

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

JULIANO RAFAEL BOGO

Itajaí-SC

2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

JULIANO RAFAEL BOGO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí-SC

2015

AGRADECIMENTOS

À família, por tudo que representa em minha vida e por me incentivar e apoiar em mais um desafio acadêmico e profissional.

Ao Professor Doutor Paulo Marcio Cruz e a todos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo apoio institucional.

À equipe de trabalho do Fórum, pela parceria no dia a dia.

Aos Professores, aos membros da banca e, especialmente, ao Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, Orientador deste trabalho, por todos os ensinamentos.

Ao amigo Bruno, pelo incentivo a ingressar no curso de mestrado e pelas sugestões durante o trabalho de pesquisa.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu filho, Rafael.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, 20 de novembro de 2015.

Juliano Rafael Bogo

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal de 1941
CPC	Código de Processo Civil de 1973

ROL DE CATEGORIAS

Constitucionalismo contemporâneo: Fenômeno que se observa na Europa, pós-Segunda Guerra mundial, caracterizado pelo advento de Constituições rígidas, dotadas de força normativa, perfil democrático, mecanismos de controle de constitucionalidade, forte carga axiológica e expressivo rol direitos fundamentais, verificado, mais tarde, também em outras partes do globo, como no Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988¹.

Estado Democrático de Direito: Forma de organização política da sociedade que reúne as conquistas Estado Liberal de Direito, as promessas do Estado Social de Direito, e traz, de forma inovadora, o compromisso com a transformação da realidade, consoante diretrizes deontológicas estabelecidas na Constituição. Caracteriza-se pela organização democrática da sociedade, pela existência de um sistema de direitos fundamentais, pela ordenação, divisão e limitação do poder, pelo compromisso com a legalidade, com a igualdade (formal e material), com a justiça social e por ter na Constituição o instrumento básico de garantia jurídica².

Direitos fundamentais: Direitos concernentes às pessoas, individual ou coletivamente consideradas, expressamente positivados (escritos) na Constituição, implícitos nela ou decorrentes do regime e princípios por ela adotados. Em sentido material, são direitos que encerram decisão fundamental sobre as estruturas do Estado e da sociedade, expressando ideais supremos de liberdade, igualdade e solidariedade. Em sentido formal, são direitos que, independentemente do seu conteúdo, por opção do legislador constitucional foram dotados de fundamentalidade (formal)³.

Princípios constitucionais do processo penal: Conjunto de mandamentos nucleares que formam o alicerce do processo penal, integrantes de uma tradição jurídicas, a grande maioria expressos na Constituição da República por normas de

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

direitos fundamentais.

Processo penal: Instrumento jurídico, regido por um conjunto de regras e princípios, destinado à manifestação do poder-dever de punir do Estado, podendo resultar na imposição de uma pena, por meio do qual são garantidos os direitos fundamentais do indivíduo processado⁴.

Presunção de inocência: princípio jurídico-político de defesa da liberdade e limitador do poder punitivo estatal, oriundo do ideário iluminista, reconhecido pela Constituição da República de 1988 como direito fundamental do imputado, apresentando-se como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo⁵.

Carga probatória: Necessidade de prevenir um prejuízo processual e, em última análise, neutralizar as perspectivas de uma sentença desfavorável, mediante a realização de determinado ato de prova no processo penal⁶.

⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Tradução de Leandro Farina. Leme: Forum, 2006.

SUMÁRIO

RESUMO	11
RESUMEN	12
INTRODUÇÃO	13
1 POR UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	15
1.1 CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
1.3 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	31
1.4 INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.....	34
1.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	36
2 ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DIFERENCIADA DO PROCESSO PENAL	49
2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENALIS.....	49
2.2 ROMPENDO COM A TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	58
2.3 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA.....	64
2.4 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO.....	71
3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CARGA PROBATÓRIA	75
3.1 BREVE RESGATE HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	76
3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	85
3.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	106

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa direito e jurisdição. Tem por objetivo investigar o princípio constitucional da presunção de inocência e sua relação com a carga probatória no processo penal brasileiro. Para isso, o estudo aborda temas como Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais, princípios constitucionais do processo penal, sistemas processuais penais, natureza jurídica do processo, história e conteúdo da presunção de inocência, bem como sua atuação como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo. Na investigação, no tratamento dos dados recolhidos e no presente relatório de pesquisa foi utilizado o método dedutivo. Fez-se uso das técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa conclui-se que o compromisso com um processo penal democrático, condizente com o Estado Democrático de Direito, pressupõe a compreensão da presunção de inocência como núcleo fundante do sistema probatório, do que resulta ser a carga probatória toda e sempre da acusação.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Presunção de Inocência. Carga Probatória.

RESUMEN

La presente Disertación pertenece a la línea de investigación de Derecho y Jurisdicción. Tiene por objetivo investigar el principio constitucional de la presunción de inocencia y su relación con la carga probatoria en el proceso penal brasileño. Para ello el estudio aborda temas tales como Estado Democrático de Derecho, Derechos Fundamentales, Principios Constitucionales del Proceso Penal, Sistemas Procesales Penales, Naturaleza Jurídica del Proceso Penal, Historia y Contenido de la Presunción de Inocencia, así como su actuación como norma de tratamiento, norma probatoria y norma de juicio. En la investigación, en el tratamiento de los datos recogidos y en el presente informe de la investigación fue utilizado el método deductivo. Se hizo uso de las técnicas del referente, de la categoría, del concepto operacional y de la investigación bibliográfica. En el final de la investigación se concluye que el compromiso con un proceso penal democrático, acorde con el Estado Democrático de Derecho, presupone el entendimiento de la presunción de inocencia como núcleo fundante del sistema probatorio, por lo que resulta ser la carga probatoria toda y siempre de la acusación.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho. Derechos Fundamentales. Presunción de Inocencia. Carga Probatoria.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é investigar o princípio constitucional da presunção de inocência e sua relação com a carga probatória no processo penal brasileiro. Especificamente, busca-se analisar quem tem o encargo de produzir a prova no processo penal. A pesquisa envolve noções sobre Constituição, Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais, presunção de inocência e aportes teóricos para uma leitura constitucional do processo penal. A problemática insere-se, basicamente, em duas disciplinas jurídicas: direito constitucional e direito processual penal.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) No Estado Democrático de Direito, em decorrência da supremacia e da força normativa da Constituição, bem como da primazia dos direitos fundamentais, impõe-se um processo penal também democrático.

b) A inarredável leitura constitucional do processo penal demanda o rompimento com a teoria geral do processo e a busca por elementos e categorias próprios.

c) A presunção de inocência forma o núcleo fundante do sistema probatório no processo penal. Por isso, a carga probatória, no processo penal, recai exclusivamente sobre a acusação.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos nesta Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Inicia-se, no Capítulo 1, com a análise do constitucionalismo contemporâneo, a partir do qual nasce o Estado Democrático de Direito. Em seguida, estudam-se os direitos fundamentais, os quais formam a base do Estado Democrático de Direito e representam o substrato da democracia substancial. Após abordagem dos princípios da interpretação constitucional, apresentam-se

considerações sobre a instrumentalidade constitucional do processo penal. Termina-se o capítulo com um estudo dos princípios constitucionais do processo penal.

O Capítulo 2 trata de elementos para uma leitura diferenciada do processo penal, passando pela análise dos sistemas processuais penais e pela crítica à teoria geral do processo, encerrando com sucinta abordagem do processo penal como situação jurídica (Goldschmidt) e como procedimento em contraditório (Fazzalari).

No Capítulo 3, realiza-se um breve resgate histórico acerca da presunção de inocência. Em seguida, analisa-se a presunção de inocência no direito constitucional e processual penal brasileiro. Conclui-se o capítulo investigando a relação entre presunção de inocência e carga probatória, e sobre quem esta deve recair em um processo penal democrático.

O presente relatório de pesquisa encerra-se com as considerações finais, nas quais são condensados os pontos conclusivos sobre o tema pesquisado.

O método utilizado nas fases de investigação, tratamento dos dados e relatório de pesquisa foi o dedutivo.

Foram utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Nesta Dissertação as categorias principais e seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, mas há menção também no próprio texto. As citações diretas em língua estrangeira aparecem no texto com sua redação original, seguidas de tradução livre em nota de rodapé. As citações indiretas de obras em língua estrangeira são apresentadas no texto e nota de rodapé em idioma nacional, por meio de tradução livre.

CAPÍTULO 1

POR UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Neste primeiro capítulo faz-se uma breve análise do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Democrático de Direito. Evidencia-se a importância dos direitos fundamentais na estruturação do Estado Democrático de Direito e na concretização de seus fins. Mencionam-se os princípios que informam a interpretação constitucional. Na sequência, defende-se a instrumentalidade constitucional do processo penal. Encerra-se o capítulo com uma análise dos princípios constitucionais do processo penal.

1.1 CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após o término da Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX desenvolve-se um constitucionalismo que altera substancialmente a noção de Constituição e Democracia, firmando as bases para o surgimento do Estado Democrático de Direito⁷.

Na Europa, o marco desse novo constitucionalismo foram as Constituições da Itália (1947) e da Alemanha (1949). Seguiram no mesmo rumo as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978)⁸. No Brasil, a Constituição de 1988 representa o acolhimento dos postulados desse novo constitucionalismo, promovendo a redemocratização do país após um longo período autoritário.

Falar desse constitucionalismo não significa afirmar a existência de um fenômeno universal, com idênticas raízes e características. Conforme observa Canotilho, “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”⁹. O que se pode identificar, de comum, na base desse constitucionalismo contemporâneo, experimentado por países europeus e, mais tarde, pelo Brasil, é:

⁷ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 107.

⁸ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

[...] um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional –, como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente¹⁰.

O novo paradigma constitucional que se afirma na segunda metade do século XX vem reformular a noção de legalidade, submetendo a lei a parâmetros de validade de acordo com regras e princípios situados num plano superior, isto é, na Constituição. Dotada de rigidez, essa Constituição torna-se imune a modificações por simples leis ordinárias¹¹. Estabelece-se, desse modo, a superioridade normativa da Constituição no ordenamento jurídico. A Constituição passa a prever vários direitos fundamentais, que estabelecem limites e vínculos ao poder estatal. Além disso, reconhece-se a força normativa da Constituição, capaz de “imprimir ordem e conformação à realidade política e social”¹². Ou seja, compreende-se que a Constituição estabelece um dever ser. Embora “não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”¹³.

Streck e Oliveira registram:

[...] a partir do segundo pós-guerra, ocorre uma revolução no plano do direito a partir de uma difusão generalizada – em países da Europa continental, que posteriormente se expandirá também para a América Latina – da concepção de constituição normativa e dirigente que passa a albergar, no seu texto, direitos fundamentais que garantem o selo democrático do Estado de Direito. Trata-se de uma blindagem contra regimes de exceção que, mantendo aparentemente a estrutura formal-burocrática do Estado de Direito, impuseram um regime de terror perante sua própria população¹⁴.

¹⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. p. 23.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p. 19.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais**

Segundo Ferrajoli, o perfil garantista dessas novas Constituições decorre, fundamentalmente, de sua rigidez, que imprime características diferenciadas às normas constitucionais. Estas somente podem ser modificadas por procedimentos agravados, sujeitos a requisitos mais rigorosos do que aqueles necessários à alteração da legislação infraconstitucional. Isso coloca as normas constitucionais num patamar privilegiado, hierarquicamente superior às demais leis. Como consequência, passa-se a exercer o controle de constitucionalidade das normas inferiores, de modo a avaliar sua conformidade (formal e material) com as normas constitucionais¹⁵. Destarte, para que uma norma seja válida, em um ordenamento dotado de Constituição rígida, não basta que tenha sido elaborada de acordo com as regras formais de produção legislativa. É necessário que seu conteúdo respeite as normas previstas na Constituição, estabelecendo-se, assim, o paradigma da legalidade substancial e não apenas formal¹⁶.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, cai por terra a visão de que ela seria um documento de natureza unicamente política. A Constituição é formada um conjunto de normas imperativas, que estabelecem um dever ser cuja observância é obrigatória, sob pena de utilização de mecanismos jurídicos aptos a garantir seu cumprimento forçado. Por isso, os Juízes são investidos do poder jurisdicional de analisar possíveis violações às normas constitucionais e assegurar que estas sejam observadas e efetivadas¹⁷. O Poder Judiciário, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade, passa a desempenhar papel fundamental para garantir a supremacia e a força normativa da Constituição.

A rigidez constitucional, a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a uma nova hermenêutica podem ser apontados como os traços marcantes do constitucionalismo da segunda metade do século XX.

penais?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 85.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 53.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 296-300.

A partir desse novo modelo constitucional é que se desenvolve o Estado Democrático de Direito, trazendo na bagagem as conquistas do Estado Liberal de Direito, as promessas do Estado Social de Direito, e fincando, de forma inovadora, o compromisso com um ideal transformador, oriundo das diretrizes deontológicas estabelecidas na Constituição.

O Estado Democrático de Direito surge com significado mais amplo e complexo do que o superado Estado de Direito, trazendo a ideia de que as ações praticadas pelo Estado devem ser legitimadas não apenas pela lei, e sim, com um grau de juridicidade superior, pela Constituição¹⁸.

Na observação de Abreu:

A configuração do Estado Democrático de Direito [...] não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformador do *status quo* [...]. Aqui o democrático qualifica o Estado e não o direito, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, por isso mesmo, também sobre a ordem jurídica. O direito, nesse viés, imanta-se por esses valores, enriquece-se do sentimento popular e ajusta-se ao interesse coletivo¹⁹.

Os princípios do Estado Democrático de Direito são, na síntese de Streck e Bolzan de Moraes:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação

¹⁸ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Recurso eletrônico. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 71. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Free_fcccf12-1b65-40f1-9bd9-701ff571a09a.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

¹⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 126-136.

de uma sociedade justa; F – Divisão de Poderes ou de Funções; G – Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e Certeza Jurídicas²⁰.

O selo democrático não resulta da mera existência de normas e procedimentos para a tomada de decisões, de acordo com a vontade da maioria. No Estado Democrático de Direito a noção tradicional de democracia, meramente formal, deve ser revista, acrescentando-se uma dimensão substancial²¹.

Segundo Ferrajoli, tradicionalmente entende-se por democracia o método para formação de decisões públicas, isto é, o conjunto de regras que atribui ao povo, ou a sua maioria, o poder, direito ou indireto (por meio de representantes), de tomar referidas decisões. Essa é a concepção formal ou procedimental de democracia, identificada por formas e procedimentos que permitem e garantem que as decisões políticas sejam expressão, direta ou indireta, da vontade popular, independentemente de seu conteúdo. Nessa perspectiva, por exemplo, uma decisão que venha a retirar direitos de minorias, desde que tenha seguido o procedimento, pode ser considerada democrática²².

Como bem observa o jurista italiano, numa acepção meramente formal a democracia sequer tem condições de subsistir, haja vista a possibilidade de, por meio de procedimentos formalmente democráticos, ter sua base destruída. Em outras palavras, numa democracia compreendida apenas em sentido formal, é possível, por decisão da maioria, eliminar os direitos políticos, a separação de poderes e todo o sistema de regras e princípios no qual ela se fundamenta²³.

A visão formal de democracia (poder baseado na vontade popular) é insuficiente e inadequada às atuais democracias constitucionais. O constitucionalismo contemporâneo introduziu, além das regras procedimentais para

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 99-100.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. p. 10.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. p. 11.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. p. 12-21.

o exercício do poder, limites e vínculos materiais (ou substanciais), ditados pelos direitos fundamentais. Portanto, ao contrário da concepção tradicional, que vê na democracia o exercício do poder pelo povo, sem limites, no Estado Democrático de Direito todo o poder está sujeito à lei e, em especial, às normas de direitos fundamentais previstas na Constituição²⁴.

Nas palavras de Ferrajoli:

Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de al mayorías son normas formales em orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales²⁵.

Com efeito, os direitos fundamentais, que formam a base do Estado Democrático de Direito, estabelecem limites e vínculos, impondo aos poderes estatais proibições (obrigações negativas), em respeito aos direitos de liberdade, e prestações (obrigações positivas), para realização dos direitos sociais. Os direitos fundamentais circunscrevem a esfera do decidível e do não decidível, inclusive contra a vontade da maioria²⁶. Dessa forma, os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia.

Acerca da íntima ligação entre direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito, anota Streck:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. p. 12-21.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 36.: “Resulta assim desmentida a concepção corrente da democracia como sistema político fundado em uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e sobre o princípio das maiorias são normas formais que estabelecem o que é decidível pela maioria, os direitos fundamentais circunscrevem o que se pode chamar de esfera do indecível: do não decidível, isto é, das proibições determinadas pelos direitos de liberdade, e do não decidível decorrente das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais” (tradução livre).

²⁶ FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 35-36.

Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais²⁷.

Portanto, a concepção formal de democracia é insuficiente. A democracia possui uma dimensão substancial, revelada por uma série de limites e vínculos materiais previstos na Constituição, precipuamente aqueles estabelecidos pelos direitos fundamentais. Desse modo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais formam o alicerce sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito e a base da democracia substancial²⁸.

Embora não seja possível apresentar um conceito universal de Constituição, em decorrência das diferentes realidades histórico-políticas de cada nação, é pertinente mencionar as noções trazidas por Canotilho e Barroso, com as quais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁹ se identifica.

Nas palavras de Canotilho:

Por constituição [...] entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental [...].³⁰

Assim, a Constituição destina-se, essencialmente, a ordenar, regular, fundamentar e limitar o exercício do poder político, bem como assegurar os direitos

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.39.

²⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito**. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 30.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

fundamentais³¹.

Para Barroso, a Constituição, no Estado Democrático de Direito, exerce duas funções. A primeira consiste em compor consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, imunizando as minorias contra maiorias políticas ocasionais. Esses consensos, embora possam variar de país para país, restam consubstanciados na instituição de direitos fundamentais, na separação e organização dos Poderes e na fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. A segunda finalidade da Constituição é assegurar o pleno e adequado funcionamento do regime democrático, garantindo o pluralismo político e a participação popular³².

Observa, ainda, o renomado jurista que “constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo”³³. Nada obstante as diversidades de cada modelo constitucional, pode-se afirmar, em termos gerais, que o papel da Constituição consiste em:

a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos³⁴.

Se a noção de Estado Democrático de Direito é indissociável dos direitos fundamentais, afigura-se necessário discorrer brevemente sobre estes. É o que se faz no item seguinte.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao tratar do tema, Canotilho faz uma distinção entre direitos do homem e

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 54.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 114.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 115.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 115.

direitos fundamentais. Os primeiros são aqueles direitos válidos para todos os povos, qualquer que seja o tempo e local. São direitos inerentes à natureza humana e, por isso, universais e intemporais (perspectiva jusnaturalista). Os segundos são direitos do homem jurídica e institucionalmente assegurados em determinado tempo e lugar. Isto é, são direitos positivados e vigentes numa ordem jurídica concreta (perspectiva jurídico-positiva)³⁵.

De acordo com Canotilho, os direitos fundamentais surgem a partir da positivação dos chamados direitos “naturais” e “inalienáveis” (perspectiva jusnaturalista), mediante um processo de constitucionalização e fundamentalização. Trata-se de uma positivação especial, por intermédio da Constituição. Esses direitos são colocados “no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais”³⁶. São introjetados na Constituição “[...] em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”³⁷. O efeito principal disso é a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos e normas possivelmente conflitantes com esses direitos fundamentais. A fundamentalização consiste em atribuir a esses direitos um *status* superior de norma jurídica, seja pela posição hierárquica privilegiada que ocupam no ordenamento jurídico (fundamentalidade formal), seja pela relevância de seu conteúdo (fundamentalidade material)³⁸.

Sarlet faz uma distinção entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Considera os primeiros direitos naturais herdados da tradição jusnaturalista, ainda não positivados. Entende por direitos humanos aqueles positivados no âmbito internacional (tratados e convenções). Por fim, considera direitos fundamentais aqueles assim reconhecidos pelo direito constitucional de determinado Estado³⁹. Essa diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais tem como referencial o lugar da positivação: em documentos internacionais estão os direitos humanos; em uma constituição, delimitada no tempo

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 377.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 378.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 378-379.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 30.

e no espaço, encontram-se os direitos fundamentais⁴⁰.

Feitas essas distinções terminológicas, Sarlet assim define os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)⁴¹.

