

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Neida Terezinha Leal Floriano¹

Considerações iniciais

No modelo de Estado contemporâneo, centrado na idéia de valorização do ser humano, a Constituição brasileira de 1988, destaca-se como uma das Cartas constitucionais, de maior relevo na consolidação de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988) se impõe como núcleo essencial de todo ordenamento jurídico, como critério de informação e instrumento de valoração para orientar e construir a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Dessa forma, o valor da dignidade da pessoa humana, da cidadania, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais constroem a principiologia constitucional que irá sustentar a estrutura jurídico-normativista de uma sociedade moderna. Essa concepção revela o Direito contemporâneo que afasta a idéia de um ordenamento jurídico sem valores éticos e recepciona a normatividade dos princípios, aproximando a ética e o Direito.

Nesse contexto, a proteção das garantias fundamentais é tarefa de construção que possui assentamento nos princípios fundamentais constitucionais como valores “fundantes” e “regentes” de todo o ordenamento jurídico-penal². Tais princípios devem orientar o legislador pelas necessidades mínimas de intervenção da esfera penal, como forma de respeitar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

O princípio da presunção de inocência disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República é uma das mais importantes garantias constitucionais, porquanto se reveste em uma prerrogativa de tratamento conferida a todos que estão sendo investigados ou processados criminalmente, vez que a partir dessa concepção o indivíduo atinge o *status* de sujeito de direitos, deixando de ser tão-somente objeto de investigação

¹ Advogada. Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal Contemporâneo. Professora da URCAMP e da Faculdade São Francisco de Assis - UNIFIN. Mestre em Direito da UNISC.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65-6.

e/ou de persecução penal, podendo, inclusive, ser traduzido como um instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Assim, a exegese do texto constitucional torna-se fundamental para assegurar a proteção da liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal, notadamente, quando houver desrespeito e/ou violações às garantias fundamentais preconizadas em um Estado Democrático de Direito.

1. A matriz principiológica do Estado Democrático de Direito

O termo princípio, no sentido da hermenêutica tradicional, equivale a enunciado jurídico, capaz de orientar o intérprete na busca dos significados do sistema ou microsistemas jurídicos.³ Miguel Reale, refere que “os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas”⁴.

Os princípios gerais do direito, por vezes inseridos no campo normativo, se revelam como a base e a estrutura da ordem jurídica, razão pela qual se constituem em suportes informadores das leis.

Na lição de Figueiredo Dias, os princípios jurídicos⁵, “exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes, em dado momento, numa certa comunidade”, dando “sentido à multidão de normas” e permitindo à dogmática “explicar” e “compreender” os problemas do Direito, caminhando com segurança “ao encontro de uma solução”.⁶

As Constituições modernas, ao incorporarem os princípio do Estado liberal e do Estado social “renovam de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, ‘reais’ a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a

³ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 299.

⁵ Os princípios jurídicos são enunciados, parâmetros ou diretrizes que se destinam a orientar o hermeneuta ou aplicador da lei na determinação do sentido dos textos legais. Desse modo, tem-se que os princípios desempenham papel relevante e estruturante de idéias ao legislador e ao intérprete, quando da elaboração e aplicação das normas jurídicas. Na nova concepção hermenêutica, denominada pós-positivista, os princípios deixam de ser “meras pautas programáticas ou supralegais”, assim considerados na fase jusnaturalista, para assumirem, na atualidade, o caráter de normatividade. No dizer de Alexy, “como as normas os princípios dizem, deontologicamente, o que deve ser”. (ALEXY, Robert *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. Cit.*, p. 35).

⁶ DIAS, Jorge Figueiredo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. Cit.*, p. 31.

assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, dentre outros.⁷

Nessas Constituições, se verifica a presença de vários preceitos que implicam em uma limitação ao Direito Penal, pois trazem consigo uma série de princípios que, ou são especificamente penais, ou, se relacionam à matéria penal. Significa dizer, portanto, que as atuais Constituições, além de fixarem os limites do *jus puniendi* estatal, preservando as prerrogativas individuais (*Rechtsstaats*⁸), inserem novas normas impulsionadoras do direito penal para novas matérias, transformando-o em um instrumento de proteção de bens transindividuais ou coletivos (*Sozialstaats*⁹), cuja tutela se torna indispensável para a efetivação dos fins sociais perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, os princípios informadores da tutela penal desempenham função integradora, sistemática e orientadora da norma penal, direcionada à máxima proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana, porquanto imperativos da tutela penal.

