

**Walter Nunes da Silva Júnior**

**OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL NO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL**



**OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL NO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL**

## Walter Nunes da Silva Júnior

*Mestre e Doutor em Direito; ex-Promotor de Justiça; ex-Juiz de Direito; ex-Procurador da República; Professor Titular da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – ESMAFE e da Escola Nacional de Magistratura – ENFAM; membro do Conselho Científico da Revista Constituição e Garantia de Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revistado do Centro de Estudos Jurídicos da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte; do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Execução Penal – RBEP; membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (1993/1995); Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, (2006/2008); Juiz Auxiliar da Presidência e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, (fev./jun. de 2009); Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no biênio julho/2009 a julho/2011; Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça – DMF, (2010/2011); Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2013/2015); membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN; Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP; Coordenador-Geral do Fórum do Sistema Penitenciário Federal; Juiz Federal e Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN.*

## **OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL**



Copyright © 2023 by Walter Nunes da Silva Júnior  
All rights reserved.

## **OWL – EDITORA JURÍDICA**

Rua Princesa Isabel, 888, Cidade Alta

Natal-RN

Brasil

CEP 59.025-400.

[editora@owl.etc.br](mailto:editora@owl.etc.br) • [www.owl.etc.br](http://www.owl.etc.br)

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Carlos Wagner Dias Ferreira

Edilson Pereira Nobre Júnior

Francisco Barros Dias

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Hallyson Rêgo Bezerra

Leonardo Oliveira Freire

Marcelo Alves Dias de Souza

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Marcelo Pinto da Costa Neves

Marco Bruno Miranda Clementino

Maria dos Remédios Fontes Silva

Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade

Paulo Afonso Linhares

Thiago Oliveira Moreira

Walter Nunes da Silva Júnior

Yara Maria Pereira Gurgel

Silva Júnior, Walter Nunes da. 1963-

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito  
Processual Criminal / Walter Nunes da Silva Júnior – Natal : OWL, 2023.  
546p.

ISBN: 9798864219416

1. Processo penal.

*In memoriam*, aos meus inesquecíveis e saudosos pais, Maria Arimathéa Pereira Nunes, professora na essência da palavra, e Walter Nunes da Silva, jurista e humanista.

A Aline, minha mulher, Arthur e Heloísa, meus filhos, minha história de vida e amor.

As minhas ações, sempre e sempre, têm vocês no meu coração e na mente.

Vocês são a razão de tudo.



# SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>11</b>
<b>PREFÁCIO</b> .....	<b>13</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>19</b>
<b>2. CRIME E PUNIÇÃO NO BRASIL COLÔNIA</b> .....	<b>39</b>
2.1. MONOPÓLIO ESTATAL DO PODER DE PUNIR: O ESTADO CRUEL E VINGADOR .....	42
2.2. RAÍZES DO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL BRASILEIRO: ORDENAÇÕES AFONSINAS (1446-1520), ORDENAÇÕES MANUELINAS (1521-1603) E ORDENAÇÕES FILIPINAS (1603-1832) .....	47
2.2.1. Organização judiciária nas Ordenações Filipinas.....	50
2.2.2. Processo criminal nas Ordenações Filipinas (1603 a 1832).....	56
2.2.3. Presunção de culpabilidade e indevido processo legal nas Ordenações Filipinas.....	64
<b>3. DIREITOS DO HOMEM E PROCESSUALIZAÇÃO DO DEVER-PODER DE PUNIR: CARTA MAGNA DE 1215 E A BILL OF RIGHTS DE 1689</b> .....	<b>73</b>
3.1. PENSAMENTO BECCARIANO: LIVRO <i>DOS DELITOS E DAS PENAS</i> DE 1764 .....	80
3.2. DECLARAÇÕES DA INDEPENDÊNCIA AMERICANA DE DIREITOS DO ESTADO DA VIRGÍNIA DE 1776 .....	85
3.3. DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 .....	91
3.4. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DAS EMENDAS AMERICANAS DE 1791 .....	95
3.5. PREDOMINÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NO PENSAMENTO DE BECCARIA E NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS .....	98
3.5.1. Repercussões do pensamento criminal liberal-democrático de Beccaria .....	106
3.5.2. Regras processuais no Brasil Colônia (1530-1822), após o movimento beccariano e as declarações de direitos americana e francesa .....	110
<b>4. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 E O ESBOÇO DE PROCESSUALIZAÇÃO DO DEVER-PODER DE PUNIR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>115</b>
4.1. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DE 1832.....	123
4.2. O CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832 .....	130
4.2.1. A investigação, a ação penal e o julgamento pelo juiz de paz.....	137
4.2.2. Prisão processual com e sem culpa formada, fiança e medidas restritivas (termo de bem viver e termo de segurança).....	149
4.2.3. O Julgamento pelo tribunal do júri .....	154
4.2.3.1. O júri de acusação (1º conselho ou grande júri) .....	157
4.2.3.2. O júri de julgamento (2º conselho ou pequeno júri).....	161
4.2.3.3. Nulidades processuais e ausência de soberania dos veredictos .....	166
4.5. DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CRÍTICAS AO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832 E A REAÇÃO CONSERVADORA E AUTORITÁRIA AOS SEUS TRAÇOS LIBERAIS .....	169
4.6. A QUEBRA DA UNIDADE PROCESSUAL (CONSTITUIÇÃO DE 1891) E A REUNIFICAÇÃO (CONSTITUIÇÃO DE 1934) .....	178
<b>5. A CONSTITUIÇÃO DITATORIAL DE 1937 E O RETROCESSO NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>185</b>

5.1. AS IDEIAS DA ESCOLA POSITIVA.....	195
5.2. NEOCLASSICISMO E NEOPOSITIVISMO.....	208
5.3. ESCOLA DO TECNICISMO JURÍDICO .....	211
5.4. ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 .....	218
5.4.1. Escola penal seguida pelo CPP de 1941 .....	231
5.4.2. Negação do princípio da presunção da inocência e acolhimento da presunção da culpabilidade .....	237
5.4.3. O indevido processo legal no sistema misto-inquisitivo com prevalência da busca da verdade real sobre as regras processuais .....	247
5.4.4. Investigação descontrolada e poderes investigatórios do juiz .....	255
5.4.5. Processo de conhecimento inquisitivo e direito de defesa restrito .....	267
5.4.6. Prisão como regra e direito de liberdade como medida provisória.....	277
5.4.7. Execução penal sem garantia de direitos .....	304
<b>6. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>315</b>
6.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO .....	327
6.1.1. Direitos fundamentais como princípios e colisão entre direitos fundamentais.....	338
6.1.1.1. Regras de hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais em conflito no processo criminal .....	344
6.1.1.2. Princípio da proporcionalidade e a ponderação como técnica para dirimir a colisão entre direitos fundamentais .....	350
6.2. TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CRIMINAL: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL.....	360
6.2.1. Necessidade de novo código de processo criminal .....	372
6.2.2. Princípios da presunção de inocência e do devido processo legal como sobreprincípios do sistema processual criminal .....	377
6.2.2.1. Princípio da presunção de inocência .....	388
6.2.2.1.1. Princípio da presunção de inocência: princípio da presunção de inocência stricto sensu e princípio da presunção de não culpabilidade .....	395
6.2.2.1.2. Princípio da presunção de inocência nas atuações da autoridade policial e do Ministério Público.....	410
6.2.2.1.3. Princípio da presunção de não culpabilidade e limite.....	416
6.2.2.2. Devido processo legal: plenitude de defesa ou devido processo legal substancial.....	424
6.2.2.2.1. Devido processo legal na fase do processo de conhecimento.....	440
6.2.2.2.1.1 Sistema acusatório e juiz das garantias .....	446
6.2.2.2.1.2. Justiça negocial e acordo de não persecução penal.....	452
6.2.2.2.1.3. Incompatibilidade da ação de iniciativa privada com o monopólio da persecução penal e a sua desnecessidade com a justiça negocial .....	463
6.2.2.2.1.4. Modificação no procedimento e no julgamento do tribunal do júri.....	466
6.2.2.2.2. Devido processo legal na fase da investigação .....	468
6.2.2.2.2.1. Natureza jurídica do inquérito policial: procedimento ou processo?.....	474
6.2.2.2.2.2. Inquérito policial como processo administrativo investigativo e incriminador .....	480
6.2.2.2.3. Devido processo legal na fase da execução penal.....	491
6.2.2.2.3.1. Execução penal como plexo de normas de direito penitenciário e de direito processual criminal .....	495
6.2.2.2.3.2. Princípios da justiça restaurativa no tratamento das pessoas privadas do direito de	



liberdade .....	497
6.2.2.2.3.3. Papel do juiz da execução, direitos das pessoas privadas do direito de liberdade e aplicação do princípio da presunção de inocência.....	500
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>509</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>519</b>



## AGRADECIMENTOS

Os primeiros agradecimentos são direcionados à Professora Maria dos Remédios, a pessoa mais importante durante toda a minha trajetória acadêmica na Universidade Federal do Rio Grande Norte, e na minha pós-graduação, como orientadora no Mestrado e no Doutorado.

A todo o corpo docente da UFRN, especialmente ao Professor Orlando Ribeiro, chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica, por todo o apoio na docência; ao Professor Thiago Oliveira, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito; e aos Professores Leonardo Freire, Fabrício Germano, Yara Gurgel, pela leitura antecipada e recomendações feitas.

Aos Professores Gustavo Badaró, Aury Lopes, Rodrigo Sánchez, pelos apontamentos e contribuições para o aprimoramento feitas na qualidade de membros da comissão de avaliação da tese apresentada como requisito à promoção para a classe *E* (professor titular) da UFRN na tese apresentada, considerações incorporadas no presente livro.

Aos advogados e ex-alunos Olavo Hamilton e Gabriel Bulhões pela leitura prévia e sugestões importantes para o aprimoramento do texto; e aos mestrandos Nathália Leite e Romildson Uchôa.

A todos os meus alunos da graduação e da pós-graduação e aos servidores-assessores da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, de ontem e de hoje. Magistério e magistratura, atividades intrinsecamente correlacionadas, fazem o liame perfeito entre a teoria e a prática, permitindo que todos os dias eu experimente as vicissitudes do processo criminal. Misteres cumpridos com o pensar e agir coletivo, envolvendo o professor, com o corpo discente, e o magistrado, com os auxiliares da prestação jurisdicional.

Aos membros dos projetos de pesquisa e de extensão coordenados por mim no âmbito da UFRN, intitulados *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*; *Direito processual em movimento: ótica constitucional do processo criminal*; *Monitoramento e assistência às varas criminais e à penitenciária federal da quinta região: um olhar multidisciplinar*; e *Núcleo de direito*

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

*criminal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, estudos fundamentais para a minha produção científica, o que inclui a elaboração deste livro.

Minha gratidão, a minha família e a todos os meus amigos, que me acompanharam nessa empreitada e deram, cada um a seu modo e possibilidades, os estímulos imprescindíveis para a realização deste projeto acadêmico.

## PREFÁCIO

Honrou-me, verdadeiramente, o convite de WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR para prefaciар seu livro OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL, fruto de sua tese para promoção a Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

É, de fato, muito honroso prefaciар uma obra de quem sempre se destacou na magistratura e no magistério como um profissional extremamente sério e comprometido com os valores mais caros para a construção de um sistema de justiça criminal tanto funcionalmente efetivo quanto garantidor das liberdades públicas, conquistadas e aprimoradas nos últimos 250 anos.

Aliás, falar de tempo é falar de passado; e falar de passado é falar da história e do modo como a devemos compreender. E no livro de Walter Nunes a história das ideias que forjaram a construção das Ciências Criminais é, a meu sentir, o ponto ótimo do texto.

Não se trata de apenas mais um livro sobre a presunção de inocência e sobre o devido processo legal. É, antes, uma autópsia detalhada de como o nosso sistema de justiça criminal foi se formando, a partir do ideário iluminista simbolicamente inaugurado pelas mãos de Cesare Beccaria, com seu celeberrimo *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764, de onde se extraíram as primeiras linhas sobre o que mais tarde veio a se consolidar em todos os ordenamentos processuais penais do mundo ocidental: “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada”.

Mas não se limita Walter Nunes a colacionar um amontoado de datas, nomes e outros dados históricos: antes, a riqueza com que analisa todo esse caminhar dos

sistemas punitivos no período pós-iluminismo é invulgar. No direito brasileiro, por exemplo, reporta-se a detalhes da gênese de nosso processo penal, antes mesmo do nosso primeiro diploma, o Código de Processo Criminal da Primeira Instância, de 1832; evidencia como as nossas ancestralidades culturais forjaram uma codificação peculiar, que já nasceu carecendo de reformas, assim como ocorreu com o Código de Processo Penal, mais de um século depois; exterioriza os pontos mais importantes que caracterizaram as escolas penais – e as ideias de seus maiores expoentes – longe da superficialidade de obras descritivas.

É precioso o detalhamento sobre a elaboração do Código de Processo Penal de 1941, com a identificação do perfil de cada um dos seus personagens, não apenas os nacionais, que integraram a Comissão de Juristas responsável pela formulação do Código, mas também os autores que inspiraram, fundados nos postulados da Escola Técnico-Jurídica, a então produção normativa mais importante da Itália, os *Codici Rocco* (1930), os quais, conseqüentemente, serviram de modelo para nossos diplomas homólogos, herdeiros, sob o regime do Estado Novo, de Getúlio Vargas, do fascismo italiano.

É auspicioso ver uma obra analisar, com fluidez vernacular, a evolução (e involução) das ideias penais, com os avanços da Escola Clássica, de que foi seu maior prócere Francesco Carrara (*Il principe del classicismo*), confrontada pelo Positivismo Criminológico de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, e também pelo Tecnicismo Jurídico propagado pelo maior nome da primeira metade do Século XX, Vincenzo Manzini, fautor do Código elaborado sob a regência do *Guardasigilli* Alfredo Rocco, irmão do abre-alas da Escola Técnico-Jurídica, Arturo Rocco, em aula magna que proferiu em 1905 na Università di Sassari.

Entre nós, Nelson Hungria, o maior nome do nosso Direito Penal – ao menos em produção editorial – foi quem mais se opôs aos postulados românticos do classicismo penal de Carrara (cujos partidários foram chamados de *myopes progressistas*, por Garofalo) e aos arroubos da Escola Positiva, ao pugnar pela centralização exclusivista do Direito Penal, de sorte a afastar, assim, a sobreposição

de saberes estranhos ao Direito, como a Antropologia, a Psicologia, a Sociologia e a Filosofia.

Tudo isso para evidenciar o quão conflituoso foi o caminho até que o Constituinte de 1988 expressamente passasse a contemplar o princípio da *presunção de inocência* (ou de não culpabilidade), ao lado do já consolidado conjunto de regras e princípios a que se costuma denominar *devido processo legal*, em suas vertentes substantiva e procedimental.

Toda essa “digressão” histórica, permeada de muitas informações úteis e pouco contraditórias na doutrina pátria, faz-me lembrar de Eugênio Raúl Zaffaroni, em prólogo a livro de Nilo Batista (*Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*): “O saber histórico não coleciona curiosidades do passado, mas sim o conhecimento que permite orientar-se no presente. Sua ignorância é amnésia social. Quando o ser humano perde a memória de seu passado, apaga sua identidade. Irremissivelmente montados sobre a flecha do tempo, quando não sabemos de onde viemos, ignoramos onde estamos e, além disso, ignoramos para onde vamos. (...) a amnésia social é o terreno fértil da manipulação de vontades carentes de razão crítica. Por isso a economia e o direito penal incorrem em reiterados e novos fracassos com velhas fórmulas”.

Permite-nos Walter Nunes entender, pela análise histórica e cultural de nossas tradições, o porquê de ainda não expressarmos, em sua plenitude, as premissas e os corolários da *presunção de inocência* e o porquê de muitos de nós, integrantes desse sistema inclusive, ainda termos dificuldade de aceitar algumas injunções do processo civilizatório.

O livro também oferece uma análise metódica e aprofundada sobre a evolução do conceito e da aplicação da *presunção de inocência* e do *devido processo legal* – sobreprincípios, como lembra o autor, do sistema processual criminal – na dinâmica da persecução estatal, inclusive em suas fases de investigação e de execução.

Um dos autores multicitados no livro, Luigi Ferrajoli, instrui o autor a asserir que “a cláusula da *presunção de inocência* foi germinada do direito romano,

posteriormente, desconstruída com as práticas inquisitivas e autoritárias da Idade Média, reconstruída com a escola clássica, notadamente em razão das doutrinas de Beccaria e Carrara, sendo, assim, elevada a *postulado* fundamental da ciência criminal. Entretanto, a partir do século XIX, em sintonia com involução autoritária da ciência criminal patrocinada pela escola positiva sob as autoridades de Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, que consideravam a presunção de inocência *vazia, absurda e ilógica*, esse princípio passou a ser contestado, sendo o golpe final dado pela doutrina de Manzini”.

De lá para cá ainda há quem não se conforme com regras tão basilares, quanto aquela que atribui à prisão preventiva o caráter de excepcionalidade, independentemente do crime praticado; ou a que veda ao juiz assumir funções acusatórias, em nome da busca da verdade (embora, no particular, não me pareça ser o caso de estimular o fenômeno da *veriphobia*, como se verdade e justiça não fossem conceitos contíguos e inseparáveis); ou, ainda, a regra que exige prova judicial, além de dúvida razoável, para legitimar um juízo de condenação (*veritas, non auctoritas facit iudicium*).

É preciso, porém, reconhecer – como muito bem demonstrado ao longo dos últimos capítulos do livro – o quanto evoluímos no trato das instituições e institutos processuais penais, mercê de sucessivas e oportunas reformas legislativas, que deram feição mais moderna ao nosso vetusto Código de Processo Penal.

Basta pensar que já tivemos prisão preventiva obrigatória, vedação a recorrer em liberdade mesmo diante de uma absolvição, proibição de fiança para certos crimes, interrogatório do réu sem a presença do advogado, permissão para inferir a culpa do réu a partir de seu silêncio, e tantos outros equívocos conceituais e ideológicos que viam, nas garantias do acusado, *obsoletos escrúpulos formalísticos*, na dicção do legislador de 1941.

A esse respeito, vale a transcrição do autor:

O problema em si não se trata do fato de ter sido editado em 1941, há mais de 80 (oitenta) anos. A questão é o modelo antidemocrático e policialesco, fincado em bases que negam os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, tal como foi evidenciado nos itens 5.4 a



5.4.7, supra. É fato que o CPP passou por várias e variadas reformas pontuais, notadamente a partir da Constituição de 1988, no escopo de adaptá-lo à nova moldura jurídica, mas essas modificações não lograram eliminar os principais vícios estruturais do CPP: (a) o perfil antidemocrático e policialesco; (b) forte influência do sistema inquisitivo; (c) dispositivos desorientados da presunção de inocência; (d) regras processuais como forma e não garantia, que é a ideia do devido processo legal substancial; (e) tratamento do juiz, junto com a polícia e o Ministério Público, como interessado na persecução criminal, cabendo-lhe a gestão da prova. Isso tudo tendo como gênese a atribuição de *argumento de autoridade* às conclusões do inquérito policial, ainda mais quando reforçadas pela voz do Ministério Público, que passa a ser verdade submetida a mera confirmação do juiz, sugerindo que o processo gire em torno de uma presunção de culpa subliminar, alimentada pela ideia de que tanto a polícia quanto o Ministério Público são órgãos públicos que têm como missão *combater* a criminalidade, missão também confiada ao juiz.

Cuida-se de obra, portanto, de elevada qualidade, leitura obrigatória para quem deseja conhecer, com verticalidade, o processo penal brasileiro, em suas nuances e singularidades.

Brasília, primavera de 2023.

**Rogério Schietti**  
Doutor e Mestre em Direito Processual (USP)  
Professor da pós-graduação do IDP e da UNINOVE  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



## 1. INTRODUÇÃO

Especialmente a partir de 2019, passou a ser recorrente uma pessoa ou grupo, em tom patriótico, assumir nas mais diversas redes sociais que é conservador e de direita e sair às ruas, vestido de verde e amarelo, de regra com a camisa da seleção brasileira, empunhando bandeiras e faixas, pregando o fechamento do Congresso Nacional, do Supremo Tribunal Federal e a intervenção das Forças Armadas. Em tom messiânico, as pessoas defendem políticos como figuras mitológicas e, afrontando a ciência, demonizam as vacinas, mesmo quando se estava em um período de alta mortalidade na pandemia mundial provocada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). Por incrível que pareça, malgrado desde o Século VI a.C., Pitágoras tenha apresentado as evidências de que a terra é esférica, o que restou consolidado ao longo do tempo, nesse período alguns pseudocientistas tentaram defender que a *terra é plana*. O pior é que conseguiram convencer várias pessoas.

Até mesmo *juristas*, sem receio de arranhar a biografia, contagiados por esse movimento, na vã tentativa de emprestar verniz constitucional ao discurso autointitulado *liberal-conservador* – como se isso fosse factível –, não se fizeram de rogados para ir a público defender, doutrinariamente, que as Forças Armadas, no regime da Constituição democrática de 1988, em obséquio ao art. 142, caput, foram alçadas à categoria de *Poder Moderador*.

Dizer que a Constituição vigente, marco regulatório da retomada do poder político pela sociedade civil, e que finalizou o regime ditatorial militar instaurado em 1964, dá suporte a essa interpretação, estreme de dúvidas, é a *negação* da própria história, para dizer o mínimo. Não se vive o hoje sem o ontem, muito menos há o amanhã sem o hoje. Passado, presente e futuro estão umbilicalmente presentes na vida e na realidade das coisas. Até porque a história dá voltas e reviravoltas. Adverte Zaffaroni (2019, p. 21) que “não existe uma ciência jurídico-penal *a-histórica*, porque todo saber tem história”. Em verdade, o que existe é uma *cultura* de dissimular os acontecimentos ocorridos no pretérito, a fim de excluir a responsabilidade pelas consequências que hoje incomodam e incomoda que sejam descortinadas, pois a história

verdadeira “é a forma espiritual em que uma cultura presta contas do seu passado” (R. E. ZAFFARONI 1995, p. 21-22).