Ambos autores vinculam os direitos fundamentais a uma perspectiva jurídico-constitucional, aqui também adotada, por corresponder às premissas e aos objetivos deste trabalho⁴². Nesse rumo, direitos fundamentais são direitos concernentes às pessoas, individual ou coletivamente consideradas, expressamente positivados (escritos) na Constituição, implícitos nela ou decorrentes do regime e princípios por ela adotados. Em sentido material, são direitos que encerram decisão fundamental sobre estruturas do Estado e da sociedade, expressando ideais supremos de liberdade, igualdade e solidariedade. Em sentido formal, são direitos que, independentemente do seu conteúdo, por opção do legislador constitucional foram dotados de fundamentalidade em sentido formal.

A fundamentalidade, que é característica dos direitos fundamentais,

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 31.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 77.

⁴² Nada obstante, merece registro, pela enorme contribuição de sua obra, a lição de Luigi Ferrajoli, que propõe um conceito formal (ou estrutural) de direitos fundamentais. Trata-se de uma definição teórica (teoria geral do direito) e não dogmática, na medida em que não está atrelada a um ordenamento jurídico específico, embora pressuponha a posituação. Para o jurista italiano, são direitos fundamentais todos os direitos subjetivos atribuídos universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa com capacidade de agir. Por direito subjetivo, entenda-se qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão a direito), assegurada ao sujeito por uma norma jurídica. Assim, “[...] qualquer que seja o ordenamento jurídico que se tome em consideração, a partir dele são direitos fundamentais – conforme o caso, humanos, públicos, civis e políticos – todos e somente aqueles que resultam atribuídos universalmente aos sujeitos determinados pela identidade de sujeitos, cidadãos ou capazes de agir” (tradução livre) (FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 23).

possui acepção formal e material. Em sentido formal, a fundamentalidade está ligada ao regime jurídico-constitucional a que pertencem os direitos fundamentais. Por possuírem assento constitucional, os direitos fundamentais figuram em posição hierárquica superior no ordenamento, tendo um *status* diferenciado em comparação aos demais direitos assegurados pela ordem jurídica.

A respeito, Alexy registra:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário⁴³.

Sarlet, tratando da formalidade em sentido formal, assinala:

(a) como parte da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, § 1º, da CF) [...]⁴⁴.

A fundamentalidade material, por sua vez, diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais. Para Alexy, “direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”⁴⁵. No mesmo sentido, afirma Canotilho que “o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”⁴⁶. Complementando, Sarlet observa que deve ser considerada tanto a proeminência do bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental, considerada em si

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 279.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 522.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 379.

mesma, como a relevância decorrente das opções do legislador constituinte⁴⁷.

Os direitos fundamentais nascem de um processo gradual, cumulativo e expansivo de reconhecimento e positivação. Conforme assevera Bobbio, são direitos históricos, nascidos, lentamente, da luta contra a opressão e velhos poderes, em defesa de novas liberdades. Não surgiram “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴⁸. Nessa ótica, a doutrina costuma classificá-los em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão (ou geração)⁴⁹.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos no contexto do liberalismo do século XVIII, exercem papel de limitação do poder estatal. São direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Delimitam “uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”⁵⁰. Por isso, afirma-se que são direitos de cunho negativo. Estão neste catálogo, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, os direitos civis e políticos, os direitos e garantias processuais como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência e *habeas corpus*⁵¹.

Em um cenário de conflitos sociais e econômicos, miséria e exclusão social, decorrentes dos processos de industrialização e má distribuição da riqueza, com um Estado liberal incapaz de promover a igualdade substancial, nascem os direitos fundamentais de segunda dimensão. São direitos de âmbito positivo, que estabelecem deveres ao Estado, na forma de ações prestacionais, com a finalidade de promover o bem estar social. Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão garantem a liberdade do indivíduo perante o Estado, os direitos fundamentais de segunda dimensão asseguram essa liberdade por intermédio do

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 280.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. 5. tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25

⁴⁹ É preferível o termo “dimensão”. A palavra geração passa a ideia de que novos direitos fundamentais teriam surgido para suceder aos anteriores. Contudo, verifica-se um processo cumulativo de reconhecimento e expansão dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 45).

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 272.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 46-47.

poder estatal⁵². Enquadram-se nessa categoria os direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao emprego, à cultura, entre outros.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são conhecidos como direitos de fraternidade e solidariedade. São direitos essencialmente transindividuais, de titularidade difusa ou coletiva, destinados à proteção de grupos humanos. Incluem-se neste rol o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente equilibrado e à comunicação⁵³.

Canotilho aponta quatro funções básicas dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico: função de defesa (ou de liberdade); função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação⁵⁴. A primeira função é desempenhada pelos chamados direitos de liberdade ou de garantia, cujo escopo é proteger a pessoa e sua dignidade dos atos do poder estatal. Nesse aspecto, os direitos fundamentais impõem proibições aos poderes públicos, obstando a ingerência sobre a esfera jurídica individual, garantindo a liberdade positiva (exercício de um direito) e negativa (abstenção de agir por parte do poder público para não haver lesão a um direito). Mas os direitos fundamentais também estabelecem ao Estado um agir positivo, isto é, um dever de atuar por meio de prestações de natureza social (segunda função). São dessa categoria os direitos fundamentais que asseguram a saúde, a segurança, a educação, entre outros. Há, também, direitos fundamentais que atribuem ao Estado o dever de adotar medidas tendentes a proteger o indivíduo contra possíveis perturbações e lesões oriundas de atos de particulares. São direitos fundamentais que exercem a função de proteção perante terceiros (terceira função). Por fim, os direitos fundamentais desempenham uma função de não discriminação. Por força do princípio da igualdade e dos diversos direitos fundamentais que o consagram, o Estado deve tratar as pessoas de forma igualitária, sem discriminações (quarta função).

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 47.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 274.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 407-410.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos numa dupla perspectiva (ou dimensão): subjetiva e objetiva. Na dimensão subjetiva, tem-se que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”⁵⁵. Sob esse enfoque está toda e qualquer posição jurídica que permite exigir do Estado ou de outrem uma abstenção de agir ou uma atuação positiva, para realização de um direito fundamental. Surge daí uma relação trilateral entre o titular do direito fundamental, o destinatário (Estado ou particular) e o objeto⁵⁶.

Mas os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva, haja vista que seu conteúdo valorativo e deontológico transcende a perspectiva subjetiva, espalhando-se sobre toda a ordem jurídica. Com efeito, os direitos fundamentais, componentes das estruturas basilares da ordem jurídica, formam um conjunto de regras e princípios que se projetam por todo o ordenamento, vinculando a atuação dos poderes públicos. Nas palavras de Hesse, “os direitos fundamentais contêm bases da ordem estatal-jurídica [...]. Como princípios da estatalidade jurídica, eles são vinculativos para todos os poderes estatais [...]”⁵⁷.

Sobre o tema, assinala Rufino do Vale:

As normas que consagram direitos fundamentais não são apenas constitutivas de direitos subjetivos. Os direitos fundamentais não podem ser concebidos unicamente como direitos subjetivos, destinados à proteção de situações individuais, ou como liberdades, poderes, competências, cujo significado maior encontra-se na delimitação de uma esfera de imunidade individual face ao Estado. O direito subjetivo fundamental, como posição primordial, não explica todas as consequências que resultam da expressão jurídica de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica das normas que os contemplam. As normas de direitos fundamentais, para serem entendidas por completo, devem ser consideradas em sua dupla dimensão: como constitutivas de direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, como expressão de valores objetivos da ordem constitucional. Em outros termos, os direitos fundamentais possuem, além de uma dimensão subjetiva, que os faz direitos voltados para o indivíduo, uma dimensão

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 305.

⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1254.

⁵⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 241.

objetiva, transformando-os também em valores ou fins a serem perseguidos por toda a sociedade⁵⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁹ dedica o seu título segundo aos direitos e garantias fundamentais. Nele encontram-se discriminados, de forma expressa, vários direitos fundamentais⁶⁰. Entretanto, os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil (art. 5º, § 2º, da CRFB⁶¹). Dessa forma, considera-se que a Constituição apresenta um catálogo materialmente aberto de direitos fundamentais.

Além dos direitos fundamentais que são elencados no título segundo da Constituição da República⁶², existem: direitos fundamentais implícitos (não escritos), que emergem subentendidos das regras e princípios constitucionais; direitos fundamentais previstos em outras partes do texto constitucional, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CRFB⁶³); direitos fundamentais previstos em tratados internacionais⁶⁴.

⁵⁸ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repisando a distinção entre regras, princípios e valores**. p. 242.

⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶⁰ Não se fará neste trabalho distinção entre direitos (disposições declaratórias) e garantias (disposições assecuratórias desses direitos). Em que pese a relevância dessa distinção (FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 45-52), e nada obstante a opção do legislador constituinte brasileiro (que utilizou as expressões direitos e garantias), é forçoso reconhecer que toda garantia também confere ao titular um direito subjetivo de utilizá-la em face do Estado ou de terceiro. Ademais, consoante observa Sarlet, a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos constituem direitos-garantia, que além da função instrumental, afiguram-se como autênticos direitos subjetivos (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 179-180). Portanto, dentro das limitações do objeto desta pesquisa, utiliza-se unicamente a denominação direitos fundamentais, abrangendo os direitos (em sentido estrito), as garantias e os direitos-garantia.

⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 84-91.

Nesse rumo, Sarlet propõe a classificação dos direitos fundamentais em dois grandes grupos. No primeiro, estão os direitos expressamente positivados (escritos). Estes subdividem-se em: a) direitos previstos no rol de direitos fundamentais (título segundo da CRFB⁶⁵); b) direitos espalhados no restante do texto constitucional; c) direitos que constam de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. No segundo grupo estão os direitos fundamentais não escritos, ou seja, sem previsão expressa. Podem ser subdivididos em: a) direitos implícitos, subentendidos nas normas de direitos fundamentais; b) direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República⁶⁶.

Em síntese, nas palavras de Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias [...] certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo⁶⁷.

Essas breves considerações sobre os direitos fundamentais permitem evidenciar sua íntima e indissociável ligação com a noção de Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, juntamente com as normas que definem a forma de Estado, o sistema de governo e a organização dos poderes, compõem o núcleo da Constituição material e a base do Estado de Direito⁶⁸. Além disso, os direitos fundamentais aparecem, ao mesmo tempo, como pressuposto do regime democrático e instrumento garantidor da democracia substancial. Por isso, tem-se que os direitos fundamentais formam a base do Estado Democrático de Direito.

⁶⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 87.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 61.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 58.

1.3 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Compreendida a importância da Constituição e dos direitos fundamentais, é apropriado mencionar os princípios que devem orientar a interpretação constitucional. Esses princípios servem de guia ao intérprete, para garantir que as disposições constitucionais, sobretudo aquelas que asseguram direitos fundamentais, exerçam o papel que lhes cabe na conformação do Estado Democrático de Direito.

Os princípios da força normativa e da supremacia da Constituição são a tônica do constitucionalismo contemporâneo. Conforme assinala Barroso, “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”⁶⁹. O princípio da supremacia da Constituição é o ponto de partida para a compreensão do ordenamento jurídico nas atuais democracias constitucionais.

Esse princípio é uma decorrência da rigidez constitucional, a qual confere à Constituição uma especial proteção contra alterações de seu conteúdo, exigindo, para isso, um procedimento diferenciado, sujeito a requisitos mais complexos do que aqueles requeridos para a modificação da legislação infraconstitucional. Assim, a Constituição deve ser vista como a lei fundamental do país, dotada de força normativa e preponderância em relação às demais leis existentes no ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, anota Barroso:

[...] a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição⁷⁰.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p. 168.

A Constituição regula o modo de produção e o conteúdo das leis⁷¹. Portanto, uma lei só é válida se estiver formal e materialmente de acordo com a Constituição. Verificado algum vício formal no processo legislativo, ou constatado que o conteúdo da lei contraria disposição constitucional, é cabível seu afastamento ou invalidação, via controle de constitucionalidade, incidental ou concentrado.

O princípio da supremacia da Constituição impõe ao intérprete o encargo de fazer uma filtragem das disposições legais em geral, promovendo o expurgo das normas inconstitucionais ou realizando interpretação em conformidade com os mandamentos constitucionais. Destarte, tanto as normas vigentes antes da Constituição, não recepcionadas por esta, quanto as leis promulgadas após sua vigência, incompatíveis com ela, devem passar pelo filtro constitucional.

As normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, sem considerar as demais regras e princípios previstos na Constituição. Deve-se enxergar na Constituição um sistema integrado de normas, que devem conviver harmoniosamente. O princípio da unidade da Constituição obriga o intérprete a considerá-la em sua globalidade⁷². Como não há hierarquia entre as disposições constitucionais, eventual confronto entre elas deve ser objeto de harmonização, no caso concreto, fazendo-se a ponderação entre os bens jurídicos protegidos em rota de colisão, de modo a evitar o sacrifício total de um deles (princípio da concordância prática ou da harmonização)⁷³.

Pelo princípio da máxima efetividade, deve-se priorizar a interpretação que dê maior concretude às disposições constitucionais. Isto é, “o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição”⁷⁴. De acordo com Sarlet, considera-se vigência a situação decorrente da existência da norma no plano jurídico. Vigente é a norma juridicamente existente. Entretanto, vigência não se confunde com eficácia, a qual possui duas conotações, uma jurídica e outra social. A eficácia jurídica consiste na aptidão (possibilidade) de uma norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e produzir efeitos

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p. 372.

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1223.

⁷³ FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 136.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p. 375.

jurídicos. Já a eficácia social diz respeito à aplicação da norma em determinado caso concreto e aos efeitos relacionados a essa decisão. Por outras palavras, a eficácia social está relacionada ao desempenho da norma no mundo da vida, quer dizer, sua efetividade⁷⁵. É com essa efetividade (eficácia social) das normas constitucionais, em maior grau possível, que o intérprete da Constituição deve estar comprometido.

Há uma presunção, *iuris tantum*, de constitucionalidade das leis, cujo afastamento deve se dar, via controle difuso ou concentrado, apenas quando houver certeza acerca da inconstitucionalidade. Ou seja, não sendo evidente a inconstitucionalidade ou havendo dúvida a esse respeito, o órgão judicial deve se abster de invalidar ou afastar a norma infraconstitucional. Ademais, conforme o caso, deve-se adotar a interpretação cabível para compatibilizar a norma com a Constituição.

Colhe-se da ensinância de Barroso:

O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento⁷⁶.

Relacionado aos princípios da presunção de constitucionalidade e da supremacia constitucional, está o princípio da interpretação conforme a Constituição. Sendo possível extrair da norma uma interpretação conflitante com a Constituição e outra compatível com ela, deve prevalecer a segunda. Conforme registra Canotilho, “no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”⁷⁷.

Referidos princípios são de enorme importância na leitura constitucional do processo penal. O Código de Processo Penal⁷⁸ precisa ser revisitado. Suas

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p.167-172.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p. 373.

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1226.

⁷⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

disposições precisam passar pela filtragem constitucional, sob a regência dos princípios da supremacia da Constituição, da máxima efetividade das normas constitucionais e da interpretação conforme a Constituição.

1.4 INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Décadas já se passaram sob a égide do Estado Democrático de Direito, fundado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷⁹, mas ainda há resistência em pensar, interpretar e aplicar o processo penal à luz das regras e princípios constitucionais. Muitas vezes se vislumbra na lei ordinária a única fonte hermenêutica, desconsiderando-se por completo a Constituição. Isto é, a “Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro”⁸⁰, sobretudo no processo penal. Vê-se a Constituição transformada em um “território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito”⁸¹. Assim, “a luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal”⁸².

Como bem observa Castanho de Carvalho, o Código de Processo Penal⁸³ surgiu em pleno Estado Novo, trazendo, no seu texto, as influências políticas de um Estado autoritário. Hoje a realidade é outra. A Constituição não é aquela de 1937. Não se está sob o influxo de um golpe de Estado. Vive-se num Estado Democrático de Direito. Ocorre que, apesar das reformas realizadas, o Código de Processo Penal permanece marcado por suas fontes autoritárias, incompatíveis com a atual ordem

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. p. 18.

⁸² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32.

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

constitucional⁸⁴.

A propósito, afirma Castanho de Carvalho:

[...] muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política. Urge, pois, que se faça uma reforma radical do Código de Processo Penal brasileiro, de forma que aquela diretriz constitucional se imponha plenamente. As reformas parciais que têm sido feitas não superam o descompasso, na medida em que disposições legais, produzidas de acordo com uma concepção superada, não convivem adequadamente com novas disposições, orientadas por outros princípios⁸⁵.

Ignorando e gigantesca mudança paradigmática, muitos ainda insistem na limitada visão do processo penal como instrumento a serviço do poder punitivo do Estado. Ignora-se que o processo penal possui uma instrumentalidade constitucional.

Com efeito, existindo o monopólio estatal da justiça criminal, é certo que a pena só pode ser aplicada pelo Estado. E para aplicação de uma pena é necessário existir um processo, pressuposto indeclinável no atual estágio das sociedades. Logo, o processo penal funciona como “instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo”⁸⁶ do Estado.

Entretanto, isso não autoriza concluir, de forma simplista, que o processo penal se reduz a mero instrumento a serviço do poder punitivo estatal. O processo penal opera como instrumento garantidor das regras do jogo, de modo que o poder-dever de punir seja exercido em conformidade com os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República. O processo penal funciona como instrumento limitador do poder estatal e escudo de proteção para o sujeito processado, para que sejam respeitados seus direitos fundamentais.

Sobre o tema, assevera Lopes Jr.:

⁸⁴ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

⁸⁵ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 34-35.

⁸⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 69.

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que (*sic*) somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)⁸⁷.

Em outras palavras, embora o poder-dever de punir não possa ser exercido sem o processo penal, a função deste vai muito além de viabilizar aquela pretensão punitiva. O processo penal atua como instrumento de proteção do acusado, por meio de um conjunto de direitos fundamentais que asseguram o devido processo legal. Evidente, portanto, sua instrumentalidade constitucional⁸⁸. Devem ser assegurados, por intermédio do processo penal, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, os quais formam a essência do Estado Democrático de Direito.

A visão do processo penal para além de um caminho necessário à imposição de uma pena, ou seja, como instrumento de proteção do indivíduo processado, mediante garantia de seus direitos fundamentais, não deve ser confundida, por óbvio, com apologia à impunidade, como fazem os incautos. Defender a Constituição da República e os direitos fundamentais nela previstos não representa qualquer enfraquecimento do poder estatal de punir os infratores. Trata-se, apenas, de reconhecer e respeitar os espaços de limitação do poder estatal, para que sejam observadas as regras do jogo, garantindo-se um processo penal democrático.

Enfim, conforme adverte Lopes Jr., a uma Constituição democrática como a brasileira “necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”⁸⁹.

1.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

⁸⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 72.

⁸⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 88.

⁸⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 70.

No decorrer deste capítulo vem se buscando traçar o caminho para um processo penal democrático. Nesse rumo, a Constituição da República deve ser o guia do intérprete e operador do direito. Em outras palavras, há que se fazer uma leitura constitucional do processo penal. Para isso, é necessário considerar os princípios constitucionais do processo penal.

A doutrina não apresenta um rol uniforme e taxativo desses princípios. Por essa razão, optou-se por uma síntese, extraída de obras que seguem a perspectiva constitucional defendida neste trabalho. Serão analisados os seguintes princípios: juiz natural, independente e imparcial; contraditório; ampla defesa; presunção de inocência; direito ao silêncio e não autoincriminação; inadmissibilidade das provas ilícitas; motivação das decisões e devido processo legal.

Princípios são os mandamentos nucleares do sistema jurídico⁹⁰. São "as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos"⁹¹. Em outras palavras, "princípios são ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas"⁹². Integrantes de uma tradição jurídica, muitos princípios encontram-se positivados, isto é, traduzidos em normas integrantes do ordenamento jurídico⁹³.

Os princípios constitucionais do processo penal são, portanto, o conjunto de postulados que formam o núcleo, o alicerce de toda a legislação processual penal. Todos os princípios que serão analisados a seguir estão previstos na Constituição de República, em normas de direitos fundamentais⁹⁴.

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. p. 157.

⁹² CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 36.

⁹³ Aqui não se trata da distinção entre regras e princípios proposta por Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 85). Mencionam-se os princípios enquanto postulados basilares e elementos de uma tradição jurídica que, ao serem positivados, isto é, materializados em normas jurídicas, podem assumir a natureza de regra ou princípio.

