

3

A presunção de inocência como princípio informador de um modelo de processo penal garantista e justo

3.1

Liberdade, verdade e igualdade como fontes de legitimação da jurisdição penal

3.1.1

Garantismo processual

O garantismo exige que às garantias penais sejam acrescentadas as correlativas garantias processuais, notadamente aquelas que se expressam através dos princípios da presunção de inocência do acusado até prova em contrário, da separação entre a parte acusatória e o juiz, do ônus da prova pela acusação, e do direito do acusado à defesa.

De fato, as garantias penais e processuais encontram-se estreitamente vinculadas entre si, reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal¹. Assim, as garantias penais de legalidade, retributividade, materialidade, lesividade, culpabilidade, entre outras, são necessárias para garantir juízos não-arbitrários, enquanto as garantias processuais são necessárias para garantir efetividade às primeiras através de um juízo que prime pela imparcialidade e veracidade. Esta correlação converge para uma correspondência entre garantismo penal e garantismo processual, que indica a opção por um modelo de processo penal cognoscitivo em contraposição a um modelo de processo penal decisionista.

O cognoscitismo e o decisionismo em matéria processual-penal correspondem respectivamente aos modelos político-criminais de direito penal mínimo e de direito penal máximo, e conforme será explicado, a distintos modelos de legitimação interna e externa da jurisdição penal.

Como já assinalado no capítulo 2, o modelo de processo penal garantista ou cognoscitivo é informado pelo princípio de jurisdicionariedade (*nulla culpa*

¹ Ibid., p. 538.

sine iudicio), garantia que constitui o pressuposto de todas as demais garantias processuais e que, assim como o princípio de legalidade, pode ser entendido em sentido lato ou em sentido estrito². A jurisdiccionariedade em sentido lato conforma a responsabilidade penal à existência de um processo judicial, de forma que *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*. A jurisdiccionariedade estrita, expressa através da fórmula *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*, tem um significado mais amplo, exigindo a presença de todas as garantias processuais:

“Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o substanciales; conforme al segundo, es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales.”³

Assim, a jurisdiccionariedade em sentido lato compreende as garantias que, em geral, são exigidas por qualquer espécie de juízo, como a independência e imparcialidade do juiz, o juiz natural, entre outras, enquanto a jurisdiccionariedade estrita compreende aquelas garantias processuais que definem especificamente o modelo cognoscitivo do juízo⁴: ônus da prova pela acusação, contraditório, publicidade e motivação dos atos judiciais, ampla defesa etc.

O modelo processual cognoscitivo ou de estrita jurisdiccionariedade orienta-se à busca da verdade processual, uma verdade relativa, empírica e condicionada à observância das garantias penais e processuais, conforme já explicitado no capítulo 2 ao tratar do modelo garantista ferrajoliano como esquema epistemológico de identificação das infrações penais. Como bem sintetiza Ibañez,

“aquí y ahora ya no hay legitimidad posible de la sanción penal si ésta no está asociada a la previa identificación fiel de una acción típica como verdaderamente ejecutada por un determinado sujeto. Y esto sólo es posible si se parte de una intervención del legislador dotada de la necesaria calidad descriptiva en la previsión de las conductas incriminables. Así pues, no sólo legalidad en el sentido de reserva de ley, sino ‘estricta legalidad’, porque la misma aporte esa condición de posibilidad de sua aplicación rigurosa que es dotar al

² Ibid., p. 538.

³ Ibid., p. 538.

⁴ Ibid., p. 540.

correspondiente supuesto de hecho ‘de precisas referencias empíricas y fácticas’.”⁵

Ao contrário, o modelo processual decisionista ou de mera jurisdicionariade persegue uma verdade real ou substancial baseada em valorações apriorísticas da personalidade do imputado e não sujeita a limites ou condições para sua determinação. Neste modelo, o fim de obtenção da verdade real justificam os meios, sejam estes quais forem, enquanto no modelo cognoscitivo, são os meios que justificam ou legitimam o fim⁶. O decisionismo processual caracteriza-se por uma subjetivação das decisões judiciais que tem como efeito

“a perversão do processo, dirigindo-o antes da comprovação de fatos objetivos à análise da interioridade da pessoa julgada; antes da constatação processual sustentada empiricamente a convencimentos incontroláveis do julgador sustentados por signos de ‘verdade material’ ”.⁷

Percebe-se que o modelo garantista, ao contrário do decisionista, prima pela imparcialidade do juiz como forma de se aceder a uma verdade fática e jurídica de qualidade. Significa que o magistrado deverá julgar e atuar, de uma maneira geral, de forma neutra, a partir de conhecimento probatório válido obtido através do processo contraditório e em respeito às suas regras, e também que está obrigado a ser um intérprete crítico da legalidade aplicável ao caso concreto. Essa imparcialidade ou neutralidade do juiz é fundamental para adequar a sua atuação no processo penal ao princípio de presunção de inocência do imputado.

Num Estado democrático de direito, os valores de liberdade e verdade, são as bases de legitimação, tanto externa quanto interna, dos atos jurisdicionais em matéria penal, sendo que sua fonte de legitimação específica⁸ assenta-se na verdade processual.

Assim, a validade ou legitimidade interna, jurídica ou formal dos atos jurisdicionais penais no Brasil não está condicionada apenas à exigência de sua motivação de acordo com o que prescreve o artigo 93, inciso IX da Constituição

⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 63.

⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 541.

⁷ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, p. 16.

⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón* p. 542.