Nos anos 1980, foi estabelecido um consenso de maioria – unanimidade é impossível –, espécie de *pacto social*, quanto à necessidade de colocar um ponto final no regime militar, alvitando no seu lugar a *democracia*. O malogro da campanha das *Diretas Já* serviu apenas para fortalecer o movimento, que culminou com a publicação da Carta de 1988, que fez exsurgir uma nova ordem, agora sob o perfil do *Estado democrático de direito ou Estado constitucional*, com compromisso arraigado na proteção dos direitos fundamentais.

A partir daí o regime democrático tornou-se *autoevidente*, valor que estaria impregnado na mente de todos. No decurso do tempo, tivemos diversas eleições e crises institucionais naturais a qualquer *sistema plural* e de convívio entre os interesses das *maiorias* e das *minorias*, sob o dogma da *justiça para todos*, a partir da convicção da isonomia perante a lei, de modo que os direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, mas dotados de *força normativa*, a *todos* protegem, sem distinção de qualquer natureza. O impeachment de 1992, quando o novo regime ainda dava os seus primeiros passos, foi um *teste de validade* do pacto social convolado.

Como tudo na história, olhando para trás, não dá para identificar quando o discurso de *direita conservador e antidemocrático*, assinalado no início deste texto, ganhou eco em parte considerável do grupo social. Discursos negacionistas e messiânicos de contestação da ciência, de salvação nacional, de guerra e de ódio, foram alimentados por dogmas como *nossa bandeira jamais será vermelha; volta do comunismo; homens de bem; nós contra eles; Brasil acima de tudo, Deus acima de todos; Deus, pátria e família* etc. Infelizmente, temos experimentado um acentuado declínio da democracia e conseqüente ascensão de lideranças político-partidárias autoritárias. Ainda em 2018, dois estudos fundamentais, intitulados, respectivamente, *Como as democracias morrem* (LEVITSKY e ZIBLATT 2018) e *Como a democracia chega ao fim* (RUNCIMAN 2018), haviam alertado para esse fenômeno mundial, em que os mecanismos democráticos como a eleição são apropriados, no intuito de estabelecer um *regime reacionário e antiliberal*, pautado pelo *negacionismo*, pelo *autoritarismo*, pelas *fake news* e por outras formas de arquitetar o discurso da *verdade incontestável*, sem a necessidade de um golpe armado, ainda que esse instrumento de

força sempre estivesse no radar como último recurso, e tenha sido esboçado e até mesmo tentado, como se verificou no famigerado 8 de janeiro de 2023.

Cientistas políticos tributam esse estado de coisas ao *universo tribal* da *internet*, especialmente das redes sociais, *habitat* inapropriado para o desenvolvimento de relações sociais por meio do diálogo e da reflexão, pois a profusão de informações, muitas delas *fake news*, alimentadas, de um lado, pelo anonimato e, de outro, pela excitante possibilidade de se apresentar para um público sem fronteiras, ademais do ritmo veloz que lhe é próprio, atijam as pessoas a escrever, falar e documentar momentos sem pensar ou ponderar. Todavia, longe de a *vida virtual* ter transformado a índole do povo brasileiro, ela revela a *vida como ela é*, ou melhor, o traço imanente da nossa *cultura conservadora, antiliberal e autoritária* de ontem, de hoje e, infelizmente, de sempre. Essa força cultural tinha apenas arrefecido em razão do pacto social em prol da democracia dos anos 1980, mas continuou de forma latente, prestes a eclodir a qualquer momento, cujos ensaios iniciais não foram percebidos ou foram ignorados pela sociedade.

E aqui um detalhe importante. Se no ambiente político em geral, em um primeiro instante, diante do pacto pela redemocratização, houve uma trégua na difusão do *discurso conservador e antidemocrático*, tal postura não se verificou no ambiente criminal. Em relação à *questão criminal* a sociedade brasileira, especialmente no que pertinente à elite política prevalente, o tom conservador e autoritário sempre e sempre esteve presente no discurso normativo, mesmo após a vinda a lume da Carta de 1988, centrada na afirmação da *dignidade da pessoa humana*, a ponto de receber do então Deputado Federal Ulisses Guimarães o apropriado epíteto de *Constituição Cidadã*.

Nessa toada, observa-se a existência de um inegável paradoxo quanto ao tema. Para parte considerável da sociedade, reverberada no discurso político, o CPP de 1941 é benigno e, em razão da leniência e generosidade como trata os infratores, estimula a criminalidade, a partir do sentimento de impunidade gerado. Para outro segmento do grupo social, esse mesmo código é punitivista e autoritário, descompassado com o devido processo legal decorrente da Constituição de 1988. Muitos demonizam os direitos humanos, asseverando que no Brasil eles só servem para beneficiar *bandido*. Ainda há quem diga que a legislação criminal está em sintonia com os direitos essenciais da pessoa humana, precisando, apenas, de ajustes para tratar de forma mais severa os

crimes mais graves. Afinal, com quem está a razão? O CPP de 1941 é punitivista ou garantista? O CPP está em harmonia com a Constituição de 1988, ou não? Independentemente da polarização, há um certo consenso quanto à necessidade da reforma do CPP e mesmo da edição de novo código.

Porém, quanto ao sentido da reforma da legislação processual, a divergência é frontal: uns pensam que há de se enrijecer o *combate* à criminalidade; outros, que é de mister adequar o CPP à força normativa dos direitos fundamentais. A inquietação a respeito do tema suscita mais questionamentos: Qual a razão de ser do processo criminal? Qual é a sua finalidade? O processo criminal surgiu para *combater* a criminalidade ou regradar a persecução criminal conforme os preceitos da presunção de inocência e do devido processo legal? O debate é feito com emocionalismo e retórica, sem base científica ou exame crítico da legislação nacional, especialmente quanto às normas processuais e a sua *ratio essendi*.

A temática tratada neste livro diz respeito à teoria constitucional do processo criminal dimanada do garantismo, que reconstrói a *ratio essendi* do movimento de processualização da persecução criminal, qual seja, estabelecer regras na atuação estatal, que até então não conhecia limites e tudo podia e devia fazer para conseguir a punição dos infratores. O tema está na ordem do dia, pois, a despeito das várias reformas tópicas do CPP e das muitas proposições normativas de alteração da legislação processual, pende de apreciação pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), já aprovado no Senado Federal (PLS 156/2009), pelo que se apresenta de fundamental importância discutir as diretrizes que devem ser observadas na nova codificação, o que perpassa pela resposta aos questionamentos feitos acima.

Contextualizando melhor a questão, há de se dar um passo atrás, a fim de indagar: O Brasil é um país violento? Não há dúvidas em relação a isso e, certamente, nenhum brasileiro, por menos informado que seja, discordará dessa constatação. Até porque os números são impressionantes e não permitem outra resposta à pergunta. Conforme os dados referentes ao ano de 2022, divulgados pelo *Consejo Ciudadano para*

*la Seguridad Pública y la Justicia Penal* (2023)<sup>2</sup>, das 50 (cinquenta) cidades mais violentas do mundo, 10 (dez) estão situadas no Brasil, que perde apenas para o México, que possui 17 (dezesete) localidades entre elas. Segundo o estudo, a cidade apontada como mais violenta no mundo é Colima, no México, com uma taxa de 181,94 (cento e oitenta e um vírgula noventa e quatro) homicídios por 100 mil habitantes<sup>3</sup>, enquanto Mossoró/RN, a mais letal no Brasil, ocupa o 11º (décimo primeiro) lugar no ranking mundial, ostentando uma taxa de 63,21 homicídios por 100 mil habitantes, algo em torno de uma morte violenta a cada 2 (dois) dias (Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal 2023)<sup>4</sup>.

Em consonância com o Anuário Estatístico, produzido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2022)<sup>5</sup>, publicado em 2022, referente ao ano-base 2021<sup>6</sup>, a taxa de homicídios no Brasil, adotando o padrão internacional de mensuração por 100 mil habitantes, sempre experimentou uma espiral crescente, como se observa entre os anos de 2016 (24,79) e 2017 (26,96). Todavia, no ano de 2018 (23,48), houve discreta queda, acentuada no ano de 2019 (18,86), com pequeno acréscimo em 2020 (19,95), para voltar a descer em 2021 (18,54). A análise desses dados durante todo o período de 2016 a 2021, revela uma diminuição da taxa de homicídios em -25%, números altamente alvissareiros.

---

<sup>2</sup> O Conselho Cidadão para Segurança Pública e Justiça é uma ONG criada em 2002, constituída por diversas organizações empresarias, acadêmicas, universitárias, sindicais, cujo objetivo é colaborar com governantes no cumprimento de dever de proteção, mediante a sinalização de diretrizes para reduzir a violência e a realização de ações voltadas para alcançar a paz social. Desde o ano de 2009, elabora o ranking das cidades mais violentas do mundo.

<sup>3</sup> Os dados excluem cidades de países que passam por conflitos políticos como Síria, Sudão e o Iêmen, sob a justificativa de que a maioria das mortes verificadas nessas localidades não se enquadra no padrão internacional adotado para identificar a taxa de homicídios, incluídas no conceito de *Conductas Violentas Letais Internacionais (CVLIs)*, que são os crimes de homicídio doloso, feminicídio, lesão corporal seguida de morte e o latrocínio.

<sup>4</sup> Das 10 cidades brasileiras que aparecem entre as 50 mais violentas no mundo, apenas Manaus/AM não está situada no Nordeste: Mossoró/RN (11ª); Salvador/BA (19ª); Manaus/AM (21ª); Feira de Santana/BA (22ª); Vitória da Conquista/BA (26ª); Natal/RN (28ª); Fortaleza/CE (31ª); Recife/PE (35ª); Maceió (36ª); e Teresina (41ª).

<sup>5</sup> O Anuário Brasileiro de Segurança pública divulga os Dados Nacionais de Segurança Pública, com base nas informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais dos órgãos de segurança.

<sup>6</sup> O Anuário Estatístico do ano 2023, ano-base 2022, ainda não foi divulgado.

Esse quadro da criminalidade referente aos homicídios, com pequena diferença, é corroborado pela taxa de Mortes Violentas Intencionais – MVI<sup>7</sup>, divulgada pelo *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*<sup>8</sup>, sob a nomenclatura *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Com efeito, em consonância com o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022* (*Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2022*), ano-base 2021, o viés de alta da taxa de MVI verificado em 2016 (29,9) permaneceu em 2017 (30,9), caiu em 2018 (27,6), continuou descendo em 2019 (22,7), teve uma pequena variação para cima em 2020 (23,8), voltou a decrescer em 2021 (22,3), gerando uma variação média, no período, de -9,3%. O discreto aumento em 2019 (22,7), ainda assim, foi muito mais baixo do que a taxa de 2017 (30,9).

Entretanto, o que justifica essa diminuição da taxa de homicídios e de mortes violentas intencionais – MVIs? À primeira vista, até em razão da *cultura da prisão* – não sendo possível cumprir o adágio *bandido bom é bandido morto*<sup>9</sup>, que se cumpra outro, *bandido bom é bandido preso* –, o menor número de crimes violentos estaria diretamente relacionado com a maior eficiência na punição dos infratores, mediante o recolhimento à prisão, no desiderato de evitar que pratiquem crimes. Seguramente, essa é uma visão distorcida da realidade.

Sendo certo que a criminalidade é resultante de múltiplos e complexos fatores, a diminuição da taxa de homicídios, naturalmente, foi a consequência de diversas políticas adotadas, especialmente nas áreas das assistências sociais, educacionais e de segurança pública. Qualquer redução nos números da criminalidade de um país ainda formado prioritariamente por jovens, que possui uma elevada taxa de aumento da população – nos anos 1970 tínhamos 70 milhões, enquanto hoje temos mais de 215, 8 milhões de habitantes (IBGE 2023) – passa, necessariamente, por políticas eficientes

---

<sup>7</sup> Nos termos da Portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública nº 229, de 10 de dezembro de 2018, *Mortes Violentas Intencionais – MVIs* englobam os crimes de homicídio doloso, feminicídio, roubo seguido de morte, lesão corporal seguida de morte, estupro seguido de morte, infanticídio, maus tratos qualificados pelo resultado morte, assim como resultante da intervenção das forças policiais, conforme estabelecido no Protocolo de Bogotá sobre Qualidade dos Dados de Homicídio na América Latina e no Caribe.

<sup>8</sup> O Fórum Brasileiro de Segurança Pública é uma instituição sem fins lucrativos com mais de 15 anos de atuação, que produz dados estatísticos e faz análises sobre o fenômeno da violência no Brasil. Visa fazer a aproximação entre as polícias, as universidades, a sociedade civil e os movimentos sociais.

<sup>9</sup> Câmara Cascudo (2012, p. 6), no livro *Coisas que o povo diz*, em interessante estudo, investiga a origem de diversos adágios, os quais revelam a *cultura popular*, sob a premissa de “que há sempre verdade nas coisas que o povo diz...”



atingindo as causas da criminalidade, notadamente para evitar o recrutamento de jovens pelas facções criminosas.

Ademais, os muitos estudos acadêmicos e doutrinários sustentam que a prisão não é a melhor solução para a questão criminal, muito pelo contrário, é um problema em si mesma, pois tem o condão de gerar violência e, caso utilizada sem critérios racionais, se constitui em fator que alimenta a criminalidade<sup>10</sup>. No ponto, a realidade brasileira é a comprovação empírica desses estudos. De fato, *pari passu* com a taxa da criminalidade violenta, a população carcerária brasileira, ao longo da série histórica da coleta de dados, vivenciou expressivo crescimento. O Brasil é um dos países mais violentos do mundo, no entanto, igualmente, é um dos que mais prende, ocupando, em 2021, a 3ª maior população carcerária no ranking mundial, nos termos da pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres (World Prison Brief 2023). Além do mais, em compasso com esses dados do *World Prison Brief* (2023)<sup>11</sup>, o número de presos no Brasil mostra um quadro de tendência de crescimento, ano a ano, com estagnação exatamente no ano de 2017, quando, conforme mostrado acima, passamos a ter a diminuição de mortes violentas.

Essa realidade está evidenciada no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado até dezembro de 2022, realizado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (2023), segundo o qual, se no ano de 2000, no Brasil, havia 232.755 mil presos, no de 2017 o número de pessoas encarceradas chegou a 722.715 internos, um aumento, em termos percentuais, de impressionantes 150%. A partir daí, observa-se uma significativa alteração no quadro. Se entre os anos de 2014 e 2016 houve um aumento de 22% da taxa de encarceramento, de 2016 (722.120) a 2017 (722.715) a taxa de crescimento foi próxima a zero. A taxa cresceu 3% no ano de 2018 (744.216), 1%, em 2019 (755.274), para a partir daí apresentar uma acentuada diminuição de -11%, em

---

<sup>10</sup> Há várias estudos nesse sentido: *Prisão não cura, corrompe* (PLAYFAIR e SINGTON 1965); *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* (E. R. ZAFFARONI 2001); *Are prison obsolete?* (DAVIS 2003); *Falência da pena de prisão: causas e alternativas* (BITENCOURT 2001); *Civilidade e estado* (CHRISTIE 1977); *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal* (HUSLMAN 1997); e *The history of the prison psychoses* (NITSCHKE e WILMANNNS 1912).

<sup>11</sup> O *World Prison Brief* trata-se de um banco de dados on-line que condensa as informações sobre os sistemas prisionais em todo o mundo, organizado pelo *Instituto for Crime & Justice Policy Research*, sediado em Birkbeck, na Universidade de Londres.

2020 (672.697), discreto crescimento de 1%, em 2021 (679.577), para voltar novamente a diminuir, agora -4,54%, no ano de 2022 (648.692)<sup>12</sup>.

Outro dado interessante é quanto aos presos provisórios, que atingiu em 2014 o apogeu, com 40,13% da população carcerária, para depois desse patamar começar a diminuir de forma consistente: em 2017, eram 35,41%; em 2018, 35,06%; em 2019, 30,43%; em 2020, 29,66%; em 2021, 27,04%; e em 2022, 25,31%.

Sopesando as informações referentes aos homicídios e às mortes violentas letais intencionais com os dados referentes ao aprisionamento, constata-se que o crescimento da criminalidade violenta foi proporcional ao aumento da população prisional e, quando houve a diminuição da taxa de encarceramento, no mesmo passo, verificou-se o decréscimo da taxa de homicídios e de mortes violentas intencionais. Isso não é, por óbvio, mera coincidência. Há uma relação direta entre os dois dados.

Afinal de contas, as maiores e mais temidas organizações criminosas existentes no solo nacional, que controlam o tráfico internacional de entorpecentes e armas e promovem a criminalidade violenta, foram criadas nos estabelecimentos penais, fazem deles seus territórios, neles estabelecem os seus escritórios oficiais, de onde recrutam mão de obra interna e externa e estabelecem as suas relações de poder.

Portanto, ser mais preciso e seletivo no recolhimento à prisão, reservando esse tipo de medida especialmente para os crimes que efetivamente comprometem a vida em paz e com tranquilidade da sociedade, se apresenta como a política inteligente a ser desenvolvida pelos 3 (três) poderes, a despeito do pensamento moldado pela cultura da prisão, dominante entre a maioria das pessoas leigas ou obnubiladas pela pauta conservadora e mesmo preconceituosa e elitista das agências políticas.

Parcela significativa da sociedade pondera que o mesmo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres, quando examina a taxa de encarceramento tomando como parâmetro os números relativos, evidencia que o Brasil, em 2021, ocupava a 26ª posição no ranking dos países com maior população carcerária. Invocam esse dado para justificar a ideia de que aqui se prende pouco e que reina a impunidade, pois o sistema criminal, principalmente o Código de Processo Penal, é

---

<sup>12</sup> Não são computadas as pessoas cumprindo pena em regime domiciliar, sem tornozeleira (92.241) ou com tornozeleira (91.362), que representam um total de 183.603. Somando com a população que está nos estabelecimentos penais, alcança o expressivo número de 832.295 pessoas cumprindo mandados de prisão.

ineficiente como instrumento para punir os infratores. Será que isso procede? E os números? O que dizem?

Segundo os dados do *World Prison Brief* (2023), a taxa mundial de aprisionamento, em números relativos, é equivalente a 140, enquanto a do Brasil é de 389, só perdendo na América do Sul para o Uruguai, que corresponde a 408. Portanto, no Brasil, *prende-se muito*. Para além disso, os números mostram que *se prende muito mal*. Com efeito, de acordo com o levantamento do SENAPPEN (2023), consolidado até o ano de 2022, o número de pessoas recolhidas à prisão por crimes violentos (homicídio 76.721; latrocínio 14.957; tortura 649; estupro 36.566; roubo qualificado 101.650; roubo simples 53.596; sequestro 4.406; violência doméstica 7.971; lesão corporal 7.485; e genocídio 89) alcança apenas 304.090 internos.

Tem-se, portanto, que dos 642.638 presos, 338.649, isto é, a maioria, está recolhida por crimes que não são praticados com violência contra a pessoa. Pode-se dizer que esses crimes não violentos são de tráfico de entorpecentes, os quais são crimes de alta gravidade. Porém, 169.011 estão presos por crime de tráfico de entorpecentes interno, enquanto por tráfico internacional, comandado pelas organizações criminosas, apenas 4.093 presos. Ou seja, o tráfico de entorpecentes doméstico representa mais da metade da população presa quando comparado com os presos em razão da criminalidade violenta. Merece destaque, ainda, que muitas das pessoas encarceradas pelo crime de tráfico doméstico não passam de intermediários, não são as pessoas que comandam esse tipo de criminalidade, se enquadram na figura conhecida como *mulas*, ademais de a polícia, o Ministério Público e o Judiciário tratarem como traficantes pessoas da periferia flagradas portando pequenas quantidades de droga, sem nenhum critério objetivo para a distinção entre droga utilizada para o uso e para a traficância. A população negra e pobre é a mais atingida, situação escancarada no julgamento pelo Supremo Tribunal no RE 63559/PR (2023), no qual o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, alvitrou fixar como critério objetivo para identificar a posse de maconha para uso próprio a faixa entre 25,0 a 60 gramas ou 9 (seis) plantas, a fim de que seja conferido tratamento aos negros similar ao dispensado aos homens brancos, maiores de 30 (trinta) anos e com formação superior.

Constata-se, portanto, que há um equívoco no tratamento da criminalidade. Conforme os dados acima examinados, a grande massa encarcerada não é constituída

pelos autores dos crimes violentos. Se temos uma das maiores taxas de homicídios e de mortes violentas intencionais do mundo, a nossa população carcerária deveria estar concentrada nesse tipo de criminalidade, a que mais preocupa a população, que quer poder sair de casa para trabalhar e usufruir do direito ao lazer, com um mínimo de segurança indispensável para uma vida com dignidade. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de proteção eficiente, pelo que as políticas públicas nas 3 (três) esferas de poder, voltadas à diminuição da criminalidade, não podem perder o foco relativamente à criminalidade violenta, tanto no pertinente às *ações*, *estratégias* e *diretrizes* preventivas, quanto às que dizem respeito à responsabilização das *peças certas* pelos crimes cometidos e a aplicação da sanção adequada, com o pensamento voltado para o futuro. Se a nossa Constituição, dentre os direitos fundamentais, veda a pena de morte e a pena com *caráter* perpétuo, para que deve servir a prisão? Claramente para que a pessoa quando estiver recolhida ao cárcere não cometa mais crimes e para que, quando ela voltar a viver em sociedade, não reincida na prática de ilícitos.