⁹⁴ Nesse sentido: CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 41; MARINONI, Luiz Guilherme;

O art. 5º, LIII, da CRFB⁹⁵, dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. E o art. 5º, XXXVII, da CRFB⁹⁶ afasta qualquer juízo ou tribunal de exceção. Esses dispositivos expressam o princípio do juiz natural. O julgamento por determinado crime deve se dar por órgão previamente constituído e pela autoridade judiciária competente, de acordo com a Constituição da República e com a lei processual. Assim, garante-se a independência do julgador e a imparcialidade do julgamento, vedando-se a designação discricionária de um magistrado para julgar determinada causa (tribunais ou juízes *ad hoc*). Esse princípio garante a qualquer pessoa a certeza de qual juiz ou tribunal fará seu julgamento na hipótese de cometer um crime.

Lopes Jr. aponta três significados para o princípio do juiz natural:

a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato; c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja⁹⁷.

De modo semelhante, Ferrajoli anota que a garantia do juiz natural significa “a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais”⁹⁸.

Além disso, a Constituição da República concede aos magistrados garantias e lhes prescreve vedações (art. 95 da CRFB⁹⁹), com a finalidade de

MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 699-766. Registre-se, mais uma vez, que se optou por não fazer a distinção entre direitos e garantias, pelas razões já explicitadas.

⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 176.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 453.

⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

assegurar um julgamento por um juiz independente e imparcial.

A independência funcional dos juízes pode ser vista de um ponto de vista externo e interno. A independência externa é aquela própria do Poder Judiciário, o qual não se sujeita a pressões políticas ou interferências de outros poderes, devendo observância tão-somente à lei. Já a independência interna diz respeito à liberdade dos juízes para julgar de acordo com sua análise e interpretação da lei, sem qualquer tipo de determinação hierárquica, não afastada, obviamente, a possibilidade da decisão ser revista por um tribunal superior¹⁰⁰.

A imparcialidade está ligada à isenção necessária para conduzir o processo e nele proferir decisão, sem pré-juízos ou atuação tendenciosa. Trata-se de um “componente essencial da atividade jurisdicional”¹⁰¹. Daí a existência, na legislação processual, de filtros e mecanismos impeditivos prévios ou de imediata exclusão para evitar o julgamento por um juiz imparcial.

De acordo com Giacomolli, imparcialidade significa, numa dimensão subjetiva:

[...] a inexistência de prejuízos (“pré-juízos”), de preconceitos inautênticos ou indevidamente adquiridos que possam viciar o julgamento, traduzindo-se na inexistência de uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal, ou sobre os sujeitos e partes envolvidos, um tomar partido antecipado sobre determinado problema criminal, ou um aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido¹⁰².

Numa perspectiva objetiva a imparcialidade está relacionada à postura do magistrado ou tribunal, que não pode, com seus pronunciamentos e atuação no processo, dar sinais de comprometimento de sua isenção, mesmo que subjetivamente não tenha uma tendência a ser parcial.

Portanto, emerge das normas constitucionais a necessidade de se ter, no processo penal, um juiz natural, independente e imparcial.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 38-39.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 248.

¹⁰² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 249-250.

O princípio do contraditório pode ser entendido, basicamente, “como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental”¹⁰³. Na lição de Miranda Coutinho, esse princípio reflete “[...] um dever ser que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial”¹⁰⁴.

O contraditório (art. 5º, LV, da CRFB¹⁰⁵) está na essência do processo, significando o direito ao confronto formalmente regrado entre as partes (acusação e defesa), de uma forma dialética e dinâmica. Compreende o direito de conhecer toda e qualquer alegação de uma parte e a oportunidade de contraditá-la, “na mesma intensidade e extensão”¹⁰⁶, garantindo-se, assim, a paridade de armas.

Badaró anota que atualmente o contraditório é visto não como a mera possibilidade de participação das partes no desenrolar do procedimento, mas como o direito de participar de forma efetiva e paritária. Ou seja, “deve haver real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e a plenitude do contraditório”¹⁰⁷.

Para isso, é essencial a atuação efetiva do juiz nesse debate, não desempenhando funções típicas da acusação e defesa, mas “respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões [...], evitando atuações de ofício e as surpresas”¹⁰⁸.

O contraditório contribui sobremaneira para a tomada da decisão, na medida em que os argumentos e opiniões contrapostas da acusação e defesa, expostos de forma dialética durante o trâmite processual, ampliam os horizontes e o conhecimento do juiz acerca dos fatos relevantes ao julgamento, reduzindo a

¹⁰³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 241.

¹⁰⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, p. 187, 1998.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁰⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.

¹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 51.

¹⁰⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 241.

possibilidade de erro¹⁰⁹.

O princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB¹¹⁰) é inerente ao direito de ação. Se o Estado, detentor do poder de punir, viabiliza o exercício do direito de ação contra o suposto infrator, deve assegurar o direito de defesa do acusado. Portanto, ação e defesa são elementos obrigatórios de uma mesma atividade, os quais devem coexistir de forma simétrica¹¹¹.

A ampla defesa se desenvolve por meio da defesa técnica e da autodefesa. A defesa técnica consiste na atuação de profissional habilitado (advogado ou defensor público), com conhecimento jurídico e capacidade postulatória, cujo escopo é assegurar a paridade de armas com a acusação¹¹². Essa defesa técnica deve ser efetiva e não meramente formal. Isto é, não basta que o réu seja defendido por um defensor regularmente habilitado. É preciso que o defensor realize os atos de defesa de forma tempestiva, coerente e consistente, por meio de petições, requerimentos de provas e participação de forma eficiente nos atos processuais, buscando salvaguardar na maior extensão possível os direitos do acusado. A defesa técnica é indeclinável, cabendo ao juiz velar pela sua presença em todos os atos processuais. Em cada ato processual, o acusado tem o direito de, previamente, entrevistar-se com seu defensor.

A autodefesa, por sua vez, é exercida pelo próprio acusado, o qual pode trazer informações, argumentos e requerimentos ao órgão julgador, ou optar pelo seu direito ao silêncio¹¹³. A autodefesa inclui o direito de presença, o direito de audiência, o direito de postular pessoalmente¹¹⁴ (réu pode recorrer de próprio punho, impetrar pessoalmente *habeas corpus*), o direito a intérprete, quando necessário, e o direito à última palavra (interrogatório ao final, após a produção das provas).

Para Pacelli, em decorrência da amplitude do direito de defesa,

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 52.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 53-54.

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 54.

¹¹³ Mais adiante será abordado o direito ao silêncio.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 54.

reconhecida pela Constituição da República, o acusado pode fazer uso de quaisquer modalidades de provas previstas no ordenamento jurídico, até mesmo daquelas vedadas à acusação (provas ilícitas), quando necessárias à demonstração da inocência¹¹⁵.

Em que pese a distinção teórica feita entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, frequentemente, no caso concreto, não resta clara essa separação. Um mesmo ato processual pode ser exteriorização de ambos princípios. Quer dizer, “o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível”¹¹⁶. Na prática, os princípios do contraditório e da ampla defesa possuem uma forte conexão e se complementam¹¹⁷.

O art. 5º, LVII, da CRFB¹¹⁸ estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nele está abrigado o princípio da presunção de inocência (estado de inocência, presunção de não culpabilidade).

Na lição de Ferrajoli, “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”¹¹⁹. É um princípio que protege a liberdade, impondo limites ao poder punitivo estatal. Trata-se, aliás, de um pressuposto lógico da atividade jurisdicional e do processo. Se para punir é necessário um processo penal, a condenação somente pode ser decretada se houver comprovação da hipótese acusatória.

Sobre a presunção de inocência, assinala Machado:

Desse princípio decorrem pelo menos duas consequências práticas imediatas: (a) o ônus de provar a responsabilidade criminal do réu fica

¹¹⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. p. 46. Também acerca da admissibilidade da prova ilícita, em favor do réu: LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 597.

¹¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 242.

¹¹⁷ Por esse motivo é que vários doutrinadores acabam tratando desses dois princípios em uma abordagem conjunta, embora tenham conteúdo diferente.

¹¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 506.

todo ele a cargo da acusação; (b) o acusado não é obrigado a colaborar com essa prova. Além disso, por força do princípio da inocência presumida, deve-se evitar qualquer espécie de rigor processual que se mostre desnecessário em relação ao acusado cuja culpa ainda não fora declarada por sentença condenatória definitiva. Isto significa que o réu, no curso do processo, deve merecer o mesmo tratamento que se dispensa a qualquer cidadão livre. Ou seja, o réu não deve ser preso antes da decisão final, exceto em caráter excepcional e absoluta necessidade, nem deve ser submetido a constrangimento processual desnecessário¹²⁰.

No terceiro capítulo, a análise desse princípio será retomada, com maior profundidade.

O princípio do direito ao silêncio encontra assento no art. 5º, LXIII, da CRFB¹²¹. Consiste no direito do acusado de não fazer qualquer declaração e de se manifestar apenas em relação àquilo que não lhe prejudica ou que lhe traz algum benefício. Ele está contido no princípio, mais abrangente, *nemo tenetur se detegere*, que significa o direito de não produzir provas contra si mesmo e, também, de não colaborar para a produção de provas que possam resultar em incriminação ou prejuízo à defesa¹²². Embora não haja, no texto constitucional, previsão expressa do *nemo tenetur se detegere*, ele é decorrência lógica do princípio da presunção de inocência.

Anota Pacelli que o direito ao silêncio permite que o indiciado ou acusado silencie durante toda a investigação ou instrução processual. Por outro lado, o direito à não autoincriminação impede que ele seja compelido a participar da produção de provas contrárias ao seu interesse¹²³.

Acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*, registra Lopes Jr.:

[...] o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais

¹²⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 166.

¹²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹²² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 207.

¹²³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. p. 41.

(exame de sangue, DNA, escrita etc) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência¹²⁴.

Do estado de inocência decorre a opção do réu de como exercer sua autodefesa: de forma positiva, respondendo perguntas, trazendo informações e fornecendo elementos para a produção de uma prova; ou de forma negativa, optando pelo direito de ficar em silêncio e não colaborar com a realização de qualquer prova. Optando pela autodefesa negativa o réu apenas exerce direitos reconhecidos constitucionalmente, postura que deve ser respeitada pelo Estado. Em suma, o princípio do direito ao silêncio e não autoincriminação preserva “o estado de inocência, a dignidade sobre o corpo, a expectativa de privacidade, a incolumidade física e a disposição de ser deixado em paz”¹²⁵.

O art. 5º, LVI, da CRFB¹²⁶ abriga o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Esse princípio visa assegurar outros direitos fundamentais, tais como a liberdade, a intimidade, o sigilo de dados, a inviolabilidade do domicílio, entre outros, evitando atuações arbitrárias do Estado na investigação dos fatos e obtenção de provas do cometimento de um delito. Num Estado Democrático de Direito não se tolera a justiça a qualquer preço, que fere direitos fundamentais. Daí porque as provas ilegais não podem ser aceitas para amparar uma condenação.

Há distinção entre provas ilegítimas e ilícitas, espécies do gênero provas ilegais¹²⁷. A prova ilegítima é aquela produzida com violação a uma norma processual, tal qual a exibição e leitura, em plenário do júri, de documento que não foi previamente juntado ao processo, na forma do art. 479 do CPP¹²⁸. Denomina-se de prova ilícita aquela obtida com a violação de uma norma de direito material,

¹²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 639.

¹²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 211.

¹²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹²⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 593.

¹²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

prevista na Constituição ou na lei, como, por exemplo, uma interceptação telefônica ilegal.

Também são consideradas ilegais as provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas que foram contaminadas por outras provas colhidas por meios ilegais. Na lição de Giacomolli:

É o denominado efeito expansivo da ilicitude ou prova reflexa. A prova é aparentemente lícita, mas derivou de uma ilicitude (efeito expansivo). Os frutos são aparentemente sadios, mas a árvore está contaminada (*the fruits of the poisonous tree*). [...] A demonstração oriunda de uma prova proibida não pode ser admitida nem valorada, pois não teria sentido vedar o uso direto da ilicitude e tolerar o seu aproveitamento indireto¹²⁹.

Cabe registrar que boa parte da doutrina entende admissível o uso da prova ilícita em benefício do réu. Argumenta-se que se trata de uma garantia do indivíduo contra o Estado e que, por esse motivo, não pode haver vedação do uso de uma prova ilícita quando o propósito for comprovar a inocência do acusado¹³⁰.

O art. 93, IX, da CRFB¹³¹ prescreve que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Aí reside o princípio da motivação, essencial a um processo penal democrático. A decisão ou sentença penal é capaz de impor restrições a direitos fundamentais do acusado, atingir seu patrimônio, determinar a privação de sua liberdade, mudar seu *status* de inocente para culpado, de livre para encarcerado. Haja vista que os direitos fundamentais ocupam posição de destaque no Estado Democrático de Direito, a decisão ou sentença que os atinge deve ter uma fundamentação racional. É essa fundamentação que garante a legitimidade do ato judicial e protege o indivíduo contra o abuso, o arbítrio e a discricionariedade do

¹²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 180.

¹³⁰ Nesse sentido, apelas a título exemplificativo: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 185; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 597. Com outra fundamentação, mas admitindo o uso da prova ilícita em favor do réu: PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. p. 376. Registre-se que Pacelli também defende, com base no princípio da proporcionalidade e na ponderação entre direitos fundamentais, a admissibilidade, em situações excepcionais, da prova ilícita em favor acusação. Discorda-se, porém, desse entendimento, preferindo-se o posicionamento de Giacomolli e Lopes Jr, para quem a inadmissibilidade das provas ilícitas é absoluta para a acusação.

¹³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Estado.

Fundamentar não é simplesmente motivar. O motivo é a causa, condição ou circunstância de uma escolha. A fundamentação é a explicação racional, clara, coerente e suficiente dos motivos de fato e de direito que justificam a decisão tomada. Portanto, a decisão processual penal é fundamentada “quando dela se pode inferir uma justificativa racional, inclusive acerca do direcionamento de seus efeitos (condenação, recolhimento ao cárcere, duração e espécies de sanção, *v.g.*)”¹³².

Numa perspectiva endoprocessual, a fundamentação serve para que os sujeitos envolvidos no processo tenham a exata compreensão das razões que embasam a decisão proferida, permitindo, assim, a possibilidade de impugnação, e também para que, em segundo grau de jurisdição, o tribunal tenha condições de avaliar o acerto ou não daquilo que foi decidido e está sendo impugnado. Externamente ao processo, a fundamentação confere transparência ao ato judicial e permite “o controle social sobre a atividade jurisdicional”¹³³. É a fundamentação que permite o controle da legalidade, da legitimidade do ato judicial e, portanto, de sua conformidade com a ordem constitucional democrática.

Em síntese, anota Giacomolli:

[...] a motivação racional da decisão permite aos envolvidos no processo e ao cidadão [...] a sua fiscalização ou controle interno e externo, excluindo o caráter arbitrário (*intuitu personae*), meramente subjetivo da tutela jurisdicional criminal, legitimando constitucionalmente o saber-poder do magistrado, submetendo-o à via impugnativa predeterminada. A fundamentação fornece as bases de um processo penal democrático, constitucionalmente comprometido, livre de argumentos de consciência, de argumentos de autoridade, bem como de juízos precipitados [...]”¹³⁴.

Finalmente, há que se mencionar o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB¹³⁵), inserido de forma expressa pela primeira vez apenas na

¹³² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 227.

¹³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 59.

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 231.

¹³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Constituição da República de 1988. Sob o ponto de vista processual, trata-se de um princípio síntese, que resulta da conjugação e aplicação de todos os demais princípios processuais penais previstos na Constituição da República¹³⁶. O devido processo legal simboliza o conjunto de todos direitos fundamentais assegurados, de forma interligada e indissociável, ao acusado.

O Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar acerca do conteúdo do devido processo legal, assentou:

[...] O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes¹³⁷.

A doutrina também confere um sentido material a esse princípio, sob o nome de devido processo legal substancial (*substantive due process of law*). De inspiração no direito norte-americano, o devido processo legal substancial está ligado ao controle, pelo Poder Judiciário, da razoabilidade (proporcionalidade) dos atos do Executivo e Legislativo. Significa que o Judiciário pode fulminar leis e atos administrativos que não possuam uma justificação racional e não estejam fundamentados em uma real necessidade¹³⁸.

O princípio do devido processo legal substancial deve ser operado com

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 78.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94016. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001039&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

¹³⁸ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 169.

base na proporcionalidade, em suas três perspectivas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. No exame da necessidade deve-se observar sempre a menor restrição possível a direitos fundamentais do acusado. Quanto à adequação, a análise está focada na necessária relação de pertinência entre o meio escolhido e o fim almejado. A medida deve ser apta a atingir o fim colimado. A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao custo-benefício, isto é, se o proveito que se obterá com a medida adotada supera as desvantagens inerentes ao seu emprego¹³⁹.

Nessa linha, anota Castanho de Carvalho:

Quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, é possível ao aplicador da lei aferir se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende ao que reclama a razoabilidade ou a racionalidade, ou, em outros termos, se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal, teleologicamente justificável, necessária, idônea e preencha os demais requisitos de motivação e judicialidade. A importância da aplicação prática do devido processo legal está em se discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência das custódias corporais cautelares [...] ¹⁴⁰.

O princípio do devido processo legal substancial é pertinente, por exemplo, quando se decide acerca da conversão da prisão em flagrante em preventiva. Muitas vezes, pela primariedade do réu e circunstâncias do crime, é possível vislumbrar que, na hipótese de condenação, será fixado o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, além da substituição por penas restritivas de direitos. Com esse prognóstico, ainda que estejam presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP¹⁴¹, a conversão da prisão em flagrante em preventiva não é cabível, em respeito ao princípio do devido processo legal substancial, haja vista ser desproporcional impor ao acusado uma restrição a direito fundamental mais grave que a possível sentença condenatória.

¹³⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 62.

¹⁴⁰ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 172-173.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DIFERENCIADA DO PROCESSO PENAL

A proposta deste capítulo não é trazer algo inovador, o que fugiria dos objetivos e limites desta pesquisa. Pretende-se, a partir da base teórica apresentada no primeiro capítulo, expor uma forma diferenciada de pensar e interpretar o processo penal, o que demanda rever alguns mantras doutrinários¹⁴².

Nesse rumo, analisam-se os históricos sistemas processuais, defende-se a impropriedade do chamado sistema misto e questiona-se a aplicação da teoria geral do processo ao processo penal. Outrossim, prestigia-se a compreensão do processo como situação jurídica (Goldschmidt) e procedimento em contraditório (Fazzalari).

2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Tradicionalmente, a doutrina faz a distinção entre os sistemas inquisitório e acusatório. É consenso que essa classificação trata de sistemas históricos, que atualmente não existem, de forma pura, em qualquer lugar. Contemporaneamente, fala-se em sistema misto, formado pela fusão entre os sistemas inquisitório e acusatório. Grande parte da doutrina refere-se ao sistema processual brasileiro como misto. Ocorre que a ideia de sistema misto, como um terceiro gênero, embora admissível sob o ponto de vista formal, é, essencialmente, contraditória e insuficiente, tendo em vista ser impossível existir um sistema sem um princípio unificador. Com efeito, ou o sistema é predominantemente inquisitório, inspirado no princípio unificador inquisitivo, ou é eminentemente acusatório, moldado pelo princípio unificador dispositivo¹⁴³. Não pode haver um princípio unificador misto.

¹⁴² Mantras jurídicos significam, aqui, lições doutrinárias repetidas de forma acrítica, desconsiderando os avanços do processo penal brasileiro, especialmente por força de sua constitucionalização, conforme apontamentos do Capítulo 1.

¹⁴³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001. p. 16-17. No mesmo sentido: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a**

Então, afigura-se oportuno analisar, brevemente, os históricos sistemas processuais, inquisitório e acusatório, para, ao depois, buscar um novo enfoque, a partir das bases constitucionais do processo penal, superando o reducionismo¹⁴⁴ do sistema misto.

De acordo com Lopes Jr, o sistema acusatório tem suas origens no direito grego. Era caracterizado pela participação direta do povo como acusador e julgador. A ação era popular nos delitos mais graves (qualquer pessoa podia fazer a acusação). Nos crimes mais leves, a acusação era privada¹⁴⁵. Existia igualdade entre acusador e acusado. Este costumava responder ao processo em liberdade. Os atos processuais eram públicos. A sentença era dada por um corpo de jurados, sendo considerada expressão direta da soberania popular¹⁴⁶.