Federal de 1988, mas também à verdade processual fática e jurídica em que deve basear a fundamentação ou motivação de tais decisões. Assim é que

“a diferencia de lo que sucede con las demás normas y actos jurídicos, cuya sola condición de validez es la observancia de las normas superiores, la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está, pues, condicionada también por su verdad procesal en el sentido ya ilustrado de ‘correspondencia aproximativa.’ ”⁹

A legitimação externa, ético-política ou substancial do poder judicial no âmbito penal também se baseia na verdade processual, e não diretamente no princípio de autoridade, mesmo que a autoridade *in casu* seja procedimentalmente democrática e expressão da maioria ou de todos. Nas palavras de Salo de Carvalho,

“(…) a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias (sexuais, raciais, étnicas, etárias, sociais, econômicas *et coetera*)”.¹⁰

Ainda que o juízo penal seja um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*), a sua dimensão cognoscitiva apresenta uma especial relevância:

“(…) el modelo garantista de Ferrajoli introduce un significativo factor de novedad, porque del mismo se sigue un imperativo de cambio radical en la forma de la relación entre los dos polos del par, conocimiento y decisión. Ahora se trata de hacer que prevalezca el primero como condición de legitimidad del segundo. Con lo que la calidad de verdadero del saber judicial sobre el caso deja de darse por supuesta, y se hace pesar sobre el que juzga la carga de la justificación de esa propiedad de su actuación.”¹¹

O princípio de verdade permite preservar a minoria desviada a quem se imputa a prática de crimes, ou mais especificamente os supostos infratores das leis penais, da opressão da maioria não-desviada, determinando a sua absolvição e a tutela em geral de sua liberdade mesmo contra a “vontade geral”. O interesse de prevenção de delitos deve ser satisfeito pela função legislativa de definição em

⁹ Ibid., p. 543.

¹⁰ CARVALHO, Salo, *Pena e garantias*, p. 109.

¹¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, p. 63.

abstrato das infrações penais a fim de proteger a sociedade que, neste caso, é a parte mais débil em face da violência do crime. No entanto, de acordo com a teoria garantista, cabe à função jurisdicional outra espécie de prevenção: a prevenção da violência arbitrária na resposta ao delito, a fim de tutelar também os interesses do imputado que, neste caso, é a parte mais débil em face do poder punitivo. Assim,

en el plano teleológico (...), legalidad y jurisdiccionalidad son complementarias respecto de la función utilitaria de la prevención general propia del derecho penal. Más precisamente, mientras el principio de legalidad asegura la prevención de las lesiones previstas como delitos, el principio de jurisdiccionalidad asegura la prevención de las venganzas y de las penas privadas.¹²

Segundo Perfecto Andrés Ibañez, Ferrajoli parte da premissa de uma irrefreável tendência do poder ao abuso, especialmente patente nas vicissitudes do processo penal, conclusão pessimista que inverte o paradigma de legitimação baseado na bondade intrínseca do poder¹³.

As duas fontes de legitimação da jurisdição penal - verdade do juízo e liberdade do inocente - estão vinculadas no processo penal garantista, ou como descreve Ferrajoli, a verdade é diretamente um valor de liberdade¹⁴. Primeiramente porque graças ao caráter cognoscitivo e não-potestativo do juízo, os direitos de liberdade encontram-se protegidos contra o arbítrio ou abuso de poder. Em segundo lugar, porque a jurisdição baseada no conhecimento, ao ser objetiva e verificável, respeita a dignidade do imputado, e não o julga pelo que ele é, através de valorações subjetivas e apriorísticas acerca da sua personalidade ou de seu modo ou opção de ser e viver, e sim pela verdade do que ele fez, ou seja da conduta cometida em desconformidade com a lei penal.

Assim, em coerência com as duas finalidades preventivas do direito penal, o objetivo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades dos cidadãos através da garantia da verdade frente ao abuso e ao erro¹⁵.

Nas palavras de Geraldo Prado,

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 538.

¹³ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, pp. 61-62.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 546.

¹⁵ *Ibid.*

“A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizam o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento”.¹⁶

Importante sublinhar que não se pode supor ingenuamente que a atividade jurisdicional penal possa ser somente de cognição. A jurisdição sempre se sujeitará, em maior ou em maior medida, à discricionariedade potestativa, apresentando carências de legitimação inevitáveis. Mas, por outro lado, apresenta também outras carências de legitimação, tanto no plano legal quanto no plano judicial, que são evitáveis e remediáveis, e que necessitam ser sanadas: a acentuação do caráter administrativo e preventivo da intervenção penal através da ampliação de medidas de polícia como a prisão provisória, é com certeza uma delas.

3.1.2

Devido processo penal justo

Sob um novo prisma de análise, acrescenta-se que a legitimidade do poder jurisdicional também se assenta no interesse público ao justo processo penal, aquele “no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio”.¹⁷

Significa dizer que a jurisdição penal tem como fonte de legitimação, além da liberdade e da verdade processual, a igualdade: a atividade judiciária estatal será legítima na medida em que busque “superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis para todos”.¹⁸ Neste sentido, o processo não é apenas um instrumento técnico para o cumprimento dos preceitos jurídico-substanciais, “mas sobretudo um instrumento ético de participação política, de

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36.

¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens”.¹⁹ O processo é, ao mesmo tempo, instrumento de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais²⁰.

Portanto, o processo justo é aquele que tem como objetivo uma efetiva superação das desigualdades reais²¹, explicitamente manifestadas no âmbito penal, onde o indivíduo que é processado criminalmente é em geral pessoa pobre, sem instrução e marginalizada socialmente, sem condições de contratar um advogado a fim de obter uma defesa técnica à altura das condições proporcionadas à acusação pelo aparato estatal repressivo. O Estado ocupa uma posição de proeminência na persecução penal, respondendo em regra pelas funções acusatórias e também pela atuação jurisdicional²², ainda que, no sistema acusatório, as funções de acusar e de julgar sejam atribuídas a órgãos distintos. Assim, verifica-se no processo penal uma dupla desigualdade: o suspeito, indiciado ou acusado, além de pertencer geralmente a uma classe social economicamente desfavorecida e marginalizada, encontra-se também sujeito a um modelo de processo penal que muitas vezes favorece a acusação em detrimento da defesa.