Esse erro no tratamento da criminalidade violenta leva ao sentimento de impunidade, diante da quantidade inquietante de delitos violentos, cuidando as agências políticas de tributar essa realidade à fragilidade das leis e à morosidade do Judiciário. E isso também é fato. Os números não escondem essa constatação, mas revelam qual é a base do problema. Segundo pesquisa do *Instituto Sou da Paz* (2017), conforme dados coletados dos estados do Pará, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Rondônia, São Paulo e Mato Grosso do Sul, a taxa média de resolutividade de inquéritos policiais relativos a crimes de homicídio alcança apenas 20,7%. Isto é, aproximadamente 80% dos crimes com resultado morte, a polícia não consegue, sequer, apontar indícios de quem foi o possível autor.

Mas tem situação pior. O projeto de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, coordenado pelo autor no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), em estudo intitulado *Os inquéritos policiais relativos aos crimes violentos letais intencionais no estado do Rio Grande do Norte e o dilema da ausência de identificação de autoria* (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2022, p. 57), mostra que, no período de 2016 a 2020, ocorreram 9.328 crimes violentos letais intencionais no Rio

Grande do Norte, não tendo sido comprovada a instauração de inquérito policial em relação a 3.093 mortes, constando, por outro lado, a identificação da autoria em só 2.206 dos casos. Ou seja, em termos percentuais, tendo como referência o período desses 4 (quatro) anos, quanto aos CVLIs, no Rio Grande do Norte, em termos percentuais, 21,05% dos inquéritos policiais foram encerrados sem autoria identificada; apenas 17,52% com autoria; e incríveis 61,43% sem o registro de que tenham sido instaurados. O mais drástico ainda é que, em relação a essas mortes, foi constatado o oferecimento de apenas 6 (seis) denúncias. Isso quer dizer que, das 9.328 mortes ocorridas em solo potiguar, a taxa de resolutividade dos inquéritos atingiu apenas o percentual de 17,52%, enquanto só 6 (seis) deles serviram de base para o ajuizamento de denúncias.

Esse é o quadro pintado pelos números. E não é um *privilégio* do Rio Grande do Norte. Para se ter uma ideia, conforme o Atlas da Violência de 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018), durante o ano de 2016 ocorreram 62.517 homicídios, mas, em compasso os dados do *Justiça em Números*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2022), no ano de 2016, ingressaram no Judiciário somente 27.881 ações penais de competência do júri, enquanto em 2017, só 29.587<sup>13</sup>.

Apesar dessa ineficiência dos inquéritos policiais, gerando uma *cifra negra* relevante e preocupante quanto aos crimes violentos letais que não chegam ao Judiciário, consoante os dados do *Justiça em Números* (2022), só no ano de 2021, ingressaram 2,2 milhões de *casos novos* criminais, perfazendo um total equivalente a 7,7 milhões de processos em tramitação<sup>14</sup>, sendo 5,4 milhões nos primeiro e segundo graus e nos tribunais superiores; e 2,3 milhões de execuções penais em andamento, com 1,4 milhão de penas privativas de liberdade (60,1%) e 903 mil de penas alternativas (40%). Aparentemente há um erro em relação ao número de execuções penais, em razão de, conforme orientação do CNJ, dever ser instaurado um único processo na classe

---

<sup>13</sup> Mesmo em países como Estados Unidos da América e Alemanha, cerca de 85% a 95% das investigações são iniciadas a partir de informação fornecida por particulares, sendo 90% delas provenientes das próprias vítimas (LOPES Jr. 2009, p. 229). Pelos mais diversos fatores (falta de confiança na investigação, medo de represália, receio da publicidade etc.), muitas pessoas não se sentem estimuladas em comunicar a ocorrência de crimes à polícia, o que contribui para uma alta *cifra negra*, que representa os delitos que não chegam ao conhecimento das instâncias policiais, ficando sem apuração ou julgamento.

<sup>14</sup> Nos termos dos dados do *Justiça em Números* (2022), o total de processos em tramitação no Judiciário brasileiro em 2021 atingiu 77,3 milhões e o total de casos novos no ano em referência foi de 27,7 milhões.

execução para cada apenado, individual e indivisível, reunindo todas as condenações impostas (Resolução do CNJ nº 113, de 2010, art. 3º, § 1º). E como pontuado acima, não temos essa população carcerária<sup>15</sup>. Porém, a despeito dessa consideração, os números revelam que ainda há uma concentração muito alta de aplicação da pena privativa de liberdade, diante da crença de que a eficiência do processo se confunde com a condenação e a aplicação da prisão como *solução* do problema criminal.

Outro dado desconcertante é quanto à morosidade no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, da competência do tribunal do júri. Ciente do problema, o Conselho Nacional de Justiça (2019) instituiu um grupo de trabalho para apresentar um diagnóstico sobre o funcionamento da instituição do júri. O estudo compreendeu a análise dos processos criminais respectivos, referentes ao intervalo entre os anos de 2015 e 2018, circunscrito à justiça estadual, com a anotação da existência de 185.898 ações penais da competência do tribunal do júri. Ou seja, embora o número de *casos novos* dessa classe processual seja baixo em relação ao número de homicídios, a quantidade de processos pendentes, que caracteriza, na terminologia do CNJ, a *taxa de congestionamento*, é excessivamente alta. Isso mostra que os processos começam, mas não terminam. E quando são encerrados, geralmente se dá pela extinção da punibilidade, seja devido à morte do autor, seja pela prescrição: PE (97%); RN (76%); MS (69%); SP (67%); AM (62%); BA (55%); e PR (52%), apenas para ficar com os dados dos Estados em que mais da metade dos processos são *resolvidos* sem resolver nada. Em outra vertente, o tempo de duração dos processos não tem sido nada razoável: BA (11a5m); SP (10a1m); RO (9a2m); PE (8a8m); MT (8a5m); PI (8a2m) e ES (8a1m).

A reação simplista encampada pelo discurso político conservador é *culpar* esse estado de coisa ao *excesso de garantias* das leis criminais, com foco na crítica à legislação processual, que não *pensa* na vítima, assim como se fez no passado para justificar a edição do Código de Processo Penal de 1941, fruto da ideologia ditatorial e policialesca firmada pela Constituição de 1937, a qual não teve serventia para diminuir a criminalidade. Se o problema é da lei processual, ou melhor, do rito bifásico do tribunal do júri, por que o percentual de extinção de punibilidade dos processos do

---

<sup>15</sup> Lamentavelmente, não raro, no exame do Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões do CNJ, identifica-se a existência de um mesmo preso com mais de um processo de execução, simplesmente pela desatenção da secretaria do juízo em verificar se já há processo de execução penal instaurado.

tribunal do júri no Acre foi de apenas 5%, em Minas Gerais de 10% e em Santa Catarina de 12%? Se a lei é para todos, é evidente que números tão distorcidos são germinados por outros fatores, sem embargo da necessidade de aprimoramento da legislação.

O presente livro, tendo em conta essas constatações evidenciadas em dados<sup>16</sup> produzidos por organismos estatais e institutos acadêmicos, tem em mira identificar e explicar a realidade normativa em relação à legislação processual criminal e o reflexo nesse estado de arte. Quanto ao método, adota-se o *hipotético dedutivo*, com pesquisa explicativa, mediante a promoção de estudo da bibliográfica nacional e estrangeira de livros, artigos, pronunciamentos judiciais e estudos de caso, assim como a análise dos muitos dados estatísticos, que servem para alicerçar as ideias sustentadas ao longo do trabalho.

O objetivo geral é demonstrar que o novo paradigma do ordenamento jurídico arquitetado pela Constituição de 1988, fruto do *neoconstitucionalismo*, ao tempo em que impõe a (re)construção do sistema criminal sob a regência da teoria do garantismo, revela que o Código de Processo Penal de 1941, elaborado em consonância com o modelo inquisitivo, ditatorial, policialesco e punitivista, próprio do arcabouço pretraçado pela Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional, não é compatível com a nova Carta, sendo de mister a elaboração de nova codificação, fulcrada no princípio da presunção de inocência, na qualidade de cláusula reitora do *devido processo legal substancial* ou *plenitude de defesa*.

Como objetivos específicos, propõe-se a revelar que o esboço normativo denota que o movimento de jurisdicionalização em nosso ordenamento processual criminal, em várias passagens, adotou uma lúdima *presunção de culpa*, herdada do Código de Processo Criminal de 1832, que por sua vez, a esse respeito, foi oriunda das Ordenações Filipinas, ademais de um devido processo legal apenas formal, tratando as regras como meras formalidades, negando-lhes a função de garantia, em que a defesa é restrita; o juiz tem função proativa, detendo a gestão da prova e atuando em auxílio à persecução criminal; o Ministério Público não é considerado parte, sendo uma espécie

---

<sup>16</sup> Gloeckner e Amaral expõem que (2013, pos. 130), em busca de sua autonomização institucional, a criminologia moderna se apoia nos bancos de dados, nas estatísticas de determinadas espécies de crimes, no mapeamento da criminalidade, no número dos presos, na média de seus encarceramentos, na quantidade e na espécie de delitos.

de *juiz de pé*; enquanto o acusado é tratado como prova, não como sujeito processual, apresentando-se, enfim, como um processo inquisitivo, sem partes.

O *pensamento-domínio* a respeito da temática é de que o direito criminal, com destaque para o processual, só exurgiu como ciência na segunda metade do século XVIII, a partir das revoluções americana e francesa, que demarcaram o Estado moderno, guiado pela declaração de direitos inerentes à condição humana e pela tripartição dos poderes, que correspondente ao primeiro movimento constitucionalista, patrocinado pelo *iluminismo*. O processo criminal emergiu nesse contexto, como forma de controlar a perseguição criminal, a qual, sob a batuta do *estado absolutista*, não conhecia limites ou regras. Até aquele momento, a punição não era processualizada, constituía mais uma das múltiplas funções administrativas reunidas nas mãos do soberano, como decorrência da prerrogativa da *autoexecutoriedade* ínsita ao poder de polícia, sendo guiada apenas por meros procedimentos, adotados para tornar eficiente a aplicação das penas.

A perseguição criminal, tratada como uma mera função administrativa, era vista como uma maneira de afirmação da autoridade do soberano, que tudo podia e devia fazer para punir os infratores que tivessem a ousadia de desafiar a força estatal. Assim, antes da processualização da função estatal de punir, a perseguição criminal era um *vale-tudo*, em que o Estado, tendo assumido o lugar da vítima em razão da substituição da vindita privada pela estatal, se apresentava *cruel e vingador*, fazendo do procedimento uma *arena de combate*, no qual enredada a luta entre o *bem* e o *mal*, disputa realizada em ambiente secreto, com admissão das formas de tortura necessárias para provar a *presunção de culpa* estabelecida em relação a quem era apontado como o possível autor do crime, adotando-se a ampla publicidade apenas no momento da aplicação das penas corporais (açoites, mutilações e execuções das mortes), com a finalidade de mostrar a todos quem mandava e, assim, disseminar o medo em agitar a ira do soberano.

Tem-se, portanto, que o processo criminal não surgiu para *armar* o Estado no *combate* à criminalidade, simplesmente porque ele tinha todas as armas à sua disposição e sem limites. Muito pelo contrário, o processo criminal exurgiu como *instrumento civilizatório* destinado para tratar de questões sociais delicadas da vida em sociedade, com respeito aos direitos essenciais à condição humana e em consonância com a teoria da tripartição dos poderes, em que a perseguição criminal só pode ser exercida em relação aos fatos tipificados como crimes pelo Legislativo e, mesmo assim, para



responsabilizar os autores dos ilícitos, de mister que o Executivo submeta a sua pretensão ao Judiciário, responsável por assegurar, em razão da garantia universal da presunção de inocência, a tramitação da persecução criminal em consonância com o devido processo legal. Em suma, o processo criminal surgiu para controlar a força punitiva do Estado.

O marco teórico do livro gira em torno da *teoria do garantismo*, expressão da força normativa dos direitos fundamentais embutida no movimento *neoconstitucionalista*, que formatou o *Estado democrático de direito* ou *Estado constitucional*. Essa corrente de pensamento, surgida no pós-Segunda Guerra Mundial, promoveu a reconstrução da *ratio essendi* do processo criminal, desvirtuada ao longo do tempo pela posição conservadora e autoritária do discurso político antiliberal preponderante, tendo como *background a escola positiva* e as escolas neopositivas, notadamente a *escola do tecnicismo jurídico* italiana e a *escola moderna* alemã.

Parte-se da premissa de que a teoria do processo criminal se confunde com a teoria dos direitos fundamentais, de modo que a base teórica desse ramo do direito se exprime nos princípios constitucionais encartados na Constituição que declaram essa classe de direitos para o âmbito criminal. O processo criminal, nessa perspectiva, trata-se de uma garantia emanada da declaração de direitos fundamentais, tendo como *princípio-mor* ou dominante a presunção de inocência, o qual gera para o Estado o dever de provar a culpa de quem for apontado como autor de crime, em consonância com as regras ínsitas ao devido processo legal *lato sensu*, formado por garantias constitucionais extraídas dos princípios do devido processo legal *stricto sensu* – princípios acusatório, da ampla defesa, da inviolabilidade da intimidade e da liberdade.

O princípio da presunção de inocência, com as suas espécies, princípios da presunção de inocência no sentido estrito e da presunção de não culpabilidade, que se fazem sentir conforme as fases da persecução criminal (investigatória, processo de conhecimento e de execução), repercute diretamente na compreensão das cláusulas que constituem o devido processo no sentido *lato* (*devido processo legal substancial* ou *efetivo*) ou melhor, a *plenitude de defesa*.

O garantismo, aqui concebido para a construção da teoria do processo criminal, segue a ideia da *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, porquanto não se contém na sua compreensão sob a perspectiva *subjetiva*, vai adiante, no escopo de

explorar a dimensão *objetiva*, com suporte na qual se enxerga o *dever de proteção*, de modo que a persecução criminal só se justifica se, quando e enquanto se presta para cumprir essa obrigação estatal, plasmada nos caputs dos arts. 5º e 144 da Constituição. O processo criminal, dessa forma, encerra um conflito de direitos fundamentais, nas perspectivas objetiva, que impõe o exercício da persecução criminal como dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, e subjetiva, que se apresenta como limitação da persecução criminal diante da obrigação do respeito aos direitos fundamentais dos infratores.

Sob a ideia do garantismo, não é correta a nomenclatura *processo penal*, pois, a despeito do seu *sentido punitivista*, atrita com a função do processo em aliviar a solução para o problema gerado pelo crime sem a aplicação de pena, tal como se verifica com a elucidação do caso por meio dos institutos da transação, suspensão do processo e do acordo de não persecução penal, mecanismos negociais com os quais não se aplica sanção, resulta apenas na pactuação de medidas restritivas, as quais, adimplidas a tempo e a modo, importam na extinção da punibilidade, que se cuida de sentença absolutória por definição legal (art. 397, IV, do CPP). Por conseguinte, sob o influxo do garantismo, o mais correto é falar-se em *direito criminal*, que tem como espécies o *direito criminal material* e o *direito processual criminal*, terminologias adotadas neste estudo, tendo em conta a linha teórica seguida. Ademais, como nem sempre cabe a propositura da ação penal, é mais consentâneo falar-se em *persecução criminal*, pois deve o Ministério Público propor a solução do problema criminal por meios alternativos, quando satisfeitos os requisitos objetivos previstos em lei. A atuação do Ministério Público trata-se mais de um *dever* do que de um *poder*, em razão do monopólio estatal do *jus persequendi*.

Seguindo as constatações feitas e tendo em conta o marco teórico aqui estabelecido, o livro faz um esboço histórico normativo da legislação processual criminal brasileira, iniciando com as ordenações portuguesas até chegar ao Código de Processo Penal de 1941, na sua redação originária e nas muitas alterações tópicas que foram sendo introduzidas no texto durante a sua vigência. Em passo seguinte, são apresentadas as bases teóricas e sugestões para a construção, sob as bases do garantismo, de um novo Código de Processo Criminal, tendo como norte o princípio da presunção de inocência na qualidade de ideia dominante do devido processo legal substancial. O

texto está estruturado em 6 capítulos, contando com esta introdução. No capítulo 2, será exposto o fenômeno da criminalidade como ínsito à vida em sociedade (*ubi societas, ibi crimen*, logo, *ubi crimen, ibi societas*), de modo que, igualmente, sempre existiu a punição. Na fase embrionária da sociedade, diante da ausência do domínio estatal, vigorava a vingança privada, cabendo à própria vítima e aos seus familiares exercer a persecução criminal, até o Estado assumir essa função para si, instaurando o chamado *direito penal do terror*, período no qual a punição não obedecia a regras, senão a meros ritos ditados para tornar eficiente a punição. Passo adiante, a abordagem será em relação ao tratamento dispensado pela legislação processual portuguesa vigente no Brasil quanto à forma de realizar as punições, com especial destaque para as Ordenações Filipinas, que vigoraram até a vinda a lume do Código de Processo Criminal de 1832, elaborado como consequência da declaração de independência e da Constituição de 1824, evidenciando o tratamento normativo quanto à organização judiciária e os ritos procedimentais seguidos na aplicação das penas corporais, tendo como pano de fundo uma *presunção de culpabilidade* em relação a quem apontado como infrator. A intenção é mostrar a identidade das Ordenações Filipinas com o chamado *direito penal do terror* e observar práticas e institutos formatados sem obediência aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

No capítulo 3, o leitor verá a exposição sobre o movimento de normatização dos direitos humanos, ensaiado na Carta Magna de 1215 e na *Bill of Rights* de 1689, documentos que esboçaram a processualização do dever-poder de punir do Estado, com foco na presunção de inocência e do devido processo legal, ideia expandida no pensamento beccariano contido no livro *Dos delitos e das penas*, o precursor do direito criminal, e chancelada na Revolução Francesa com a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 e na declaração de direitos das emendas americanas de 1791, assim como a repercussão mundial dessa teoria criminal liberal, liderada pela escola clássica, que se fez sentir no direito normativo brasileiro. O escopo é demonstrar que essas novas ideias de cunho liberal suscitaram profundas alterações no nosso sistema normativo, a despeito do pensamento conservador e autoritário dominante, tendo a elite política se aproveitado para expressar um *liberalismo-conservador* ou *liberalismo de conveniência*.

Em seguida (capítulo 4), o estudo será direcionado para a abordagem da repercussão do movimento iluminista-liberal da revolução francesa no ambiente brasileiro, materializado com a Constituição Imperial de 1824, que expressou o marco regulatório da independência do Brasil em relação a Portugal, fez a primeira declaração de direitos fundamentais em nosso meio e formatou a separação dos poderes, moldada pelo poder moderador, além de ter determinado a edição dos códigos criminais, de ordem material e processual. Ainda no capítulo em referência será esmiuçado como eram desdobradas as fases investigatória e do processo de conhecimento, com a sinalização de que não havia regramento quanto à fase de execução, mantida como uma atividade meramente administrativa. Finaliza com a discussão sobre as críticas feitas ao viés liberal da codificação de então e as consequências da quebra da unidade processual operada durante o período de vigência da Constituição de 1891.

O capítulo 5 iniciará o debate sobre a Constituição de 1937, apontando, diante da ideologia ditatorial e fascista que lhe era imanente, o retrocesso no que pertinente à declaração de direitos, especialmente quanto aos direitos fundamentais relacionados ao ambiente processual criminal, porquanto, além de manter a tradição de não se fazer referência expressa aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, o direito de defesa restou fragilizado, conferindo azo a um sistema efetivamente *penal*. Após a identificação das escolas criminais que embasaram a elaboração do Código de Processo Penal de 1941, mediante a contextualização das regras nele contidas com o discurso expendido na sua exposição de motivos, será explicitada a ideologia reitora, centrada na negação da presunção de inocência, a par da construção de diretrizes escoradas na *presunção de culpabilidade*, estado de coisas que permitiu estabelecer a prisão na qualidade de medida processual como regra, ademais de não ter se preocupado com o devido processo legal nas fases postulatória e executória.

No último capítulo, o espaço será ocupado para evidenciar a virada copérmica do direito processual criminal com a vinda a lume da Constituição de 1988, concebida como marco regulatório da redemocratização do país e sedimentação em nosso meio do *neoconstitucionalismo*, movimento mundial iniciado logo após a Segunda Guerra Mundial, mas que no Brasil só encontrou condições políticas de ser implementado no final dos anos 1980. Nos subitens será apresentado o *núcleo duro* do neoconstitucionalismo, difundido na Constituição de 1988, centrado na força normativa

dos direitos fundamentais, o que tem o condão de desconstruir o viés ditatorial e policialesco do CPP de 1941, por revelar aderência do nosso sistema normativo criminal à teoria do garantismo, o que torna inadiável a elaboração de novo Código de Processo Criminal.

Tendo em conta a força normativa dos direitos fundamentais, será exposta a teoria do processo criminal em consonância com essa classe de direitos na seara criminal, sendo apresentadas sugestões ao legislador na feitura do NCPP, mediante a exposição dos princípios da presunção de inocência como razão de ser da processualização da persecução criminal para, em seguida, destacar as nuances do princípio da presunção de inocência estrito senso e da presunção de não culpabilidade, com as suas variações durante o transcurso da persecução criminal. Encerra com a exploração do princípio do devido processo legal como *devido processo legal substancial ou plenitude de defesa*, o qual é a observância de todas as garantias constitucionais sob o império da presunção de inocência – princípios (i) do devido processo legal *stricto sensu*; (ii) da presunção de inocência *stricto sensu* e da presunção de não culpabilidade (iii) da ampla defesa; (v) acusatório; (vi) da inviolabilidade da intimidade; e (g) da liberdade –, fazendo incursões a esse respeito tendo em conta o processo de conhecimento e as fases investigatória e de execução.