Em síntese, o sistema acusatório grego tinha as seguintes características: separação das funções de acusar e julgar; gestão da prova nas mãos das partes (juízes não tinham iniciativa probatória); procedimento estruturado com base na publicidade, oralidade, argumentação e contraditório¹⁴⁷.

O direito romano também desenvolveu um sistema acusatório. Durante o período da República, no qual vigorava o processo penal denominado *accusatio*, delineou-se um modelo no qual o magistrado, único representante do Estado no processo, tinha apenas a função de acompanhar o debate e proferir o julgamento da causa. A acusação estava a cargo de um representante dos cidadãos (acusação popular)¹⁴⁸.

Lopes Jr. destaca as seguintes características do sistema acusatório romano, no último século da República: juízes não tinham iniciativa probatória (gestão da prova era incumbida às partes); as atividades de acusar e julgar eram

teoria dos jogos. p. 50. Também nessa linha: LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 137.

¹⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 137.

¹⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 137.

¹⁴⁶ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18-19.

¹⁴⁷ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 20.

¹⁴⁸ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 24-26.

distribuídas a pessoas distintas; juízes não atuavam de ofício, não se admitindo denúncia anônima ou processo sem acusador legítimo e idôneo; acusação era apresentada por escrito, com indicação de provas; havia contraditório e ampla defesa, em procedimento marcado pela oralidade; os julgamentos eram públicos¹⁴⁹.

Entretanto, com o advento do Império, o sistema acusatório romano foi sendo minado pela atuação de ofício dos juízes (na investigação e coleta de provas), pela restrição da publicidade (atos processuais secretos), acabando por perder seus caracteres essenciais, dando lugar a um processo de natureza inquisitorial¹⁵⁰.

Merece registro, outrossim, a experiência inglesa. De acordo com Khaled Jr., “enquanto os tentáculos do sistema inquisitório lentamente se esparramavam por toda a Europa Continental [...], a Inglaterra conhecia realidade nitidamente distinta, com o advento do sistema acusatório da *common law*”¹⁵¹. Para Ferrajoli, o processo acusatório desenvolve-se e consolida-se “na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*”¹⁵².

Miranda Coutinho anota que, com a imposição da Magna Carta, houve uma vitória dos barões ingleses, de forma a controlar os poderes do rei. A reboque, vieram regras que passaram a beneficiar a todos, fazendo nascer a consciência de cidadania. Nesse contexto, o processo penal inglês, dentro do *common law*, surge como um autêntico processo de partes, marcado pelo contraditório pleno, pela estatalidade judicial, pela gestão da prova nas mãos das partes (juiz mantém-se longe da colheita da prova), com nítida separação das funções de acusar, defender e julgar¹⁵³. Destarte, o direito inglês foi responsável por manter a tradição acusatória, enquanto o restante da Europa era contaminado pelos efeitos da revolução inquisitória.

Feito esse breve registro histórico, é oportuno registrar as características

¹⁴⁹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 138.

¹⁵⁰ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 139. KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 29-31.

¹⁵¹ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 101.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 521.

¹⁵³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. p. 36.

do sistema acusatório, enquanto modelo teórico:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social), da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição¹⁵⁴.

O sistema inquisitório deita suas raízes no Império Romano. O modelo da *accusatio*, que se aproximava do sistema acusatório grego, começou a sofrer um desmonte durante o período Imperial, por não mais corresponder à política autoritária e repressiva do Estado. Isto é, para atender às “[...] necessidades do novo regime político, começou a ser introduzido lentamente um novo sistema, orientado por uma noção de soberania centrada no imperador e não mais no povo”¹⁵⁵. A persecução penal concentrou-se em agentes estatais, mantendo-se a legitimidade do povo para promover a acusação apenas em relação aos delitos privados. O poder de julgar foi centralizado. Surgiu a figura do acusador oficial e, num segundo momento, os próprios juízes passaram a exercer funções investigativas e acusatórias. Os atos processuais tornaram-se secretos. Em dado momento da história restou evidente “o rompimento com os pressupostos da configuração acusatória [...]”¹⁵⁶.

O processo penal romano assumiu clara feição inquisitória, atribuindo-se a uma mesma pessoa as funções de acusar, recolher provas e julgar, tudo em nome do fortalecimento do poder, conforme as exigências do regime político imperial.

Tempos depois, um processo penal genuinamente inquisitório consolidou-se “no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o

¹⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 139-140.

¹⁵⁵ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 29.

¹⁵⁶ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 31.

desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrinas heréticas’¹⁵⁷. No século XIII, foram criados os Tribunais de Inquisição, encarregados de reprimir as condutas dos hereges, isto é, daqueles cujos atos atentavam contra os mandamentos da Igreja Católica¹⁵⁸. Com o controle do processo penal pelos clérigos, excluiu-se a figura do acusador. O inquisidor cumulava as funções de investigar, acusar e julgar. O imputado deixou de ser parte para ser considerado mero objeto de verificação. O julgador exercia a gestão da prova. O crime era sinônimo de pecado. Logo, o processo servia para expurgo do mal praticado, por meio da punição. Para isso, era necessário descobrir a verdade, da qual o acusado era o maior conhecedor. A prova mais relevante, assim, era a confissão. Se a verdade não fosse revelada de forma espontânea, a tortura se impunha como meio hábil a extrair a confissão¹⁵⁹.

Lopes Jr. assevera:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação¹⁶⁰.

Observa Khaled Jr. que o sistema inquisitório não se limitou à jurisdição eclesiástica. O modelo inquisitório difundiu-se amplamente pela Europa Continental, concomitantemente à centralização do poder e ao fortalecimento das monarquias. A partir do século XIII, começou a se desenvolver a jurisdição real, com tribunais compostos por funcionários permanentes, encarregados da administração da justiça, com organização hierárquica, seguindo as diretrizes inquisitórias implantadas pela

¹⁵⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. p. 18.

¹⁵⁸ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 145.

¹⁵⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. p. 23-28.

¹⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 144.

Igreja Católica¹⁶¹. O sistema inquisitório reinou de forma hegemônica até o século XVIII, quando grandes transformações na Europa, sobretudo a Revolução Francesa, enfraqueceram-no e deram causa a uma transmutação para um modelo sincrético, designado pela doutrina como sistema misto¹⁶².

Em síntese, as características do sistema inquisitório, como modelo teórico, são: inexistência da separação das funções de acusar e julgar (juiz investiga, acusa, dirige o processo e julga); juiz tem livre iniciativa probatória, procedendo de ofício à coleta dos elementos de prova tendentes à apuração da verdade; há desigualdade entre acusação e defesa, haja vista que a mesma pessoa ou órgão (juiz ou tribunal) concentra poderes de acusar, produzir provas e julgar a causa, em manifesta superioridade ao sujeito processado; procedimento é escrito e, frequentemente, os atos processuais são secretos; não há contraditório (impossível o contraditório com os poderes de acusar e julgar concentrados nas mãos do juiz); a prova é tarifada pela lei; a prisão durante o procedimento é regra.

Num quadro de grandes transformações, simbolizadas pelo pensamento iluminista, pelo processo de secularização, pela Revolução Francesa e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, houve o resgate de alguns postulados do sistema acusatório, concomitantemente a uma forte crítica ao sistema inquisitório. Conforme assinala Ferrajoli, todo o ideário iluminista “[...] concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimento dos valores garantistas da tradição acusatória [...]”¹⁶³.

Caminhou-se, então, na direção de um modelo processual marcado pela fusão de elementos inquisitórios e acusatórios, cujo símbolo é o Código Napoleônico de 1808¹⁶⁴. Esse modelo processual sincrético, designado pela doutrina como sistema misto, expandiu-se pela Europa Continental e outras partes do globo, chegando inclusive ao Brasil, perdurando, com algumas alterações, até os dias

¹⁶¹ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 72-75.

¹⁶² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 149.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 521.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 521-522.

atuais¹⁶⁵.

Entretanto, conforme já referido, não se afigura correto sustentar a existência de um sistema misto, haja vista a inviabilidade de sistematizar elementos contrapostos, que não se submetem a um mesmo princípio unificador. Ou seja, a designação sistema misto serve apenas para afirmar o óbvio: não existem mais sistemas puros (inquisitório ou acusatório). Contudo, peca por desconsiderar o caráter assistemático da fusão de dois modelos estruturados por princípios distintos e antagônicos (princípio dispositivo e princípio inquisitivo). Por isso, somente em sentido meramente formal é que pode falar em um terceiro sistema¹⁶⁶. Na essência, isto é, substancialmente, o sistema é preponderantemente inquisitório ou acentuadamente acusatório.

Para Miranda Coutinho, o critério de identificação de um sistema processual é o princípio unificador, o qual se revela no modelo de gestão da prova. Com efeito, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito (crime), por meio da instrução probatória, a forma pela qual esta atividade se realiza indica qual é o princípio unificador e, portanto, o sistema processual. No sistema inquisitório o juiz concentra vários poderes, dentre eles o de buscar e coletar a prova destinada ao esclarecimento da verdade. Nesse sistema a gestão da prova está confiada ao juiz. Já no sistema acusatório o juiz não possui iniciativa probatória. A gestão da prova fica nas mãos das partes. Cabe ao juiz a função de conduzir o processo e realizar o julgamento, com base no fato reconstruído a partir das provas produzidas pelas partes¹⁶⁷.

Conforme assinala Lopes Jr., as diferenças entre os sistemas acusatório e inquisitório são enormes do ponto de vista do contraditório, da separação das funções de acusar e julgar, e da gestão da prova. Mas é na gestão da prova que está o núcleo fundante, o princípio informador de cada sistema. No sistema inquisitório, baseado no princípio inquisitivo, o juiz exerce a gestão da prova. No

¹⁶⁵ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 149.

¹⁶⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. p. 18.

¹⁶⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. p. 165-167.

sistema acusatório, inspirado no princípio dispositivo, a gestão da prova está nas mãos das partes¹⁶⁸.

Complementando a ideia, afirma o citado jurista:

Isso não significa que, ao lado desse núcleo inquisitivo (derivado do princípio inquisitivo, em que a gestão da prova está nas mãos do juiz), não possam orbitar características que geralmente circundam o núcleo dispositivo, que informa o sistema acusatório. Em outras palavras, o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, de núcleo inquisitório, ainda que com alguns “acessórios” que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transformam em acusatório)¹⁶⁹.

No cenário brasileiro, verifica-se uma enorme discrepância entre o modelo delineado pela Constituição da República (acusatório) e aquele que inspirou o Código de Processo Penal (inquisitório). Esse sincretismo, porém, deve ser superado por uma leitura constitucional do processo penal, abandonando-se de vez a ideia de um sistema processual misto.

Embora sem previsão expressa na Constituição da República, o princípio dispositivo (do sistema acusatório) encontra-se implícito em várias disposições constitucionais. A regra de que é do Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I, da CRFB¹⁷⁰) deixa clara a existência um órgão específico com a finalidade de acusar, diferente daquele que está encarregado de julgar. Os princípios constitucionais do processo penal¹⁷¹ também revelam sintonia com o modelo acusatório: contraditório (argumentação dialética desenvolvida entre as partes); ampla defesa (réu é considerando parte e não objeto do processo); presunção de inocência (prisão durante o processo é exceção); juiz imparcial (autêntico processo de partes, em que o juiz não participa da gestão da prova); publicidade e fundamentação das decisões judiciais; coisa julgada.

¹⁶⁸ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 159.

¹⁶⁹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 160.

¹⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁷¹ Notadamente aqueles analisados no Capítulo 1.

Não obstante, de outro lado, o Código de Processo Penal, modificado e remendado de forma assistemática, e não raro ilógica, apesar de conter disposições sintonizadas com o princípio dispositivo, possui grande influência inquisitória, especialmente em relação à gestão da prova. Ao conferir ao juiz iniciativa probatória (produzir a prova de ofício), o Código revela perfil preponderantemente inquisitório¹⁷².

Ocorre que as características do modelo inquisitório são totalmente incompatíveis com as opções jurídico-políticas contidas na Constituição da República. Por isso, as disposições do Código de Processo Penal devem passar, obrigatoriamente, pelo filtro constitucional, para, conforme o caso, serem declaradas inconstitucionais ou receberem interpretação conforme a Constituição da República. Ou seja, a matriz inquisitória do Código de Processo Penal não deve subsistir em face das disposições constitucionais. Contudo, registre-se, não se pode afirmar que existe, no Brasil, um sistema acusatório puro, ao menos enquanto o atual Código de Processo Penal continuar em vigor¹⁷³.

Por isso, concorda-se com o questionamento e a resposta de Moraes da Rosa: “[...] qual o sentido em se continuar insistindo no dilema acusatório *versus* inquisitório?”¹⁷⁴. Certamente, “nenhum”¹⁷⁵. Trata-se de um dilema que apenas contribui para obscurecer e confundir, dificultando a imprescindível e impostergável leitura constitucional do processo penal¹⁷⁶.

Em outras palavras, o que efetivamente importa é que o Estado Democrático de Direito exija um sistema processual penal essencialmente

¹⁷² Sem a pretensão de apontar uma listagem taxativa, mencionam-se os seguintes artigos do CPP cuja inspiração é nitidamente inquisitória: art. 156; art. 209, *caput*, e § 1º; art. 242; 282, § 2º, 311; art. 385 (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015).

¹⁷³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 195. Prado defende, com base na Constituição da República, a existência de um sistema acusatório.

¹⁷⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 53.

¹⁷⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 53.

¹⁷⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 54.

democrático, marcado pelo respeito às diretrizes constitucionais e pela primazia dos direitos fundamentais. Por isso, é tempo de abandonar o embate entre sistema inquisitório e acusatório, para reconhecer que, no Brasil, opera-se com um sistema processual penal constitucional.

2.2 ROMPENDO COM A TEORIA GERAL DO PROCESSO

Para uma leitura constitucional do processo penal é necessário desapegar-se da teoria geral do processo. A perspectiva de um processo penal democrático exige categorias próprias, incompatíveis com aquelas utilizadas no direito processual civil¹⁷⁷. Dessarte, não se pode mais pensar o processo penal a partir da teoria geral do processo, o que, aliás, muitas vezes chega a ser desastroso.

O processo civil e o processo penal possuem raízes em modelos históricos de resolução de conflitos totalmente distintos: o modelo reparador e o modelo punitivo, respectivamente¹⁷⁸. Por isso, o processo civil difere substancialmente do processo penal. Não há como aplicar princípios que servem ao direito processual civil ao processo penal. A teoria geral do processo, cumprindo a tarefa de introduzir os fundamentos do processo civil (foi para este pensada), não atende às especificidades do direito processual penal¹⁷⁹.

Moreira argumenta:

[...] esta Teoria Geral é inadmissível exatamente porque não há qualquer similitude entre os conteúdos do Processo Civil e do Processo Penal. Por óbvio que conceitos genéricos, tais como os de jurisdição (nada obstante, no Processo Penal não se poder falar em lide), processo, órgãos

¹⁷⁷ Não se desconhecem as transformações operadas no direito processual civil brasileiro, inspiradoras do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015), que está por entrar em vigor. Entretanto, essa evolução do processo civil não significa um rompimento com a teoria geral do processo. Diferentemente, o processo penal não pode mais ser estudado e compreendido a partir de uma teoria geral do processo, comum ao processo civil. É isso que se pretende abordar neste tópico.

¹⁷⁸ RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. p. 1335.

¹⁷⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Breve esboço a respeito da inexistência de uma teoria geral do processo**. JusBrasil. 25 de agosto de 2014. Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/136366512/breve-esboco-a-respeito-da-inexistencia-de-uma-teoria-geral-do-processo>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

judiciários, competência (com muitas ressalvas), procedimento (idem), atos processuais, prova, etc, servem para as duas disciplinas. A jurisdição, como a função de julgar, é uma, por exemplo. A natureza jurídica do processo, também. Da mesma forma, a garantia ao duplo grau de jurisdição, e assim por diante... Igualmente em relação à natureza jurídica do processo, ainda que se conceba o processo como relação jurídica (Oskar von Bülow), como situação jurídica (James Goldschmidt), como instituição (Jaime Guasp), como serviço público (Léon Duguit e Gaston Jèze) etc., etc. Porém, evidentemente, que esta afirmação última jamais pode ter o condão de admitirmos uma Teoria Geral do Processo, mesmo porque, ainda que, por exemplo, o conceito de prova seja o mesmo, trate-se de Processo Civil ou Processo Penal, há uma diferença abissal quando nos aprofundamos no seu estudo no Processo Penal: a questão do ônus e da gestão da prova são exemplos irrespondíveis¹⁸⁰.

Lopes Jr. afirma que a disciplina teoria geral do processo geralmente é ministrada por processualistas civis, muito pouco familiarizados com o processo penal. Quando entram na seara processual penal fazem-no com um olhar e um discurso viciados, impregnados pelo “pancivismo”¹⁸¹. Aduz o doutrinador que se comete um grande erro ao transportar categorias que se aplicam ao processo civil para o processo penal, ignorando o abismo que separa as disciplinas.

Por esse motivo, Ramalho Junior aponta a necessidade de refletir sobre uma teoria do direito processual penal totalmente divorciada da teoria geral do processo, rompendo, assim, com uma tradição, sobretudo entre os amantes do direito processual civil, estampada nas grades curriculares da grande maioria dos cursos de Direito do país¹⁸².

Com razão, as diferenças começam pelo fato de que o processo civil tem por finalidade a realização de um direito material, isto é, entregar a quem de direito o bem da vida reclamado. O processo penal, apesar de ser caminho obrigatório para aplicação de uma pena, é, para além disso, instrumento de garantia dos direitos fundamentais do acusado, já que a mera existência do processo provoca uma tensão entre sujeito e Estado, notadamente pela possibilidade de uma sanção vir a suprimir a liberdade do imputado. Por isso, no processo penal a “forma é garantia e

¹⁸⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Breve esboço a respeito da inexistência de uma teoria geral do processo.**

¹⁸¹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** p. 69.

¹⁸² RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. p. 1324.

limite de poder”¹⁸³, tendo uma importância muito maior do que no processo civil.

O processo civil, excetuados os procedimentos de jurisdição voluntária, opera com base na existência de uma lide, tradicionalmente conceituada como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A disputa envolve partes com interesses contrapostos, uma resistindo à pretensão da outra. No processo penal, entretanto, não existe lide. Também não há, ao contrário do afirmado por boa parte da doutrina, uma pretensão punitiva.

No processo penal existe uma pretensão acusatória¹⁸⁴. O direito de punir pertence ao Estado. A pena apenas pode ser aplicada pelo Estado-juiz após comprovada a responsabilidade penal do infrator. Sendo assim, quem acusa (Ministério Público ou particular) não detém um direito próprio de punir. Não promove a ação penal para satisfazer um direito próprio. O titular da ação penal detém tão-somente uma pretensão de que, diante de um possível fato criminoso, alguém seja processado e julgado para que, ao final, conforme o caso, o Estado-juiz aplique uma pena.

No processo civil, o autor ingressa em juízo por ser, teoricamente, credor do direito material que busca ver satisfeito, buscando, assim, a solução para um litígio originado de interesses conflitantes, marcado pela resistência a uma pretensão (lide). No processo penal isso não ocorre. Quem promove a ação penal não detém o direito de punir. Possui, unicamente, o direito de promover a acusação, para provocar a atuação do Estado-juiz, este sim detentor do poder de punir.

Assinala Lopes Jr.:

[...] se no processo civil o conteúdo da pretensão é a alegação de um direito próprio e o pedido de adjudicação deste, no processo penal, é a afirmação do nascimento de um direito judicial de penar e a solicitação de que o Estado exerça esse direito (potestas). O acusador tem exclusivamente um direito de acusar, afirmando a existência de um delito e, em decorrência disso, pede ao juiz (Estado-tribunal) que exercite o seu poder de condenar o culpado e executar a pena. O Estado realiza seu poder de penar no processo penal não como parte, mas como juiz, e esse

¹⁸³ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 72.

¹⁸⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 179-209.

poder punitivo está condicionado ao prévio exercício da pretensão acusatória¹⁸⁵.

Portanto, o conceito de lide penal, extraído da teoria geral do processo, mostra-se equivocado.

A noção de ação como um direito autônomo e abstrato, apregoada no direito processual civil, deve ser recebida com ressalvas no processo penal. Embora se reconheça a autonomia da ação penal, já que lastreada numa pretensão acusatória (e não numa pretensão punitiva), não se admite o seu ajuizamento sem a demonstração sumária de sua identificação com um fato criminoso, por meio de um conjunto mínimo de elementos de prova acerca do delito e sua autoria, exigindo-se a chamada justa causa¹⁸⁶.

