistente na não admissão da acusação, por meio da impronúncia.

Logo, o posicionamento da Corte Suprema viola o conceito de ônus probatório aqui proposto, na medida em que atribui à acusação consequência favorável, apesar de não ter-se desincumbido do ônus de provar a materialidade e os indícios suficientes de autoria, constituindo-se em um absurdo lógico-jurídico.

Por fim, a decisão do Supremo viola o princípio da inocência, pois o princípio do *in dubio pro societate* não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, na medida em que, na dúvida, nesse Estado, não se permite a submissão do acusado a júri, pois a sua simples submissão a júri representa um grave perigo de condenação ainda que paire dúvidas, bastando a tanto a eloquência da acusação, já que o sistema que impera na segunda fase do procedimento do júri é o da livre convicção íntima.

Sendo assim, a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*, no momento da prolação da pronúncia, tal como preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 113.156/RJ, representa flagrante violação ao princípio da inocência, na medida em que se resolve a dúvida quanto à matéria fática em favor da acusação, restringe-se a aplicação do princípio por meio de outro que não possui previsão no ordenamento jurídico (*in dubio pro societate*), viola-se o conceito de ônus concebido como consequência desfavorável que deve suportar o omissis no processo e,

por fim, manifesta-se em flagrante descompasso com o Estado Democrático de Direito, pois a simples submissão do acusado a júri já implica em grande possibilidade de condenação, dado o sistema vigente de avaliação da prova, o da livre convicção íntima.

5.5 O princípio da inocência como reitor da interpretação da norma penal

a) Ementa

Constitucional e penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Homicídio consumado triplamente qualificado, homicídio tentado triplamente qualificado e sequestro e cárcere privado. Continuidade delitiva. Inocorrência. Ausência dos elementos objetivos e subjetivo. Controvérsia a respeito das teorias adotadas pelo Código Penal. Prevalência da teoria objetivo-subjetiva. 1. A continuidade delitiva é ficção jurídica derivada de política criminal e se traduz em favor rei na medida em que objetiva à diminuição da pena "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicá-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.", impondo-se acrescentar que tais requisitos são cumulativos, e não alternativos. 2. In casu, o paciente foi condenado a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2º, I, III e IV, 121, § 2º, I, IV e V, c/c o art. 14, II, e 148, na forma do art. 69 (concurso material), tendo requerido nas instâncias precedentes o reconhecimento da continuidade delitiva, por estarem presentes os requisitos objetivos, sustentando, outrossim, a abstração do elemento subjetivo atinente à unidade de desígnio, em razão de o Código Penal ter adotado a teoria objetiva pura, e não a teoria mista, vale dizer, a teoria objetivo-subjetiva. 3. A teoria objetiva (tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) dispensa a unidade de desígnios, considerada pela teoria objetivo-subjetiva para a caracterização da continuidade delitiva, sendo certo que ambas as Turmas desta Corte adotaram a teoria mista em recentes julgamentos: HC 98.681, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 18/04/2011, e RHC 107.761, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 13/09/2011. 4. A dinâmica dos fatos sub examine revela a inexistência de unidade de desígnio, porquanto o paciente, movido por uma discussão a respeito do condomínio do qual era síndico, e com o intento único de matar a 1ª vítima, entrou no apartamento desta e a asfixiou com um cinto. Na sequência, constatando que a empregada presenciara o crime, a levou a outro lugar com a promessa de que a libertaria, quando, na verdade, a manteve em cárcere privado para, em seguida, tentar matá-la com disparos de arma de fogo para que ela não o denunciasse. 5. A diversidade do modus operandi – asfixia mecânica e disparos de arma de fogo -, impede o reconhecimento da continuidade delitiva, por ausência de um dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal (maneira de execução). 6. O reexame do conjunto fático-probatório é vedado em sede de habeas corpus; reexame que se impõe para conclusão diversa da adotada nas instâncias precedentes. 7. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas

“d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está inserido em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 8. Inexistente, no ato impugnado, error in iudicando conducente à concessão, ex officio, da ordem. 9. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita, na linha do novel entendimento da Turma, que rejeita sua utilização como substitutivo de recurso ordinário. (STF, *Habeas Corpus* n. 93.353-0/SP. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky. Maioria. *DJe*, publ. em 12.12.2008. Fonte: www.stf.jus.br).

b) Análise

Provocado a se manifestar, nos autos do *Habeas Corpus* n. 108.221/RJ, sobre a possibilidade de aplicação do art. 71, Código Penal, com o consequente reconhecimento da continuidade delitiva no caso *sub examine*, o Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a existência de três teorias que cuidam da interpretação do dispositivo, quais sejam, teoria objetiva, subjetiva e objetivo-subjetiva, bem como a controvérsia existente quanto à escolha da teoria aplicável, opta e aplica, no caso submetido a julgamento, a teoria objetivo-subjetiva.

No corpo do próprio acórdão, consignam-se as definições de cada uma das teorias. Segundo a definição esposada pela Corte, a teoria objetiva apregoa que para o reconhecimento do crime continuado bastam os requisitos objetivos constantes do art. 71 do Código Penal, ou seja, condições tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, prescindindo, portanto, da análise quanto à existência da unidade de desígnios. Já para a teoria subjetiva, ao reconhecimento da continuidade delitiva, basta a existência da unidade de desígnios, independentemente do atendimento dos requisitos objetivos. Por fim, a teoria objetivo-subjetiva impõe ao acolhimento da continuidade delitiva a coexistência dos requisitos objetivos (condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras semelhantes) e subjetivo (unidade de desígnios).

Pela análise dos requisitos exigidos pelas teorias supramencionadas, constata-se que a teoria objetivo-subjetiva impõe um maior rigor à análise quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva, na medida em que além de suplicar o preenchimento dos requisitos objetivos (condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras semelhantes) exige o atendimento do subjetivo (unidade de desígnios).

Assim, se a interpretação emprestada pela teoria objetivo-subjetiva à norma inserta no art. 71 do Código Penal impõe maiores exigências ao reconhecimento da continuidade delitiva em favor do acusado, deve-se reconhecer que das interpreta-

ções possíveis (pela teoria objetiva e subjetiva) é a mais gravosa ao imputado, sendo que a sua adoção, tal como o fez a Suprema Corte, viola o princípio da inocência sob a faceta nesse ponto discutida.

Isso porque o princípio da inocência, como norma de interpretação da norma penal, que se expressa pelo brocardo *favor rei*, no campo legislativo, impõe ao legislador a elaboração da legislação em conformidade com o princípio, assim como ao intérprete impele a escolha da interpretação mais favorável ao imputado.

Logo, coexistindo duas ou mais interpretações possíveis da norma penal, tal como acontece no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se optar pela interpretação que mais favorece o imputado e não pela que mais desfavorece, tal como o fez a Corte Maior.

Nesse caso, para emprestar ao art. 71 do Código Penal uma interpretação acorde com o princípio da inocência, deveria ter opinado pela interpretação preconizada pela teoria objetiva, já que, segundo sustenta a peça inicial de *habeas corpus*, o paciente teria preenchido todos os requisitos de ordem objetiva, o que atrairia, em tese, o reconhecimento da continuidade delitiva.

Portanto, a opção pela aplicação da teoria objetivo-subjetiva na interpretação do art. 71 do Código Penal, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n. 108.221/RJ, representa violação ao princípio da inocência como norma de interpretação, na medida em que das interpretações possíveis esta é a que outorga tratamento mais desfavorável ao acusado.

6 CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, instaurou-se o Estado Democrático de Direito brasileiro. Junto com esse acontecimento histórico cresceu em importância a democratização do próprio processo e, no que nos interessa mais de perto, do processo penal.

A democratização do processo penal só pode ser viabilizada a partir da consideração do princípio da inocência como anteposição à presunção de culpa, ideia norteadora de todos os sistemas processuais vigentes até a eclosão do movimento iluminista.