Primeiramente, o estudo aqui desenvolvido foi apresentado como tese inédita para fins de promoção para a Classe E (Professor Titular), conforme a Resolução do CONSEPE nº 67, de 2017, submetida em 2 de junho de 2023 à avaliação da banca composta pelos Professores Doutores José Orlando Ribeiro Rosário (UFRN), Aury Celso Lima Lopes Júnior (PUC-RS), Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (USP) e Rodrigo Sánchez Rios (PUC-PR), sendo aprovada à unanimidade, com a atribuição de *especial distinção* à tese e à sua apresentação.

A tese, para fins de publicação como livro, foi adaptada, ampliada e atualizada, merecendo destaque a abordagem quanto à definição do Supremo Tribunal Federal sobre o juiz das garantias, no julgamento final das ADIs 6.298, 6.300 e 6.305/DF.



## 2. CRIME E PUNIÇÃO NO BRASIL COLÔNIA

A vida em sociedade, sendo própria da *condição humana*, teve como germe a reunião de homens e mulher em pequenos grupos, que se juntaram diante da necessidade de satisfação de seus anseios (ARISTÓTELES 1995, p. 14). Viver em um grupo social, ainda que nas fases embrionárias da formação do Estado moderno, foi um acontecimento natural, por se apresentar como o meio necessário para a satisfação das necessidades básicas do ser humano (COULANGES 1975, 68-112). É o modo natural da existência da espécie humana, congregando, nos primórdios, os vínculos sociais provenientes do grau de parentesco (da família), em seguida, do local de residência (da vizinhança) – e daí outros, resultantes das sociedades religiosa, profissional e política (o Estado) (CAETANO 1990, p. 14) se estendendo, até mesmo, da sociedade internacional, a exemplo da sociedade comum europeia.

Todavia, não se pode esquecer e é preciso pontuar sempre que, por mais paradoxal que seja, o crime é um *fenômeno social*, existindo senão na vida em sociedade, até porque não há o crime contra si próprio, por não ser razoável a tipificação de uma conduta como ilícita se não há malferição a direito ou interesse de outrem.

O crime, assim, em sua gênese, ademais de ser um fenômeno social, é ínsito ao ser humano. Com efeito, na história dos povos, o crime se apresenta como fenômeno de variável constante, com maior ou menor taxa de incidência, independentemente do nível de desenvolvimento material ou intelectual da sociedade. Em qualquer estágio da sociedade, a criminalidade se fez, faz e fará sentir, diversificando-se mais em razão das condições sociais. É um fenômeno ínsito à vida em sociedade. E é assim desde que o *mundo é mundo*, ontem, hoje e, infelizmente, sempre. Com razão, Roxin (2006), após mencionar ter a Alemanha desde a época do pós-guerra apresentado nível de bem-estar cada vez maior, acompanhado de uma população sempre decrescente (ao contrário do Brasil que sempre aumentou), aponta que foi verificado, durante esse período, considerável *aumento da criminalidade*. Esse fenômeno evidencia ser a criminalidade forma típica de ação humana, independentemente das reformas e avanços sociais, pois

as circunstâncias sociais determinam mais o *como* do que o *se* da criminalidade. Dessa forma, “quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade” (ROXIN 2006, p. 4).

Por conseguinte, se é certo asseverar a parêmia *ubi societas, ibi jus*, também é lícito considerar que *ubi societas, ibi crimen*. Logo, *ubi crimen, ibi societas*. Outro consectário lógico inerente à vida em sociedade, por mais rudimentar que seja o grupo social, reside na máxima *ubi crimen, ibi poena*. Não se saiba precisar o momento da ocorrência do primeiro crime e como consectário a punição aplicada e a forma como se processou. Mas se tem ciência de ser a repressão ao delito uma herança cultural dos povos, por ser estreme de dúvidas a impotência do desenvolvimento da cultura humana para eliminar o crime (BEVILÁQUA 1896).

À época primitiva, o direito de punir radicava no *sentimento atávico de vingança* e como o Estado ainda não possuía poder político (autoridade e legitimidade) para tomar para si a *persecução criminal*, o poder-dever de (re) agir recaía sobre o ofendido, assim como a sua família. O direito de punir, nesse estágio da civilização, confundia-se com o reconhecimento do *direito-dever de vingança*, sendo uma questão de honra para a vítima e a sua família, diante da reprovação moral contra o agente que prática a infração. Certo que a persecução criminal, mesmo nessa época, era encarada como uma *vingança defensiva*, oriunda do *pensamento humano natural de conservação da espécie*, não se confundindo com o mero instinto de *conservação* individual, daí por que, para além de um direito, tratava-se de um dever diante da *necessidade imperiosa* de reagir contra o culpado pelo crime. Nessa perspectiva, Liszt (2003, p. 45), justificando que a ação penal, desde sempre, não foi tratada propriamente como um direito, acentua que a *vindita* não era a “simples reação do indivíduo, mas reação do agregado social como ordem da paz e do direito”. Nessa fase embrionária da sociedade, o crime era visto e tratado como uma questão particular, dizendo respeito ao agressor e à vítima, ficando esta com o direito (dever moral) de exteriorizar o sentimento atávico de vingança.

Nessa ideia inicial, não havia limite à reação da vítima, ensejando a *vindita coletiva*, estendida aos familiares, à tribo, clã ou grupo integrado pelo agressor. Adolph



Prins lembra constituir a *vingança privada* “a mais antiga e a mais rudimentar manifestação de uma reação social contra os atos que perturbam as relações sociais” (PRINS 1915, p. 14). Na mesma linha, Von Litz chama a atenção para o detalhe de essa *ideia de vingança*, oriunda do instinto de conservação, ser encontrada em todas as formas sociais e fases da civilização (2003, p. 44).

Os excessos motivados pelo *cunho emocional e reativo-defensivista* do exercício desse *direito-dever de vingança* fizeram com que se tornasse evidente a necessidade do estabelecimento de *limites*, despontando a *Lei de talião*<sup>17</sup> como o registro mais concreto dessa tendência (FERRI 1988, p. 38)<sup>18</sup>. Em estágio um pouco mais à frente, os grupos sociais consentiram quanto à necessidade de uma autoridade eleita para resolver as questões, surgindo aí a figura do árbitro, aceito pelas partes, sendo-lhe reconhecida autoridade superior às das famílias, clãs e tribos, apresentando-se, nas palavras, de Roberto Lyra (1961, p. 20), como o embrião da outorga do poder de punir ao Estado. Em fase posterior, que corresponde a um momento de maior estruturação da sociedade, diante da necessidade de um órgão central de comando, o Estado assume o poder de punir, passando a deter o monopólio do castigo, tendo em mira podar os excessos da *vingança privada* e, de permeio, exercer a sua autoridade de domínio<sup>19</sup>.

Este capítulo se destina a perscrutar como o Estado assumiu o monopólio do poder de punir, passando a exercê-lo em substituição aos particulares. Em primeiro instante, serão feitas as reflexões sobre a transformação da sociedade primitiva em Estado, assim como o fundamento da atuação estatal, que assume para si a *persecutio criminis* e como esse poder foi regulamentada na codificação portuguesa, notadamente nas Ordenações Filipinas, em vigor no período do Brasil Colônia, que permaneceu legislação processual até a edição do Código de Processo Criminal de 1832<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> A expressão vem do latim *Lex Talions*, que significa, literalmente, *Lei de Retaliação*, havendo registro de sua adoção no Código de Hamurabi.

<sup>18</sup> O *sentimento de vingança* ainda é ínsito à ideia da necessidade da punição. Percepção essa que nos dias de hoje, não raro, ultrapassa a pessoa da vítima ou de seu núcleo familiar, e se espalha para a sociedade em geral e mesmo como vontade estatal veiculada pelos governantes de plantão.

<sup>19</sup> Como já foi salientado neste estudo, essa justificação do direito de punir subliminarmente teve o condão de estabelecer limites à punição. Não por outra razão que Carrara (2002, p. 284) leciona ter sido a concepção religiosa a *primeira força civilizadora da justiça criminal*.

<sup>20</sup> No direito criminal material, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigência até a publicação do Código Criminal de 1930.

## 2.1. MONOPÓLIO ESTATAL DO PODER DE PUNIR: O ESTADO CRUEL E VINGADOR

Com o olhar fixo no fenômeno mundial, mas sem perder de vista a experiência portuguesa, adverte Jorge Miranda (2002, p. 38) que é sobremaneira difícil, para não dizer impossível, divisar o exato momento em que surge o Estado, quando se passou da *organização social medieval* para a nova forma de *organização política*, uma vez que “as instituições e a vida têm uma continuidade que escapa à pura análise conceitual”. Bobbio e Bovero (1987, p. 38) adotam a linha de pensamento do caráter natural<sup>21</sup> da formação do grupo social, a fim de estabelecer que o *Estado moderno*, surgido na Europa, adveio da evolução das instituições da *sociedade primitiva*, daí passando para o *Estado feudal*, deste para o *Estado de estamentos*, em seguida para a *monarquia absoluta* e, por fim, para o *Estado representativo*. Jorge Miranda (2002, p. 30-31) mostra que cada espécie de Estado guarda as suas características próprias, em que se desponta o perfil teocrático nos modelos oriental e medieval. Importa registrar que, na época medieval, anterior à formação do Estado moderno, o poder político, a par de subjugado pela força da igreja, estava tão fragmentado dentro da sociedade que uma boa parte da doutrina nega que nesse momento histórico houvesse propriamente um efetivo Estado, porquanto o poder era privatizado, com hierarquia entre soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais, ficando a realeza circunscrita à prerrogativa de ocupar a pirâmide da estrutura social feudal, tendo a seu favor apenas o *título* ou a *extensão do domínio*.

Na Idade Média europeia, o enfraquecimento do Estado deveu-se não só à repartição do poder político do Rei com os senhores feudais no interior de cada reino, mas também à subordinação do monarca ao Papa. Nos séculos XII e XIV, o sistema feudal entrou em crise, o que criou espaço propício para o pleno desenvolvimento do

---

<sup>21</sup> A teoria da evolução natural, racional e voluntária da sociedade primitiva até a sociedade política encontra eco na perspectiva filosófica que refuta a ideia da existência de um pacto de união ou contrato social, ao argumento de que a realidade histórica não se conforta com a possibilidade de que tenha se verificado, em um determinado momento, um acordo de vontades englobando todos os membros que integram o corpo social, a fim de constituir o Estado. A tese da origem contratualista do Estado, cuja doutrina clássica mais difundida se encontra na obra *O contrato social*, de autoria de Jean-Jacques Rousseau (1978), embora ainda hoje sirva de referência para a sedimentação do Estado democrático e representativo, faz parte do romantismo histórico.

processo de criação dos Estados europeus, que se moveu no sentido do fortalecimento do poder do Rei, mediante a centralização da força política em sua pessoa, e consequente liberação das amarras internas (poderes dos senhores feudais) e externas (poder do Papa e do Imperador).

Com o *Renascimento*, iniciado no século XIV, surgiu o movimento de libertação da filosofia e da ciência da teologia cristã, apartando-se do pensamento desenvolvido na Idade Média, em que a vida era enxergada pelo prisma divino. Del Vecchio (1979, p. 76) admoesta que “o Renascimento, com a sua nova concepção de natureza, trouxe modificações profundas nas condições políticas, firmando a separação do Estado da Igreja, surgindo daí os grandes Estados, as grandes monarquias, com territórios determinados mais independentes da hegemonia do Papado ou do Império, verdadeiramente soberanos, fornecendo, no campo teórico, novas bases para o sistema jurídico e político”. Em verdade, ainda consoante Del Vecchio (1979, p. 76), durante a Idade Média existiam apenas multidões de *pequenos Estados, pequenas organizações políticas*, umas mais, outras menos, subordinadas a duas autoridades supremas, o *Papado* e o *Império*.

De toda sorte, o aparecimento do Estado na Europa se dá em momentos diversos, mas sempre a partir do século XV, consolidando-se nos tratados de Vestefália (1648), cuja assinatura encerra a *Guerra dos Trinta Anos* e, de permeio, “sela(m) a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa (mesmo nos países católicos) e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, cada qual compreendido dentro de fronteiras precisas” (BOBBIO e BOVERO 1987, p. 39).

Em síntese, a distinção entre a *sociedade primitiva* e o *Estado* é justamente o caráter não político da primeira e o perfil político do segundo. Atentos a essa singularidade, Bobbio e Bovero (1987, p. 39) aclaram que o elemento humano constitutivo da sociedade primitiva são “... indivíduos singulares, isolados, não associados, embora associáveis, que atuam de fato seguindo não a razão (que permanece oculta ou impotente), mas as paixões, os instintos ou os interesses”, enquanto a sociedade política é composta com “a união dos indivíduos isolados e dispersos numa sociedade perpétua e exclusiva, que é a única a permitir a realização de uma vida conforme a razão”. No particular, Del Vecchio explica que “Um número restrito de indivíduos poderá formar uma família ou um ‘clan’, grupo gentílico; mas o Estado supõe

uma maior diferenciação, uma distribuição orgânica de funções, que assegure, de modo estável e definido, o desenvolvimento da vida humana em suas formas, garantindo-lhe a autonomia” (1979, p. 470).

Assim, a primeira concepção da *justiça penal estatal* foi de inspiração religiosa, uma vez que o Estado não possuía *legitimidade/força* para impor a sua autoridade, essa *legitimidade/força* foi encontrada na religião. Rousseau (1978, p. 118-119) explica que, no início, não tendo a sua autoridade reconhecida na figura da pessoa de um ser humano, o *poder* se expressou por meio da palavra de Deus. Até porque àquela época não “podia ser de modo diverso, uma vez que os povos, acostumados apenas a respeitar a força, não teria concebido nem respeitado um princípio de razão que atribuísse a seres que eles sobrepujavam na força” (CARRARA 2002, p. 288)

Se o próprio Estado era tido como uma instituição divina<sup>22</sup>, por via de consequência, o direito era considerado uma emanção da vontade de *Deus*, razão pela qual o crime constituía um atentado contra a divindade, sendo a persecução criminal, ou melhor, o castigo imposto pela pena a forma de aplacar a *cólera* ou *ira de Deus*. A punição se justificava como forma de concretizar o *castigo divino* e *purificar a alma do agente*, por meio da expiação de sua culpa. Também aqui, a punição não era um *mero direito*, mas um *dever* decorrente de *delegação divina*, tendo em mira *castigar*, impor *penitência*. Nessa visão, a finalidade da pena era submeter o infrator a penitência, ou melhor, a castigo. Castigo infligido no corpo dos infratores sob as mais diversas formas como açoites, mutilações, suplícios e especialmente por meio da morte (guilhotina, enforcamento, esquartejamento etc.), que, quando imposta como pena, era considerada uma *morte natural*<sup>23</sup>. Não apenas a morte, mas o castigo em si, infligido a título de pena, com a inspiração divina era algo natural, pois era o meio necessário para *purificar a alma* do infrator, sendo a confissão elevada à categoria de *rainha das provas*, tanto em prol da obtenção do *arrepentimento* como, ainda, para *aliviar a consciência do juiz* (FERRI 1988, p. 40).

---

<sup>22</sup> Rousseau (1978, p. 118-119) explica que, no início, não tendo a sua autoridade reconhecida na figura da pessoa de um ser humano, o *poder* se expressou por meio da palavra de Deus. No mesmo passo, Carrara ensina que a justiça foi ditada aos homens em nome de Deus porque àquela época não “podia ser de modo diverso, uma vez que os povos, acostumados apenas a respeita a força, não teria concebido nem respeitado um princípio de razão que atribuísse a seres que eles sobrepujavam na força”

<sup>23</sup> Cf. item 2.2.2, *infra*.

Por mais difícil que seja de concordar, ainda assim, a migração do *direito de vindita* para a *concepção religiosa* do direito de punir representou, como adverte Carrara, a primeira *força civilizadora* da justiça criminal (2002, 284). Mas, explica Ferri, estrategicamente, o direito penal eclesiástico confiava “ao ‘braço secular’ a execução das penas mais atrozes, que muitas vezes se estendiam aos descendentes, aos parentes, aos concidadãos do réu” (1988, p. 40). O *jogo sujo*, ou o desgaste pela punição e o derramamento do sangue, ficava nas mãos dos juízes, que não possuíam nenhuma independência, atuando como mera *longa manus* do soberano.

Com a secularização, ocorrida com o *Renascimento*, os Estados deixaram de ser teocráticos e propriamente surgiram com o arcabouço político contemporâneo, movimento iniciado mais precisamente nos fins do século XIV, originado no Norte da Itália e que contaminou a Europa, se estendendo até o fim do século XVI. Representou a libertação da filosofia e da ciência da teologia cristã. Na separação dos poderes do Estado dos da Igreja, o direito de punir deixou de encontrar *justificativa religiosa*, para ter uma *razão política*. De fato, com o *processo de laicização*, a legitimidade da punição passou a ter fundamento na autoridade do Estado e, por via de consequência, no poder do soberano. A punição restou justificada como instrumento de defesa do Estado. Esse foi o fundamento político da justiça criminal. Todavia, houve alteração, apenas, da justificativa da punição ou da razão para punir, persistindo o emprego da violência, mediante a aplicação das punições mais torpes e cruéis de que se tem notícia: açoites, mutilações e execuções sob variadas formas (guilhotina, enforcamento, esquartejamento etc.). O direito de punir passou a residir mais na *autoridade* do que na *legitimidade*, porquanto a imposição da pena passou a se justificar na necessidade de o Estado mostrar ser ele quem detém a força maior, ser o senhor máximo e tudo poder, devendo todos a ele se sujeitar. O direito de punir fundamenta-se na *autoridade do Estado* ou mesmo na autoridade de quem manda.

Assim, a segunda concepção de justiça estatal incorporou caráter de ordem política<sup>24</sup>, com fulcro no fundamento de a justiça penal não possuir como meta aplacar

---

<sup>24</sup> Tobias Barreto (2000, p. 178), criticando a discussão doutrinária sobre os fundamentos jurídicos do *direito de punir*, advertiu que “O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”. Partiu do raciocínio de que o *sistema jurídico perturbado*, assim como o ofendido, ao reagir, não possui outro interesse senão a reparação do dano, se possível, *in natura*, de modo que “O que vai além dessa

a ira dos deuses, senão de proteger a autoridade do soberano. O delito foi encarado como uma forma de *contestar e comprometer* a autoridade de quem está no poder, razão pela qual a pena teria de ser severa e forte, a fim de mostrar a superioridade de quem governa (FOUCAULT 1977, p. 11-32). O Estado, confundindo a sua razão de ser, assume as dores da vítima para si, assumindo o seu lugar, e passa a atuar incorporando o papel de *vingador*, como se fosse o ofendido com o delito. A crueldade do sentimento de vingança, antes nas mãos da própria vítima, agora, definitivamente, sem rodeios, passa para o domínio ilimitado do soberano ou Rei.

No ponto, afirma Prins, “O poder aproveita esta situação para transformar o direito penal, eliminar do sistema repressivo a antiga noção de reparação e da multa e fazer triunfar a noção da pena pública e corporal, e o princípio da intimidação” (PRINS 1915, p. 19). A repressão passa a ter como fim afirmar a autoridade do soberano, com a ideia básica de dominação do corpo do infrator, instaurando o chamado *direito penal do terror*, mediante a utilização de *penas corporais* as mais diversas, como chibatadas, mutilações e execuções<sup>25</sup>. Era o direito penal como forma de *dominação política* (FOUCAULT 1979), vazado na pretensão de *incurtir o medo*, diante da previsão das penas mais severas possíveis.

Conforme visto, a assunção do poder de polícia pelo Estado surgiu como necessidade para escoimar a *vindita privada* na área criminal, pois esse modo de tratar os crimes, ademais de não conhecer limites, mostrava-se sobremaneira *cruel*. Porém, o Estado absolutista não estava submetido ao império da lei e tudo podia. Nesse cenário, incorporou o papel de *vingador cruel*. O absolutismo do *ancien régime*, pautado na noção de que o homem estava a serviço do Estado, porquanto não passava de um súdito do soberano, de modo que aquele não possuía direitos oponíveis a este. Esse foi o *background* para o Estado cruel e vingador.

Não eram reconhecidos direitos aos infratores, sendo tolerada toda sorte de violência sob o fundamento da necessidade de punir os ilícitos. As funções do Estado

---

esfera nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo”, ingressa no campo político-filosófico, em outras palavras, pertence à esfera da política criminal, razão pela qual, assim como o tratamento por mais pontual e específico que seja de uma determinada doença, o modo de lidar com a moléstia deve se inserir num plano nacional de saúde (BARRETO 2000, p. 179).

<sup>25</sup> A respeito da afirmação da autoridade por meio da dominação do corpo com a imposição de penas corporais, conferir o livro *Vigiar e punir: nascimento da prisão* (FOUCAULT 1977).

eram reunidas nas mãos firmes do Soberano. O juiz era mero *longa manus* do *dono do poder*, pelo que findava aplicando as penas mais atrozes e até capitais a fatos menos relevantes, enquanto, liberto das amarras da lei, não punia ou abrandava a punição quando era do interesse do seu *senhor* e se tratava de alguém inserido na casta privilegiada da monarquia.