Sobre esse ponto, anota Lopes Jr.:

[...] no processo penal, desde o início, é imprescindível que o acusador público ou privado demonstre a justa causa, os elementos probatórios mínimos que demonstrem a fumaça da prática de um delito, não bastando cumprimento de critérios meramente formais. Não há, como no processo civil, a possibilidade de deixar a análise da questão de fundo (mérito) para a sentença, pois desde o início o juiz faz juízo provisório, de verossimilhança sobre a existência do delito¹⁸⁷.

Quanto às condições da ação penal, a grande maioria dos doutrinadores utiliza a tradicional classificação elaborada para o processo civil: legitimidade, interesse de agir (necessidade, utilidade e adequação) e possibilidade jurídica do pedido¹⁸⁸. Ou seja, via teoria geral do processo importa-se essa classificação para o processo penal, sem uma análise crítica, ignorando as especificidades do direito processual penal.

Em relação à justa causa, alguns sustentam que ela está compreendida

¹⁸⁵ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 208-209.

¹⁸⁶ Adota-se o primeiro sentido apresentado por Lopes Jr., segundo o qual a justa causa consiste na “[...] existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação [...]”. Significa, portanto, a “[...] existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade [...]” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 379)

¹⁸⁷ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 226.

¹⁸⁸ Entre outros: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 194-197. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112-114.

no interesse de agir¹⁸⁹. Outros afirmam que a justa causa seria uma síntese das demais condições da ação penal¹⁹⁰. Ainda, há quem trate a justa causa como uma quarta condição da ação penal¹⁹¹.

A legitimidade é, sem dúvida, uma condição da ação aplicável ao processo penal. Afinal, a lei prevê crimes para os quais a ação é de iniciativa pública, e outros para os quais a acusação é de iniciativa privada. Logo, a análise da legitimidade tem total pertinência no processo penal. O mesmo, porém, não se pode dizer quanto ao interesse e à possibilidade jurídica do pedido.

O pedido, na denúncia ou queixa, consiste em que o acusado seja processado e, ao final, condenado pelo fato criminoso que supostamente praticou. Nada de diferente se pede numa ação penal. Logo, o pedido da acusação sempre é juridicamente possível. Alguns doutrinadores, contudo, argumentam que apenas há possibilidade jurídica do pedido quando a conduta do réu, em tese, revela-se típica¹⁹². Esse entendimento, embora respeitável, acaba por dar um novo sentido ao que se entende, no processo civil, por possibilidade jurídica do pedido. Portanto, ao invés de adaptar um conceito tradicional, com emprego de uma elasticidade que lhe altera completamente o sentido, deve-se buscar uma condição da ação específica para o processo penal. Nesse sentido, Lopes Jr.¹⁹³ propõe como condição da ação penal a prática de fato aparentemente criminoso.

O interesse processual também não pode ser transportado, do processo civil, como condição da ação penal. Não existe outro meio jurídico para viabilizar o exercício da pretensão acusatória, objetivando que o Estado-juiz aplique uma sanção ao infrator, senão por meio de uma ação penal. Jamais uma ação penal deixará de ser necessária, adequada e útil para o fim ao qual ela se presta.

Verifica-se, portanto, que o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, condições da ação pensadas para o processo civil, não funcionam no

¹⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 196-197.

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 151.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 162.

¹⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 158.

¹⁹³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 373.

processo penal. Na melhor das hipóteses, precisam sofrer adaptações, tão profundas que acabam por deturpar seu sentido original.

Por isso, assiste razão a Lopes Jr. ao defender a necessidade de se trabalhar com categorias próprias, isto é, com condições da ação que efetivamente tenham pertinência e sentido no processo penal. Nesse rumo, o renomado doutrinador propõe as seguintes condições da ação penal: prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*); punibilidade concreta; legitimidade de parte; e justa causa¹⁹⁴. Diante dos limites desta pesquisa, não se discorrerá sobre cada uma dessas condições da ação penal. Ao se mencionar a proposta de Lopes Jr. objetiva-se, apenas, demonstrar que é possível e necessário se desprender da teoria geral do processo e buscar condições da ação penal adequadas às especificidades do processo penal.

Outro equívoco que ainda se comete é analisar o cabimento da prisão preventiva à luz do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos do processo civil cautelar. A plausibilidade do direito do autor e o fundado receio de dano grave e de difícil reparação são pressupostos das medidas cautelares cíveis. Não tem cabimento trazer esses requisitos para o processo penal. O autor da ação penal não busca a adjudicação de um direito próprio. O objeto do processo penal é a pretensão acusatória. Assim, nenhum direito do autor da ação penal, sob risco de dano, é a justificativa para aplicação de uma medida cautelar. A prisão preventiva é cabível quando, além da prova da ocorrência do crime e dos indícios suficientes de autoria, estiver demonstrado que a liberdade do suposto infrator possa comprometer a ordem pública, a ordem econômico, a instrução processual ou a aplicação da lei penal. É o que a doutrina mais atenta às particularidades do processo penal denomina de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Em tema de prova também há um abismo entre o direito processual civil e o processo penal. A lei processual civil distribui o ônus da prova entre as partes, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova de fato

¹⁹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 373-383. Uma classificação semelhante: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 148.

impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante (art. 333, I e II, do CPC¹⁹⁵). Essa sistemática é incompatível com o processo penal, no qual, por força do princípio da presunção de inocência, a carga (e não ônus) de comprovar a responsabilidade penal do acusado recai integralmente sobre quem acusa. O réu não possui carga (nem ônus) probatória em sua defesa da imputação contra si apresentada pela acusação, porque está protegido pelo escudo da presunção de inocência¹⁹⁶.

Com essas considerações pontuais, sem a pretensão de exaurir o assunto, parece restar evidente a necessidade de repensar o direito processual penal a partir de categorias próprias, com distanciamento, devido à insuficiência e à impropriedade, da teoria geral do processo. Na perspectiva de um processo penal democrático, interpretado a partir da Constituição da República, urge fugir do reducionismo que a teoria geral do processo representa.

Nesse sentido, destaca Ramalho Júnior:

[...] uma redução nesses termos (o processo penal como um sub-ramo da teoria geral do processo) significa, sem dúvida, abdicar de compreender uma parte vital do direito penal (num sentido mais abrangente) criticamente, ou seja, de percebê-lo como um instrumento desenvolvido pelas sociedades supostamente civilizadas para, muito mais que restituir as coisas ao seu *status quo ante*, legitimar a imposição de um sofrimento adicional a pessoas que praticam certos e determinados atos, com a finalidade de controlar politicamente o seu comportamento. Desse modo, acabam eclipsados aqueles princípios construídos ainda no século XVIII, alçados à condição de Direitos Humanos por inúmeros documentos internacionais, e consagrados como direitos fundamentais do indivíduo em todas as constituições democráticas ocidentais contemporâneas¹⁹⁷.

Em resumo, é tempo de uma nova leitura do processo penal, desvinculada da teoria geral do processo.

2.3 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹⁹⁶ Como se verá no terceiro capítulo, no processo penal a carga probatória é toda da acusação. Não há distribuição de ônus probatório. O réu pode aproveitar chances de provar algo que lhe seja favorável, mas não possui qualquer carga (nem ônus) nesse sentido.

¹⁹⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. p. 1338.

A noção de processo como relação jurídica, sistematizada por Oskar Von Bülow¹⁹⁸, seguida e desenvolvida por diversos outros processualistas, ainda hoje encontra aceitação majoritária na doutrina. De acordo com essa concepção, o processo é definido como uma relação jurídica constituída por vínculos decorrentes de direitos e obrigações que existem entre os sujeitos processuais¹⁹⁹. Isto é, o processo determina as faculdades e os deveres que vinculam mutuamente as partes e o juiz (ou tribunal). Assim, “[...] o processo é uma relação de direitos e obrigações, ou seja, uma relação jurídica”²⁰⁰. Trata-se de uma relação intersubjetiva, de direito público, que tem seus próprios requisitos, denominados de pressupostos processuais, estabelecida e desenvolvida para que a relação de direito material possa ser apreciada e decidida pelo Estado-juiz²⁰¹.

Segundo Gonçalves, a relação jurídica, oriunda da tradição civilista, desenvolvida para explicar direitos, deveres, faculdades, obrigações, alastrou-se também para o direito processual, que a adotou sem grandes polêmicas²⁰². Com base nas obras de Bulow, Podetti, Rocco, Satta, Cernelutti e Liebman, entre outros, “as teorias que trabalham com os antigos conceitos de relação jurídica e de Direito subjetivo, na clássica acepção, são ainda predominantes na ciência do Direito Processual”²⁰³.

O grande mérito da teoria da relação jurídica foi sepultar de vez a confusão entre processo e direito substancial, reconhecendo-se a distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material.

Como reconhece o próprio Goldschmidt, crítico dessa teoria, o livro “A

¹⁹⁸ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. Título original: Excepciones procesales y presupuestos procesales.

¹⁹⁹ Muitos processualistas conceituam o processo, sob duas perspectivas: externa e interna. No aspecto exterior, o processo é um conjunto de atos que se desenvolvem de forma sequencial, progressiva e coordenada, por meio dos quais o Estado exerce a atividade jurisdicional. Assim, “o processo seria o gênero, enquanto os diversos e diferentes procedimentos seriam as espécies” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. p. 678). Já numa perspectiva interna, o processo é concebido como uma relação jurídica.

²⁰⁰ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. p. 5.

²⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. v. 1. p. 141.

²⁰² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 59.

²⁰³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 61.

teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais”, de Bülow, teve um êxito sem precedente. A teoria do processo como relação jurídica acabou por formar a base de todos os sistemas processuais, podendo-se afirmar que é a partir de Bülow que se inicia uma ciência própria do direito processual²⁰⁴.

Não obstante, Godschmidt desenvolve fundamentada crítica à teoria de Bülow, propondo, diferentemente, a definição de processo como situação jurídica. De forma sucinta, pretende-se expor neste tópico a teoria de Goldschmidt, a qual se reputa mais hábil a explicar o processo penal, notadamente na sua leitura constitucional²⁰⁵.

Para a teoria da relação jurídica²⁰⁶ o processo consiste num complexo de direitos e obrigações recíprocos entre os sujeitos processuais (partes e juiz). Essa relação jurídica é de direito público, porque envolve particulares e agentes encarregados de prestar um serviço essencialmente público (atividade jurisdicional). Além disso, a relação processual é regida por normas de direito público.

A relação jurídica processual é autônoma e independente, na medida em que não se confunde com a relação de direito material. Os direitos, faculdades, encargos, obrigações e deveres recíprocos que constituem essa relação processual são distintos daqueles que integram a relação jurídica material. Com fulcro nessa separação, aponta-se a existência de pressupostos processuais, que são requisitos de existência e validade do processo.

A relação processual é “[..] contínua, pois avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, numa sequência de atos logicamente concatenados”²⁰⁷, tendentes a um provimento jurisdicional. Integram essa relação jurídica um “conjunto de posições jurídicas ativas (direitos, poderes e faculdades) e passivas (obrigações,

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 13-14.

²⁰⁵ Há diversas outras teorias acerca da natureza jurídica do processo, tais como: a) teorias privatistas - processo como contrato, processo como quase contrato e processo como acordo; b) teorias publicistas: processo como instituição e processo como serviço público; c) teorias mistas. Entretanto, discorrer sobre elas ampliaria demais as discussões deste estudo, já que o tópico em questão está centrado na teoria de Goldschmidt.

²⁰⁶ Não será analisada, em particular, a obra de Bülow e dos seus seguidores. Opta-se, para não extrapolar os limites da proposta deste trabalho, pela exposição de uma breve e genérica noção do processo como relação jurídica.

²⁰⁷ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 99.

deveres, sujeições e ônus) que as partes possuem no processo”²⁰⁸. Dessa forma, as partes atuam na relação processual vinculadas por direitos, poderes, obrigações e deveres, ao mesmo tempo em que colaboram para que se chegue ao resultado final do processo, isto é, a sentença. Por sua vez, o juiz tem o poder-dever de conduzir o processo conforme os mandamentos legais e de decidir a causa, pronunciando-se sobre os pedidos e argumentos das partes. Verifica-se, assim, uma relação jurídica processual trilateral²⁰⁹, na qual há vínculos jurídicos entre as partes e entre estas e o juiz.

A crítica que se pode fazer à concepção de processo como relação jurídica está na natureza do suposto vínculo entre os sujeitos. A respeito, comenta Gonçalves:

A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação²¹⁰.

Com razão o doutrinador, nenhum dos sujeitos processuais pode exigir determinado comportamento do outro, no sentido de realizar ou deixar de praticar algum ato processual²¹¹. Não há, no processo, direito a prestações que obrigam as partes ou o juiz.

Contestando a teoria de Bülow, Goldschmidt sustenta uma visão dinâmica do processo, fundada em expectativas e perspectivas de obter um provimento judicial com determinado conteúdo, consubstanciando situações que variam à medida que os atos processuais são realizados²¹². Assevera que a noção de relação

²⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. p. 560.

²⁰⁹ Há também as teorias da relação linear (vínculos bilaterais entre autor e réu) e angular (vínculos entre as partes, de um lado, e o juiz, de outro).

²¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 83.

²¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 83.

²¹² GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas:

jurídica é, por natureza, estática, eis que assentada em vínculos (direitos, deveres, obrigações, ônus) estabelecidos antes mesmo de instaurado o processo e alheios à dinâmica processual. Daí a impropriedade de compreender o processo como relação jurídica.

Para ilustrar a situação dinâmica do processo, Goldschmidt traz uma metáfora. Afirmar que, durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios e súditos é estática, constituindo um império intangível. Quando a guerra eclode, porém, tudo fica na ponta da espada. Direitos mais intangíveis convertem-se em expectativas, possibilidades e cargas. Todo direito pode ser aniquilado como consequência de não se ter aproveitado uma ocasião ou desonerado de uma carga. A guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe cabe²¹³.

Assim, Goldschmidt concebe o processo como uma guerra, marcada pela dinâmica dos acontecimentos, pela incerteza e pela insegurança. Inspirado na metáfora de Goldschmidt, Lopes Jr comenta:

Essa dinâmica do estado de guerra é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas²¹⁴.

Instaurado o processo, as partes passam por várias situações processuais, marcadas por expectativas e perspectivas, respectivamente, de uma sentença favorável ou desfavorável. Em cada situação pode haver uma oportunidade ou uma carga processual, que se bem aproveitada pode encaminhar a parte para uma sentença favorável. Dependendo de como a parte atuar no processo,

Bookseller, 2003. tomo 1. p. 21.

²¹³ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 53-54.

²¹⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 103.

aproveitando ou desperdiçando uma chance que lhe pode trazer uma vantagem processual, liberando-se ou não de uma carga, surge a expectativa de uma decisão a seu favor ou a perspectiva de um julgamento contra seus interesses²¹⁵.

Assim, o processo se revela como um conjunto de situações jurídicas pelas quais autor e réu passam rumo à sentença. Esse caminho é marcado por incertezas, geradas por expectativas de uma vitória e ameaças de uma sentença desfavorável, tudo dependendo do aproveitamento das possibilidades e da liberação de cargas.

De acordo com Goldschmidt, quando a parte realiza determinado ato processual que lhe proporciona uma vantagem, aumentando as possibilidades de uma sentença favorável, considera-se que houve o aproveitamento de uma chance²¹⁶.

Já a carga processual consiste na necessidade de prevenir um prejuízo no processo e, em última análise, neutralizar a perspectiva de uma sentença desfavorável, mediante a realização de algum ato processual (exemplo, juntar um documento relevante à prova de um fato). Trata-se de um imperativo do próprio interesse da parte em evitar um prejuízo processual e um provimento jurisdicional desfavorável. Não há, quanto a isso, qualquer direito do adversário ou do Estado. A carga não consubstancia um dever ou uma obrigação²¹⁷.

O conteúdo da carga processual é uma necessidade de atuar, isto é, de praticar com êxito determinado ato no processo, para evitar um prejuízo processual e os riscos de uma sentença desfavorável. Há situações, contudo, em que o não cumprimento de uma carga representa, também, o não aproveitamento de uma possibilidade processual (por exemplo, a não interposição de um recurso)²¹⁸.

Goldschmidt nega a existência de direitos e obrigações processuais entre as partes e entre estas e o juiz. Argumenta que a obrigação do juiz de conhecer da ação e julgá-la decorre da função estatal por ele exercida. Essa obrigação é

²¹⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. p. 234-235.

²¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 73-88.

²¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 73-88.

²¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 79.

decorrente do “[...] Direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar justiça mediante o juiz, cujo cargo, a sua vez, lhe impõe, ao mesmo tempo, obrigações frente ao Estado e ao cidadão”²¹⁹. Não é necessária uma relação jurídica processual para fundamentar essa obrigação. A relação entre jurisdicionados e Estado-juiz existe desde sempre, antes da instauração do processo. Logo, não é o processo que faz nascer alguma relação obrigacional entre partes e juiz.

Quanto às partes, elas passam por situações em que há possibilidades a serem aproveitadas e cargas a serem cumpridas (liberadas), visando obter uma vantagem ou evitar um prejuízo processual, em direção a uma sentença favorável. As partes adotam determinadas condutas no processo não por uma obrigação, um dever, mas por uma escolha, objetivando uma vitória ao final. São essas situações jurídicas que vinculam as partes. Não existem direitos e obrigações, mas sim expectativas, oportunidades, perspectivas, chances e cargas.

Quanto aos chamados pressupostos processuais (teoria da relação jurídica), Goldschmidt afirma que eles não são pressupostos do processo, mas de uma decisão de fundo (mérito)²²⁰.

Destarte, a teoria de Goldschmidt aponta um novo horizonte, reconhecendo a natureza dinâmica, as oscilações e as incertezas do processo. As situações se modificam à medida que o processo se desenvolve e que os atos são praticados, dependendo da utilização das possibilidades processuais e da liberação de cargas. O processo é palco de instabilidade e insegurança, no qual se alternam expectativas de uma sentença favorável e perspectivas de uma derrota judicial.

Os ensinamentos de Goldschmidt são fundamentais para a compreensão do que se passa no processo penal e, principalmente, para o emprego de categorias processuais a ele adequadas. Assim é que se deve abandonar a noção de ônus da prova, impregnada pela visão estática do processo, passando-se a adotar o conceito de carga probatória. No último capítulo, far-se-á a análise da carga probatória no processo penal.

²¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 17.

²²⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 17.

2.4 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Sendo o contraditório um dos princípios constitucionais do processo penal, é de suma importância agregar a esta pesquisa a contribuição de Fazzalari.

Para Fazzalari, a norma consiste no padrão de valoração de uma conduta, por meio da descrição do comportamento do ato que se quer regular e pela sua qualificação como lícito ou obrigatório²²¹. A posição do sujeito em relação à norma é designada por posição jurídica subjetiva. Essa posição jurídica consiste numa faculdade, se a conduta é valorada pela norma como lícita. Ao contrário, se a conduta é valorada como obrigatória, a posição jurídica encerra um dever²²². Ou seja, “posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”²²³.

Da conexão entre a posição subjetiva e o objeto do comportamento descrito pela norma Fazzalari extrai o conceito de direito subjetivo, que não se trata de um poder sobre a conduta alheia ou direito a alguma prestação (conforme defende a teoria da relação jurídica), e sim uma posição de vantagem assegurada por essa norma²²⁴. Ou seja, “a norma que concede ao sujeito uma faculdade, ou um poder, dá a ele de início uma posição de proeminência sobre o objeto da faculdade ou do poder”²²⁵. Essa é a noção que Fazzalari traz de direito subjetivo.

Dessa forma, Fazzalari compreende a estrutura do procedimento como uma série conectada de normas, cada qual reguladora de uma determinada conduta, qualificando-a como facultativa 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’”²²⁶. O procedimento consiste, portanto, numa sequência de atos e posições subjetivas previstos e valorados pelas normas.

²²¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 78.

²²² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 81.

²²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 93.

²²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 90-91.

²²⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 84.

²²⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 93.

Nas palavras de Fazzalari:

O procedimento é, enfim, visto como uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever)²²⁷.

Para o jurista italiano, os atos imperativos do Estado, seja na esfera administrativa, legislativa ou judicial, são chamados de provimentos. O procedimento consiste na sequência de atos que precedem ao procedimento e que condicionam a validade deste. Quer dizer, o procedimento é a preparação do provimento²²⁸. Como atividade preparatória do provimento, o procedimento estrutura-se por uma sequência de normas, atos e posições jurídicas, em conexão, de modo que o cumprimento de uma disposição é pressuposto de incidência de outra norma e da validade do ato nesta previsto²²⁹.