O processo penal justo deve atentar para essa dupla desigualdade, e buscar em todo o seu desenrolar a “igualdade de armas” entre a acusação e a defesa, não permitindo qualquer privilégio em favor do representante do poder estatal detentor do ônus da prova sobre o fato delitivo, uma vez que o acusado, até prova em contrário, deve ser tratado como inocente.²³ Conforme será explicado no decorrer do capítulo, o princípio de presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII da Constituição brasileira de 1988, ocupa lugar central no processo penal justo, na medida em que é a partir de sua consolidação como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado durante toda a persecução penal, que a igualdade de armas poderá ser alcançada.

Consoante Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, a igualdade de armas não existe como regra no direito processual penal, e o processo penal não oferece às partes uma igualdade de condições, sendo parte mais fraca sempre a pessoa

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105.

²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 48.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *O processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 08-09.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 47.

envolvida na *persecutio criminis*. A desigualdade das partes no processo penal ocorre especialmente na procura da prova e nas medidas cautelares coativas²⁴. É fundamental ter em vista que, a partir do momento em que uma das partes no processo penal está presa cautelarmente ou pode vir a estar, perde-se de vista qualquer perspectiva de igualdade entre acusação e defesa²⁵:

“As providências cautelares, possíveis de concretização em toda a persecução penal, inviabilizam a isonomia processual. Nem mesmo por ficção se dirá que o acusado, ainda que representado por advogado, ostenta posição jurídica equivalente à do membro do Ministério Público no processo, ou dispõe das mesmas armas para encontrar e expor a sua verdade. A constante possibilidade de prisão processual, ou outra providência constritiva no curso do processo, ameaça qualquer tentativa de equilíbrio real entre as partes da persecução.”²⁶

Assim, um sistema jurídico que contemple a prisão antes da condenação, ainda que, ao seu lado, exista previsão expressa do princípio de presunção de inocência, jamais permitirá que o processo penal alcance uma efetiva e necessária igualdade. Além do tratamento desigual das partes, a realidade mostra explicitamente que o processo penal reflete as desigualdades sociais e econômicas presentes na sociedade. No entanto, a utopia da isonomia no processo penal “deve servir de divisa na busca de uma concepção mais democrática da justiça penal”²⁷, buscando contribuir para uma maior igualdade social pois

“essa é, na verdade, a pedra de toque do Direito Processual Penal: descobrir como alcançar a igualdade, diante de desigualdades políticas e materiais que, a todo tempo, despertam e fustigam a jurisdição penal”²⁸.

O processo justo pode e deve ser buscado através das garantias decorrentes do “devido processo legal”, consagradas também pela Constituição Republicana de 1988. Assim, além do postulado fundamental da presunção de inocência, o devido processo penal pressupõe um efetivo contraditório entre as partes, onde seja assegurado o seu tratamento paritário, perante o juiz natural da causa, e mediante a mais ampla defesa, ou seja, com a concessão de oportunidade de

²⁴ COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v.06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 94.

²⁶ *Ibid.*, pp. 99-100.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 47

²⁸ COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 19.

autodefesa pelo réu e exigência de efetiva participação da defesa técnica. Consoante Ada Pellegrini Grinover, o contraditório é resultado da moderna concepção da relação processual, de onde surge a idéia da *par condicio* ou igualdade de armas:

Entende-se, modernamente, por “par condicio” ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos officios da acusação e da defesa.²⁹

O direito do imputado à mais ampla defesa, que caminha juntamente com o contraditório³⁰, é peça fundamental à paridade de armas no processo penal. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com suas próprias forças e o auxílio de seu advogado. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade, que só deve ser restringida quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria. Por isso, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa –, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.³¹

Além disso, é assegurado ao imputado o direito de permanecer em silêncio durante toda a investigação e ao longo de todo o processo, bem como de não se auto-incriminar, direito este que impede que o acusado ou indiciado seja compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.07.

³⁰ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 159. No mesmo sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 111, para quem o contraditório é o instrumento técnico da ampla defesa e por isso deve estar presente em todo o processo.

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 20-21, para quem a ampla defesa no processo penal abrange o direito do réu de introduzir no processo inclusive provas obtidas ilicitamente, o que, em regra, é inadmissível. Pacelli explica que o princípio da ampla defesa, além da exigência da defesa efetiva, desdobra-se para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, e mesmo aquelas vedadas à acusação. Ainda com relação à admissão das provas ilícitas no processo penal, ver GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, pp. 112-113, onde o autor entende admissível a prova ilícita que levaria a absolvição de um inocente: “tal prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes”.

interesse.³² Por fim, é fundamental ao devido processo legal que os atos processuais sejam públicos e que a decisão judicial consista em convencimento motivado e imparcial do juiz, com base nas provas produzidas e na consideração das razões da acusação e da defesa.

Importante salientar aqui a importância da garantia do acesso à justiça para a promoção do processo justo, garantia esta que também decorre do devido processo legal. No âmbito penal, significa que o Poder Judiciário tem a função primordial de, através da ordem jurídica, conceder aos cidadãos a oportunidade de fazer valer os seus direitos, notadamente o direito de plena defesa.³³ O acesso à justiça no processo penal destaca a necessidade de assistência judiciária técnica materialmente efetiva para todos, o que inclui a assistência jurídica integral e gratuita aos réus economicamente desfavorecidos, prevista na Constituição de 1988, art. 5º, LXXIV, de competência da Defensoria Pública. Além disso, a defesa técnica deverá ser eficaz, através do acompanhamento de todo o processo pelo advogado, inclusive na fase pré-processual.