Em verdade, para punir de forma eficiente e cruel, a investigação, o julgamento e a execução da pena obedeciam apenas a rituais, sendo uma mera atividade administrativa. A punição pela prática dos crimes estava inserida no *poder de polícia* do Executivo, mediante o atributo da *autoexecutoriedade*. É verdade que não era propriamente o Rei quem julgava. O poder decisório formal era entregue à magistratura, que concentrava o monopólio criminal na pessoa do juiz, quanto ao desejo de punir, a missão de investigar e o poder de decidir a respeito. Isso mesmo, o juiz investigava, acusava e julgava. Ademais, como salientado, não se tratava de uma magistratura independente e imparcial, pois o juiz não passava de *executor de ordens* do soberano, sendo-lhe delegada a missão de *condenar* e aplicar as penas mais cruéis. Essa mão longa do juiz servia, apenas, para ele supliciar e se manchar com o sangue dos executados, preservando a imagem do Rei, com as suas *mãos limpas*. Enfim, a magistratura era exercida em nome do Soberano. E o Estado, como se disse, era essencialmente *cruel e vingador*, formando uma imagem do juiz próxima à do próprio *carrasco*.

Para evidenciar como esse fenômeno se fez sentir aqui no Brasil, a seguir, será verificado como eram as disposições das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, abordando, mais detidamente, as que disciplinavam a organização judiciária e dispunham sobre a forma como os crimes eram apurados, julgados e eram executadas as penas.

## 2.2. RAÍZES DO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL BRASILEIRO: ORDENAÇÕES AFONSINAS (1446-1520), ORDENAÇÕES MANUELINAS (1521-1603) E ORDENAÇÕES FILIPINAS (1603-1832)

No escopo de encontrar as raízes de nosso sistema criminal e como chegamos à processualização da persecução criminal por meio do CPCrim de 1832, aprovado 68 (sessenta e oito) anos após o livro *Dos delitos e das penas*, escrito por Beccaria (1979),

seguido do Código de Processo Penal editado em 1941, é preciso verificar, ainda que *en passant*, a herança que tivemos do direito português.

O esboço histórico revela que, por volta do século XII, os forais, editados para fins de afirmação da soberania de Portugal, ao lado dos Direitos Romano e Canônico e dos usos e costumes, passaram a constituir o sistema jurídico português. Os forais eram as Cartas, denominadas foros ou forais, que os reis outorgavam aos senhorios, estabelecendo os direitos e privilégios que estes possuíam sobre uma determinada localidade. Entretanto, diante da inexistência de convergência de tratamento entre os forais outorgados (ALMEIDA JÚNIOR 1959), houve a necessidade da compilação do direito no Reino, o que só ocorreu no século XV, no reinado de D. João I (F. H. ALMEIDA 1957., p. 10). Ele determinou a compilação das muitas leis que se encontravam em vigor no reino de Portugal. Enfim, no ano de 1446, em nome de Afonso V, foram publicadas as *Ordenações Afonsinas*, que vigoram de 1446 a 1520. Os direito penal e processual penal foram disciplinados no Livro V, como apêndice da legislação civil. Sob a inspiração dos *direitos romano e canônico*, das leis das *partidas de castela* e dos costumes e estilos das vilas portuguesas, o *processo criminal* seguiu as características próprias da legislação eclesiástica, com a plena adoção do procedimento inquisitorial.

Concretamente, eram previstos 3 (três) modos de iniciativa do processo: (1) a *acusação*, que se fazia mediante o *auto de querela*; (2) a denúncia, correspondente à delação secreta e à súplica dos fracos; e (3) a inquirição judicial, nos casos em que se procedia de ofício (F. H. ALMEIDA 1957, p. 112). Iniciado o processo, o réu era citado para fins de interrogatório e, quando não confessava ou negava a prática do crime, ele podia *exigir* que as testemunhas fossem ouvidas na presença do juiz. Encerrada a instrução, após a defesa do acusado, surgia o momento para a decisão. Havia a admissibilidade da apelação, oportunidade em que poderiam ser reinquiridas as testemunhas (F. H. ALMEIDA 1957, p. 113). No desiderato de coibir o arbítrio dos juízes, em caso de ausência de normatização do assunto pelas *Ordenações Afonsinas*<sup>26</sup>, havia previsão expressa quanto à aplicação subsidiária do direito romano e do direito

---

<sup>26</sup> Redigidas sem método adequado, as normas eram extensas, o que dificultava a interpretação e alcance de seus enunciados.



canônico, sendo justificada a incidência das leis eclesiásticas pela circunstância de a autoridade do Rei encontrar fundamento na *vontade de Deus*<sup>27</sup>.

Essa era a legislação portuguesa que se encontrava em vigor, quando o Brasil foi descoberto. Só em 1521, no reinado de D. Manuel, procedeu-se à edição das *Ordenações Manuelinas*, destinando-se, igualmente, o Livro V para o disciplinamento do Direito Penal e Processual Penal. Não procede a afirmativa de que as *Ordenações Manuelinas* não trouxeram nenhuma inovação em relação à legislação anterior e que teria sido editada mais por vaidade de D. Manuel, *o venturoso*, motivado unicamente pelo desejo de dar ao código o seu nome. As *Ordenações Manuelinas*, que vigoraram até 1603, além de cuidar de conferir uma melhor estrutura ao Poder Judiciário, conforme João Mendes Júnior (1959, p. 123), trouxe o disciplinamento a respeito do promotor de justiça, “com as suas funções de ministério público, quer no cível, quer no crime, bastante acentuadas” e impôs que, em cada cidade, vila e lugar do reino e senhoria, houvesse sempre um promotor de justiça *letrado e bem entendido*. Conquanto não houvesse modificação em relação ao início do processo, admitia a apelação não apenas da sentença definitiva, bem assim da decisão interlocutória e, ademais, preceituava a sua interposição de ofício pelo juiz (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 124).

Finalmente, o Rei de Castela, Felipe II, ao assumir o trono português em razão da morte do cardeal D. Henrique, resolveu promulgar as *Ordenações Filipinas*, o que ocorreu em 11 de janeiro de 1603. Assim como as anteriores, as Ordenações Filipinas estavam divididas em 5 (cinco) livros, os livros em títulos, identificados com algarismos romanos, e estes subdivididos em parágrafos, com numeração arábica. Foi mantida a praxe de destinar o livro quinto para tratar do direito penal e processual penal.

Nessa época, não existia propriamente um direito processual criminal. Existiam apenas regras rudimentares que estabeleciam rituais para a apuração e o julgamento dos crimes. Os dispositivos eram extensos, com adoção de método histórico-cronológico, tornando o texto confuso, prolixo e de difícil compreensão. Consistia em uma redação canhestra e enxundiosa, a ponto de dificultar a interpretação e o alcance de seus enunciados. De toda sorte, essa sistemática empregada na feitura das ordenações tem a

---

<sup>27</sup> De mais a mais, a civilização europeia, conquanto tenha recebido decisiva herança do direito romano, durante o passar do tempo, “desde os tempos clássicos, sofreu profundas alterações por meio de uma combinação de infiltração germânica e de instituições cristãs” (NWANKWO 2012, p. 2).

serventia de permitir melhor compreensão do contexto histórico, político, social e jurídico que fomentou a redação das normas.

A exposição referente a este capítulo será dividida em subitens, concentrando na análise das disposições referentes às Ordenações Filipinas. É certo que os 3 (três) diplomas normativos primitivos portugueses vigoraram no Brasil, “Mas, aplicadas no Brasil, efetivamente, foram as Ordenações Filipinas, a partir de 1603” (BAJER 2002, pos. 51)

De início, para melhor compreender como eram feitos os julgamentos, será analisada a organização judiciária criminal nas Ordenações Filipinas, e as respectivas competências de cada uma das instâncias. No passo seguinte, serão esboçadas as regras propriamente processuais, destacando os ritos estabelecidos para a investigação e o julgamento. Por fim, será expendida a visão crítica sobre as regras processuais estampadas na legislação portuguesa de então, aplicadas no Brasil até as edições do Código Criminal (1830) e do Código de Processo Criminal (1832).

### **2.2.1. Organização judiciária nas Ordenações Filipinas**

O Poder Judiciário português era unitário e arquitetado em sintonia com o regime monárquico. A organização Judiciária estava delineada no Primeiro Livro das Ordenações Filipinas, especificamente do Título I ao Título XVI. Assim como salientado, as regras eram confusas, em razão do estilo redacional extenso e prolixo. Em relação à estrutura Judiciária, misturava normas referentes propriamente à organização com outras sobre a competência e mesmo quanto à forma de condução dos processos pelos juízes. A estrutura judiciária apresentava 3 (três) instâncias. A primeira era composta pelos *juízes da terra*, *juízes de vintena*, *almotacés*<sup>28</sup>, *juízes de fora e, nas cortes*, *corregedores*, *juízes da fazenda*, além de outros. Os *juízes da terra*, também conhecidos como juízes ordinários, eram eleitos pela população, poderiam até mesmo ser analfabetos, mas se lhes assegurava, pelo menos, o direito de ter assessores. A competência deles era apenas para as questões situadas entre a faixa de quatrocentos e mil réis. Os *juízes de vintena* eram escolhidos pelos vereadores, dentre os *homens bons*

---

<sup>28</sup> Era funcionário eleito pelas Câmaras Municipais, equiparando-se ao edil romano.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

da localidade, com competência limitada para os casos de menor expressão econômica, que não superassem quatrocentos réis. Como se verá mais adiante, com o CPCrim de 1824, os juízes de vintena foram substituídos pelos *juízes de paz*. Os *almatocés* poderiam aplicar só multas municipais, enquanto os *juízes de fora*, que serviram de instrumento para a política de concentração da autoridade da realeza, eram nomeados pelo Rei, dentre pessoas *letradas e entendidas*, no desiderato de resolver uma contenda específica em uma determinada localidade, com poderes mais acentuados do que os do juiz da terra.

Na segunda instância, funcionava a *Relação da Casa do Porto*, cujos integrantes eram chamados desembargadores, sendo composta, a referida Casa, por “um Chanceler, 8 Desembargadores dos Agravos, um Corregedor dos feitos crimes, outro Corregedor dos feitos cíveis, um Juiz dos nossos feitos, 3 Ouvidores do crime, um Juiz da Chancelaria, um Promotor da Justiça e 6 Desembargadores Extravagantes, e assim um Procurador dos nossos feitos da Coroa, que usará do Regimento que tem o da Casa da Suplicação” (ALMEIDA 1960). Na estrutura organizacional do Judiciário português, a Relação do Porto estava aquém da Casa da Suplicação, sendo a sua competência restrita às decisões proferidas de determinadas comarcas, admitindo-se agravo para esta, das decisões proferidas naquela Corte.

No topo da pirâmide, como terceira e última instância, existia a *Casa da Suplicação*, com sede em Lisboa. Apresentava-se como o *Tribunal Supremo* português. A *Casa da suplicação* era dirigida por 1 (um) regedor<sup>29</sup>, recebendo, os seus integrantes, a denominação *desembargador*, assim especificados: “um Chanceler da Dita Casa, 10 Desembargadores dos Agravos e Apelações, 2 Corregedores do Crime da Corte, 2 Corregedores das Causas Cíveis dela, 2 Juízes dos Feitos de Nossa Coroa e Fazenda, 4 Ouvidores das Apelações de Casos Crimes, um Procurador dos Feitos da nossa Fazenda, um Juiz da Chancelaria, um Promotor da Justiça e 15 Desembargadores Extravagantes” (Liv. I, Tít. V, das Ordenações)<sup>30</sup>. O colegiado, assim, era constituído por 23 (vinte e três) desembargadores, enquanto os desembargadores extravagantes eram suplentes, operando o tribunal de forma fracionada, tendo o *regedor* a tarefa de *repartir* os

---

<sup>29</sup> Corresponde, atualmente, ao Presidente do colegiado, competindo-lhe a representação da Casa.

<sup>30</sup> Os Desembargadores Extravagantes eram os suplentes.

desembargadores pelas *mesas dos ofícios*, constituídas conforme a *qualidade e número dos feitos*, “dando, porém, nos feitos crimes, em que alguma pessoa seja acusada por caso, que provado mereça morte natural, cinco Desembargadores, para com o Juiz do feito serem seis, e não menos” (Liv. I, Tít. I, § 6º, das Ordenações). Nos demais casos, estava preceituado no Livro I, Título I, § 7º, das Ordenações Filipinas, os desembargadores deveriam se reunir em número ímpar, no mínimo 3 (três) e no máximo 7 (sete), com exceção para os feitos criminais nos quais não prevista a pena de morte, circunstância na qual “o Juiz do feito o poderá despachar com outro Desembargador, para com êle serem dois ...”, e, no caso de divergência de entendimento, o regedor designava outro desembargador para dar o desempate.

Nessa passagem, merece destacar 3 (três) singularidades interessantes. Primeiro, a forma fracionada de atuação da Casa da Suplicação, o que seria, com certeza, mais tarde, o embrião da organização dos tribunais brasileiros, contemplando câmaras e turmas. A segunda, a participação do juiz de primeira instância nos julgamentos perante as Casas da Suplicação, quando se tratava dos feitos criminais. A terceira, e última, é que, no caso de empate, ao invés de ocorrer a absolvição, era chamado mais um desembargador para promover o desempate, não tendo aplicação, por conseguinte, o princípio do *in dubio pro reo*, germinado da cláusula da presunção de inocência.

O *desembargador chanceler* da Casa da Suplicação era uma espécie de vice-presidente da então suprema corte portuguesa, cuja atribuição principal era a de “ver com boa diligência tôdas as cartas e sentenças, que passarem pelos Desembargadores da dita Casa ...” (Liv. I, Tít. IV, § 1º, das Ordenações Filipinas), para só então colocar nelas seu sinal de costume, a fim de que fossem cumpridas. Aos *Desembargadores dos Agravos* da Casa da Suplicação competia conhecer e julgar, nos casos cíveis com valor de alçada não superior a cem mil réis em bens móveis, os agravos interpostos das decisões da *Relação da Casa do Porto*, além dos que fossem ofertados dos corregedores da própria Casa da Suplicação, do *juiz da Índia e Mina*, dos *corregedores da cidade de Lisboa*, do *juiz dos alemães*, e dos *conservadores da Universidade de Coimbra e Évora*<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Era um cargo importante na estrutura organizacional da Universidade de Coimbra e da Universidade de Évora. Era uma espécie de corregedor da instituição de ensino (VAZ 2016).

Os *corregedores da Corte dos Feitos Crimes* detinham competência penal originária em relação aos delitos praticados no lugar em que sediada a Casa da Suplicação ou ao *redor de cinco léguas*, podendo, no entanto, a parte acusadora e o agente do ilícito escolher que o processo corresse perante os juízes do lugar (Liv. I, Tít. VII, §§ 1º e 2º, das Ordenações). Portanto, como se observa, a tradição de estabelecer competência criminal originária nos tribunais tem como embrião as Ordenações portuguesas, respaldada em todas as Constituições brasileiras, a partir da Carta Imperial de 1824.

Já os *corregedores da Corte dos Feitos Cíveis* tinham competência restrita a determinadas matérias, sendo cabível, de suas decisões, recurso para os *desembargadores dos agravos*. Os *desembargadores juizes dos Feitos Del Rei da Coroa* possuíam competência originária para as ações ofertadas em Lisboa e à distância de 5 (cinco) léguas ao redor da sede da Casa da Suplicação, além da recursal (apelação, agravo ou carta testemunhável), em todos os *feitos e demandas* referentes à Coroa e aos bens e rendas particulares dos Reis. Os *desembargadores dos Feitos Del Rei da Fazenda* exerciam jurisdição nos processos pertinentes aos “*negócios do Reino, como da Índia, África e Contos*”<sup>32</sup>, e assim os feitos da Fazenda, que se tratarem entre partes, cíveis e crimes...” (Liv. I, Tít. X, § 1º, das Ordenações)

Os *desembargadores Ouvidores do Crime* da Casa da Suplicação tinham competência apenas criminal, nas apelações das matérias não inseridas na hipótese do Livro I, Tít. VI, § 12, das Ordenações Filipinas, que disciplinava a competência dos *corregedores da Corte dos Feitos Crimes*. O *procurador dos Feitos da Fazenda*<sup>33</sup> também recebia a designação de *desembargador* (Liv. I, Tít. V, das Ordenações), com previsão de sua atuação como espécie de fiscal dos interesses da Coroa e, ainda, como *autor, réu, opoente ou assistente* (Liv. I, Tít. XII, § 2º, das Ordenações), não podendo, dessa forma, ser considerado, propriamente, membro do poder judicante, mas autoridade pública que tinha assento perante a Casa da Suplicação. Decerto por influência das Ordenações Filipinas, a Constituição de 1891 estabeleceu, no art. 58, § 2º, que o Presidente da República deveria designar, dentre os Ministros do Supremo

---

<sup>32</sup> *Negócio de Contos* significativa, no Direito Português, *negócios do Tesouro*.

<sup>33</sup> No Liv. I, Tít. XII, das Ordenações Filipinas, faz-se menção, também, ao *Procurador dos Feitos da Coroa*.

Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, com atribuições a serem definidas em lei.

Ao desembargador *juiz da Chancelaria* da Casa da Suplicação cabia cuidar das cartas das execuções das *dízimas* das sentenças prolatadas pela Corte. De acordo com Fernando de Almeida, fazendo referência a ensinamento de Pereira e Sousa, *dízima* “... era a 10ª parte do valor da causa, em benefício do Fisco e a Título de pena” (1957, p. 93). O desembargador *promotor da justiça*, também chamado *procurador de justiça*, tinha como função “... formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Suplicação por acôrdo da Relação” (Liv. I, Tít. 15º, *caput*, das Ordenações). Essa é a reminiscência histórica do quinto nos tribunais brasileiros, que só passou a ter previsão constitucional com a Constituição de 1934. Registre-se, ainda, que *seguro* era aquele que estava garantido por *Carta de seguro*, informando Fernando de Almeida que “Carta de seguro era a promessa que o réu fazia, judicialmente, a fim de, mediante certas condições, eximir-se de ser prêso até à decisão final da causa ...” (1957, p. 85). O CPCrim de 1832 incorporou esse instituto, prevendo o *Termo de Bem Viver* e o *Termo de Segurança*, assim como, a fiança, representando a origem das medidas cautelares diversas da prisão. Observe-se que, a despeito da denominação que lhe era outorgada, o *desembargador promotor de justiça* tinha função assemelhada à do membro do Ministério Público com assento perante o tribunal. Na primeira instância, a função de *promotor de justiça* era exercida pelo tabelião ou escrivão, consoante o Liv. I, Tít. 15º, § 6º, das Ordenações Filipinas.

Existia ainda, com atuação junto ao Rei, o órgão denominado *Desembargo do Paço*, criado na gestão de D. João II. Inicialmente, era composto por 2 (dois) desembargadores, com a atribuição de assessorar o Rei em seus despachos. Aos desembargadores do Paço, nos termos das Ordenações Filipinas, competia despachar as petições de graça, as cartas de privilégio e liberdades às pessoas e, ainda, dirimir os conflitos de competência entre os desembargadores da Casa da Suplicação e os da Casa do Porto (Liv. I, Tít. II, *caput* e § 13º, das Ordenações). O Desembargo do Paço se constituía em uma espécie de *Tribunal de Graça* (GUIMARÃES 1958, p. 32). Esclarece Mário Guimarães que “As suas decisões, pois que se haviam como provindas diretamente do rei, tinha força obrigatória até para a Casa de Suplicação” (GUIMARÃES 1958, p. 31). É de lembrar-se que, no regime monárquico português, o

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

Rei tinha poderes para interferir nas decisões judiciais, mediante o auxílio dos desembargadores integrantes do *Desembargo do Paço*, pelo que as decisões desse órgão tinham força perante a Casa da Suplicação. Havia a figura do *chanceler-mor*, ao qual eram conferidas as mais diversas atribuições, dentre elas o poder de inspeção de documentos públicos e de *ver com boa diligência tôdas as coisas*, até mesmo os despachos dos desembargadores do Paço e as cartas e sentenças dos desembargadores da Casa da suplicação (Liv. I, Tít. II, § 3º, das Ordenações Filipinas). Em concreto, o chanceler-mor era uma espécie de *ministro da justiça*.

O órgão de cúpula na estrutura judiciária portuguesa, portanto, era a Casa da Suplicação, muito embora o Desembargo do Paço e o Chanceler-Mor, órgãos vinculados ao Executivo, pudessem interferir, quando, *pela decisão da carta ou sentença*, fosse verificada contradição em relação às Ordenações ou ao Direito (Liv. I, Tít. II, § 2º, das Ordenações Filipinas). Portanto, de a estrutura judicial era piramidal, hierarquizada, sem embargo de não haver independência do Judiciário em relação ao Executivo, que exercia o controle e a palavra até mesmo quanto ao conteúdo das decisões judiciais. Sequer os membros da Casa da Suplicação, a suprema corte portuguesa de então, detinha independência, pois as suas decisões podiam ser revistas pelos desembargadores do Paço ou pelo chanceler-mor, os quais eram as vozes diretas do Rei. Assim, consoante se observa das atribuições passadas aos órgãos judicantes, não havia divisão concreta entre as funções do Poder Judiciário e aquelas ínsitas ao Executivo. Em verdade, a função judicante era exercida em *nome do Rei*. De mais a mais, como não havia cursos jurídicos no país, para obter a formação acadêmica em direito era necessário estudar em Coimbra por 8 (oito) anos, sem falar que “a Portugal não convinha que por aqui houvesse muitos letrados...” (BAJER 2002, pos. 67).

Com suporte na leitura dos dispositivos das Ordenações Filipinas, Fernando de Almeida (1957, p. 59) anota a circunstância de a maioria dos juízes de primeira instância serem providos mediante eleição, cabendo aos desembargadores do Paço a confirmação do resultado. Já os magistrados de segunda instância eram escolhidos dentre pessoas letradas, com *qualidades comprovadas e da confiança do Rei*. Ou seja, o controle mais direto pelo Rei era feito com a forma de recrutamento dos magistrados das instâncias superiores. Esses requisitos estampados nas Ordenações Filipinas para ingresso nos tribunais do sistema judiciário português foram adotados mais tarde para recrutar os

ministros de nossa mais alta corte, a exemplo da Constituição de 1988, que reclama *reputação ilibada e notável saber jurídico*, critérios que deixam o presidente da República com ampla liberdade para escolher quem seja do seu interesse.