Segundo Fazzalari, o processo é um procedimento no qual estão habilitados a participar os sujeitos cujas esferas jurídicas serão afetadas pelo provimento. Mas a mera participação dos sujeitos, juntamente com o autor do provimento, não é suficiente para compreender o significado de processo. O que caracteriza o processo é a estrutura dialética do procedimento, isto é, o contraditório²³⁰.

Acerca da estrutura dialética processo (contraditório), assinala Fazzalari:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas (*sic*) para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos

²²⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 114.

²²⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 33.

²²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 95.

²³⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 119.

resultados²³¹.

Portanto, de forma inovadora, Fazzalari coloca o processo como uma espécie do gênero procedimento, no qual há a participação do interessado e contra-interessado (partes, no caso do processo judicial) em contraditório.

Para que exista contraditório não basta a presença de dois sujeitos processuais com interesses opostos. É preciso que haja simétrica paridade entre eles, de modo que tenham iguais oportunidades de atuar no processo e que recebam tratamento isonômico de quem tem a função de emitir o provimento. O contraditório efetiva-se com a informação, para permitir que os sujeitos exerçam seus poderes e deveres, a partir de suas posições jurídicas, e, num segundo momento, com a reação, consistente na possibilidade de manifestação processual.

Logo, o processo deve ser entendido como o procedimento que se desenvolve em contraditório entre sujeitos que defendem interesses conflitantes, com escopo de obtenção de um provimento favorável, do ponto de vista de cada contraditor.

Gonçalves explica:

Como procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão das normas e dos atos por elas disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários de seus efeitos, em contraditório, ou seja, em simétrica igualdade de oportunidades, e, pelo “dizer e contradizer”, que resulta da controvérsia sobre os atos, seja-lhes assegurado o exercício do mesmo controle sobre a atividade processual²³².

Assim, no processo judicial cabe ao juiz assegurar o contraditório entre as partes, garantindo-lhes a plena informação de tudo que acontece no feito, para que tenham a oportunidade de se manifestar e também de se contrapor a qualquer ato. Apesar de sujeito do processo, o juiz não é contraditor. Ele não atua em contraditório com as partes, já que não possui qualquer interesse na disputa e no resultado do

²³¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. p. 119-120.

²³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 113.

provimento. Com efeito, “o contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergências de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição”²³³.

Destarte, a função do juiz é dar plena efetividade ao contraditório, promovendo o tratamento isonômico das partes e a paridade de armas na disputa judicial.

A respeito, observa Moraes da Rosa:

A figura do juiz, desde o ponto de vista de sujeito do processo, demonstra que sua participação não é de mero autômato, mas está vinculado às decisões proferidas no curso do procedimento e no seu final, no exercício de sua função jurisdicional, sem olvidar os princípios informadores de sua atuação, mormente se adotada a matriz eminentemente acusatória. Assim é que apesar dessa participação – sujeito do processo –, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de contraditor, a qual é exercida pelos interessados, mas de terceiro, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios. Sua função é também a de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o devido processo legal, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada [...]”²³⁴.

A teoria de Fazzalari coloca o contraditório como elemento essencial do processo, cabendo ao juiz velar pela sua efetivação durante os atos que antecedem o provimento, garantindo a igualdade de tratamento entre os contraditores e o respeito às regras do jogo. A noção de processo como procedimento em contraditório é, portanto, elemento teórico de reforço para uma leitura constitucional do processo penal.

²³³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 104.

²³⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 134-135.

CAPÍTULO 3

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CARGA PROBATÓRIA

Neste capítulo realiza-se um breve resgate histórico da presunção de inocência, abordam-se seu conteúdo e suas funções no ordenamento jurídico, terminando por se analisar sua relação com a carga probatória²³⁵.

Deve-se registrar que parte da doutrina aponta diferença entre presunção de inocência e de não culpabilidade, adotando essa última formulação, de cunho negativo, por entender que a instauração da ação penal pressupõe um mínimo substrato probatório. Logo, seria inadequado sustentar uma presunção de inocência, havendo, sim, uma presunção de não culpabilidade até o advento de uma condenação²³⁶. Outros juristas preferem a expressão estado de inocência, asseverando que o tema não envolve qualquer presunção, mas um *status* de pleno gozo de direitos que o acusado possui enquanto não for declarada por sentença sua culpabilidade.

Em que pesem esses argumentos, parece que as expressões presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência trazem em sua essência o mesmo princípio humanitário construído e consolidado arduamente ao

²³⁵ Cabe aqui a breve anotação de que o processo penal serve de instrumento de reconstrução de fatos históricos (passado), a fim de que sejam analisados pelo juiz (presente). As provas funcionam como meio para reconstrução desses fatos e convencimento do julgador (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 535-536). Toda essa atividade deve ser exercida em conformidade com os princípios constitucionais do processo penal (Capítulo 1): imparcialidade do julgador, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, direito ao silêncio e não autoincriminação; inadmissibilidade das provas ilícitas. Logo, não é dado ao juiz assumir a iniciativa probatória. A gestão da prova fica restrita às partes (sistema acusatório). Esse é o modelo de processo penal delineado pela Constituição da República (Capítulo 2). Portanto, o juiz é o destinatário da prova tendente a reconstruir, de forma aproximativa, os fatos ocorridos. Desse modo, chega-se a uma verdade formal ou processual, mas nunca a uma verdade real (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 46-54). Conforme assevera Lopes Jr., “o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 555). Em suma, noção de verdade real é incompatível com um processo penal democrático. Daí porque este trabalho adota a perspectiva de uma verdade processual ou formal.

²³⁶ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 188.

longo da história do direito processual penal, cujo conteúdo não deve ser enfraquecido por diferenciações conceituais²³⁷. Ao contrário, deve-se agregar todos os elementos de cada uma dessas definições, consolidando um conceito amplo e forte, compatível com a magnitude desse princípio.

Ademais, a expressão presunção de inocência restou consagrada em inúmeros documentos internacionais, representando, portanto, uma tradição jurídica. A presunção de inocência possui um sentido político, de valor histórico, e não técnico-jurídico. Isto é, trata-se de uma escolha política em prol da liberdade e não propriamente uma presunção no sentido jurídico²³⁸. Por isso, adota-se, neste trabalho, a terminologia presunção de inocência.

3.1 BREVE RESGATE HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O direito grego é a primeira referência histórica de um sistema acusatório, no qual havia uma separação das funções de acusar e julgar, os juízes não tinham iniciativa probatória (essa função cabia às partes), o procedimento era público, oral, com argumentação em contraditório²³⁹.

No direito romano, no período da República, em que vigorava o sistema da *accusatio*, o processo penal também se apresentava essencialmente acusatório, haja vista que os julgadores não se envolviam na investigação, acusação e busca de provas. Limitavam-se a acompanhar a exposição da prova e os debates e, ao final, julgar a causa, num procedimento marcado pelo contraditório e oralidade²⁴⁰.

Entretanto, não se pode afirmar que referidos sistemas processuais operavam sob o influxo da presunção de inocência. A separação das funções de acusar e julgar, o distanciamento do juiz da gestão da prova, por si só, não garantiam a coerente e imparcial avaliação do material probatório produzido pelas partes, a não incidência de presunções de culpabilidade e a fundamentação racional

²³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 103.

²³⁸ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 188.

²³⁹ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 16-21.

²⁴⁰ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. p. 138.

e suficiente da sentença para uma condenação²⁴¹.

Além disso, no caso do direito romano, o modelo acusatório foi progressivamente sendo substituído pelo sistema inquisitório, formatado pelo perfil do novo regime (imperial) e pelas exigências de um poder centralizador. Buscando subsídios no antigo sistema da *cognitio*, de natureza inquisitorial, o sistema processual romano chamado *cognitio extra ordinem* terminou ofuscando por completo o modelo acusatório construído durante a República²⁴².

Sobre o tema, anota Moraes:

Em oposição ao sistema acusatório, o procedimento inquisitivo da “*cognitio extra ordinem*”, para satisfazer os anseios autoritários do Império Romano em formação e, simultaneamente, atender às necessidades de suprir um procedimento (ordinário) insuficiente, caracterizou-se por: a) os magistrados imperiais (“*cognitores*”) não dependiam da iniciativa de particular para deflagrar a “*persecutio criminis*”, mas, “*ex officio*”, isoladamente ou auxiliados por funcionários (“*curiosi*”, “*irenarchae*”, “*stationarii*” etc), investigavam, acusavam e, ao final, decidiam sem a participação de jurados; b) não haver regra definida para a produção e avaliação do material probatório colhido; c) supressão significativa, ou quase total, dos direitos à defesa, ao contraditório e à prova, uma vez que os debates das partes perderam seu valor de convencimento [...]”²⁴³

Destarte, no procedimento da *cognitio extra ordinem* bastava um mero indício para se iniciar, de ofício, a persecução penal e se lançar sobre o acusado uma presunção de culpabilidade. A prisão provisória tornou-se cada vez mais frequente, visando demonstrar o poder do Estado no combate à criminalidade. A tortura passou a ser adotada como instrumento de busca da verdade²⁴⁴. Isso transformava o imputado num objeto do processo, podendo ser submetido, inclusive, a suplícios físicos para que se descobrisse a verdade. O sistema processual operava com características opostas à presunção de inocência.

²⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 17.

²⁴² KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. p. 29-34.

²⁴³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 19-20.

²⁴⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 20-25.

Cabe registrar que o rigor desse sistema processual acabou sofrendo algum abrandamento pela exigência de sentenças fundamentadas, já que havia possibilidade de recurso, e pelas disposições mitigadoras que foram paulatinamente ganhando corpo, criando preceitos de julgamento em favor da liberdade e do acusado, tais como os princípios do *in dubio pro reo* e *favor rei*²⁴⁵. Aqui, para alguns doutrinadores, estaria a origem mais remota do princípio da presunção de inocência²⁴⁶.

Divergindo, Moraes assevera não ser correto afirmar que no direito romano tenha germinado o princípio da presunção de inocência. Primeiro, porque, independentemente do modelo ser acusatório (República) ou inquisitório (Império), menos ou mais rigoroso com o acusado, “a presunção de culpa sempre orientou a concepção e estruturação dos institutos processuais”²⁴⁷. Além disso, o aparato punitivo romano sempre foi moldado pelo direito penal do inimigo²⁴⁸.

Os séculos seguintes, na Europa Continental, foram ainda mais duros com os supostos infratores. Analisando o período da Alta Idade Média, registra Moraes:

Na primeira parte deste período medieval todos os institutos processuais eram precários ou inexistentes, o que impede a verificação de qualquer fator indiciário de presunção de inocência. No período medieval das ordálias, um segundo instante dessa fase histórica, a própria constatação da existência da presunção de culpa, como ideário para, na dúvida, submeter os acusados aos “juízos de deus”, expunge qualquer possibilidade de se tentar inserir aquele preceito humanitário. Por fim, na última fase desse quadrante histórico, com a retomada do poder de decidir pelo “dominus” (líder militar, político, ou religioso), reprimin-se com toda força o modelo inquisitivo destinado a atender aos reclamos de um “*direito penal do inimigo*” aos moldes romanos, notadamente na sua

²⁴⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 29.

²⁴⁶ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. p. 187. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 99. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 506. BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 27.

²⁴⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 38.

²⁴⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 39.

vertente de “*hostis alienígena*”. Assim, de qualquer modo e em todo esse período examinado, não se pode vislumbrar qualquer vestígio de presunção de inocência no direito processual penal²⁴⁹.

No período da Baixa Idade Média, o sistema inquisitório adquiriu sua feição mais perversa. Com os poderes concentrados no inquisidor, este investigava, acusava, instruía e julga o caso penal. Qualquer suspeita era suficiente para iniciar o processo, lançando sobre o réu uma presunção de culpabilidade, que eventualmente poderia ser afastada se ele comprovasse sua inocência. O julgador tinha compromisso com a verdade e para obtê-la podia utilizar todos os meios necessários, inclusive a tortura para extrair uma confissão. O acusado era tratado como um objeto no processo penal, em situação de manifesta desigualdade, sem direito à prova, sem contraditório, sem ampla defesa. A prisão era regra, haja vista que os indícios lançavam uma presunção de culpabilidade. A insuficiência de prova, deixando remanescente uma suspeita ou mera dúvida quanto à culpabilidade, consubstanciava uma semiprova, comportando um juízo de semiculpabilidade e, portanto, uma condenação a uma pena mais leve²⁵⁰.

O processo penal inquisitório consolidado durante o período medieval manteve-se reinante durante a Idade Moderna, até que as ideias iluministas prepararam o terreno para germinar a semente da presunção de inocência. Nas palavras de Moraes:

O procedimento inquisitivo, em sua versão medieval, desde seu resgate da cultura romana (séc. XII), passando por sua inserção paulatina e sua primazia como sistema mais usado (séc. XIII), até sua incidência, com quase exclusividade, em toda Europa Continental (até o último terço do séc. XVIII), teve quase seis séculos e meio de história. Se todo sistema inquisitivo, cedo ou tarde, conduz à sua deslegitimação devido às suas valhas intrínsecas (lógicas e psicológicas), a Inquisição foi mais além, foi ao cume da violência institucionalizada pelos povos, até então tidos como os mais civilizados. Foi desse final destemperado e ilegítimo que restaram as maiores marcas e lições do que não deve ser um sistema processual penal minimamente equilibrado e justo. Foi com a Inquisição que o processo penal conheceu, em tantos povos e por tão longo tempo, sua pior forma. Os anseios iluministas não desconsideraram, para fazer severas críticas, como o espírito inquisitivo forjou e utilizou o processo

²⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 47.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 506.

penal (inquisitivo) com instrumento de exercício do poder político estatal para imposição de seus desígnios e controle (aparentemente legalizado) dos seus adversários (opositores e hereges). Os reformadores perceberam que o sistema criminal da Inquisição (direito e processo penais) era a maior fonte de exemplos dos abusos e desmandos da política estatal até então reinante. Portanto, após haurirem os fundamentos fáticos para suas críticas ao desprezo com o ser humano, foi para ele que dirigiram suas maiores preocupações de desejos reformistas²⁵¹.

O Iluminismo (séculos XVII e XVIII)²⁵² trouxe profundas transformações nos campos político e jurídico, com reflexos no processo penal: é nessa quadra da história que ocorreu o reconhecimento e a positivação do princípio da presunção de inocência.

O pensamento iluminista propôs a razão como método condutor do conhecimento, combatendo os dogmas da Igreja e os privilégios do clero e da nobreza. As teorias contratualistas procuraram explicar o Estado como um ente criado com o escopo de regular o convívio social e atender aos interesses da coletividade, visando à proteção e ao bem estar dos indivíduos. A figura humana foi colocada em evidência, como fonte legitimadora da existência e atuação do Estado. A doutrina jusnaturalista defendeu a existência de direitos naturais (vida, liberdade, propriedade etc), inerentes ao indivíduo, responsáveis pela limitação do poder estatal.

Nesse contexto de novas e revolucionárias ideias surge a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), uma das treze colônias inglesas na América, considerada a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno²⁵³. Baseada nas obras dos pensadores iluministas, essa declaração

²⁵¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 69-70.

²⁵² CÁCERES, Florival; PEDRO, Antonio. **História Geral**. São Paulo: Editora Moderna, 1984. p. 195.: “O Iluminismo foi a ideologia da burguesia em ascensão: o pensamento iluminista foi um produto das transformações econômicas, políticas e sociais europeias ocorridas a partir do século XVII. Essas transformações foram: o desenvolvimento das técnicas de produção capitalistas, o domínio do poder político pela burguesia na Inglaterra e a ascensão da burguesia europeia. Na medida em que criticou o Estado absolutista e a política econômica do mercantilismo, preconizando a igualdade dos poderes e a liberdade de propriedade, representou a teorização dos interesses econômicos e políticos da ascendente burguesia. [...] o iluminismo criticava a explicação idealista-religiosa do mundo. Colocou a razão humana como guia do conhecimento e ação do homem: o uso da razão humana era considerado como a forma autêntica para a compreensão da natureza e da sociedade. O conhecimento e o domínio da natureza eram condições básicas da liberdade humana”.

²⁵³ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 36.

registrou, em seu artigo primeiro, a existência de certos direitos inatos, dos quais são titulares todos os seres humanos, sem a possibilidade de serem deles privados ou despojados²⁵⁴. Outrossim, embora sem o uso explícito da expressão, inscreveu em seu artigo oitavo a presunção de inocência como um desses direitos, ao garantir ao réu, em processos criminais, o direito de conhecer a acusação, de produzir provas em seu favor e não contra si mesmo, de ser julgado por um júri imparcial e de não ser considerado culpado e privado da liberdade senão por força da lei da terra e pelo julgamento de seus pares²⁵⁵.

Alguns anos depois, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), incorporada depois pela Constituição de 1791, reconheceu, juntamente com direitos como a liberdade, a igualdade e legalidade, a presunção de inocência como escudo protetor de toda e qualquer pessoa acusada criminalmente. Em seu artigo nono, essa declaração dispôs:

Art. 9. Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei²⁵⁶.

Além de barrar juízos baseados em presunções de culpabilidade, o dispositivo estabeleceu a presunção de inocência como norma de tratamento a todos os acusados, delineando a prisão, antes de uma sentença condenatória, como medida excepcional.

Mas o caminho para a consolidação da presunção de inocência como princípio fundamental do processo penal ainda não estava livre de percalços e retrocessos. A respeito, observa Moraes:

Como qualquer nova concepção juspolítica, ela também precisava de três fases para sua realização. Devia ser concebida, isto é, sentida a sua

²⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 101.: “1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”

²⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 102.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 139.

necessidade e importância, precisava ser trabalhada em termos racionais para sua concepção se moldar às características e vicissitudes do momento histórico. Como segundo passo, precisava ser materializada por meio de sua inscrição legal, inserida no mundo juspolítico por força de lei. Essas duas fases foram realizadas a contento. Todavia, não se chegou à terceira fase, consistente em uma criação sistêmica apta a implementar de modo detalhado aquela ideação pelo tempo necessário a que os novos institutos criassem raízes culturais nos operadores do direito²⁵⁷.

A histórica posituação constitucional da presunção de inocência não foi acompanhada da instalação e estruturação de um indispensável aparato institucional (institutos jurídicos, organização das estruturas judiciárias e administrativas etc.) apto a efetivar os desígnios humanitários projetados por aquele princípio²⁵⁸. Ademais, durante os séculos seguintes surgiram doutrinas políticas, sociológicas e jurídicas que se afastaram dos postulados iluministas, atacando fortemente o princípio da presunção da inocência²⁵⁹.

Muito tempo depois, após as tragédias causadas pela Segunda Guerra Mundial, com vergonhosas violações aos direitos humanos, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), buscando resgatar ideais iluministas da Revolução Francesa e o compromisso com valores supremos como a igualdade, a liberdade e a fraternidade e, especialmente, a dignidade da pessoa humana²⁶⁰.

Sobre esse momento histórico, assinala Moraes:

Passada aquela última Grande Guerra, todas as nações compreenderam que era necessário criar bases ético-sociais para a convivência pacífica de todos os povos e de todos os seres humanos, pouco importando suas características biopsicológicas, culturais, religiosas, sociais, linguísticas ou, ainda, a localização geográfica do Estado no planeta. Nessa

²⁵⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 95.

²⁵⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 96.

²⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 106-145. O autor menciona a Escola Positiva e a concepção do crime como um desvio decorrente de características pessoais do indivíduo (periculosidade), moldadas por fatores biopsicológicos ou sociais. Partindo dessa premissa, apontava-se como um erro a presunção (universal) de inocência, desconsiderando os indivíduos potencialmente perigosos e com tendências ao cometimento de crimes. Moraes também faz referência à Escola Técnico-Jurídica Italiana, que criticava fundamentos do pensamento iluminista, defendendo a supremacia do interesse público (direito-dever de punir do Estado) sobre os direitos individuais, numa visão de cunho autoritário e fascista.

²⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 209-211.

importante dimensão da evolução do ser humano em busca de sua plenitude para uma convivência pacífica, os seus direitos mais essenciais (“direitos humanos”) passaram a ser a preocupação primeira e a ter abrangência universal, pois passaram a ser elaborados para todo o (universo) humano sobre a Terra. [...] Essa indispensável criação de paradigmas universais de direitos humanos e sua força vinculativa tinham uma função preventiva imanente, qual seja, forçar os vários Estados-membros a aceitarem uma pauta mínima e indispensável de respeito aos direitos elementares do ser humano a fim de que, já ao nível interno de suas legislações, fossem neutralizados eventuais e futuros focos de autoritarismo e abusos contra ao ser humano: germes indefectíveis de violências e guerras internas e internacionais²⁶¹

O artigo XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo a necessidade de se respeitar a presunção de inocência e o devido processo legal, assentou:

1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa²⁶².

A partir daí vários documentos internacionais sobre direitos humanos passaram a acolher em seus textos a presunção de inocência: Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos (1950)²⁶³; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)²⁶⁴; Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica²⁶⁵; Convenção Européia de Direitos Humanos (1990)²⁶⁶; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

²⁶¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 175-176.

²⁶² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 218.

²⁶³ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 43.: “Artigo 6-2. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal deverá ser presumida inocente até provada a sua culpabilidade de acordo com a lei”.

²⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 276-277. Artigo 14: “2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a culpa”.

²⁶⁵ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 43. Artigo 8º: “II – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

²⁶⁶ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 51.: “[...] no item n. 2 do artigo 6 da Convenção Européia de Direitos Humanos, está previsto que qualquer pessoa acusada de uma infração é presumida inocente, enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada, ficando assim, reconhecida a presunção de inocência nessa convenção”.

(2000)²⁶⁷.

Os documentos internacionais, sobretudo aqueles pós-Segunda Guerra Mundial, influenciaram as constituições de vários países europeus (constitucionalismo do século XX), que passaram a assegurar, entre outros direitos fundamentais, a presunção de inocência. A Constituição Italiana de 1948 dispôs, em seu artigo 27, § 2º, que o acusado não é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória²⁶⁸. A Constituição Francesa de 1958, em seu preâmbulo, acolheu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, portanto, o princípio de que todo homem é considerado inocente até que seja declarada sua culpabilidade²⁶⁹. O artigo 32.2 da Constituição Portuguesa de 1976 declarou que todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória²⁷⁰. A Constituição Espanhola de 1978 estabeleceu, em seu artigo 24.2, que todos tem direito à presunção de inocência²⁷¹.

No Brasil, a presunção de inocência surgiu, pela primeira vez, na Constituição da República de 1988, a qual, no seu artigo 5º, LVII²⁷², estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, por meio do Decreto n. 678/92²⁷³, o ordenamento jurídico incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Desse modo, a previsão contida no artigo 8º, item 2, daquela Convenção (“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”) passou a integrar o

²⁶⁷ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 52.: “[...] no artigo 48, prevê a ‘presunção de inocência e direitos de defesa’, garantindo a todo arguido que seja presumido inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa [...]”.

²⁶⁸ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 55.

²⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 101.

²⁷⁰ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 59.

²⁷¹ BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. p. 62.

²⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁷³ BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 22 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

catálogo aberto de direitos fundamentais, nos moldes do artigo 5º, § 2º, da CRFB²⁷⁴.

3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O artigo 5º, LVII, da CRFB²⁷⁵, situado no título que trata dos direitos fundamentais, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Na leitura desse dispositivo deve-se ter em mente a distinção entre norma e enunciado normativo (ou texto normativo). O enunciado normativo é expresso pelo texto legal, considerado em sua literalidade. A norma é o significado que se extrai desse texto normativo, produto de sua interpretação²⁷⁶. Logo, a ausência da expressão “presunção de inocência” no citado texto normativo não pode dar margem à deturpação de seu sentido ou à restrição do seu alcance.

A Constituição da República de 1988 está inserida no cenário do constitucionalismo do século XX, marcado pelo surgimento de constituições dotadas de rigidez e, portanto, de supremacia em relação às demais normas do sistema jurídico, instituidoras de um Estado Democrático de Direito, assentado na primazia dos direitos fundamentais. O artigo 5º, LVII, da CRFB²⁷⁷ deve ser interpretado em conformidade com o cenário de redemocratização do país, pós-Ditadura Militar, no qual se tomou a decisão jurídico-política de positivizar na Constituição da República um vasto rol de direitos fundamentais, destinados a impor vínculos e limites ao poder estatal e a garantir a democracia em sua dimensão substancial.

Ademais, conforme assentado no primeiro capítulo, a Constituição da República assegura o direito fundamental ao devido processo legal, cujo conteúdo

²⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 213-214.

²⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

congrega e sintetiza todos os outros direitos fundamentais essenciais a um processo penal democrático (juiz natural, independente e imparcial; contraditório; ampla defesa; presunção de inocência; direito ao silêncio e não autoincriminação; inadmissibilidade das provas ilícitas; motivação das decisões). Ou seja, a presunção de inocência compõe a barreira de proteção formada pelos direitos fundamentais que, juntos e de forma interdependente, asseguram o devido processo legal.

Portanto, do enunciado normativo contido no artigo 5º, LVII, da CRFB²⁷⁸ extrai-se norma consagradora da presunção de inocência como um direito fundamental, revestido de fundamentalidade formal e material.

Essa norma de direito fundamental possui natureza de princípio, na medida em que encerra uma forte carga axiológica, isto é, uma opção política e um ideal a seguir, visando à proteção da liberdade de inocentes contra injustas intervenções do Estado. Trata-se de uma norma-princípio, que estabelece um valor a ser preservado²⁷⁹.

Além disso, a norma em questão estabelece razões *prima facie* e algo que deve ser realizado na maior extensão possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes²⁸⁰. No campo de sua aplicação, encontra “limitações

²⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁷⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 273.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 87-91. Para Alexy, regras e princípios são espécies de normas, porque ambas estabelecem o que deve ser. Tanto princípios quanto regras “[...] podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. [...] O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Há muitas críticas à teoria de Alexy, mas essa discussão foge dos limites deste trabalho. Apenas para registro, mencionam-se duas obras: FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repisando a distinção**

sistêmicas”²⁸¹, de modo que muitas vezes o fato da presunção de inocência valer, em tese, para determinado caso, não significa que será a razão determinante para decidi-lo.

De fato, apesar de assegurar a presunção de inocência como direito fundamental, a Constituição da República também admite a prisão provisória, de natureza cautelar, antes da existência de uma sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LXI, da CRFB²⁸²). Assim, muito embora seja excepcional, a prisão cautelar pode ser decretada, antes de comprovada em definitivo a culpabilidade, desde que presentes seus pressupostos legais de aplicação, mediante fundamentação suficiente e idônea, mitigando-se, segundo as circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto, a norma-princípio da presunção de inocência.

Sobre os destinatários do princípio da presunção de inocência, anota Giacomolli:

Destina-se, o princípio, a todos os cidadãos (pública proteção) em todas as suas relações, bem como a todos os agentes públicos, mormente aos titulares de atividades restritivas de direitos ou condutores destas (Polícia, Ministério Público, Magistrados), com ou sem atividade procedimental. São destinatários, também, os demais agentes, inclusive o legislador ordinário que, em seu atuar, possa partir da presunção contrária à da inocência, identificando (nome, imagem) a pessoa como culpada, antes de uma sentença penal condenatória definitiva²⁸³.

No tocante ao Poder Legislativo, a presunção de inocência influi (ou deveria influir) “nas escolhas e elaborações legais na medida em que, como princípio constitucional, precisa ser observada e respeitada pelo legislador”²⁸⁴. O princípio constitucional traz em seu âmago uma opção jurídico-política que deve ser prestigiada na elaboração das leis, norteando, assim, a atuação do legislador

entre regras, princípios e valores.

²⁸¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 273.

²⁸² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 104.

²⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 364.

ordinário. Isto é, a atividade do Poder Legislativo encontra limites estabelecidos pelo princípio da presunção de inocência, o que impede, por exemplo, a criação de lei que estabeleça a prisão como regra durante a persecução penal, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado²⁸⁵.

Com relação ao Poder Judiciário, a presunção de inocência, enquanto direito fundamental, orienta (ou deveria orientar) a interpretação e aplicação das leis. Ao Judiciário cabe velar pela efetividade da presunção de inocência como princípio que rege o tratamento que se deve dispensar ao acusado e a atividade de produção, análise e valoração de provas, para fins de julgamento.

No tocante ao Poder Executivo, a presunção de inocência impõe limites, sobretudo, à atuação de órgãos ligados à persecução penal (polícias civil e militar), de forma a garantir ao preso em flagrante, suspeito ou indiciado tratamento condizente com seu *status* constitucional de inocente.

Sobre o que representa o princípio da presunção de inocência na ordem jurídico-política constitucional, registra Moraes:

A finalidade da inserção constitucional da presunção de inocência é político-ideológica. O constituinte ao consagrá-la em tal nível normativo demonstrou uma escolha juspolítica clara: a *persecutio criminis* deve ter, em todos os seus instantes, um cunho garantidor e igualitário ao imputado, não se admitindo mais um sistema autoritário e desigual típico de regimes despóticos. [...] A presunção de inocência corporifica e empreende nova realidade ideológica nacional de conceber a justiça criminal (direito e processo penais). O sistema jurídico processual penal, portanto, deverá ser conformado, interpretado e aplicado conforme esses

²⁸⁵ Mas nem sempre o legislador opera sob o signo da presunção de inocência. Por exemplo, o Estatuto do Desarmamento estabeleceu, em seu art. 21, que os crimes definidos nos seus arts. 16, 17 e 18 seriam insuscetíveis de liberdade provisória (BRASIL. Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.). Ou seja, o legislador criou uma prisão antecipada (antes de uma sentença condenatória definitiva), baseada na natureza e gravidade dos crimes, independentemente da presença dos pressupostos da prisão cautelar, afrontando, assim, o princípio da presunção de inocência. A inconstitucionalidade do dispositivo foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, por atentar contra a presunção de inocência e a obrigatoriedade de fundamentação das ordens de prisão emanadas da autoridade judiciária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3112. Brasília, DF, 26 out. 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112>>. Acesso em: 31 set. 2015.).

desígnios. É dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Brasil junto à comunidade internacional colocando o país ao lado dos modernos sistemas persecutórios mundiais. Por ser escolha constitucional, a presunção de inocência conforma e orienta todos os poderes públicos e agentes privados em seus atos, funções, atribuições, poderes e deveres²⁸⁶.

Com efeito, a presunção de inocência, como princípio jurídico-político, indica a clara opção por um modelo democrático de processo penal, em conformidade com os direitos fundamentais, sobretudo o devido processo legal, e os demais postulados do Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe registrar que a presunção de inocência possui relação com os tradicionais princípios *favor rei* e *in dubio pro reo*, comumente aplicados no processo penal, mas com eles não se confunde, porque seu conteúdo é muito mais abrangente.

Moraes explica:

“In dubio pro reo” traz em si uma ideia de que há “dúvida” (“in dubio”) e de que ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu (“pro reo”). “Favor rei”, por sua vez, é uma escolha valorativa que não tem como causa a “dúvida”, sua base informadora são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal²⁸⁷.

Tourinho Filho anota que o princípio *favor rei* está representado por várias disposições legais favoráveis ao réu, como a proibição da *reformatio in pejus* (art. 617 do CPP²⁸⁸), os embargos infringentes como recurso exclusivo da defesa (art. 609, parágrafo único, do CPP²⁸⁹), a revisão criminal como direito exclusivo do réu

²⁸⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 355-356.

²⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 365.

²⁸⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁸⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

(art. 621 do CPP²⁹⁰), a decisão em favor do acusado na hipótese empate de votação no julgamento pelo Tribunal (art. 615, § 1º, do CPP²⁹¹)²⁹². Assim, verifica-se a incidência o princípio *favor rei* no campo legislativo, por meio da criação de institutos jurídicos e dispositivos legais exclusivos do réu ou a ele favoráveis, mas também na seara judicial, haja vista a necessidade de interpretar essas disposições em prol do acusado.

O princípio *in dubio pro reo* tem como pressuposto de aplicação uma dúvida do julgador com relação aos fatos, gerada pela dubiedade ou insuficiência dos elementos probatórios. Diante da inafastável dúvida, em qualquer momento decisório, o juiz deve optar solução mais favorável ao réu. Logo, esse princípio incide apenas no campo judicial²⁹³.

Considerando que a presunção de inocência é um direito fundamental, responsável pela conformação de um modelo de processo penal, seu conteúdo é mais amplo do que os dos princípios *favor rei* e *in dubio pro reo*. Mas não há dúvida que esses dois princípios são manifestações, em sentido mais restrito, da presunção de inocência²⁹⁴.

A presunção de inocência deve ser compreendida como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo (ou de julgamento).

Como norma de tratamento, a presunção de inocência impõe que o acusado seja tratado de acordo com seu estado de inocente e que, portanto, sejam respeitados seus direitos fundamentais como a liberdade, a intimidade, privacidade, a integridade física e moral²⁹⁵.

²⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 30.

²⁹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 365-366.

²⁹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 367.

²⁹⁵ A presunção de inocência, como regra de tratamento, aplica-se também na fase pré-processual,

Do ponto de vista interno do processo, o acusado não pode sofrer constrangimento incompatível com o seu estado de inocência. As medidas que resultam em privações e restrições a direitos fundamentais somente são admissíveis quando revestidas dos pressupostos cautelares previstos em lei e amparadas na Constituição da República.

Desta forma, muito embora não haja dúvida acerca da admissibilidade da prisão provisória, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, ante a disposição permissiva contida no artigo 5º, LXI, da CRFB²⁹⁶, não se admite qualquer tipo de antecipação da pena e seus efeitos. Ou seja, a prisão, antes de declarada a culpabilidade, tem natureza excepcional e apenas é admissível quando estritamente necessária, conforme os pressupostos fático-jurídicos de natureza cautelar, indicados e demonstrados em decisão fundamentada.

Assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal em valioso precedente:

[...] “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. [...] A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função

durante o inquérito e quando são analisados pedidos cautelares, como busca e apreensão, prisão preventiva, interceptação telefônica. Destarte, tudo que se consigna aqui, no tocante ao acusado, vale também para o investigado ou indiciado.

²⁹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. [...] A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes²⁹⁷.

Partindo-se da presunção de inocência, é necessário tratar o acusado de forma condizente com esse *status*, evitando ao máximo as restrições aos seus direitos fundamentais, de modo que medidas restritivas devem ser aplicadas somente quando tiverem natureza cautelar e forem efetivamente necessárias a resguardar os fins da persecução penal.

Fora do processo, o réu também deve ser tratado em conformidade com o direito fundamental da presunção de inocência, evitando-se a exposição abusiva dos fatos objeto da ação penal e da imagem daquele que é presumidamente inocente, até que seja comprovada e declarada sua culpabilidade.

Lopes Jr. assevera:

Externamente ao processo, a presunção de inocência 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

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94194, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma. Brasília, DF, 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894194%2E%2E+O+U+94194%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q4vj9op>>. Acesso em: 3 out. 2015.

torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência²⁹⁸.

Como norma probatória, a presunção de inocência é o referencial para identificar, no processo penal, quem deve provar, por meio de quais provas e o que deve ser provado²⁹⁹. Esse ponto apresenta especial relevância para a temática e os objetivos deste trabalho e, por isso, será analisado, em separado, no item seguinte.

A presunção de inocência como norma de juízo incide no momento de analisar o material probatório existente no processo, seja para proferir uma decisão, como recebimento da denúncia, decretação da prisão preventiva ou decisão de pronúncia, seja para proferir uma sentença³⁰⁰.

De acordo com Moraes:

A partir dessa orientação axiológica de natureza constitucional, o juiz deverá decidir a cada instante em que for chamado para apreciar os direitos do cidadão. Isso faz com que a incidência do “in dubio pro reo” e do “favor rei” não se dê apenas no instante do julgamento do mérito de uma causa, mas ocorra durante todo o curso da persecução, seja para decidir medidas restritivas aos direitos fundamentais do cidadão ou seja para decidir sobre a legitimidade da progressão persecutória em suas várias fases de procedimentos³⁰¹.

Enquanto norma de juízo, a presunção de inocência impõe ao juiz a tarefa de analisar a suficiência do material probatório produzido, a fim de decidir se aquele direito fundamental deve ser ou não mitigado, para, por exemplo, recebimento da denúncia³⁰² ou decretação da prisão preventiva³⁰³, ou completamente afastado, para

²⁹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 239.

²⁹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 462.

³⁰⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 468.

³⁰¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 470.

³⁰² Para que a denúncia seja recebida é necessária a presença da justa causa, entendida como a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade. A justa causa consiste no conjunto de elementos, geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial), que justificam admitir a acusação e processar o imputado (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 380). Como a presunção de inocência é direito fundamental do acusado, para receber a denúncia o juiz deve estar convencido acerca da presença da justa causa. Em caso de dúvida, deve rejeitar a denúncia, sendo completamente descabido decidir com base no falso princípio *in dubio pro societate*, o qual não encontra amparo na Constituição da República ou em norma infraconstitucional, afigurando-se como

se prolação de uma sentença condenatória.

É claro que a avaliação qualitativa e quantitativa do acervo probatório deve ser mais rigorosa e profunda no momento da sentença do que nas decisões proferidas no curso da persecução penal, como recebimento da denúncia e decretação de medidas cautelares. Ou seja, a barreira da presunção de inocência, a se transpor, é muito mais forte para uma condenação do que para receber uma denúncia ou decretar uma prisão cautelar. Mas em todas essas etapas processuais a presunção de inocência tem incidência obrigatória como norma de juízo.

Nesse sentido escreve Moraes:

A presunção de inocência somente poderá ser afastada se e quando o julgador demonstrar em sua motivação que, baseado em prova incriminadora lícita, atingiu o estado subjetivo de certeza necessário para decidir em desfavor do imputado, seja decretando sua prisão provisória, seja autorizando o início da ação penal, seja determinando qualquer medida restritiva de seus direitos, seja condenando-o³⁰⁴.

Ao analisar o material probatório constante do processo o juiz pode chegar a três diferentes conclusões³⁰⁵: i) certeza que deve decidir contra o acusado; ii) certeza de que deve proferir decisão favorável ao imputado; iii) dúvida sobre decidir contra ou a favor do acusado. Nas duas primeiras hipóteses, o juiz deve trilhar o caminho para o qual aponta sua certeza. Na terceira situação, contudo, a dúvida não permite romper a barreira da presunção de inocência. Logo, o juiz deve decidir em favor do réu. Aplica-se, nesse último caso, a máxima do *in dubio pro*

um absurdo lógico-jurídico (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 412-416).

³⁰³ Para decretação da prisão preventiva devem estar presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015), referidos pela doutrina como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Qualquer dúvida razoável quanto a algum desses pressupostos obriga o juiz a indeferir o pedido de prisão preventiva, em respeito à presunção de inocência, como norma de tratamento e norma de juízo.

³⁰⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 472.

³⁰⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 472-473.

reo³⁰⁶.

Especificamente para a prolação de uma sentença condenatória, há necessidade de que as provas acerca da ocorrência do crime e sua autoria sejam suficientes para justificar o afastamento da presunção de inocência. De fato:

Da certeza (juspólitica) do “estado de inocência” somente poderá se atingir a certeza oposta (culpabilidade) se as provas incriminadoras forem eficazes e adequadas o suficiente para retirar da mente judicial qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer ponto indispensável para a condenação³⁰⁷.

Para que haja uma condenação, o acervo probatório deve ser robusto, coerente e convincente, permitindo que o julgador atinja um grau seguro de certeza, imune a qualquer dúvida razoável. Conforme acentua Giacomolli, “o grau de potencialidade do estado de inocência afasta qualquer juízo condenatório lastreado em supedâneo probatório insuficiente”³⁰⁸. Ao arremate, assevera citado jurista:

A prova é suficiente para dar suporte a um juízo condenatório quando afastar a dúvida razoável acerca da existência do crime, de todos os seus elementos, da autoria, ademais de fornecer um conjunto sólido acerca da satisfação da pretensão acusatória, de atribuir razão ao direcionamento afirmado pela acusação na imputação. Cada elemento fático ou circunstancial que interferir na autoria, materialidade ou nos componentes do delito e da culpabilidade comporta enfrentamento suficiente. Há suficiência quando o exame das provas, em seu conjunto, tiver capacidade para afastar, de forma bastante contundente, hábil, em grau superior e racional, o estado de inocência; quando possuir entidade para removê-lo do sujeito na situação concretizada e discutida no processo, de modo que não reste argumento adequado a sua manutenção. Exige-se mais que a mera diminuição, a perda de equilíbrio ou a redução do estado de inocência à formatação do juízo condenatório, ou seja, exige-se a sua

³⁰⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 406.: “Como se percebe, o ‘in dubio pro reo’ não incide apenas na decisão de mérito da causa, ou seja, quando se decida pela culpa ou pela inocência do imputado. Ele integra a norma de juízo em cada e em todas as decisões judiciais penais que impliquem restrições à esfera de direitos do cidadão decorrentes da persecução penal. Assim, p. ex., 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 [...] Em regra, em todos os instantes de dúvida fática judicial o ‘in dubio pro reo’ deverá ser obedecido como manifestação da presunção de inocência”.