Isso porque se a presunção é de culpa, o processo torna-se dispensável, pois se transmuda em mero meio de comprovação da certeza preconcebida pelo julgador e, por conseguinte, dispensáveis também se tornam as cogitações sobre a sua democratização.

Com o rompimento da presunção de culpa ocasionado pela adoção do princípio da inocência como ideia regente do processo penal, o processo ganha importância, pois deixa de ser concebido como meio para viabilizar a comprovação da certeza concebida *a priori* pelo julgador, para ser entendido como metodologia cognitiva, que tem como objetivo a reconstrução dos fatos e a escolha da norma aplicável ao caso.

Nesse ambiente, criam-se as condições para se discutir sobre a democratização do processo, que para efeito deste trabalho só será atingida pela adoção da teoria constitucionalista, que entende que o processo como meio garantidor dos direitos fundamentais.

O processo, sob a perspectiva dessa teoria, garante a participação dos afetados em igualdade de condições por meio do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, assim como, no campo do processo penal, pelo princípio da inocência e pela garantia das liberdades individuais, assegura ao imputado que seja tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Concebe-se o princípio da inocência, no contexto do processo penal democrático, sob cinco facetas, ou seja, como norma de tratamento do imputado; no campo probatório; como reitor da cautelaridade penal; como regra de julgamento; e como norteador da interpretação da lei penal.

Como norma de tratamento do imputado, o princípio da inocência veda a sua equiparação à situação do culpado no curso da persecução penal, assegurando-lhe que da imputação não decorra qualquer restrição à sua esfera de direitos.

Nesse contexto, veda-se a publicidade abusiva, impõe-se a todos, Estado e particulares, o dever de tratar o imputado como inocente e, finalmente, proscree-se a agressão da sua esfera jurídica de direitos, como decorrência pura e simples da imputação, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No campo probatório, entende-se que o princípio da inocência repercute na distribuição do ônus da prova, de modo a atribuí-lo com exclusividade à acusação, visto que, além de militar em favor do imputado a presunção de inocência, à acusação se atribui o poder de postular a imputação, assim como a faculdade de prová-la, faculdade esta que se não exercida se resolve em ônus, redundando em uma consequência desfavorável para acusação, com a consequente absolvição do acusado.

Já como reitor da teoria da cautelaridade, concebe-se o princípio como garantidor da liberdade do imputado, estabelecendo que a regra é a liberdade e a exceção a sua restrição ou privação, o que somente poderá ocorrer nos estritos limites da cautelaridade, o que significa dizer que as medidas cautelares, para manterem essa natureza, devem ser decretadas somente quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, além de ser temporárias e decretadas para resguardar o direito da acusação ao processo.

Como norma de julgamento, o princípio comparece como verdadeira regra de tratamento da dúvida, quando esta emergir dos aspectos fáticos do caso. Nesse sentido, independente de qual for o momento decisório, caso penda dúvida sobre o conteúdo fático da imputação, deve-se aplicar o brocardo *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida decide-se em favor do imputado.

Por fim, o princípio da inocência como norma norteadora da interpretação da lei penal, além de orientar o intérprete na escolha da interpretação mais favorável ao imputado, impõe ao Legislativo o dever de optar pelo enunciado normativo que melhor se adapte aos ditames do princípio.

Assim, o princípio da inocência do Estado Democrático de Direito, para além de propiciar terreno fértil à democratização do processo, pela superação da presunção de culpa, também compõe o processo penal democrático, comparecendo como norma de tratamento do imputado, no campo probatório, como reitor da cautelaridade penal, como regra de julgamento, e como norteador da interpretação da lei penal.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CABRAL NETTO, Joaquim. **Instituições de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CAMARGO, Mônica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco do discurso de Jürgen Habermas. *In*: GALUPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. I e II.

LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória: imposição do ônus da prova para o órgão da acusação**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG / Movimento Editorial, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. *In*: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.). **Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008.

PITOMBO, Sérgio. **Pronúncia e o *in dubio pro societate***. Disponível em: <http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/in_dubio.doc>. Acesso em 19 jul. 2011

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.