Merece menção, ainda, que as Ordenações Filipinas previam, como condição para o acesso à Casa da Suplicação, o necessário estágio como desembargador na Casa do Porto (Liv. I, Tít. 5º, § 1º, das Ordenações Filipinas), revelando que a forma de ascensão para a cúpula do Judiciário, muito embora fosse por meio de escolha pelo Rei, obedecia à ideia de carreira. Estaria aí a semente do *carreirismo* no judiciário, o que hoje se apresenta como fator que compromete a independência interna desse poder.

Segundo Fernando de Almeida (1957, p. 47), a Casa da suplicação “Foi extinta quando criado o Supremo Tribunal de Justiça, nome que já se lhe dava, antes sem caráter oficial”. De fato, naquela que é identificada pelos historiadores como a terceira fase do período colonial, cujo marco é a transmigração da Corte de D. João VI para o Brasil e a consequente elevação da então Colônia do Brasil à categoria de Reino Unido ao de Portugal e Algarves, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi transformado no *Supremo Tribunal de Justiça*, que passou a exercer a competência de última instância do sistema judiciário brasileiro, em substituição à Casa da Suplicação de Lisboa. Curiosamente, com a criação do Supremo Tribunal de Justiça, o Brasil ficou independente em relação a Portugal quanto a um de seus poderes, pois as questões jurídicas deixaram de ser enviadas para lá, encerrando-se a discussão aqui mesmo no Brasil, sendo esse um passo decisivo para a independência nacional, conforme será conferido mais adiante.

### **2.2.2. Processo criminal nas Ordenações Filipinas (1603 a 1832)**

Nas Ordenações Filipinas, a matéria criminal, como asseverado supra, estava disciplinada no Livro Quinto. As primeiras regras normativas se ocupavam dos ilícitos. No entanto, à falta de uma melhor sistematização, várias normas processuais foram inseridas nos dispositivos que tipificavam os ilícitos. Os preceitos das Ordenações Filipinas, mantendo a tradição das que lhe antecederam, eram *desumanos e bárbaros*, encartados em um sistema normativo *cruel e despótico*. A penalidade em geral era severa. A pena de morte, como se verá abaixo, era a regra, e prevista até mesmo para



crimes que hoje comportam acordo de não persecução penal ou aplicação de penas alternativas. O tormento ou tortura, herança do Direito Romano (KURELLA 2020), tinha lugar para os casos considerados mais graves.

Como era próprio da época, os preceitos criminais tinham como características primordiais a finalidade de incutir o *terror*, mediante a aplicação da pena capital, precedida, em alguns casos tidos como mais graves, de suplício ou tormento. A prisão não era modalidade de pena, sendo usada como meio para a realização das tormentas ou suplícios e a execução das sanções como açoites, castigos corporais, mutilações e, claro, da pena de morte (SILVA JÚNIOR 2020, p. 37). Era comum o comando normativo definir um crime e, em seguida, estabelecer a punição com a expressão *morra por ello*, sem observar a proporcionalidade entre as condutas tipificadas.

A banalização da pena capital era de tal ordem que, de regra, a sanção prevista nas Ordenações Filipinas para a maioria dos delitos era a *pena de morte natural*. A pena capital com essa nomenclatura era prevista, por exemplo, para quem (i) falasse mal do rei (Livro V, Tít. VII); (ii) abrisse carta do Rei ou da Rainha (Liv. V, Tít. VIII, caput); (iii) cometesse adultério (Liv. V, Tít. XXV, caput)<sup>34</sup>; ou (iv) prestasse falso testemunho (Liv. V, Tít. LIV, caput). A pena de *morte natural* correspondia à execução mediante enforcamento no pelourinho, com sepultamento do corpo no cemitério. Ou seja, a morte como sanção aplicada pela justiça era um acontecimento *natural*, denotando aí a sua inspiração divina, pois consistia, em *ultima ratio*, na vontade de *Deus*. No ponto, explica João Chaves que a pena capital era defendida tendo como crível a máxima de que a eliminação física do *criminoso* não se continha apenas na sua utilidade para a defesa social, senão para igualmente *libertá-lo* de uma vida *pesada e errante* (CHAVES 2015, p. 255). A morte, nessas circunstâncias, seria uma estranha espécie de *libertação da alma* do infrator, tendo a serventia de abrir as portas para o *paraíso*. Esse acontecimento, portanto, apesar de imposto por ordem judicial e a resistência do réu, consistia em uma *morte natural*.

Porém, como salientado supra, para além da *pena de morte natural*, em certos casos, por expressa determinação legal, a pena capital era levada a efeito de forma

---

<sup>34</sup> O homem era autorizado a matar a mulher adúltera, tendo advindo daí, por muito tempo, a aceitação cultural da famigerada tese de defesa denominada *legítima defesa da honra*.

especialmente cruel, a saber: (a) no crime de lesa-majestade, o acusado era condenado a morrer *por morte natural cruelmente*, com o confisco dos seus bens e o lançamento da infâmia aos seus descendentes, ainda que esses não tivessem culpa (Liv. V, Tít. VI, caput e § 9º, segunda parte, das Ordenações)<sup>35</sup>; (b) quando o crime de morte era praticado por motivo de dinheiro, antes da *morte natural* o acusado tinha ambas as mãos decepadas (Liv. V, Tít. XXXV, § 3º, das Ordenações); (c) no crime de sodomia, o acusado era queimado, sendo reduzido a pó, “para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória...” (Liv. V, Tít. XIII, caput, das Ordenações); (d) sendo o crime de moeda falsa, por ser considerado muito prejudicial à República, a execução por morte natural era por meio do fogo (Liv. V, Tít. XII, caput); e (f) se o homicídio fosse praticado pelo escravo, tendo como vítima o seu senhor, era determinado que ele fosse *atenazado*, tivesse decepadas as mãos e morresse na forca para *sempre* (Liv. V, Tít. XLI, caput, das Ordenações). Atenazar o acusado a ser executado era uma forma especial de tortura, consistente em *apertar as carnes*, enquanto *morte natural para sempre* era deixar o corpo do *de cuius* na forca até cair podre no patíbulo.

Em relação a alguns crimes, como o de *ferimento* (lesão corporal), era prevista a pena de mutilação, sendo decepada a mão do agressor, sem prejuízo da aplicação de outra pena, *segundo o caso for* (Liv. V, Tít. XXV, § 6, das Ordenações). Para crimes menos graves, a pena prevista era o degredo para o Brasil, a África, o Couto de Castro Marim<sup>36</sup> ou a Índia (Liv. V, Tít. CXL, das Ordenações). O próprio tipo penal definia o lugar para onde deveria ser degradado o condenado. Havia um critério geral, segundo o qual o degredo para o Brasil só ocorreria quando fosse por espaço temporal igual ou superior a 5 (cinco) anos, certamente em razão da distância em relação a Portugal. Todavia, em alguns casos, não dá para identificar o parâmetro utilizado pelo legislador das ordenações. Por exemplo, no crime de adultério em que o homem consentia com a traição da mulher, os cônjuges eram açoitados com *senhas capelas de cornos* e degradados para o Brasil, enquanto o adúltero era mandado em degredo perpétuo para a África (Liv. V, Tít. XXVI, § 9º, das Ordenações).

---

<sup>35</sup> Foi a pena aplicada a Tiradentes.

<sup>36</sup> *Castro Marim* é uma península situada em Portugal, que no Século XV servia de desterro para pessoas consideradas criminosas.

Para ilustrar o viés medieval e cruel das *Ordenações Filipinas*, merece leitura a sentença proferida no caso *Tiradentes*. A decisão contra Tiradentes, lavrada em nome da Princesa de Portugal, D. Maria I (a Rainha Louca), datada de 18 de abril de 1792, estava assim redigida, na parte do dispositivo:

Portanto, condenam o réu Joaquim José da Silva Xavier; por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que, com baraço e pregão, seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca, e nela morra natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde no lugar mais público será pregada em um poste alto, até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma... (TOSTO e LOPES 2007, p. 206).

Como se vê, Tiradentes não recebeu a *pena de morte natural* que era a regra. Como se tratava de crime tipificado como lesa-majestade, considerado nas Ordenações Filipinas *grave e abominável* por se tratar de *traição* ao Rei e à Coroa, a execução da pena capital, por expressa disposição legal, devia ser feita *cruelmente*. O corpo do infrator precisava ser vilipendiado, pois quem praticava esse comportamento tinha o seu corpo, para efeitos legais, equiparado à *lepra*, “porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar...” (Liv. V, Tít. VI, caput, das Ordenações). Isso explica o esquartejamento de Tiradentes<sup>37</sup>, após a sua execução pública na forca, à vista de todos, no pelourinho. Isso era para que todos, ao vivo e a cores, presenciassem, ante os seus olhos, a força do *Estado cruel e vingador* e a sua inclemência com quem tivesse a ousadia de desafiar-lo. Como se não bastasse, a condenação foi além da pessoa de Tiradentes, pois, assim como previsto na lei, declarou, ainda, infame os seus descendentes (filhos e netos), decretou o confisco dos bens e determinou que a “... casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique...” (TOSTO e LOPES 2007, p. 206). De mais a mais, merece destaque a circunstância de o julgamento ter sido feito *em nome* da *Princesa*, denotando que os juizes não passavam de *longa manus* do Rei. Agiam em nome do Rei e da Coroa Portuguesa, desempenhando o papel de *defensor* dos seus interesses. Os

---

<sup>37</sup> Essa forma cruel de execução também tinha outra justificativa. Como havia a tradição de que o condenado seria perdoado caso a execução fracassasse, os juizes, não sendo limitados pela lei, nas sentenças, cuidavam de descrever, de forma minuciosa, como deveria ser o ritual a ser seguido pelo carrasco. Foucault (1977, p. 11-12), com base na análise de textos antigos, faz o relato de como, nas sentenças, os juizes esmiuçavam a força bárbara da execução pública dos condenados.

juízes não eram *servidores públicos* nem muito menos *agentes políticos*, mas *servidores do Rei e da Coroa*.

O caso Tiradentes ainda evidencia uma peculiaridade das Ordenações Filipinas. Não sem razão, os livros de história demonizam a figura de Joaquim Silvério dos Reis, por ter delatado os inconfidentes à Coroa Portuguesa, em troca do perdão de suas dívidas, sendo tachado de *traidor* ou *colaboracionista* com a Coroa. De qualquer sorte, essa previsão de perdão estava disciplinada nas Ordenações Filipinas (Liv. V, Tít. VI, § 12), e se constitui no embrião do instituto da colaboração premiada, defendido por Beccaria em seu livro e hoje incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro (SILVA JÚNIOR 2021, p. 573).

As regras específicas sobre o processo criminal começavam a partir do § 26 do Título CXV do Livro V das Ordenações Filipinas, com a disciplina a respeito das *devassas*<sup>38</sup>, uma das formas de início da apuração dos crimes, não havendo a separação entre as fases investigatória e de julgamento. Essa era a regência do *procedimento ordinário*. Tudo era reunido em um processado único. A investigação se entranhava no julgamento. Não havia autos próprios para a investigação. Esse modelo, mais tarde, foi copiado pelo CPCrim, cujo processo se iniciava propriamente com a fase da *formação de culpa*, competindo ao juiz de paz, o responsável pela investigação, proferir a decisão de pronúncia, admitindo, ou não, a denúncia ou a queixa. Depois, por meio da Lei nº 261, de 1841, o delegado de polícia substituiu a figura do *juiz de paz*, assumindo a competência para exarar a decisão de admissibilidade da acusação. Esse estranho rito também foi adotado pelo legislador do CPP de 1941, ao prever, nas contravenções penais e nos crimes culposos de lesão corporal e de homicídio, a possibilidade de início do processo mediante o auto de prisão em flagrante ou a portaria expedida pela autoridade policial para apurar a infração (art. 531, na redação originária), competindo ao delegado a oitiva das testemunhas de acusação para, só então, fazer a remessa dos autos para o juiz competente (art. 535 do CPP, na redação originária). Esse tipo de rito foi especificado pela doutrina como *procedimento judicialiforme*, revogado pela

---

<sup>38</sup> A devassa era realizada por uma autoridade, realizada para descobrir a ocorrência de crimes (BAJER 2002, pos. 59).

Constituição de 1988, em razão de o seu art. 129, I, ter conferido ao Ministério Público a exclusividade no que tange à ação penal de iniciativa pública.

Retornando ao rito ordinário previsto nas Ordenações Filipinas, para fins de admissibilidade da acusação havia a necessidade da apresentação *preliminar de querela*, consistente na delação feita por qualquer do povo no interesse público, ou pelo próprio ofendido, sendo lavrado o respectivo auto (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 134). De regra, nos casos de querela, existiam as devassas gerais e as especiais, traduzindo-se por inquirições feitas pelos juízes para informação dos delitos, aquelas para a apuração dos delitos incertos, realizadas anualmente, e estas quando houvesse notícia da ocorrência do crime, mas fosse incerto o agente (MARQUES 1997, p. 95)<sup>39</sup>.

Existia a *acusação pública*, feita por meio de denúncia, nas hipóteses de aforamento pelo Ministério Público ou por qualquer do povo. Também havia a *acusação particular*, nos casos em que o próprio ofendido era quem tratava de fazê-la. Já havia, portanto, a distinção entre a ação de iniciativa pública e a de iniciativa privada. A diferença de tratamento consistia na circunstância de a titularidade da ação penal de iniciativa pública não ser privativa do Ministério Público, podendo qualquer do povo ofertar a denúncia. Adotava-se, quanto à ação de iniciativa pública, o que hoje a doutrina denomina *sistema democrático* (SILVA JÚNIOR 2022, p. 164-166).

Para as situações em que o Ministério Público detinha a possibilidade de oferecer a denúncia em substituição ao *queixoso* (vítima), essa hipótese era identificada como *acusação da justiça*. Até recentemente, antes da informatização dos processos criminais, era muito comum, nas capas dos autos, quando a titularidade era do Ministério Público, constar como autora a *justiça pública*. Seguramente, a origem dessa expressão adveio da junção das nomenclaturas *acusação pública* e *acusação da justiça*.

De todo modo, para a admissibilidade da acusação, havia a necessidade da apresentação preliminar da *querela*, instaurando a fase denominada *sumário de querela*, com a realização de audiência para inquirir entre 3 (três) ou 4 (quatro) testemunhas e, por fim, a prolação da decisão de pronúncia, desde que, descoberto o crime, da devassa

---

<sup>39</sup> No Livro I, do Título CXV, § 26, das Ordenações Filipinas, existia disposição específica sobre o *procedimento da devassa* para o caso de furto de gado, com a seguinte dicção normativa: “Todos os Juizes de Fôra tirarão nos lugares de sua jurisdição devassa particular em hum anno, desde principio de Junho até por todo o mez de Agosto, sobre quem levou gados para fora do Reino, ou deu ajuda, azo, ou favor para se levarem” (KURELLA 2020, p. 1270).

adviesse *prova suficiente para a prisão do réu* (MARQUES 1997, p. 96). *Os tormentos*, que eram as inquirições judiciais feitas ao réu nos crimes mais graves, com os quais se procurava, por meio da tortura, fazê-lo confessar, eram amplamente permitidos, não podendo ser aplicados, porém, em se tratando de *fidalgo, cavaleiro, doutor em cânones, leis ou Medicina e vereadores*, exceto nos casos de falsidade, moeda falsa, falso testemunho, sodomia, alcoviteria e furto (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 136). Não havia, portanto, igualdade de tratamento entre os réus, aplicando-se, expressamente, a seletividade, conforme a posição social do infrator.

Quando, apesar do tormento, o acusado não confessava, ele era degradado para a África ou para o Brasil. Mediante permissão do regedor e dos desembargadores, o *suplício* era admitido, quando fossem evidentes os indícios de o acusado ser o autor do crime, assim como no caso da existência de prova produzida por testemunha, confissão extrajudicial, fama pública ou fuga (MARQUES 1997, p. 96-97). O suplício era aplicado ante a presença do julgador e do escrivão (MARQUES 1997, p. 97).

João Mendes de Almeida Júnior informa que a tortura, usada no Direito Romano, desapareceu das legislações e, posteriormente, no século XIV em diante, ressurgiu, passando a ser utilizada largamente, em razão de os juízes, na época, por hábito, sempre procurarem fundamentar as suas decisões com base na confissão do acusado. Por isso mesmo, os juízes envidavam todos os esforços no sentido de extorquir a confissão, “ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, se ainda assim, nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos” (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 138).

Concluído o prazo para a apresentação das provas pelas partes, precluía a oportunidade para a apresentação de outros meios probatórios, competindo ao juiz julgar consoante o sistema de prova legal (MARQUES 1997, p. 97). Considerava João Mendes de Almeida Júnior que, de todo modo, “fôrça é reconhecer que, em matéria de crime, não seria difícil ao juiz, salvo em casos raríssimos, harmonizar os preceitos legais com os ditames da sua consciência” (1959, p. 139). Complementando essa observação, em verdade, o juiz tinha o *livre-arbítrio* de ajustar a sua decisão aos ditames da *consciência do Rei* ou da monarquia.

Assim, a sentença, que tinha de ser escrita e assinada pelo juiz, poderia despartar-se do que constava do libelo e, salvo quando eram certas e determinadas na

lei, podia aplicar as penas conforme o seu arbítrio (MARQUES 1997, p. 97). Exalando o seu caráter religioso, as Ordenações Filipinas determinavam que, sendo infligida a pena capital, deveria o condenado ser intimado para se preparar *espiritualmente* “... e poder dispor da terça parte de seus bens em obras pias” (MARQUES 1997, p. 97-98). A despeito da permissibilidade da interposição de embargos de todas as decisões, fossem elas interlocutórias ou definitivas, sempre era cabível a apelação e, em muitos dos casos, o juiz deveria, na ausência de manifestação recursal das partes, recorrer de ofício, especialmente quando era caso em que absolvía o acusado. Aqui, mais uma vez, resta evidenciado que não se dava guarida ao princípio da presunção de inocência.

O atecnicamente denominado recurso de ofício, espécie recursal originária das Ordenações Filipinas, era próprio do modelo inquisitivo de persecução criminal e da estrutura piramidal do poder judiciário português da época do absolutismo estatal, inserido na lógica de hierarquia entre as instâncias, cujo órgão máximo era a Casa da Suplicação, submetida ao crivo do desembargador do paço e do chanceler-mor, porta-vozes do Rei, ocupando este a posição de *oráculo da justiça*. O nosso sistema normativo abrigou o chamado *recurso de ofício* no CPCrim de 1832 e no CPP de 1941.

Esse trâmite dizia respeito ao *procedimento ordinário*, mas havia, ainda, o *procedimento sumário*, concebido, segundo Frederico Marques (MARQUES 1997, p. 98), para os crimes mais graves, tais como homicídios voluntários, roubos nas ruas ou estradas, desafio, delitos capitais praticados com circunstâncias agravantes etc. Todavia, João Mendes Júnior (1959, p. 136), em livro cuja última edição ocorreu em 1920, acrescenta que, a despeito de admissível para os crimes mais graves, o procedimento sumário era pertinente, igualmente, “... nos crimes leves, que faziam objeto das visitas do Corregedor às cadeias, nas injúrias verbais sentenciadas, em câmara e nas cauções ou termos de não ofender e bem viver”. Nas mais das vezes, as culpas sumárias eram levantadas por meio de decreto régio e, formalizada a *notitia criminis*, que era feita com suporte na *verdade sabida* e prescindia das formalidades judiciais, o acusado era ouvido e, logo após, os autos iam conclusos para que fosse exarada a sentença. Aqui, mais do que nunca, restava consolidado um sistema processual fulcrado na cláusula da *presunção de culpabilidade*.

É interessante notar, ainda, que, na ideia das Ordenações Filipinas, o procedimento sumário, concebido para ditar um julgamento mais célere e informal, era

previsto para os crimes mais graves, diante do interesse em imprimir uma *justiça sumária* ou, em outras palavras, uma condenação com *velocidade*. Esse modelo da previsão de 2 (dois) tipos de procedimento, um mais largo, o ordinário, e outro, mais estreito ou curto, o sumário, foi incorporado tanto pelo CPCrim de 1832 quanto pelo CPP de 1941, porém, para ser adotado no caso dos crimes menos graves.

Em suma, observa-se que os processos, sob a batuta das Ordenações Filipinas, além de secretos, não eram pautados com a garantia do direito de defesa, salvo em situações expressamente previstas, como na hipótese de o acusado ser alguém com o *status* de *cavaleiro* em diante, de modo que quem estava situado em estamento social inferior não detinha direito de defesa. Até porque o acusado era tratado como se culpado fosse, sendo bastante para tanto as palavras das testemunhas (indicadas por quem fazia a querela ou a denúncia) e a confissão extraída mediante tortura ou tormentos (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 136), sendo considerada a segunda modalidade probatória como a *rainha das provas*, ademais de ser atribuída ao infrator o ônus de provar a inocência, mediante a resistência à dor proveniente dos suplícios e a produção de prova testemunhal para infirmar os testemunhos produzidos contra ele.

Nesse processo de caráter autoritário, o acusado não era chamado para se defender, mas, sim, para servir de prova, pois, como salientado, a confissão, ainda que obtida mediante tortura ou outros meios coercitivos, era a *rainha das provas*, expressão que, de soslaio, evidencia a submissão do exercício jurisdicional à vontade do Rei ou da monarquia.