A defesa pública eficaz é essencial para se buscar uma efetiva igualdade de armas no processo penal, principalmente num país onde as profundas desigualdades sociais e econômicas determinam o caráter seletivo do sistema penal. Apesar de a Constituição brasileira contemplar em toda a sua amplitude o direito de acesso à justiça no rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXV e LXXIV), estabelecendo ainda em seu art. 134 que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”, a realidade dos tribunais e das defensorias públicas no Brasil mostra a ineficácia da prestação da defesa pública, exercida, quando muito, de modo precário.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 18.

³³ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*, p. 117.

3.2

O princípio de presunção de inocência

3.2.1

Considerações introdutórias: a opção política pela presunção de inocência

A opção por um modelo de legitimação da jurisdição penal baseado na liberdade, na verdade processual e na igualdade significa fundamentalmente optar também pela regra de presunção de inocência do imputado como princípio político.

A presunção de inocência é antes de tudo um princípio político porque exprime uma opção garantista a favor da tutela da liberdade dos inocentes, inclusive mediante o custo da possível impunidade de algum culpável³⁴, em consonância com a finalidade processual de tutela preventiva do imputado contra a arbitrariedade da resposta estatal ao delito. Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que

“(…) na leitura da expressão ‘presunção de inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma **presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.**”³⁵

O processo penal possui uma estreita vinculação com a política estatal, de forma que a inclusão em sede constitucional de direitos e garantias processuais relativos ao imputado revela a opção por um modelo jurídico de processo penal e também de política criminal fundamentalmente garantista. A garantia de presunção de inocência ocupa um lugar de destaque nesse modelo de declarada origem liberal, e afirma-se como verdadeiro princípio informador de um processo penal que tem como objetivo maior a tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos, indiciados e acusados, e não a alardeada luta contra a criminalidade, função que verdadeiramente não lhe compete.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar* p. 37, grifo nosso.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou, juntamente com um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio de presunção de inocência, o que representa uma mudança radical na concepção do processo penal, que, do modelo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, justificado na busca pela segurança pública e baseado numa presunção de culpabilidade e de periculosidade do imputado, transforma-se num instrumento de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Assim, como verdadeiro princípio político, a presunção de inocência exige que as disposições do Código de 1941, ainda vigente, sejam adequadas ao novo modelo de processo penal brasileiro.

No estudo da presunção de inocência, há que se considerar as duas dimensões ou os dois significados que o princípio comporta: como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado. Através de uma análise do princípio com base nesse duplo aspecto, é possível verificar-se que a presunção de inocência é uma garantia de liberdade, verdade processual e igualdade.

Enfatizando o seu significado político, Ferrajoli acrescenta que a presunção de inocência é ainda uma garantia de segurança ou de defesa social, mas não no sentido de garantir a segurança pública contra os riscos da criminalidade:

“La presunción de inocencia no és sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa **en la confianza de los ciudadanos en la justicia**; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.”³⁶

3.2.2

Histórico

Ainda que a regra *in dubio pro reo* remonte à Antiguidade, ao direito romano (escritos de Trajano), o princípio de presunção de inocência surgiu bem mais tarde. A origem histórica do princípio encontra-se na reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII.³⁷

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549, grifo nosso.

³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 09.

Na Idade Média, em conformidade com as práticas inquisitivas, vigorava uma presunção de culpabilidade do acusado. Quando as provas referentes ao fato delituoso eram insuficientes, ao invés de presunção de inocência, prevalecia o princípio de presunção de culpabilidade. A mera suspeita ou indícios de culpabilidade equivaliam a semi-provas, que comportavam um juízo de semi-culpabilidade e a semi-condenação a uma pena leve.³⁸ Em outras palavras: no processo penal inquisitivo, em caso de dúvida sobre o fato delitivo e sua autoria, prevalecia o *favor societate* ao invés do *favor rei*. A prisão preventiva era a regra, possuindo expresso caráter retributivo, de forma que o acusado, permanecendo enclausurado durante todo o processo, tinha que provar sua inocência de forma desigual em relação à acusação.³⁹ Além disso, o processo era sigiloso, o que tornava a defesa do acusado ainda mais árdua, pois ele não tinha conhecimento do conteúdo das acusações que lhe eram imputadas e nem das provas apresentadas contra ele, que ainda sofria medidas discriminatórias tomadas de acordo com a sua classe social. O Estado monárquico, que acumulava numa só pessoa as atividades de acusar, defender e julgar⁴⁰, possuía, enfim, livre convencimento na apreciação da prova, não precisando expor as razões de tal convencimento na decisão final. Conclui-se que no processo inquisitório, o princípio de presunção de culpabilidade subjugava o acusado, não o considerando parte e sim mero objeto de investigação.

A evidência histórica mostra que o processo penal inquisitivo, sem contraditório e presunção de inocência, foi fértil em erros e injustiças, e não contribuiu para conter os delitos.⁴¹ Consoante Salo de Carvalho, o saber construído no período da Baixa Idade Média indica ainda a formação de um

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550.

³⁹ COSTA, Breno Melaragno. Princípio constitucional de presunção de inocência. In: *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 342.

⁴⁰ A diferença essencial entre modelo inquisitivo e modelo acusatório reside na separação ou não entre as funções de acusar, defender e julgar, atribuídas no sistema acusatório a três órgãos diferentes (acusador, defensor e juiz), e, no sistema inquisitivo, cumuladas numa só pessoa. Neste sentido: CARVALHO, Salo. Pena e garantias, p. 17; TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal, Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 465; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, pp. 60 e 87-88, in verbis:

“A maior parte da doutrina refere-se como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*)”.