Desse modo, os princípios penais constitucionais encontram sua fundamentação no princípio do Estado de Direito, como sendo,

aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.¹⁰

Esse princípio se institucionaliza no texto constitucional, de forma explícita ou implícita¹¹, conferindo direitos aos cidadãos como pressupostos da democracia.

⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 12.

⁸ Conforme Luisi os princípios do *Rechtsstaats* devem ser entendidos como preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania e condicionam, restritivamente, a intervenção penal do Estado. Tais princípios se traduzem em enunciados descriminalizantes. (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 11).

⁹ Na mesma esteira, Luisi insere os princípios do *Sozialstaats* na tutela de valores sociais, os quais refletem, normativamente, as ideologias que proclamam a presença do Estado, para garantir a todos o atendimento mínimo e indispensável das necessidades básico-materiais. Nestes, o Estado se faz presente para criminalizar condutas em defesa de bens coletivos. (Idem, ibidem).

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

¹¹ Consideram-se explícitos os princípios passíveis de apreensão, como qualquer outra norma, mediante interpretação, como, por exemplo, o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, que versa sobre a ampla defesa e o contraditório. Os implícitos são aqueles elaborados e construídos no conteúdo do processo de interpretação, como por exemplo, a vedação a tratamento desumano como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ainda, pode-se indicar como paradigma de princípio implícito na Constituição, o princípio da proporcionalidade, sendo este apontado

Na lição de Canotilho,

o princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal [...] que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder do Estado.[...] Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.[...]¹².

Nesse sentido, tem-se que é o princípio do Estado de Direito que legitima e orienta os princípios do direito penal constitucional¹³ – expressos ou implícitos –, os quais limitam a atividade do legislador, delineando a estrutura do sistema penal, mediante critérios críticos-limitadores à proteção penal.

Desse modo, o legislador para selecionar quais os bens jurídicos que merecem a proteção da lei penal deverá, necessariamente, levar em conta os princípios constitucionais penais¹⁴ que são as bases estruturantes do sistema penal. Tais princípios tendem a delimitar a interferência da esfera penal, fixando fronteiras intransponíveis em prol das garantias individuais.

A importância destes princípios limitadores encontra-se balizada nas lições de Luiz Luisi que preconiza

em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente, fixando os seus infranqueáveis limites, e de outro lado, as exigências do *Sozialstaats*, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel as instâncias inderrogáveis

como o detentor de mais alto grau de normatividade. Nesse sentido, Paulo Bonavides diz que o princípio da proporcionalidade pertence “(...) à natureza e existência mesma do Estado de Direito”. (BONAVIDES, Paulo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38).

¹² Canotilho sintetiza os pressupostos materiais do princípio do Estado de Direito em juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, em que a Constituição tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e busca garantir, com efetividade, os direitos e liberdades fundamentais. (CANOTILHO, J.J.Gomes *apud* COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 110-1).

¹³ A presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se dá mediante princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal.

¹⁴ Luisi destaca alguns princípios especificamente penais inseridos na Constituição de 1988: da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da pessoalidade da pena e o da individualização da pena. (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 17).

dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa¹⁵.

O problema da justificação valorativa das proibições penais remonta o pensamento iluminista, o qual formulou pela primeira vez o princípio da ofensividade penal sobre a base de uma firme opção utilitária. Somente o dano causado a outros pode justificar a proibição e a punição de um comportamento. A partir deste princípio se formulou a secularização do Direito e sua separação da moral, o que por si só representava um potente critério de delimitação qualitativa da esfera penal, excluindo desta todos os comportamentos considerados imorais, os estados de ânimo e outros comportamentos relativos à moral.

Uma concepção laica e democrática de Estado e de Direito Penal pode justificar somente proibições dirigidas a impedir ofensas ou perigos aos bens fundamentais das pessoas. Trata-se de uma noção que inclui todos os direitos fundamentais, não somente os clássicos direitos individuais e liberais, mas também os direitos coletivos ou sociais.