### **2.2.3. Presunção de culpabilidade e indevido processo legal nas Ordenações Filipinas**

O exame da legislação portuguesa, aplicada no Brasil desde o seu descobrimento, revela forte influência do direito canônico na sua elaboração, nada obstante em Portugal o poder de punir estivesse concentrado na figura do Estado. Mesmo nos crimes de heresia, cujo julgamento competia aos juízes eclesiásticos, a sentença era remetida para os desembargadores, aos quais competia mandar cumprir a pena (Livro V, Título I, caput, segunda parte). O *Código Filipino*, conquanto fosse considerado um progresso em relação às Ordenações Manuelinas (KURELLA 2020, p.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal



XXVI), expressava uma legislação puritana, conferindo atenção primeiro aos crimes de heresia, depois aos de lesa-majestade, seguidos dos delitos sexuais, incluindo aí o adultério.

Havia subjacente uma *presunção de culpa*, apenas pela circunstância de a pessoa ser suspeita da prática de um crime. Essa presunção se traduzia em um *procedimento* criminal marcadamente inquisitivo, cuja finalidade era comprovar a *desconfiança* ou mesmo *cisma* em relação a determinada pessoa. Aparelhado das *devassas*, servia a um direito penal *retrógrado e sanguinário* (MARQUES 1997, p. 95). Não havia tratamento isonômico, porquanto, sendo o réu *cavaleiro* ou de nível mais elevado, caso ocorresse a condenação, a execução não se daria sem que o *fizessem saber* (C. M. ALMEIDA 1870, p. 4). Do mesmo modo, em caso de crime de morte imputado a *fidalgo*, ele não deveria ser julgado à morte, “sem no-lo fazerem saber” (Título XXXV, § 1º, das Ords.), que servia para a avaliação da *linhagem e das condições pessoais* dos envolvidos, assim como, das circunstâncias do fato, ficando a aplicação da pena ao arbítrio do julgador.

Ou seja, o direito de o acusado *conhecer* o processo era reservado para alguns delitos havidos como mais graves e, ainda assim, para a hipótese de o acusado pertencer a determinada *classe* ou ser originário de certa *linhagem*<sup>40</sup>. Portanto, o direito de defesa não era assegurado nem muito menos havia a publicidade dos atos processuais. Ademais, acentuando a seletividade, nessa hipótese em que a imputação de crime punido com a morte recaía na figura de um *fidalgo*, o juiz tinha o livre arbítrio de aplicar, em substituição à pena de morte, a sanção que achasse mais conveniente. Importa repetir a ausência de independência funcional do juiz, que não passava de *cumpridor de ordens* do monarca. O juiz julgava em nome do Rei ou da Coroa, lídimo *oráculo da justiça*, tendo como porta-voz máximo o *desembargador do paço ou o chanceler-mor*.

Há de se lembrar que as Ordenações vigoraram na *era dos suplicios*, mecanismo de demonstração pública da submissão do infrator à autoridade do soberano e de descobrimento da verdade, mediante a obtenção da confissão, considerada a *rainha das provas*. A execução da pena era em público para servir de exemplo e operar como

---

<sup>40</sup> Realçando esse caráter seletivo, somente os *peões* eram passíveis da pena de açoite (KURELLA 2020, p. XXVI).

medida de *prevenção geral*, diante do medo gerado a quem assistia ao dantesco *espetáculo*. Contudo, o processo em si era secreto, dele não tendo participação o acusado, senão para ser torturado, pois essa era a forma mais adequada para obter a confissão e, conseqüentemente, descobrir a verdade, o fim último de toda e qualquer investigação ou julgamento. Assim, restringia-se a publicidade à execução das penas no pelourinho, exatamente como forma de mostrar a força do poder, a dominação plena dos infratores e, de por via reflexa, causar intimidação. A publicidade da execução partia da crença de a propagação do medo não se bastar na previsão de penas infamantes e cruéis. Era preciso fazer o *espetáculo* das execuções. Dessa forma, nada obstante os suplícios ao corpo do infrator para descobrir a verdade, se fazia importante levar a conhecimento do grupo social o suplício final, consistente no açoite, na mutilação ou na execução da morte no *pelourinho*, à vista de todos.

Salvo em relação à execução, o processo não era do conhecimento do acusado, tornando-se o saber do drama judiciário privilégio único e exclusivo da acusação e dos juízes. O acusado não sabia qual era a imputação feita, não tinha conhecimento dos depoimentos tomados nem muito menos das demais provas apuradas. A parêmia era simples: sendo inocente, de defesa o acusado não precisava, enquanto, sendo culpado, a ela não tinha direito. Por conseguinte, a forma secreta e escrita do processo era de mister ao estabelecimento da verdade, tendo o soberano e os seus juízes direito absoluto e poder exclusivo para encontrá-la. Essa a razão para o acusado não ter, sequer, o direito de defesa. Era a influência, ainda, de alguns dogmas da concepção religiosa, sob a premissa de que quem julgava e falava em nome do Estado tinha o dom de *saber, conhecer ou encontrar a verdade*. O Estado, e quem em nome dele falava, era absoluto: *The king can do no wrong*<sup>41</sup>.

Naturalmente que esse tratamento normativo não era um *privilégio* ou característica específica do direito português. A narrativa de Franz Kafka sobre as agruras vivenciadas por Joseph K, escrita em 1914, mas só publicada em 1925, não foi uma mera ficção, constituindo-se em um lídimo *libelo acusatório* contra o sistema judicial opressivo, em que o acusado não tinha o direito de saber o que existia contra ele, sendo tratado, desde os primeiros instantes, como se culpado fosse, ou seja, sob o

---

<sup>41</sup> O Rei não erra.

ranço da presunção de culpabilidade (2008). Michel Foucault (1977, p. 35) chama a atenção para o fato de naquele período o processo na maior parte dos países europeus ser secreto até a sentença, apresentando-se como exceção apenas a Inglaterra – decerto em razão da Magna Carta de 1215 e da *Bill of Rights*. Foucault (FOUCAULT 1977, p. 35) apresenta o detalhe de na Ordenação francesa de 1670, cuja vigência se deu até a Revolução Francesa, o processo ser *opaco não só para o público* como para o próprio acusado, razão pela qual

era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa.

De mais a mais, nesse período, não havia ainda uma *doutrina criminal*, muito embora logo após a fase dos glosadores já sejam encontradas *as primeiras afirmações da doutrina criminal*, isso nos albores do século XIII (FERRI, Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime 1988, p. 46). Conforme Ferri (1988, p. 46)<sup>42</sup>, o desenvolvimento autônomo da doutrina criminal coube aos administradores da justiça, mediante a prática judiciária e a interpretação das várias leis, tendo como suporte o direito romano e os costumes locais. Na época dos pós-glosadores, começaram a surgir os criminalistas práticos italianos e, já na segunda metade do século XV, sente-se uma maior consistência teórica da orientação empírica, com a criação de critérios gerais e a adoção de exposições mais sistemáticas (FERRI, Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime 1988, p. 46)<sup>43</sup>. Porém, essa doutrina emergente experimentou um declínio nos séculos XVI e XVII, pois as publicações, nesse lapso temporal, resumiram-se a compilações e dicionários.

A doutrina desses criminalistas práticos italianos não se conteve nos Alpes, ultrapassou fronteiras e teve grande influência no continente europeu, principalmente na Alemanha, França, Holanda e Espanha, para os quais as obras foram traduzidas (FERRI, Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime 1988, p. 46). Liszt (2003,

---

<sup>42</sup> Na Itália, assim como ocorria em outros países europeus, o julgamento era confiado a um magistrado, a um prefeito ou a um cônsul auxiliado por juízes assessores, recrutados dentre pessoas com conhecimentos jurídicos (FERRI, Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime 1988).

<sup>43</sup> Ferri diz que os dois maiores escritores italianos desta época foram Julio Claro de Alexandria, que era senador em Milão, e o romano Próspero Farinaci.

p. 95) reconhece a penetração e influência dos estudos dos juristas práticos italianos na Alemanha, cujos trabalhos, conhecidos por meio de manuscritos e de impressos, foram inseridos na literatura jurídica e popular alemã (WELZEL 1976, p. 23). Porém, Liszt (2003, p. 105) mostrava a sua insatisfação diante da constatação de que, nada obstante o movimento de *renascimento doutrinal do direito penal* – expressão cunhada por Ferri –, a literatura jurídica alemã do século XVI permaneceu “entregue às mãos de copistas destituídos de espírito e de crítica, a quem é tão alheio o Direito romano quanto o germânico”.

De qualquer sorte, a legislação Carolina, editada em 1530, exerceu considerável influência na ciência jurídica alemã, em especial entre os juristas saxônicos do século XVII, e estabeleceu a prudência como princípio reitor da atividade judicante para, desse modo, “*los juicios penales sean ordenados en la mejor forma y a nadie se cause injusticia, puesto que a estas grandes cosas, que conciernen ao honor, vida y bienes humanos, les es enherente diligencia sumamente atenta y permanente* (Art. 1.)” (WELZEL 1976). A par disso, a fim de conter a arbitrariedade do juiz, o *Constitutio Criminalis Carolina*<sup>44</sup> impunha ao juiz a obediência aos ditames da lei<sup>45</sup>, somente lhe sendo dado utilizar da analogia nos casos de lacunas legais. De qualquer modo, conquanto a Carolina seja uma obra de conciliação e de moderação (PRINS 1915, p. 21), manifestando uma acentuada atenuação das sanções corporais mediante a aplicação das penas privativas de liberdade em seu lugar, o direito repressivo, até a Revolução Francesa, mesmo na Alemanha, possuía punições muito rigorosas (WELZEL 1976, p. 24)<sup>46</sup>.

Em verdade, assim como narrado por Prins (1915, p. 20), a passagem para a concepção política da justiça penal fez com que, durante uma parte da Idade Média, coexistisse, em luta renhida, o direito romano escrito contra o direito nacional consuetudinário, o direito feudal e de vingança privada contra o direito do Estado ou da pena pública, de modo que, nas localidades em que a autoridade pública desde logo se

---

<sup>44</sup> É considerado o primeiro esboço normativo do direito penal alemão, elaborado em 1507. Também é abreviado para *Carolina*.

<sup>45</sup> “*El juez, por principio, está ligado a la ley*” (WELZEL 1976, p. 24).

<sup>46</sup> O uso da prisão como pena fomentou a criação da penitenciária de Amsterdã de 1595 (WELZEL 1976, p. 24).

estabeleceu, a concepção política se implantou mais rapidamente, como foi o caso da França, ao passo que em outros países, como a Alemanha, isso demorou mais um pouco.

Todavia, no final da Idade Média, o uso da repressão como forma de ostentação do poder do soberano<sup>47</sup> se fez sentir de maneira generalizada nos países europeus, sendo preponderante a pena corporal, cruel e humilhante, com a plena admissibilidade de uma terrível variedade de mutilações, de suplícios e de torturas, que durante séculos se sucederam, a exemplo da exposição no pelourinho, a marca de ferro e os castigos corporais (LISZT 2003, p. 109). Essa era a realidade de Portugal, retratada nas Ordenações Filipinas.

Esse direito criminal bárbaro tinha duas características básicas na legislação portuguesa: desigualdade na aplicação do direito, oscilando tendo em consideração a condição social do réu, e o amplo arbítrio na aplicação da pena, dependente essencialmente da vontade do juiz. Essas singularidades eram próprias do *absolutismo* reinante na época, em razão de a atividade jurisdicional, quando não exercida pelo próprio Rei ou Príncipe, ser desempenhada pelo juiz no cumprimento de missão delegada, agindo em nome e para satisfazer a vontade do soberano.

Carrara (2002, p. 286) explica que a paulatina intervenção na vingança privada, a fim de limitar a reação da vítima, foi transferindo para o Estado o poder punitivo e, muito embora, em um primeiro momento, diante da ideia da vingança divina, o direito de punir se tenha concentrado nas mãos eclesiásticas, pouco a pouco as autoridades seculares *arrancaram* do sacerdócio a autoridade judiciária. Por isso mesmo, esse terceiro estágio da história do direito criminal, identificado como concepção política, corresponde ao surgimento da magistratura, pois a multiplicidade das tarefas governamentais e a repugnância *de que fosse o ofensor julgado por quem representava o ofendido* (CARRARA 2002, p. 287), fez com que a atividade jurisdicional fosse delegada aos juízes, tal como visto nas Ordenações Filipinas.

Contudo, assim como afirmado acima, o juiz era apenas o *longa manus* do Rei, em virtude de sua subserviência àquele, em nome de quem exercia a jurisdição,

---

<sup>47</sup> Liszt assevera, com inteiro acerto, que “O desenvolvimento do Direito Penal está em íntima conexão com o declínio ou o progresso do Poder Público” (LISZT 2003, p. 91). Ou seja, a concepção política ou pública do Direito Penal tem relação direta com o desenvolvimento do Estado, sendo a este reconhecida a missão de aplicar as sanções penais.

cabendo-lhe o desempenho do papel desgastante de aplicar os castigos desumanos e comandar em público as penas terríveis e degradantes, a exemplo das execuções das penas capitais. Ademais, o poder do juiz, como representante subserviente do soberano, em um Estado absolutista que não admitia a possibilidade de os indivíduos possuírem direitos inerentes à condição humana, não conhecia limites, e se apresentava manifestamente arbitrário, a ponto de gerar muita insegurança para os mais fracos e sem *prestígio* perante a Corte.

O Rei, sabiamente, transferia para o juiz, um cumpridor de ordens, o desgaste de aplicar as penas brutais e de sujar as mãos com sangue, a ponto de Prins (1915, p. 21), com enfoque na afirmação de Voltaire, que chamou os magistrados de seu tempo de bárbaros togados, indagar: “podemos perguntar-nos até que ponto o poder judiciário – habituando o povo aos suplícios e ao desprezo pelo sofrimento e pela vida humana, e convertendo-se em uma escola de crueldade – não teve a sua parte de influência nas orgias sangrentas...”

No ponto, sob a rubrica *dos que dizem mal del-Rey*, no Título VII do Livro Quinto das Ordenações Filipinas, estava dito que, nesse caso em que o próprio Rei era a vítima, “(o réu) não será julgado per outro Juiz, senão per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em special commetter”. Na segunda parte do dispositivo, deixava ao livre arbítrio de quem viesse a se ocupar da função de julgar escolher a pena tendo em consideração a qualidade das palavras, a pessoa, o tempo, o modo e a intenção com que se tivesse falado mal do Rei, alvitrando, na terceira parte, que a pena “se poderá estender até morte inclusive, tendo as palavras taes qualidades, porque a mereça”.

Como se vê, durante a vigência das Ordenações Filipinas, ainda não tínhamos, propriamente, a *processualização* da persecução criminal, seja porque não havia independência funcional do Judiciário, seja porque não havia o *devido processo legal*. O acusado não tinha o direito à defesa e, para todos os efeitos, era tratado, desde o início, como se culpado fosse, especialmente quando se tinha o interesse em sua condenação. Lembra Aury Lopes (2016, p. 94) que, nada obstante o princípio da presunção remonte ao direito romano, essa cláusula foi invertida na inquisição da Idade Média, a ponto de a insuficiência de provas, muito longe de implicar na absolvição, permitir a aplicação de uma pena mais leve, isto é, a insuficiência de prova ou dúvida equivalia a uma espécie de *semiprova*, a uma verdadeira *presunção de culpabilidade*. No mesmo passo,

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

Maurício Zanoide (2010, p. 47) destaca que no período medieval os institutos processuais eram precários ou mesmo inexistentes, e havia uma presunção de culpa, o que justificava submeter os acusados às *ordálias* ou *juízos de deus*. Assim, repita-se, nos termos das Ordenações Filipinas, havia uma *presunção de culpabilidade*, com o julgamento obedecendo a um *mero ritual*, seguido pelo juiz. O juiz *investigava e julgava*, além de ser o regente dos suplícios e da execução das penas de açoite, de mutilação e de morte, em suas variadas formas.

Portanto, é mais adequado falar que nas Ordenações Filipinas existia uma presunção de culpabilidade em relação a quem era objeto da investigação e julgamento, sendo o infrator era submetido, quando muito, a um *indevido processo legal*. Não existia, à evidência, um devido processo legal, ainda que formal<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Cf. item 6.2.2.1, *infra*.





### 3. DIREITOS DO HOMEM E PROCESSUALIZAÇÃO DO DEVER-PODER DE PUNIR: CARTA MAGNA DE 1215 E A BILL OF RIGHTS DE 1689

Os excessos do direito de punir, agora praticados pelo Estado como forma de firmar e reafirmar a sua autoridade, legaram insatisfações de toda ordem, com o surgimento de profundos protestos contra a falta de limites do poder estatal, fato que comprimia o direito de liberdade dos indivíduos. As atrocidades das execuções públicas, precedidas de suplício com mutilações, chicotadas, arrastão por meio de cavalos etc., tornaram-se insuportáveis para o povo, que se sentia cada vez mais ameaçado e passou a enxergar na ostentação do poder estatal um comportamento tirânico. A população não tolerava mais essas arbitrariedades. Ao invés de *respeito*, esse agir estatal despótico fomentou, apenas, *medo* e consequente *revolta e repulsa*. Esse sentimento de intolerância do grupo social, gerado pelos excessos no exercício desse direito de punir, fomentou a criação de um novo modo de encarar essa delicada questão de fundo filosófico. Clamava-se por limites, como forma de autoafirmação da condição humana. Sem embargo desse estado de coisa, em verdade, a noção de que o homem é portador de direitos que são inerentes à própria condição humana é percebida ao longo de toda a formação do Estado, em regiões e épocas distintas, de modo que, conforme Cançado Trindade (1997, p. 17), o que hoje se conceitua como direitos humanos ou fundamentais encontra raízes nos vários “movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas, e doutrinas jurídicas distintos, que floresceram ao longo de vários séculos em diferentes regiões do mundo”.

Salienta Fernando de Almeida que a necessidade de restringir o absolutismo dos governantes era evidente até mesmo por quem detinha voz de comando, como foi o caso do Rei da Babilônia, que, demonstrando toda a sua grandeza e cultura política, *motu proprio*, autolimitou os seus próprios poderes, com a edição do Código de Hamurabi (F. B. ALMEIDA 1996, p. 43)<sup>49</sup>. Nesse sentido, no escorço sobre a evolução histórica dos direitos humanos, verifica-se uma primeira fase, anterior à Magna Carta de 1215, que

---

<sup>49</sup> Afirma Nwankwo (2012, p. 4) que “De fato, o Código de Hamurabi marcou o primeiro sistema conhecido de direito criminal, bem como o início de outras práticas”.

corresponde às concessões espontâneas feitas por um monarca detentor de poderes absolutos, como as que foram feitas pelo Rei Hamurabi, da Babilônia, há mais de 3.700 anos; pelo Imperador Claudius Tiberius, de Roma, entre os anos de 41 e 54; e por Frederico II, da Suábia, Imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do Século XIII (F. B. ALMEIDA 1996, p. 54).

Esse pensamento se espalhou e se solidificou com o movimento iluminista, no século XVIII. Nessa nova forma de ver as coisas, a *ratio essendi* do Estado deveria ser proteger e ordenar a vida na sociedade, pelo que haveria de respeitar os direitos de todos, até mesmo quando estivesse agindo a pretexto de punir alguém a quem imputada a prática de um crime.

De qualquer sorte, os abusos praticados pelo Estado suscitaram movimentos sociais de insatisfação, dirigidos pelos senhores feudais, eclodindo, na Península Ibérica, já nos fins do século XII, com a *Declaração das Cortes de Leão*, datada de 1188. Tempos depois, na Inglaterra, veio a *Magna Carta de 1215*. Esses dois diplomas ostentam a característica de expor, normativamente, os direitos inalienáveis do homem, que não podem deixar de ser reconhecidos pelo Estado. Neles está o embrião dos direitos humanos, muito embora esses dois diplomas não se tenham preocupado com a liberdade em geral do homem, mas apenas em relação àquela afeta ao clero e à nobreza.

Muito embora, como pontua Pinto Ferreira (1951, p. 477), Jellinek tenha creditado a origem histórica dos direitos fundamentais à *Reforma Religiosa*, liderada por Martinho Lutero, em 1517, a maioria considerável dos doutrinadores atribui à Magna Carta de 1215 a primazia quanto à declaração dos direitos fundamentais, reforçada pelas demais declarações de direitos inglesas, enquanto há quem defenda, não sem razão, que, em sua verdadeira essência, a positivação dos direitos naturais encontrou o seu primeiro disciplinamento na declaração da independência americana.

Quanto às declarações inglesas, observe-se que a Magna Carta de 1215 surgiu em meio a um período de instabilidade do governo monárquico, pressionado interna e externamente, com sensíveis problemas de ordem financeira devido a diversos fatores. Havia disputa pelo trono e guerra contra a França. Ademais, João Sem-Terra estava enfraquecido com a divergência travada com o Papa Inocêncio III, que chegou a excomungá-lo (COMPARATO 1999, p. 49). Ante a necessidade de aumentar a arrecadação por via da elevação da carga tributária para fazer frente aos gastos com a

guerra, a nobreza inglesa, com sabedoria, permutou, consensualmente, a aceitação das exações fiscais que o monarca queria pelo reconhecimento formal de seus direitos. No auge da crise, os barões lideraram uma revolta armada, chegando a ocupar Londres, restando ao rei apenas a alternativa de assinar a Magna Carta, como condição para o retorno da normalidade (ALTAVILA 1989, p. 150)<sup>50</sup>. Esse documento histórico que teve em mira garantir o respeito aos *direitos e costumes dos súditos* é um dos símbolos históricos do incessante movimento promovido pelo homem, ao longo da história, no sentido de opor-se aos abusos do Estado<sup>51</sup>.