⁴¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción, p. 67.

núcleo mínimo de elaboração paradigmática – o Inquisitorialismo – que informa ou inspira grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos.⁴² Caracterizar o paradigma inquisitorial a partir da análise e reflexão sobre o medievo é importante na medida em que permite verificar uma tendência ao retorno histórico, ou seja, permite “identificar possibilidades concretas de sistemas jurídicos desvirtuados (autoritários).”⁴³

Na Idade Moderna, o princípio de presunção de inocência passa a ser defendido por reformadores como Beccaria e Pufendorf, para quem a pena só pode ser irrogada *post cognitionem delicti*.⁴⁴ Nos dizeres de Antonio Magalhães Gomes Filho,

“o apelo à presunção de inocência assumia, assim, importante valor emblemático no quadro de uma reforma penal e processual-penal que postulava a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto, característico do *ancien régime* por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa.”⁴⁵

A previsão expressa da presunção de inocência dá-se pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo texto *in verbis* foi incluído no cabeçalho da Constituição Francesa de 1791:

*“Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas necessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi.”*⁴⁶

Em 1873, Francesco de Carrara eleva o princípio de presunção de inocência a postulado fundamental da ciência processual e ao patamar de garantia primeira e fundamental, pressuposto de todas as outras garantias do processo.⁴⁷ Segundo o renomado processualista italiano, a presunção de inocência

“(…) no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: ‘protejo a este culpable para que no lo castiguéis más allá de la justa medida, vilolando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida’. Aquí la *ciencia* dice lo contrario, y con frente levantada afirma: ‘protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo

⁴² CARVALHO, Salo. Pena e garantias, p. 06.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 11.

⁴⁶ Ibid., p. 09.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550. No mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 13.

mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos.’⁴⁸

No entanto, desde o final do século XIX, a presunção de inocência passa a sofrer um ataque contínuo, em conformidade com uma involução autoritária da cultura penalista, empreendida, sobretudo, pela Escola Positiva Italiana, representada por processualistas como Raffaele Garofalo, que postulava a prisão provisória obrigatória e geral para os delitos mais graves, e Enrico Ferri, que defendia modelos de justiça sumária. Sobre esta fase, Gomes Filho assevera que

“em contraposição às colocações dos clássicos, os estudiosos ligados ao positivismo criminológico, coerentes em seu propósito de estudar o crime e a punição a partir dos subsídios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais, e preocupados, sobretudo, com a defesa da sociedade contra o crime, negaram à presunção de inocência o valor que lhe emprestaram as colocações puramente jurídicas da Escola Clássica.”⁴⁹

Ainda assim, a mais firme repulsa doutrinária ao princípio de presunção de inocência foi empreendida pelo pensamento jurídico que inspirou o Código de Processo Penal italiano de 1931, mais conhecido como Código Rocco, de ideologia fascista, que por sua vez, inspirou o Código de Processo Penal brasileiro de 1941⁵⁰. Deste pensamento sobressai o ataque de Vincenzo Manzini⁵¹ à presunção de inocência, considerada um absurdo extraído do empirismo francês, e a valorização pelo autor dos institutos da prisão provisória e do segredo sumarial, mediante uma equiparação dos indícios que justificam a imputação à prova da culpabilidade, a partir da conclusão absurda de que a experiência demonstra que a maior parte dos imputados são realmente culpáveis⁵². Ferrajoli salienta que o ataque à presunção de inocência neste período não se dirigia ao postulado de jurisdiccioniedade, no sentido lato da necessidade do juízo como condição da condenação, e sim às suas implicações sobre a liberdade do imputado e sobre a formação das provas. O Código Rocco de fato rechaçou a presunção de inocência, considerando-a uma extravagância derivada dos princípios da Revolução Francesa, um exagero ou excesso decorrente de uma supervalorização das

⁴⁸ Ibid., p. 626.

⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p.14.

⁵⁰ Ibid., p. 17.

⁵¹ Ibid., p. 16.

⁵² Ibid., p. 17.

garantias individuais. Somente em 1948, a presunção de inocência passa a ser contemplada em sede constitucional na Itália.

Consoante Ferrajoli, o rechaço do princípio no século XIX deixou profundas seqüelas no pensamento e na cultura penalista italiana: ainda que reabilitada pela doutrina, a presunção de inocência foi debilitada nos dois significados garantistas que lhe são associados, ou seja, como regra de tratamento do imputado e como regra de júízo⁵³.

Neste sentido a colocação de Ibañez, para quem as seqüelas da involução penal e processual produzem frutos até hoje, e não apenas na Itália:

“Hay, cuando menos, dos tópicos que están profundamente instalados en la cultura judicial heredada. Uno de ellos es que el proceso contadictorio garantiza derechos pero comporta pérdida de eficacia en la persecución de la delincuencia. El otro, estrechamente vinculado a éste, es que el principio de presunción de inocencia implica una cesión de terreno en favor del que delinque, pues, dado que ya tiene frente al Estado la ventaja de haber *salido primero*, no habría por qué concederle ninguna otra. Aunque no suelen formularse de manera tan explícita, se trata de argumentos que laten en muchas reformas procesales y en cierto sentido común sobre la prueba perceptible en no pocas decisiones judiciales.”⁵⁴

Acrescente-se que essas seqüelas também se fizeram e ainda se fazem sentir no Brasil, uma vez que nosso Código de 1941, ainda em vigor, baseou-se na ideologia fascista do Código italiano de 1931⁵⁵, e, somente em 1988, com o advento da Constituição republicana, a legislação brasileira contemplou, pela primeira vez, após um longo período de ditadura militar, o princípio de presunção de inocência, ainda que fazendo referência à “não- culpabilidade”: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CFBR/88).

Apesar da expressão em sentido negativo (“não-culpabilidade”), que levou e ainda leva alguns autores e magistrados a interpretar o princípio de maneira

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 551.

⁵⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, p. 67.