Luiz Luisi, ao discorrer sobre os princípios constitucionais penais, leciona que estes possuem extrema relevância, vez que se apresentam “limitando a atividade penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito à liberdade e de outras prerrogativas individuais”¹⁶.

Em síntese, a principiologia que funda o Estado Democrático de Direito está calcada nas garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

2. Garantismo penal: instrumento de proteção dos direitos fundamentais

A partir da Teoria do Garantismo Penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, na obra *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, entende-se ser inegociável a tutela dos direitos fundamentais, porquanto deve ser encarada como garantia da imunidade do cidadão contra a arbitrariedade estatal.

Fundamentado na tutela da liberdade dos indivíduos frente ao exercício arbitrário do poder, o garantismo tem como principal objetivo a proteção dos direitos e garantias

¹⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.12.

¹⁶ Idem, p.57.

individuais consagrados na Constituição. Caracteriza-se, desta forma, pela proteção absoluta dos direitos fundamentais, mesmo quando em confronto com a manutenção do bem comum.

Assim, vislumbra-se, com clareza, que a teoria do garantismo penal está pautada em um direito penal de intervenção mínima, onde a proteção do indivíduo é colocada acima do Estado com o objetivo de evitar violações dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. Neste sentido, Salo de Carvalho assinala que “os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.¹⁷

Sobre aos direitos fundamentais, pode-se, então, afirmar nas palavras de Luigi Ferrajoli:

son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁸

Analisando o modelo garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli, Salo de Carvalho assevera:

é uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídico-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado, na atualidade, pelos movimentos de ‘Lei e Ordem’ e de ‘(Nova) Defesa Social’.¹⁹

Nessa esteira, observa-se que a estrutura do modelo garantista está organizada a partir da limitação da intervenção penal, com a consequente maximização das garantias do indivíduo, bem como pela presença da racionalidade na função de decidir.

De maneira a explicar o modelo garantista, Luigi Ferrajoli apresenta as dez condições, limites ou proibições que identifica como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro estatal, afirmando que

¹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 26.

¹⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 18.

segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.²⁰

Segundo o autor italiano, estes limites ao poder estatal são resultado de dez princípios axiológicos fundamentais, determinados como forma de sustentar a teoria mencionada, bem como servir de limitação ao poder punitivo do Estado:

*nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio; nullum indicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione.*²¹

Nesse quadro, os dez axiomas definem o Sistema Garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli. Dito de outro modo, os princípios axiológicos fundamentais supramencionados representam, respectivamente:

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.²²

Como se verifica, em um processo penal garantista, resta fundamental a postura do juiz como garantidor dos direitos do sujeito passivo do processo. A atividade do magistrado é demarcada por um sistema legislativo que tem como base incondicional a Constituição da República, a qual preceitua como regra o direito de liberdade do cidadão, devendo este ser protegido pelo Estado contra qualquer ofensa arbitrária.

Com efeito, Luigi Ferrajoli discorre a respeito da postura do juiz, frisando que “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. CHOUKR, Fauzi Hassan *et.al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 74-5.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 75.

letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente com la Constitución”.²³

O rompimento com o modelo positivista, a partir da redefinição dos conceitos de validade e vigência, impõe ao operador do direito a observância e a submissão às normas constitucionalmente válidas. Nessa perspectiva, “a vigência da norma perde espaço para a validade, a qual vem aferida em conformidade com a Constituição, entendida em seu todo material e principiológico”.²⁴

Nessa linha, importante são as lições de Luigi Ferrajoli, onde refere a necessidade de

interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acríctico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone ao juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional, y la denuncia de su inconstitucionalidad.²⁵

Sob esses aspectos, a dissociação entre os conceitos de validade e vigência “é a condição e o traço distintivo desse moderno Estado de Direito caracterizado pela forma positiva do seu direito e pela disciplina constitucional de seus conteúdos”.²⁶

No modelo garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli, não obstante a vedada iniciativa probatória - principal característica do sistema acusatório²⁷ - a atuação do magistrado deve estar focada no sentido de impedir que ocorram violações aos direitos fundamentais do acusado, assumindo papel de juiz garantidor.