³⁰⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 475.

³⁰⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 108.

quebra, o seu afastamento, no caso concretizado nos autos³⁰⁹.

Assim, desde o início do processo até seu encerramento milita em favor do réu a presunção de inocência como norma de juízo. Por isso, todas as decisões que afetam direitos fundamentais do acusado devem estar amparadas em suficientes elementos probatórios, de acordo, é claro, com a profundidade da cognição exigida em cada momento processual. Inexistindo prova suficiente ou havendo dúvida, prevalece a decisão mais favorável ao réu, por força da presunção de inocência.

3.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

A presunção de inocência, como norma probatória, define quem deve produzir a prova no processo penal, por qual meio e o que deve ser provado.

Verificou-se, no capítulo anterior, que a carga resulta do interesse em prevenir um prejuízo processual e, pensando no desfecho do processo, afastar as perspectivas de uma sentença desfavorável³¹⁰.

No processo penal, a narrativa acusatória consiste numa hipótese que pode ou não vir a ser comprovada no decorrer do processo. A tese da acusação somente pode ser acolhida, na sentença, se amparada por suficiente material probatório (presunção de inocência como norma de juízo). Logo, a carga probatória recai, exclusivamente, sobre a acusação (presunção de inocência como norma probatória). Isto é, a acusação tem a tarefa de exercer, de forma exitosa, a atividade probatória, a fim de evitar prejuízo processual e prevenir os riscos de uma sentença desfavorável, haja vista que o réu, desde o início, está protegido pelo manto da presunção de inocência.

Sobre o assunto, assevera Giacomolli:

[...] diante do estado de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de

³⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica**. p. 108.

³¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 73-88.

culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. É inexigível, a partir do estado de inocência, qualquer atividade ativa do suspeito, indicado ou acusado para demonstrar a sua inocência (desobrigação do imputado do encargo de provar a sua inocência). Não é o estado de inocência que necessita de prova no processo penal. Na falta de prova da culpabilidade do imputado, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário *status* de inocência, afastando, inclusive, o estado de incerteza gerado pela hipótese acusatória. O encargo probatório imputacional é exclusivo da acusação, no processo penal, bastando à defesa tornar crível a sua alegação, na medida em que a exigência demonstrativa é da culpa e não do estado de inocência. Isso não impede que a defesa, tanto na dimensão pessoal quanto técnica, aproveite as oportunidades processuais e também produza prova e contraprova, na dialética contraditória, no espaço processual argumentativo para manter o *status libertatis*³¹¹.

Por força da presunção de inocência, não se aplica, no processo penal, a regra da distribuição do ônus da prova, importada do processo civil, por meio da teoria geral do processo³¹². Toda carga probatória, no processo penal, pesa sobre a acusação. O acusado nada precisa provar porque inicia a batalha processual em estado de inocência, cuja barreira deve ser destruída pela acusação para que se chegue a uma sentença condenatória. Desse modo, a distribuição do ônus da prova é incompatível com a presunção de inocência e, de forma mais abrangente, com uma leitura constitucional do processo penal.

Se, devido à presunção de inocência, a carga probatória é sempre da acusação, em hipótese alguma pode inversão do encargo probatório. Entretanto, não é difícil encontrar julgados que consideram que a apreensão da coisa furtada em poder do acusado acarreta a inversão do “ônus da prova”, cabendo ao réu apresentar justificativa inequívoca para a posse do bem³¹³. Ocorre que essa

³¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. p. 105-106.

³¹² BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”.

³¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0001945-91.2009.8.26.0459. Relator Grassi Neto. 8ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 8 de out. 2015. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8882409&cdForo=0&v1Captcha=wwjsd>>. Acesso em: 12 out. 2015.: “Furto – Apreensão da res em poder do acusado – Inversão do ônus probatório – Entendimento. A apreensão da res em poder do acusado acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem. [...]”. Cita-

assertiva é materialmente inválida, porque contrária ao princípio constitucional da presunção de inocência³¹⁴, e, conseqüentemente, incompatível com um processo penal democrático.

O art. 156 do CPP³¹⁵ deve passar, obrigatoriamente, pela filtragem constitucional. É necessário que esse dispositivo seja interpretado em conformidade com a presunção de inocência, norma superior e direito fundamental de todo indivíduo processado. O réu, no processo penal, não precisa fazer prova de sua inocência. A Constituição da República garante-lhe esse *status*. Logo, o réu não tem o encargo de provar o que alega. O acusado tão-somente assume os riscos da perda de uma chance probatória³¹⁶, quando não há o aproveitamento da possibilidade de produzir determinada prova. Ao desperdiçar uma chance probatória, o réu apenas tem diminuída a expectativa de uma sentença absolutória.

Já quando o réu alega e comprova determinado fato, como um álibi, obtém uma vantagem processual, pelo aproveitamento de uma chance³¹⁷, resultando no reforço do seu estado de inocência. Nessa hipótese não há qualquer deslocamento da carga probatória, que permanece com a acusação. Ou seja, o acusado pode aproveitar a possibilidade de fazer prova de fato que lhe trará uma vantagem processual. Mas a carga probatória continua sendo da acusação.

se este julgado a título exemplificativo. Há inúmeros acórdãos, de vários tribunais, que seguem esse entendimento.

³¹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. p. 1481.: “A inversão do ônus da prova a partir da simples posse do objeto subtraído, assim, ao exonerar a acusação de comprovar o fato típico (subtrair), atribuindo ao acusado o ônus de apresentar versão fidedigna da não-culpabilidade, subverte a garantia da presunção de inocência (art, 5º, LVII, da CF), violando a Constituição da República. Trata-se, pois, de argumento materialmente inválido. Dessas considerações resulta que o emprego inconsciente e irrefletido da presunção de autoria do portador da coisa furtada para a comprovação do ato penal de subtrair coisa alheia, não possuindo sustentação nas concepções lógico-formal e material da argumentação, significa a adoção de um argumento falacioso em forma de paralogismo”.

³¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem fizer [...]”.

³¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 550.

³¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. p. 73-88

Sobre a questão, registra Lopes Jr.:

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito ao silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável. Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese³¹⁸.

Cabe à acusação, portanto, liberar-se de sua carga probatória, ao longo do processo, por meio de provas lícitas, mediante a garantia da jurisdição, sob a regência do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A carga probatória da acusação abrange todos os fatos necessários à configuração do crime (fato típico, antijurídico e culpável) e demonstração da autoria. Dessarte, a acusação deve comprovar todos os elementos do tipo penal³¹⁹, a antijuridicidade da conduta³²⁰ e a culpabilidade do réu.

³¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 549-550.

³¹⁹ Na jurisprudência é comum encontrar a afirmação de que cabe ao acusado do cometimento de crime de roubo com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP) o “ônus” de provar a falta de idoneidade do armamento (potencialidade lesiva), mormente quando alega o uso de arma de brinquedo. A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 314.292/SP**, da 5ª Turma. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500084595&dt_publicacao=25/08/2015>. Acesso em: 20 de outubro de 2015. Esse entendimento, porém, viola a presunção de inocência e, portanto, a Constituição da República, baseando-se em uma leitura rasa e descuidada do art. 156 do CPP, sem a necessária filtragem constitucional. A carga probatória é sempre da acusação, que tem o encargo de comprovar todos os elementos configuradores do tipo penal e, conforme o caso, da causa especial de aumento de pena alegada. Ou seja, a acusação tem a carga de comprovar que o objeto usado para ameaçar a vítima era uma arma de fogo, em sentido técnico-jurídico, com potencialidade lesiva, gerando, portanto, aumento do risco ao bem jurídico. Se a acusação não demonstrar, por prova pericial ou testemunhal (se, por exemplo, houve um disparo), o emprego de arma de fogo, considera-se que não se liberou de uma carga probatória e, assim, a causa de aumento de pena não pode ser reconhecida na sentença. É inadmissível que, por política criminal, a Constituição seja deixada de lado, subtraindo do réu o direito fundamental da presunção de inocência que, na dimensão de norma probatória, isenta-o do encargo de produzir prova no processo penal.

³²⁰ Diversos julgados sustentam que é “ônus” do réu comprovar a tese de legítima defesa. Para exemplificar: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2015.036500-5**, da 4ª Câmara Criminal. Florianópolis, 20 de agosto de 2015. Disponível em:

A presunção de inocência, enquanto norma probatória, estabelece a regra do jogo processual: para fazer triunfar a hipótese acusatória, a acusação precisa se liberar de várias cargas probatórias ao longo do processo, de forma a evitar prejuízo processual e eliminar os riscos de uma sentença desfavorável; nenhuma carga probatória recai sobre o acusado, mas este pode aproveitar as chances que surgem no processo, visando obter alguma vantagem processual e, assim, aumentar as expectativas de uma sentença absolutória. Haja vista que o réu larga absolvido, a carga probatória é toda e sempre da acusação³²¹.

Há, na Constituição da República, uma escolha jurídico-política que prestigia a liberdade e limita o poder punitivo estatal, a qual precisa ser respeitada. Na presunção de inocência reside o núcleo fundante do sistema probatório processual penal. Urge, portanto, ajustar as coordenadas do processo penal, buscando seu alinhamento àquele princípio, mormente no campo probatório.

A resistência doutrinária e jurisprudencial, porém, ainda é grande. Na crítica de Moraes:

A população em geral, incluídos os operadores do direito, não obstante não negue sua existência em nível constitucional, toma a “presunção de inocência” como algo por demais abstrato e sem efetividade. Para além disso, não raras vezes, conforme se divulga pelos meios de comunicação, é tida como óbice à realização da repressão punitiva estatal. Pela perspectiva do imputado, seja ou não inocente, ela sempre vem de forma insuficiente e determinada por critérios judiciais exclusivamente subjetivos e aleatórios, o que impossibilita criar um esteio seguro para a

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000UTK00000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8393736&pdf=true>>. Acesso em 10 de outubro de 2015. Mas não é esse o melhor entendimento à luz da presunção de inocência. É certo que o réu tem, no processo penal, a possibilidade de produzir provas tendentes a clarear, na visão do julgador, a existência da causa de justificação. Entretanto, não se trata de uma carga probatória (e também não é um “ônus”). Primeiro, porque muitas vezes a simples alegação de que o réu agiu em legítima defesa é suficiente, diante do material probatório constante dos autos, para causar dúvida sobre existência do crime. E a dúvida sempre beneficia o acusado, por força do *in dubio pro reo*. Em segundo lugar, só há crime se a conduta do réu for antijurídica. Então, é a acusação que possui a carga de provar a antijuridicidade da conduta e, portanto, a ausência de legítima defesa. Não se trata de fazer prova negativa e sim demonstrar que o réu agiu praticando fato típico e antijurídico, sem que estivesse autorizado por uma causa justificadora. Ou seja, “se o réu aduzir a existência de uma causa de exclusão de ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe [...]” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 552).

³²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 182.

compreensão de sua extensão e possíveis restrições³²².

O desafio é, portanto, levar a sério a presunção de inocência, reconhecendo-a como um direito fundamental cuja observância é essencial para que se tenha um processo penal democrático.

³²² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. p. 337.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho tratou-se de investigar o problema formulado e as hipóteses levantadas. As conclusões surgiram durante a elaboração do relatório de pesquisa. Cabe, então, sintetizá-las, nessas considerações finais.

No Capítulo 1, constatou-se a vinculação entre constitucionalismo, Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais. É com o constitucionalismo contemporâneo que a Constituição, dotada de rigidez, impõe sua supremacia e sua força normativa no ordenamento jurídico, tornando-se o parâmetro de validade formal e material das leis e dos atos estatais e particulares. Marcada por forte conteúdo axiológico e pelo reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, a Constituição deixa de ser mero documento político para se transformar em instrumento jurídico de proteção das relações entre Estado e indivíduo, bem como entre particulares, e de realização dos objetivos delineados pelos princípios constitucionais. Surge nesse contexto o Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição o principal instrumento garantia jurídica, e que se caracteriza por: ordenação, regulação e limitação do poder político; organização democrática da sociedade, de forma a garantir o pluralismo político e a participação popular; compromisso com a legalidade, com a igualdade em ambas dimensões (formal e material) e com a justiça social; garantia dos direitos fundamentais, nos quais se localiza o substrato da democracia material.

Por tudo que representam a Constituição, o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais é que se afirmou, ainda no Capítulo 1, a necessidade de um processo penal também democrático. Para isso, é essencial observar os princípios da interpretação constitucional e os princípios constitucionais do processo penal. Ainda, deve-se compreender a instrumentalidade constitucional do processo penal, o qual não serve apenas como instrumento para manifestação do poder-dever de punir do Estado, mas como garantia dos direitos fundamentais do imputado. É preciso, portanto, ler, interpretar e aplicar o processo penal a partir da Constituição da República.

Essa leitura constitucional do processo penal exige rever noções jurídicas

repetidas de forma acrítica pela doutrina e buscar outros aportes doutrinários de sustentação. Assim é que, no Capítulo 2, demonstrou-se que não faz mais sentido insistir na discussão entre dois sistemas processuais penais históricos: inquisitório e acusatório. Contudo, não é dado sustentar a existência de um sistema misto. Em que pese a relevância de conhecer as características dos dois sistemas históricos (inquisitório e acusatório), inclusive para perceber a falácia do sistema misto, o embate resta superado na medida em que se percebe a existência um sistema processual penal constitucional a ser observado. De forma semelhante, apontou-se o equívoco em continuar estudando o processo penal a partir da teoria geral do processo. O processo penal, de matriz constitucional, reclama bases e categorias próprias, que não podem ser hauridas da teoria geral do processo, pensada para o processo civil.

Ainda no Capítulo 2, discorreu-se sobre a noção de processo como situação jurídica (Goldschmidt), a qual melhor expressa o que se passa no processo penal: uma batalha que se desenvolve, de forma dinâmica, num ambiente de insegurança e incertezas geradas por expectativas de um julgamento vitorioso e ameaças de uma sentença desfavorável, tudo dependendo do aproveitamento das possibilidades e da liberação de cargas. No decorrer do processo as partes passam por várias situações processuais, nas quais se alternam expectativas e perspectivas, respectivamente, de uma sentença favorável ou desfavorável. Em cada situação pode haver uma oportunidade ou uma carga processual. O aproveitamento dessa oportunidade ou a liberação dessa carga pode encaminhar a parte rumo a uma sentença favorável. A carga processual não consiste num dever ou obrigação. Trata-se de um imperativo do interesse da parte em prevenir um prejuízo processual e neutralizar as perspectivas de uma sentença desfavorável, mediante a realização de determinado ato proveitoso no processo.

Ao final do Capítulo 2, registrou-se a importância de compreender o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari). O procedimento, enquanto preparação de um provimento, caracteriza-se por uma sequência de normas, atos e posições jurídicas em conexão. Nesse procedimento devem participar, em simétrica paridade e igualdade de oportunidades, os sujeitos que

serão afetados pelo provimento. O processo deve ser entendido, portanto, como o procedimento que se desenvolve em contraditório entre sujeitos que defendem interesses conflitantes, com escopo de obtenção de um provimento favorável, do ponto de vista de cada contraditor. Essa percepção do processo como procedimento em contraditório serve como elemento de reforço para uma leitura constitucional do processo penal.

Iniciou-se o Capítulo 3 com uma análise histórica da presunção de inocência, abordagem que permitiu verificar o caminho lento e penoso de seu processo de reconhecimento e positivação. Também restou claro que a presunção de inocência é um princípio de defesa da liberdade cuja relevância atravessa fronteiras, em decorrência de sua positivação em documentos internacionais e nas Constituições de vários países.

Num segundo momento, discorreu-se sobre a presunção de inocência no cenário brasileiro. Verificou-se que a presunção de inocência é um direito fundamental reconhecido expressamente pela Constituição da República, possuindo fundamentalidade material e formal. Trata-se de uma norma-princípio, na medida em que encerra uma forte carga axiológica, isto é, uma opção política e um ideal a seguir, protegendo a liberdade de inocentes contra injustas intervenções do Estado. Destina-se a todos os órgãos e agentes integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, aplicando-se, também, às relações entre particulares. Como norma de tratamento, a presunção de inocência impõe que o réu, enquanto não houver uma sentença condenatória transitada em julgado, seja tratado de acordo com seu *status* de inocente e que, portanto, sejam respeitados seus direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade, a privacidade, a integridade física e moral. Como norma probatória, a presunção de inocência define quem, no processo penal, deve provar, por qual meio e o que deve ser provado. Como norma de juízo, a presunção de inocência obriga o magistrado a, diante da dúvida ou insuficiência de provas, tomar sempre a decisão mais favorável ao imputado.

Ao final do Capítulo 3, investigou-se a relação entre presunção de inocência e carga probatória. Constatou-se que a presunção de inocência, direito fundamental de todo acusado, isenta-o de qualquer carga probatória. Isto é, o réu

nada tem que provar no processo penal, porque presumidamente inocente. Eventualmente, pode aproveitar uma chance processual, fazendo a prova de fato que pode aumentar as expectativas de uma sentença favorável. Contudo, a carga probatória, no processo penal, recai exclusivamente sobre a acusação. Por isso, é equivocado pensar em distribuição ou inversão do ônus da prova no processo penal.

Ao cabo desta pesquisa, parecem ter sido confirmadas as hipóteses lançadas no início.

A Constituição da República é o instrumento básico de garantia do Estado Democrático de Direito. A interpretação constitucional assenta-se no pressuposto da supremacia e da força normativa da Constituição em relação às demais leis. Logo, toda a legislação processual penal deve passar pelo filtro constitucional. O processo penal deve ser lido e interpretado a partir da Constituição da República. Os direitos fundamentais, por integrarem a base do Estado Democrático de Direito e representarem o substrato da democracia substancial, precisam ser observados e efetivados. Portanto, é forçoso que se tenha um processo penal democrático.

Ler o processo penal a partir da Constituição da República requer a busca por novos aportes teóricos e a superação de algumas noções repetidas de forma irrefletida, como mantras, pela doutrina. Pensar a partir de um sistema processual penal constitucional, romper com a teoria geral do processo e prestigiar as noções de processo como situação jurídica e procedimento em contraditório são exemplos do avanço necessário a uma leitura constitucional do processo penal.

A presunção de inocência é direito fundamental do acusado. Respeitá-lo é compromisso com um processo penal democrático. Por força da presunção de inocência, que representa o núcleo fundante do sistema probatório no processo penal, a carga probatória é toda e sempre da acusação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BENTO, Ricardo Alvez. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. 5. tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 22 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 314.292/SP**, da 5ª Turma. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500084595&dt_publicacao=25/08/2015>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3112. Brasília, DF, 26 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112>>. Acesso em: 31 set. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94016. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001039&base=baseAcordaos>>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94194, Relator Min. CELSO

- DE MELLO, Segunda Turma. Brasília, DF, 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894194%2E+OU+94194%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q4vj9op>>. Acesso em: 3 out. 2015.
- BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. Título original: Excepciones procesales y presupuestos procesales.
- CÁCERES, Florival; PEDRO, Antonio. **História Geral**. São Paulo: Editora Moderna, 1984.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. ISSN 1980-7791.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica**. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Tradução de Leandro Farina. Leme: Forum, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. tomo 1.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.
- KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, 1998.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Breve esboço a respeito da inexistência de uma teoria geral do processo**. JusBrasil. 25 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/136366512/breve-esboco-a-respeito-da-inexistencia-de-uma-teoria-geral-do-processo>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Recurso eletrônico. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Free_fccfd12-1b65-40f1-9bd9-701ff571a09a.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. **Revista**
- ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.
- SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza: paralogismo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2015.036500-5, da 4ª Câmara Criminal. Florianópolis, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000UTK00000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8393736&pdf=true>>. Acesso em 10 out. 2015.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0001945-91.2009.8.26.0459. Relator Grassi Neto. 8ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 8 de out. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8882409&cdForo=0&vIaptcha>>

=wwjsd>. Acesso em: 12 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.