⁵⁵ Vide a respeito a *Exposição de Motivos do Código de processo penal brasileiro (Decreto-lei 3689, de 03-10-1941)*, item II, onde se explicita a necessidade de ajustamento do Código de Processo Penal “ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”, pois as leis vigentes à época asseguravam aos réus conjunto por demais extenso de garantias e “favores”, de forma que “a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”. Assim proclamava a necessidade de urgente abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social” no processo penal.

restritiva⁵⁶, comungamos do entendimento de Gomes Filho para quem tal proclamação “representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”⁵⁷, constituindo, portanto, “mais do que uma dádiva humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito”.⁵⁸

É importante constatar que a presunção de inocência é princípio fundamental de civilidade⁵⁹, que foi incorporado às constituições e leis processuais em momentos de crescimento democrático das nações. Com a Revolução Francesa, a presunção de inocência faz parte de um projeto emancipatório que enaltecia o valor do homem em relação ao poder ilimitado do Estado. Da mesma forma, após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes totalitários (nazismo e fascismo), o princípio de presunção de inocência é incorporado a diplomas internacionais a fim de consolidar a democracia, e pouco a pouco passa a fazer parte dos ordenamentos jurídicos europeus, juntamente com outras garantias fundamentais do Estado democrático de direito.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas proclamou o princípio no art. 11, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a adesão futura do Brasil. Também é contemplado na Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, em Roma, e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 1966.

Mais recentemente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), em seu art. 8º, 2, proclamou “que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, elencando também as garantias mínimas para promover a igualdade durante o processo.

Esta convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil através do Decreto 678, de 06-11-1992, o que implica dizer, em consonância com o art. 5º, §2º da

⁵⁶ Para RAMOS, João Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p.172, “é preciso ver que o *princípio da presunção de inocência* tem um sentido muito próprio, não relacionado diretamente com o *status libertatis* do imputado durante a tramitação do processo penal condenatório. A concepção que o liga diretamente a esse tema é radical e não corresponde à verdade.”

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 01.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

Constituição de 1988⁶⁰, que o Brasil adota o princípio de presunção de inocência como garantia fundamental do processo penal democrático.

No entanto, o que se constata inevitavelmente é que o modelo de processo penal brasileiro atual “balança entre exigências normativas garantistas e práticas autoritárias”⁶¹, ou seja, entre um modelo constitucional garantista e os resquícios do vetusto regime do Código de 1941, que, apesar das muitas alterações legais que sofreu ao longo do tempo, no tratamento da prisão processual ainda se mostra consonante com seus originais objetivos, e é largamente utilizado na prática das delegacias de polícia e dos tribunais brasileiros. Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr,

“O código de processo penal em vigor desde 1942, de clara inspiração fascista, dificilmente se coaduna com os primados constitucionais, quer pela ótica do texto constitucional em sentido estrito, quer pelas normas do Pacto de São José da Costa Rica (...)”.⁶²

3.2.3

A dupla dimensão do princípio de presunção de inocência: como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado

O significado etimológico da palavra “inocência” – do latim “in” (não) mais “nocens”(nocivo) – levaria a idéia errônea de uma presunção de “não-

⁶⁰ Art. 5º, §2º, CF/88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988, parte da doutrina brasileira já considerava a presunção de inocência como um princípio informador do ordenamento jurídico brasileiro, com base em norma de mesmo conteúdo do art. 5, §2º, CF/88, presente nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, e na Emenda n.1 de 1969. Além disso, antes da previsão expressa em texto constitucional, o Brasil já aderira à Declaração de Direitos do Homem de 1948, que incluiu a presunção de inocência entre os direitos fundamentais da pessoa. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar* p. 31. Sobre o artigo 5º, §2º discorre Sarlet: “(...) o conceito materialmente aberto de direito fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 89-90.

⁶¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 03.

⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal brasileiro*. In: www.cejamerica.org, acesso em 30-04-2007.

nocividade” do imputado, baseada numa crença na bondade inata dos homens⁶³. Este é um raciocínio incorreto na medida em que as presunções são normas de “dever-ser” e não normas baseadas na realidade ou na natureza, sendo errôneo afirmar que a presunção de inocência é coerente com o estado de bondade natural do ser humano, e do mesmo modo fora de lugar a crítica baseada na conclusão oposta de que é possível constatar ao final do processo que a maioria dos acusados são de fato culpados dos crimes a eles atribuídos⁶⁴. Logo, a presunção de inocência é uma norma de dever-ser: o indivíduo deve ser considerado inocente durante o processo penal por opção política do legislador. Presume-se juridicamente que o indivíduo a quem se imputa a prática de uma infração penal é, durante a persecução penal, inocente, só podendo passar a ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁶⁵.

A presunção de inocência é requerida pelo princípio de jurisdicionabilidade⁶⁶, que exige, como condição de averiguação e determinação da culpa do imputado, um processo judicial em que a acusação seja submetida à prova e à contestação por parte da defesa. Assim, se a jurisdição penal é a atividade necessária para se obter a prova de que alguém a quem se imputa a prática de um delito, de fato o cometeu, enquanto esta prova não seja produzida mediante um processo penal regular que assegure ao réu a mais ampla defesa, nenhum delito poderá ser considerado cometido e ninguém poderá ser considerado culpado nem submetido à pena⁶⁷. Durante todo o processo e também na fase do inquérito policial, presume-se que o imputado é inocente, pois somente a sentença judicial, após todo o procedimento probatório, estará apta a declarar ou não a sua culpabilidade com base na verdade processual alcançada.

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52: como precursor do Romantismo, Rousseau afirmava, ao contrário de Thomas Hobbes, que o homem é naturalmente bom e virtuoso. Para o filósofo, a bondade e as virtudes inatas ao homem – amizade, generosidade, humanidade – advem da virtude maior da piedade que consiste na “repugnância de ver sofrer seu semelhante”.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 36.