Compartilhando com o entendimento da figura do juiz como sujeito imparcial no processo penal brasileiro, com uma postura de fiscalização dos preceitos constitucionais e garantidor dos direitos fundamentais do acusado, Geraldo Prado faz uma metáfora com

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. CHOUKR, Fauzi Hassan *et.al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

²⁴ STRECK, Lênio *Apud* WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 25.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.* p. 26.

²⁶ CADERMATORÍ, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. *In Revista de estudos criminais*. n.1. Porto Alegre: Notadez, 2001, p. 21

²⁷ Neste sentido, destaca-se os ensinamentos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “...o sistema inquisitório, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a ‘gestão da prova’(...) No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a ‘gestão da prova’ está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto...” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *In Revista de estudos criminais*, n. 1, Porto Alegre: Notadez, 2001, p. 28).

uma partida de futebol, referindo a necessidade de um “árbitro que fiscalize com rigor o respeito às regras do jogo pelos dois sujeitos”.²⁸

Sob esse prisma, a partir da sua função de garantidor, o juiz não deve julgar conforme deseja a maioria, mas sim evitar possíveis violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos acusados no processo penal.

Nesse sentido, ao expor os fundamentos do garantismo, Luigi Ferrajoli assevera que este modelo visa “garantir a imunidade dos cidadãos acerca das intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias por parte do Estado”.²⁹

Com base nesse entendimento, evidencia-se que o garantismo penal busca a efetiva proteção dos direitos e garantias consagrados na Constituição, portanto é o modelo que mais se aproxima da estrutura jurídico-político-filosófica do Estado Democrático de Direito.

3. O princípio da presunção de inocência: um direito fundamental

Inicialmente, cumpre mencionar que a origem deste instituto, pode ser resumida nas lições de Aury Lopes Júnior, quando refere que “a presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média”³⁰, em situações onde meros indícios ou a “insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade um princípio de culpabilidade”.³¹

Oriundo de um pensamento jurídico-liberal, o princípio da presunção de inocência passou a integrar os tratados e convenções internacionais a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao refutar o sistema processual vigente antes da Revolução Francesa – *ancien régime* -, o qual determinava que incumbia ao réu o ônus da prova, mediante sujeição à privação de liberdade e aplicação de tormento, tendo por finalidade provocar a confissão. É nessa mudança de paradigma que se funda o princípio da

²⁸ PRADO, Geraldo *Apud* BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal. Uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 106.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. CHOUKR, Fauzi Hassan *et.al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 77.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 174.

presunção de inocência, porquanto o processo penal não mais se traduz em um mero instrumento de realização da *persecutio criminis*, vez que passa a ser enfrentado como garantidor da tutela da liberdade.

Ao ser adotado como um modelo de tutela dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, originário das idéias liberais presentes na reforma do sistema repressivo no século XVIII, diversos diplomas jurídicos o consagraram, destacando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a previa no art 9º, conforme tradução do texto original: “*Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei*”.

De igual forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, dedicou no artigo XI – 1., expressa disposição: “*Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, subscrita pelo Brasil proclama, no seu artigo 8º, 2, que “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)*”.

Em que pese possam ser observadas algumas alterações terminológicas nos textos dos tratados internacionais, pode-se verificar que a essência dos regramentos concentram a mesma idéia, qual seja, a versão semântica do aforisma *in dubio pro reo - favor libertatis* -. Nesse contexto, tal postulado passou a fazer parte de várias Constituições modernas, v. g., do Canadá (art. 11, *d*), da Espanha (art. 17), da Itália (art. 13), do Japão (arts. 31,33 e 34), de Portugal (art. 32.º, 2) e do Brasil (art. 5º, LVII)³², que adotou a redação do art. 27.2 da constituição italiana de 1948³³. Nessa esteira, evidencia-se a consagração internacional, nos textos constitucionais, da imperiosa necessidade de “certeza”, ou seja, a constatação de

³² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 380.

³³ Segundo Simone Schreiber a redação deste dispositivo teve inspiração em um movimento criado por alguns doutrinadores italianos que defendiam a restrição do alcance do princípio da inocência, para fins de assegurar a eficácia do processo penal. SCHREIBER, Simone. *O princípio da presunção de inocência*. Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em:  11 ago. 2008.

veracidade acerca da autoria de determinada infração penal que é atribuída ao acusado, a qual somente será atingida com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outras palavras, os acusados têm o direito de que seja presumida sua inocência, até, enquanto, não restar definitivamente comprovada a culpa a eles imputada.