⁶⁵ Em sentido contrário: BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.21, outubro/dezembro de 1994, p. 64: “não se pode presumir alguém inocente exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que ele é seu autor, ou – o que é ainda mais significativo – quando, por força daquela prova e em razão de indícios mais sérios, o réu é posto em custódia preventiva”.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 549.

Assim, no momento da decisão judicial, a presunção de inocência consiste em regra de juízo ou regra para o julgamento, reclamando a absolvição do réu em caso de dúvida sobre a sua culpabilidade ou insuficiência de provas sobre a autoria e materialidade delitivas. Em outras palavras, a presunção de inocência consiste aí num critério pragmático de solução da dúvida no processo penal, corolário da regra *in dubio pro reo*, contribuindo para a certeza e a segurança do direito, ou seja, para a determinação da verdade processual.

Por outro lado, a presunção de inocência como regra de juízo tem incidência não apenas na sentença final, mas predetermina a adoção da verdade processual durante toda a persecução penal, ou seja, tem forte incidência no campo probatório. Como regra de juízo, a presunção de inocência exige que a prova completa da infração penal (fato típico, ilícito e culpável) seja um ônus da parte acusatória, não estando o acusado obrigado a fornecer provas de sua inocência. Assim, o interrogatório do réu deve ser concebido como meio de defesa, onde lhe é garantido o direito ao silêncio sem que isso lhe cause qualquer prejuízo. No mesmo sentido, é exigível que a regra da primeira parte do art. 154 do Código de Processo Penal brasileiro seja lida à luz da garantia constitucional de presunção de inocência⁶⁸: a prova da alegação, de acordo com referida regra, incumbirá a quem a fizer, o que significa, em conformidade com o postulado de presunção de inocência, que compete ao Ministério Público, desde o momento em que oferece a denúncia, provar a autoria de fato típico, ilícito e culpável pelo imputado. Isso significa que, se o réu alegar alguma causa excludente da ilicitude da conduta – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito – ainda assim, compete ao órgão acusador provar que tal causa não existe; trata-se de prova positiva que afasta a excludente⁶⁹.

Quando Ferrajoli afirma que a presunção de inocência é requerida pelo princípio de jurisdicionariedade, deve-se entender que tal princípio, no seu sentido estrito, é inerente ao que denominamos “devido processo legal” (CF/88, art. 5º, LIV).

⁶⁸ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.184.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 185.

Consoante Aury Lopes Jr., o princípio de jurisdiccionariedade evocado por Ferrajoli – *nulla poena sine iudicio* – está previsto no art. 5º, LXI, CF/88: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”. Acrescente-se que tal disposição legal cuida da jurisdiccionariedade em sentido lato. Por sua vez, a jurisdiccionariedade estrita – *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione* – exige um processo que pressuponha o ônus da prova pela acusação, um efetivo contraditório entre as partes (onde seja buscada a paridade de armas entre a acusação e a defesa), o direito à ampla defesa pelo réu (incluindo o direito ao defensor e à assistência jurídica gratuita de qualidade aos necessitados), a decisão judicial imparcial e fundamentada na verdade processual, a presunção de inocência do imputado até a sentença condenatória definitiva, enfim, todas as garantias inerentes ao devido processo penal.

A presunção de inocência é, portanto, uma garantia estreitamente vinculada ao devido processo legal; em verdade, são princípios que se complementam, de maneira que o art. 5º, LVII deverá ser interpretado conjuntamente com os demais direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988, notadamente aqueles decorrentes do devido processo⁷⁰.

Conclui-se que o princípio de presunção de inocência como regra de juízo deve ser compreendido no âmbito de um regime de garantias de transcendência imediatamente epistemológica, cujos elementos estruturais básicos são constitucionalmente erigidos à categoria de direitos fundamentais de natureza processual: ônus *probandi* pela acusação, contraditório, ampla defesa, decisão judicial imparcial e motivada. Só quando tais direitos ou garantias são respeitados efetivamente no processo penal, pode-se então afirmar que os pressupostos jurídicos e cognoscitivos do juízo justo e da legitimidade da decisão judicial foram satisfeitos⁷¹.

No entanto, o princípio de presunção de inocência não se limita à disciplina probatória durante o processo e à regra *in dubio pro reo* na decisão judicial final; ele parte do devido processo legal para irradiar-se por todo o

⁷⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 46.

⁷¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, pp. 70-71.

sistema do processo penal como regra de tratamento do imputado⁷². A presunção de inocência como regra de tratamento exige que, antes da condenação, ou seja, durante todo o processo e também da fase pré-processual, o imputado não sofra qualquer equiparação ao culpado.

Antônio Magalhães Gomes Filho entende que o texto de 1988, ao dispor que “ninguém será considerado culpado...”, refere-se a uma condição de “não-culpabilidade” do imputado, diferentemente da expressão “presunção de inocência”, que diz mais respeito à regra de orientação do juiz no momento da decisão. Para o processualista, através dessa diferença sutil, é possível concluir que o art. 5º, LVII da Constituição brasileira privilegiou a temática do tratamento ou *status* jurídico do acusado durante todo o processo, de forma que ele não poderá ser equiparado ao culpado até a sentença definitiva. A regra constitucional tem como premissa o respeito à dignidade do imputado e impõe uma norma de comportamento em face dos suspeitos, indiciados e acusados, de forma que são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação⁷³.

Para Aury Lopes Jr, o princípio de presunção de inocência como regra de tratamento do imputado obriga o juiz a manter mais do que uma postura negativa em relação ao mesmo (não o considerando culpado). A postura do juiz em face da presunção de inocência deve ser positiva, no sentido de tratá-lo efetivamente como inocente, o que pressupõe a sua imparcialidade, ou seja, não agir de forma alguma como parte acusatória.⁷⁴ Significa portanto que, ao recair a intervenção do

⁷² FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n.41, janeiro-março de 2003, pp.130-131 e 149. Para o autor, o princípio de presunção de inocência deve servir de norte para toda a produção legislativa e para a atuação do operador do sistema penal, não sendo “admissível, por se tratar de reducionismo incompatível com a idéia de princípio, ser ele tido como mera regra de distribuição dos ônus e da análise da prova”.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, pp. 42-43. Em posição contrária, RAMOS, João Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 125-126: o autor entende que o princípio de presunção de inocência, em seu sentido correto, diz respeito apenas à regra de distribuição dos ônus processuais e à atividade decisória do juiz, que deve absolver em caso de dúvida, aplicando-se o princípio a todas as medidas de urgência privativas da liberdade do imputado. “A presunção de inocência não tem, senão subsidiariamente, ligação com o *status libertatis* do imputado durante o processo penal condenatório”.

⁷⁴ Neste sentido KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, 2003, n. 11, parecer, p. 166, que assevera que até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciamento condenatório, a situação jurídica do réu, durante todo o processo, é a de inocente.

processo penal sobre o inocente, seus direitos não podem ser restringidos durante o processo e nem mesmo durante a fase do inquérito policial⁷⁵.

A presunção de inocência como regra de tratamento pressupõe a igualdade de armas entre acusação e defesa através de um efetivo processo penal contraditório⁷⁶, onde seja assegurado ao imputado o direito de contra-prova e contestação em pé de igualdade com o ônus da acusação de provar a autoria e a materialidade delitiva, ou seja, “indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo ‘justo’”⁷⁷.

Depreende-se que a publicidade abusiva dos atos jurisdicionais por parte da imprensa, com estigmatização do imputado, ofende a presunção de inocência. A mídia de uma maneira geral exhibe o acusado e também o mero suspeito a uma execração pública capaz de produzir maiores prejuízos que o próprio processo penal. Tratam-se de verdadeiras “campanhas demonizadoras”, que elegem os suspeitos e acusados como bodes expiatórios, e, ao mesmo tempo, consagram como heróis aqueles que são exibidos como seus implacáveis algozes⁷⁸.

Neste aspecto, é fundamental uma harmonização do princípio de presunção de inocência e do princípio da inviolabilidade do direito à intimidade (art. 5º, X, CF/88) com os princípios que asseguram a liberdade de informação e a publicidade dos atos judiciais, também contemplados na Carta Magna. A divulgação jornalística sobre o desenrolar da atividade processual deverá respeitar o princípio de presunção de inocência de forma a não conferir aos fatos a qualidade de definitividade antes da sentença final, e a publicidade dos atos processuais não poderá desrespeitar a condição ou *status* conferido ao imputado pelo art. 5º, LVII, sujeitando-o a escândalos e ofendendo sua dignidade.

Em sentido contrário: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45: “Pode-se até dizer, como o faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede, assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado.”

⁷⁵ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p.183.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 37.

⁷⁸ KARAM, Maria Lúcia. O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim)*, n. 107, out./2001, p. 03.

Consoante Enrique Bacigalupo, o “julgamento” pela mídia de indivíduos processados criminalmente tornou-se um problema de preocupação internacional,

“a partir do momento em que se comprovou a enorme capacidade dos meios de comunicação para formar opinião a respeito de fatos submetidos ao juízo de um tribunal e a debilidade, de fato, dos instrumentos de que dispõem os tribunais para estabelecer na sociedade uma verdade jurídica aceitável como definitiva, sobretudo quando sua decisão não coincide com a dos meios de comunicação.”⁷⁹

Em virtude disso, a Comissão Européia de Direitos Humanos tem tomado posição em casos de violentas campanhas da imprensa contra acusados, manifestando entendimento de que tais manifestações da mídia podem ferir o direito ao devido processo, e decidindo que o direito à liberdade de informação deve limitar-se a informações objetivas sobre o desenrolar do processo, de forma a evitar que antecipem uma condenação⁸⁰. A partir dessas considerações, tem-se sustentado que é possível deduzir, a partir do princípio de presunção de inocência, a existência de “um dever do Estado de custodiar a imprensa mediante medidas positivas, para que esta mantenha suas informações sobre processos pendentes dentro do marco da objetividade”⁸¹. Nesse sentido, entende-se que a presunção de inocência deve ser um direito do imputado não somente face ao Estado, mas também face a outros cidadãos ou empresas que dispõem de meios capazes de estigmatizá-lo de maneira análoga à que o Estado pode lograr com a imposição da pena.

O tratamento respeitoso do acusado também deve-se dar nas práticas cotidianas dos tribunais, o que importa numa revisão de atitudes e tradições vetustas, como o interrogatório do réu de pé, o lugar de inferioridade do réu em face do poder punitivo na sala do tribunal do Júri, e o uso de algemas, que deverá ocorrer só em caso de estrita necessidade.

Importante ressaltar também a necessidade de se assegurar a isonomia no tratamento do imputado como inocente durante todo o processo penal, independentemente do crime que é lhe imputado:

“Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana

⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal, p. 290.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid., p. 291.

exige. (...) Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente.”⁸²

Mas, sem dúvida, a principal implicação do princípio de presunção de inocência como regra de tratamento, é a que recai sobre a problemática da prisão provisória. Nesse aspecto, é corrente o entendimento de que toda antecipação da punição ou medida que importe em reconhecimento da culpabilidade no decorrer do processo viola o princípio de presunção de inocência. No entanto, a prisão provisória ofende o princípio constitucional sob muitos outros aspectos, inclusive como regra de juízo, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

⁸² SUANNES, Aduino. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232, apud LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.183.