Conteúdo e limite do *jus puniendi*, o princípio da presunção de inocência disposto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição da República de 1988 não se constitui apenas em princípio norteador do Direito Penal e, sim, uma garantia constitucional, uma vez que impõe uma regra de tratamento ao acusado, não sendo admissível que antes de condenação definitiva venha o mesmo sofrer qualquer espécie de equiparação a culpado.

Devendo ser interpretado em conexão e como o mais importante corolário do *due process of law* – em especial no âmbito processual penal - a presunção de inocência deve ser analisada como sendo a “*não-consideração prévia da culpabilidade*”, expressão cunhada por Rogério Lauria Tucci³⁴, vez que, na prática, não se vislumbra qualquer divergência na aplicação destas expressões, ao contrário, em análise às decisões emanadas dos tribunais superiores pátrios, verifica-se que as locuções presunção de inocência e presunção da não culpabilidade, por vezes, são empregadas com o mesmo sentido.

Muito embora, alguns doutrinadores adotem terminologia diferente para o princípio da presunção de inocência, entende-se, salvo melhor juízo, que eventuais divergências podem ser consideradas irrelevantes diante do significado que tais expressões apresentam.

Nesse sentido, assevera Jaime Vegas Torres, “a doutrina mais recente, sem embargo, proclama que não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência”.³⁵ Para Luiz Flávio Gomes, o legislador constituinte ao suprimir a locução presunção de inocência do texto constitucional “quis adotar uma postura ‘neutra’, asséptica, no que concerne à posição do acusado frente ao processo penal”.³⁶ Com isso, “mais que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão ‘neutral’, típica do

³⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 378.

³⁵ TORRES, Jaime Vegas Apud GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 105.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 105.

engajamento político acríptico do jurista), o que temos no texto *sub examinem* é a verdadeira e própria presunção de inocência”.³⁷

Por outro lado, vale lembrar que a utilização da expressão presunção – quando do estudo da presunção de inocência – não se trata de presunção em sentido jurídico. Discorrendo a respeito, Luiz Flávio Gomes leciona que

está sendo utilizada *em sentido vulgar*, não técnico. Sob esse enfoque, a presunção de inocência é a expressão de uma *valoração* feita pelo legislador constituinte (frente ao acusado da prática de um ilícito), que se decidiu por uma de duas proposições possíveis (ser inocente ou culpado) sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela proposição correta. Todo o ordenamento jurídico (e particularmente suas concretas proposições normativas) ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade nesse caso pertence a quem faz a acusação) ou, anormalmente, parte da presunção oposta (quando então o ônus da prova da inocência compete ao acusado). *Tertium non datur*. O nosso, pelo que já ficou assentado, insere-se, em nível constitucional, no primeiro grupo.³⁸

De qualquer sorte, essas distintas concepções vão outorgar o emprego desse princípio com o fito de limitar o direito de punir do Estado, face ao direito público subjetivo de liberdade do cidadão³⁹. Nessa esteira, Tucci cita Guglielmo Sabatini que defende a condição de imputado como sujeito de direitos no curso do processo, ou seja, não deve haver prévia consideração perquirindo se o mesmo é inocente ou culpado,

“L’imputato è sempre e solo *imputato* ai fini dello svolgimento del processo e durante il processo. Quindi non va considerato nè come innocente, nè come colpevole. E se ormai nel diritto moderno s’intende bene che cosa significhi e che cosa debba significar ela espressione “essere imputado”, bisogna concludere che le norme processuali non sono dirette a tutelare una aprioristica innocenza presunta, ma a raggiungere tutti i complessi scopi a cui tende la instaurazione e lo svolgimento del processo, specialmente nei rapporti della personale situazione concreta in cui viene a trovarsi l’imputato nel corso del procedimento”⁴⁰.

Concebe-se, pois, que o preceito central desta garantia constitucional se constitui na proibição de que o réu seja tratado antecipadamente como se condenado estivesse; que

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.* p. 108.

³⁹ Segundo Larruscahim o direito público subjetivo pode ser entendido como “direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito público, abrangendo situações jurídicas ativas das pessoas frente ao Estado”. LARRUSCAHIM, Paula Gil. O processo de execução penal e a violência estatal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 326.

⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 378.

sofra restrições de direitos que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, portanto, deve ser tratado como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias à plena defesa. Em outras palavras, a presunção de inocência consiste na garantia conferida constitucionalmente ao acusado de ser considerado não culpado – inocente - enquanto não sobrevier, formalmente, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A inobservância desta garantia constitucional se constitui em violação aos direitos fundamentais.

Por essas noções, são balizados os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho, assinalando que o princípio da presunção de inocência,

traduz um norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação da medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental; constituiu-se em informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal.⁴¹

Concernente à natureza jurídica da presunção de inocência o mesmo autor destaca com clareza que

do ponto de vista *extrínseco (formal)*, destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito *constitucional fundamental*, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5.º) do ponto de vista *intrínseco (substancial)*, é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo *probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado*.⁴²

Nessa perspectiva, Luiz Flávio Gomes atribui ao princípio em análise uma tríplice relevância, entendendo a presunção de inocência como regra probatória, regra de tratamento e regra de garantia conferida aos acusados no processo penal.

No primeiro critério, esclarece que “no sistema jurídico brasileiro, em suma, todo acusado é presumido inocente *até que se comprove legalmente sua culpa*”.⁴³ A declaração de culpabilidade se dá a partir da certeza de existência de fatos que se ajustam em um tipo

⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães *Apud* FAGUNDES CUNHA, J. S.; BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do pacto São José da Costa Rica*. Curitiba: Editora Juruá, 1997, p. 110.

⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 111.

penal com a efetiva participação do acusado. Verifica-se, pois, que a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória conclusiva, e que eventuais dúvidas sejam resolvidas em favor do réu.

Como regra de tratamento, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo de culpabilidade, proibindo o tratamento do acusado como se o mesmo previamente fosse culpado. Nessa esteira, Luiz Flávio Gomes cita Weber Martins Batista, afirmando que o princípio da presunção de inocência,

vale como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo ‘as garantias da plena defesa’.⁴⁴

Na concepção de regra de garantia oferecida ao acusado, necessário referir que “viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando na atividade *acusatória* ou *probatória* não se observa estritamente o ordenamento jurídico”.⁴⁵ Por outras palavras, se, após encerrada a instrução probatória, o juiz não restar plenamente convencido em relação à constatação dos fatos, deverá, por consequência, absolver o réu, em face da ausência de certeza, aplicando-se, no caso concreto, o princípio da presunção de inocência. Significa dizer que, havendo dúvida, esta será sempre dirimida em favor do réu como regra de garantia e de tratamento. Desta forma, o princípio em estudo se constitui em verdadeira garantia do acusado frente à atuação punitiva estatal.

Nesta senda, relevante é a lição de Alexandre de Moraes, asseverando que

o princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal, (due process of law), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).⁴⁶

Importante salientar que o princípio da presunção de inocência não é garantia exclusiva do processo penal, pois a todos os investigados em matéria criminal deverá ser assegurado tratamento isonômico em relação àqueles que respondem a ação penal. Assim

⁴⁴ BATISTA, Weber Martins *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.* p.116.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 267.

sendo, quaisquer medidas de restrição ou de coerção que sejam indispensáveis na investigação ou, durante a marcha processual, somente poderão ser adotadas na proporção adequada de sua real necessidade. Desse modo, eventual prisão provisória deverá ser pautada em decisão judicial fundamentada que possa justificar a adoção de medida tão extremada. Esse entendimento também deverá ser aplicado na adoção de outras medidas que representem restrição de direitos fundamentais, *v.g.*, a quebra de sigilo bancário e de comunicação telefônica, dentre outros.

Outra repercussão decorrente da aplicação do princípio da presunção de inocência diz respeito à proibição de tratamento humilhante ou exposição inadequada dispensada ao investigado ou acusado em processo penal, via de regra, utilizada pelos meios de comunicação, o que representa verdadeira colisão de princípios constitucionais.

No tocante à incidência do princípio da presunção de inocência nas prisões cautelares surgiram muitas discussões, inclusive, acerca de eventual revogação deste instituto, todavia, consolidou-se o entendimento de que ambas previsões resultam do texto original deste princípio, inserido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual faz referência “à possibilidade, ainda que excepcional, de detenção do imputado, o que inclusive ensejou a crítica de Manzini”⁴⁷. Não obstante, a própria Constituição brasileira de 1988 faz alusão à prisão em flagrante, sendo essa uma das espécies de prisão processual. Daí, resulta, definitivamente, afastada a hipótese de incompatibilidade entre a presunção de inocência e as prisões processuais - prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível).

Nessa senda, somente as prisões processuais (provisórias) não colidem com a garantia constitucional ora analisada, portanto, resta evidenciado o óbice à execução antecipada de pena, decorrente de sentença penal condenatória, impondo-se, como “regra probatória, de garantia e de tratamento”, que o acusado aguarde o julgamento dos recursos excepcionais interpostos em liberdade. Assim, a expedição de mandando de prisão em razão da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário deverá ficar sobrestada até julgamento final desses recursos. Tal conclusão é sedimentada no

⁴⁷ SCHREIBER, Simone. *O princípio da presunção de inocência*. Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em:  11 ago. 2008.

entendimento de que a consideração prévia de não-culpabilidade do acusado significa que este não pode ser tido como culpado até que o *decisum* condenatório seja coberto pela coisa julgada material.

Considerações Finais

A observância ao princípio da presunção da inocência, para além de constituir uma garantia processual penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, fundado tanto em valores primordiais, como na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na justiça, bem como na concepção de que o Estado não pode promover, defender ou impor qualquer ideologia, ordem moral ou religiosa ao cidadão, e, mais, que deve intervir o menos possível na liberdade humana, excluindo quaisquer imoralidades do âmbito do Direito Penal.⁴⁸

Considerada, pois, a proeminência deste princípio à categoria de dogma constitucional adota-se o entendimento de que a presunção de inocência se constitui na garantia (a) de que tanto o investigado, quanto o acusado não possam ser considerados culpados antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (b) de que na ausência de certeza acerca da constatação dos fatos deverá o órgão julgador decidir em favor do acusado, se valendo da máxima *in dubio pro reo*; (c) contra qualquer arbitrariedade praticada pelo ente estatal que deverá dispensar ao acusado (e investigado) tratamento compatível com o modelo garantista desenhado no texto constitucional; (d) de que eventual restrição de liberdade do acusado (e investigado) seja determinada mediante decisão judicial fundamentada que justifique a imperiosa necessidade da prisão cautelar, devendo ser observadas as hipóteses legais previstas; (e) contra execução antecipada da pena decorrente de sentença penal condenatória quando pendente julgamento de recurso; (f) contra atos de terceiros que possam representar quaisquer violações a direitos fundamentais, em especial, atentatórios à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à dignidade humana.

A questão que se levanta é a constante problematização acerca da aplicação efetiva do princípio da presunção de inocência como garantia constitucional, vez que a

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - parte Geral: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, p. 52-3.

problemática não se restringe às repercussões do campo jurídico, já que a discussão se amplia em outras esferas sociais.

Nesse empasse, imperiosa a necessidade de se (re)afirmar o papel da Carta Política como instrumento de efetivação das garantias fundamentais que consolidam um Estado Democrático de Direito, porquanto a Constituição constitui um limite de referência à atividade legislativa e garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, não sendo possível aceitar hodiernamente que a intervenção estatal na liberdade do cidadão possa ultrapassar os limites axiológicos e proibitivos originários do legislador constituinte.

Para tanto, indispensável é a observância ao princípio da presunção de inocência para delimitar a interferência do Estado e, com isso, o arbítrio do poder, assegurando a todos os cidadãos a garantia dos direitos humanos constitucionalizados.

Referências Bibliográficas

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

BONATO, Gilson. (org.) *Direito penal e processual penal. Uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CADERMATORI, Sérgio, XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. In: *Revista de Estudos Criminais*. n.1. Porto Alegre: Notadez, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, Porto Alegre: Notadez, 2001.

FAGUNDES CUNHA, J. S, BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do pacto São José da Costa Rica*. Curitiba: Editora Juruá, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999.

_____. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. ZOMER, Ana Paula et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SCHREIBER, Simone. *O princípio da presunção de inocência*. Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em:  11 ago. 2008.

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

WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas S/A, 1999, Tomo I.