Dentre as disposições mais importantes para o nosso estudo, são dignas de nota as encartadas no art. 21, ao estabelecer as bases do tribunal do júri e o princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena, ao deixar expresso que “Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido”. Todavia, a cláusula fundamental é a que consta no art. 39 da Magna Carta, ao dispor que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”, com a qual reafirmou a ideia do tribunal do júri, estendendo-a para todos e, de permeio, consagrou o postulado do *due process of law*, tendo como pressuposto uma ainda que incipiente presunção de inocência. Observe-se que na primeira parte do dispositivo consta as raízes da presunção de inocência, enquanto na segunda, o *due process of law*. O devido processo legal foi colocado como uma consequência natural do princípio da presunção de inocência, assegurado diante da necessidade, para qualquer tipo de punição, um prévio *juízo legal*<sup>52</sup>. A exigência de uma prévia decisão é porque, efetivamente, sem essa condição, não era de se admitir nenhum tipo de punição, uma vez que se presume a inocência, não a culpa.

Quanto ao devido processo legal, em verdade, na Magna Carta inglesa a denominação era *law of the land*, que consagrou a parêmia *nisi per legale iudicium*

---

<sup>50</sup> Fulcrado em afirmação feita por Hersílio de Souza e nos estudos feitos sobre o assunto, Jayme de Altavila assevera que a Magna Carta foi inspirada no Direito Romano (1989, p. 154).

<sup>51</sup> Tanto Jayme de Altavila quanto Konder Comparato trazem o texto da Magna Carta inglesa, porém se identifica uma divergência entre eles, o que, certamente, é motivado pela tradução livre. No presente estudo, adotou-se a redação do texto conforme apresentada por Comparato (1999, p. 68-72).

<sup>52</sup> Cf. item 6.2.2, infra.

*parium suorum vel per legem terre*. Apenas no século seguinte, mais precisamente no ano de 1354, no reinado de Eduardo III, o Parlamento inglês editou uma lei substituindo a expressão *the law of the land* por *due process of law* (CASTRO 1989, p. 34). Note-se que o devido processo legal, conquanto voltado a sopesar o *jus libertatis* com o *jus puniendi*, alberga outros tantos direitos inerentes à condição humana como forma de limitação do poder estatal. Não é por menos que o princípio do devido processo legal, como anota Comparato (1999, p. 67), é considerado o coração da Magna Carta, até porque, da forma como redigido, teve o condão de afastar do monarca a possibilidade de ditar as leis e mesmo de julgar, sugerindo, de permeio, o primado da separação dos poderes, porquanto os arts. 52 e 55 da Magna Carta asseguraram o julgamento pelo júri, integrado por 25 (vinte e cinco) barões<sup>53</sup>.

Não se pense, porém, que, desde então, o direito penal do terror tenha desaparecido do solo inglês. Por mais estranho que pareça, a Inglaterra foi um dos países que mais resistiram à eliminação dos suplícios, conjecturando Foucault que

... talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao habeas-corpus haviam dado à sua justiça criminal; principalmente, sem dúvida, porque ela não quis diminuir o rigor de suas leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780-1820

Mas as verdades estabelecidas formalmente no ambiente inglês deram eco às vozes que clamavam pela alteração radical da forma de punir, no desiderato de expungir a cultura do *Estado cruel e vingador*, que não conhecia limites ou regras quando pretendia punir. De outra banda, o abalo da mentalidade medieval – calcada no mundo estático dos dogmas cristãos e do pensamento *aristotélico* –, em razão das guerras religiosas, da descoberta de novos continentes e as consequências econômicas daí decorrentes, além das conquistas científicas da Física e da Astronomia, foi o campo fértil para a propagação de um movimento não apenas filosófico, mas religioso, científico e político e, por fim, jurídico, que teve início na segunda metade do século XVII e envolveu toda a Europa, no século XVIII.

---

<sup>53</sup> Conquanto mesmo antes da Magna Carta o habeas corpus já existisse na Inglaterra, mediante a garantia do direito de pedir, em caso de prisão arbitrária, um *writ* para escoimar a ilegalidade à liberdade de locomoção, esse instrumento, à míngua da existência de regras processuais pertinentes, não era muito utilizado (COMPARATO 1999, p. 73). Havia a declaração do direito de o indivíduo não se submeter à prisão quando não fossem cumpridas as formalidades previstas para a sua efetivação, porém essa proteção jurídica, a despeito das ilegalidades frequentes, não era colocada em prática.

Era o *movimento iluminista* despertado no Renascimento por obra dos filósofos não escolásticos, que tiveram de entrar em conflito com o Estado e a Igreja, a fim de assentar a liberdade quanto ao estudo das ciências da natureza. Malgrado imprecisa a situação histórica espaço-temporal do Iluminismo, o certo é que esse movimento cultural se propagou universalmente, principalmente na Europa Ocidental. Em verdade, o movimento iluminista teve várias correntes, sendo as principais delas a inglesa, a francesa, a alemã, a italiana e a espanhola. Estreme de dúvidas, o iluminismo francês é o mais conhecido e difundido no mundo.

O *Iluminismo*, com esteio na *razão e no livre-pensamento*, hostilizou a existência de uma *inteligência divina* inata, condicionada por leis eternas e imutáveis, quer no âmbito da moral, quer no ético, religioso e mesmo jurídico. Enfim, as características fundamentais do iluminismo foram assim sumariadas por Soares Gomes (1990, p. 1302):

autonomia da razão, instituída como instrumento capaz de libertar o ser humano da ignorância, do obscurantismo e da superstição; aversão profunda ao princípio de autoridade tradicional, por esta se apoiar, muitas vezes, em pretensas tradições históricas não comprovadas; tendência a considerar, como norma última da conduta humana, as paixões em toda a sua pureza original; crença na possibilidade de uma ciência universal, que se tornava imperioso estabelecer com o máximo rigor.

Assim, despartando-se do pensamento da Igreja e de Aristóteles<sup>54</sup>, os iluministas se escoraram na nova filosofia difundida por Locke (1632-1704) e Newton (1642-1727). Locke, filósofo inglês fundamental para o desenvolvimento do Iluminismo, na sua magistral obra o *Ensaio sobre o entendimento humano* (1984, p. 133-344), após demonstrar, com habilidade, que não existem ideias inatas no espírito humano<sup>55</sup>, deduziu o pensamento político de que não existe poder divino e que os

---

<sup>54</sup> Na concepção metafísica aristotélica, o universo físico era constituído por uma hierarquia inalterável, regido por um Deus que atrai o movimento do mundo para si como causa final, em que “cada ser ocupa, definitivamente, um lugar que lhe seria destinado pela Natureza e do qual ele só se afasta provisoriamente através de movimentos violentos” (ARISTÓTELES 1983, p. 21). Com suporte nessa premissa, em seu pensamento lógico-formal, Aristóteles sustenta que, por força da natureza, assim como ocorre entre os animais, o macho é mais perfeito e, por isso mesmo, é predisposto a governar, enquanto a fêmea, sendo inferior, é feita para obedecer (2003, p. 18). Do mesmo modo, para Aristóteles (1995, p. 19), há homens, também devido à natureza, inferiores a outros, que devem ser dominados pela força física, até porque não possuem “razão além do necessário para dela experimentar um sentimento vago; não possui (em) a plenitude da razão”.

<sup>55</sup> Voltaire, um admirador de Locke, desenvolveu essa tese de que as ideias são adquiridas e de que até mesmo a noção da existência de Deus não é inata ao homem, porquanto há povos sem nenhum

homens, após um primeiro estágio de vida em estado natural, processado em perfeita liberdade e igualdade, diante da necessidade de uma força coletiva para a execução das leis naturais, por meio de um pacto social, criaram a sociedade política, cuja missão seria preservar a vida, a liberdade e a propriedade e, ao mesmo tempo, coibir e punir as violações a esses direitos naturais. Essa concepção do pacto social tinha sido desenvolvida por outro filósofo inglês, Thomas Hobbes. A diferença é que Hobbes empregava a expressão para justificar o Absolutismo (M. H. HART 2002, p. 279).

Com esse diferencial, na ideia de Locke, o poder dos governantes não era absoluto, tinha limites, expressos nos direitos naturais, até porque os homens, ao outorgarem o poder, não renunciavam os seus direitos naturais. Voltaire, partindo do pressuposto de que Deus existe<sup>56</sup> e é livre<sup>57</sup>, nega, porém, que Ele age e determina o agir do homem. De acordo com Voltaire, o homem, a despeito da criação divina, é dotado de *razão* e isso, diferentemente do que ocorre com a pura matéria, fornece-lhe *o poder de agir*, que é nada mais nada menos do que o *livre-arbítrio* e, em última palavra, a *liberdade*.

Transpondo esse pensamento para a seara jurídica, Hugo Grócio negou a origem divina do direito natural, ao estabelecer que, a despeito das leis adotadas e reconhecidas pelo governo dos homens, existem outras que, conquanto não escritas, mesmo assim devem ser observadas, uma vez que elas decorrem da própria condição humana. Rousseau (1978, p. 79), indo mais além da tese de Grócio, criticou-o por admitir a escravidão e acrescentou que, como nenhum homem tem autoridade natural sobre o seu semelhante, a razão da autoridade legítima está nas convenções pactuadas pelos homens, de modo que não é crível que eles, na formulação dessa avença, alienem a sua

---

conhecimento de um Deus criador, assim como “... não há criança alguma, entre os povos policiados, que tenha em sua cabeça a menor ideia de um Deus” e ressaltou, por fim, que “É com dificuldade que lhe (à criança) inculcamos tal ideia e, frequentemente, pronuncia durante toda sua vida a palavra Deus sem atribuir-lhe qualquer noção precisa” (1984, p. 63).

<sup>56</sup> Quanto à existência de Deus, Voltaire, para quem a ignorância e a presunção impedem o homem de reconhecer que não sabe sobre os atributos de Deus (presciência e onisciência), porquanto não foi feito para saber de sua própria essência, arremata que a resposta às objeções à existência de Deus resume-se na impossibilidade de provar a sua existência, o que importa em estabelecer a impossibilidade de sua não-existência (VOLTAIRE 1984, p. 65).

<sup>57</sup> De conformidade com Voltaire, “Se Deus é livre, então a liberdade é possível e o homem pode tê-la. E assim, não têm razão alguma para dizer que o homem não a tem. Em vão podem dizer: o homem é determinado pelo prazer. Ao dizê-lo, admitem, sem pensar, a liberdade, pois fazer o que dá prazer é ser livre” (VOLTAIRE 1984, p. 77). Aqui Voltaire revela a sua influência ao pensamento *sensualista* de Locke, externado com profundidade na sua obra *Ensaio acerca do entendimento humano*.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

liberdade, porque seria o “mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo, a seus deveres” (ROUSSEAU 1978, p. 80).

Assim, o movimento iluminista contestou o autoritarismo da Igreja, do Rei e da aristocracia, preocupando-se em estabelecer, de forma prática, o seu ideário humanístico<sup>58</sup>. Essa característica é o ponto de destaque do iluminismo francês, incorporado à obra de Beccaria, que deu especial atenção para a necessidade de realçar as bases teóricas sobre a posição do homem frente ao Estado, mas, antes de tudo, de estabelecer uma afirmação dos direitos naturais do homem, que lhe pertencem em razão da própria condição humana e representam a *inviolabilidade do indivíduo*. Em compasso com a concepção francesa do movimento iluminista, para Beccaria era imprescindível proclamar os direitos de que todas as pessoas são titulares, decorrentes do simples fato de tratarem-se de seres humanos, não sendo lícito ao Estado deixar de respeitá-los, mesmo quando do exercício do direito de punir.

Este capítulo se ocupa da análise do pensamento iluminista fulcrado no fundamento de que o homem, independentemente do Estado e dos governantes, possui direitos inerentes a sua condição humana, que devem ser respeitados em todas as circunstâncias, principalmente para não serem submetidos aos abusos estatais, mesmo a pretexto de que é necessário punir quem pratica crimes, independentemente de serem considerados leves ou de alta gravidade. Nesse passo, será trazido a lume o pensamento beccariano verberado na sua obra fundamental *Dos delitos e das penas* e, na sequência, será feita a abordagem das declarações de direitos do homem que no século XVIII tiveram o condão de estabelecer a *processualização* ou *jurisdicionalização* do dever de punir, adornado pelo princípio da presunção de inocência, retirando a punição do *autodomínio* do Executivo, fazendo exsurgir a ciência do direito criminal, como instrumento para conter o autoritarismo estatal, diante da tendência ao abuso do poder quando não existentes mecanismos de contenção, materializados na declaração de

---

<sup>58</sup> Falando sobre o movimento iluminista, Ferri (1988, p. 49) leciona que “No campo jurídico-social, as doutrinas sobre direito natural – Grócio (f. 1645), Puffendorf (f. 1694), Thomaz (fl. 1728), Vico (fl. 1744), Wolf (fl. 1754) –, sobre o contrato social – Hobbes (fl. 1679), Locke (fl. 1704), Rousseau (fl. 1778) – e as doutrinas dos enciclopedistas sobre a vontade popular em contraposição à delegação divina da soberania política – Voltaire (f. 1778), D’Alembert (f. 1783), Condorcet (fl. 1794) –, afirmaram os direitos da pessoa humana contra a tirânica ‘razão de Estado’”.

direitos e na tripartição dos poderes. Todo poder tende ao abuso, por isso mesmo, precisa ser limitado (MONTESQUIEU 1987, p. 168).

### 3.1. PENSAMENTO BECCARIANO: LIVRO *DOS DELITOS E DAS PENAS* DE 1764

Antes mesmo das declarações de direitos do homem anunciadas na Revolução Francesa e nas 10 (dez) primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, coube a Beccaria propagar o pensamento sobre a *processualização* do dever-poder de punir do Estado, transpondo para o âmbito da questão criminal a ideia política de Locke (1986), difundida e refundida por filósofos franceses representantes do Iluminismo, notadamente Montesquieu (1987) e Rousseau (1978), segundo a qual o poder do Estado não é absoluto, conhece os seus limites na necessidade de respeitar os direitos que são próprios à condição humana. O Estado, nessa concepção, é criado pelo homem para a satisfação de suas necessidades, daí por que a autoridade daquele é dada por meio de um pacto social, concebido pela razão humana. Por conseguinte, a dignidade humana, que se expressa com a reunião dos direitos indispensáveis à pessoa, preexiste ao Estado e deve por este ser respeitada.

Refletindo esse pensamento para o exercício do direito de punir estatal, a ideia democrático-liberal de Beccaria defendeu que a punição deveria obedecer à teoria da separação dos poderes de Montesquieu, além de respeitar os direitos essenciais à condição humana. Precatando-se das muitas críticas que efetivamente recebeu com a publicação de sua obra, Beccaria (1979, p. 37) sentenciou:

Se, defendendo os direitos dos homens e da verdade invencível, contribuisse para arrancar dos espasmos e das angústias da morte alguma desafortunada vítima da tirania e da ignorância, igualmente fatais, as bênçãos e as lágrimas de um só inocente, nos transportes de sua alegria, consolar-me-iam do desprezo dos homens.

A partir da propagação das ideias *beccarianas*, a punição pela prática do crime, que era uma mera atividade administrativa, sofreu o fenômeno da *processualização*. Dessa maneira, conquanto a evolução da sociedade para a condição de Estado tenha o condão de tornar o direito de punir uma função estatal, é a partir da ideia da processualização que esse poder passou a ser exercido de acordo com regras definidas, com a separação entre o acusador e o julgador e o respeito aos direitos ínsitos à condição humana.



Por sua vez, o Estado moderno se caracteriza pela laicização, ou seja, desvinculação da Igreja, substituindo a origem divina do poder para o seu germe político. O detentor supremo do poder político, no primeiro instante, era o soberano, mas a evolução do pensamento filosófico e político, cujos marcos regulatórios são as revoluções americana e francesa, reconheceu o povo como o verdadeiro *dono* do Estado e a razão de ser deste.

Para evitar as arbitrariedades cometidas a pretexto do *poder de punir*, Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, desenvolveu a ideia de que o *direito de punir* do Estado deve ser limitado, só podendo ser exercido dentro dos parâmetros concebidos pela sociedade, conhecidos com a feitura e publicação da lei, expungindo, assim, o arbítrio do juiz, mediante a sedimentação do chamado princípio da *reserva legal* (1979, p. 38). Esse pensamento *beccariano*, mais filosófico do que jurídico, escrito na segunda metade do século XIII, deu origem não apenas à denominada *escola clássica* como propriamente ao direito criminal<sup>59</sup>, tendo como pano de fundo a crítica quanto às atrocidades dos sistemas penais então existentes, principalmente em relação à pena de morte, à tortura e às penas cruéis em geral, que não se confortam com a essência dos direitos que são imanescentes à condição humana<sup>60</sup>.

O exame do livro *Dos delitos e das penas* evidencia que Beccaria procurou, fundamentado no utilitarismo, difundir a ideia da concepção de um sistema penal embasado na legalidade pura (sem margem a interpretações de ordem subjetiva). Beccaria adotou o utilitarismo *hobbesiano* para explicar o direito de punir, cuja doutrina tem a *utilidade* como princípio da atividade do ponto de vista moral. Malgrado a primazia de Hobbes, Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo e jurista inglês, é considerado o fundador da *escola utilitarista*, cuja doutrina detalhou com densidade na obra *An introduction to the principles of morals and legislation*, editada em 1789. Para Bentham (1974, p. 9), conforme os desígnios da natureza, o gênero humano foi colocado sob o domínio de 2 (dois) senhores soberanos – a dor e o prazer —, apresentando-se a

---

<sup>59</sup> Essa expressão criminal abrange os direitos penais material e processual.

<sup>60</sup> O direito ou dever, ou melhor, dever-poder de punir deve ser contido e pautado pela legitimidade, porque é inerente ao homem o sentimento de repulsa ou ressentimento contra qualquer tipo de agressão, até mesmo a que é feita a pretexto de punir (ROMAGNOSI 1956, 15).

*razão e a lei* os instrumentos com os quais deve ser estabelecida a maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas<sup>61</sup>.

Ancorado nesse utilitarismo *benthiano*, Beccaria sustentou a necessidade da existência da lei para definir os crimes e regradar os julgamentos, a fim de depurar o arbítrio do juiz. No ponto, influenciado por Montesquieu, ele desenvolveu a ideia de que o direito de punir do Estado deve ser limitado pela lei, só podendo ser exercido dentro dos parâmetros concebidos pela sociedade, conhecidos com a feitura da norma jurídica. *Liberdade e legalidade*, eis a base da doutrina. O preceito da legitimidade das leis e o seu papel de preservação da liberdade, sustentados por Montesquieu no *Espírito das leis*, e o do pacto social, defendido por Rousseau em *O contrato social*, servem de supedâneo para o desenvolvimento da tese de Beccaria. Cabe lembrar que, consoante a doutrina de Montesquieu (1987, p. 168), conquanto indispensável a separação das funções dos poderes, no escopo de que um limite o outro, o direito de liberdade do cidadão somente deve encontrar esteio na lei, não podendo o Legislativo deixar ao alvedrio do Executivo o direito de prender o cidadão”.

Beccaria (1979, p. 38) parte do princípio de que o indivíduo se compromete perante a sociedade com o pacto social, aceitando viver de conformidade com as leis que vão representar a vontade de todos, e confere ao Estado o dever-poder de puni-lo, afligindo-lhe o castigo merecido, quando transgredir as normas de conduta, para que, assim, seja restabelecida a ordem jurídica e a punição sirva de prevenção aos demais. O direito de liberdade, com o pacto social, é entregue, como espécie de depósito, ao Estado, que haverá de restringi-lo por meio da lei, quando isso for necessário para o restabelecimento da ordem social. Aqui Beccaria explica, igualmente, o direito de punir do Estado. Ele ressalta que foi a necessidade de estabelecer a segurança na vida em sociedade que levou o homem a abdicar de parte da própria liberdade, colocando-a no depósito público, que se trata da mínima porção possível, ou seja, somente aquela suficiente a induzir os outros a defendê-lo, constituindo-se, o conjunto dessas porções

---

<sup>61</sup> De forma categórica, Bentham (1974, p. 10) resumiu o utilitarismo como “... aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, como o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”.

mínimas, o direito de punir, de modo que, para ele (1979, p. 39), “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”.

Na visão de Beccaria, a despeito do seu caráter humanitário, a pena é encarada como a retribuição pelo mal praticado: é o mal infligido ao agente em razão do mal provocado à sociedade. Resoluto na ideia de limitar o arbítrio dos juízes, no sentir de Beccaria “somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos”, em função de somente o legislador, que representa toda a sociedade formada sob o pacto social, possuir autoridade para defini-los, não sendo dado àqueles, na concepção *beccariana*, *sequer a autoridade de interpretar as leis*. Conforme Beccaria (1979, p. 40-41), o papel do juiz deveria se circunscrever na verificação se o agente praticou, ou não, o delito, de modo que ele deve apenas fazer “um silogismo perfeito: a lei geral deve ser a maior; a menor a ação conforme ou não à lei; a consequência a liberdade ou a pena”. Para Beccaria, mais do que isso ou caso o juiz seja forçado ou queira construir mais de um silogismo, abre-se a porta à incerteza. Em razão desse apego de Beccaria aos ditames da lei, Bobbio (1995, p. 40-41), com muita propriedade, aponta o marquês como um dos precursores do *positivismo jurídico* que foi, anos mais tarde, rascunhado por Hans Kelsen. De fato, Beccaria (1979, p. 43) cunhou o princípio da legalidade e, na crítica à obscuridade das leis, plantou as raízes do princípio da reserva legal e a teoria do silogismo, segundo a qual o juiz ao aplicar as leis “não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior” (BOBBIO 1995, p. 41).

A preocupação de Beccaria com o descompromisso do juiz com a legalidade se justificava. Como visto, na época, o juiz era uma espécie de *longa manus* do soberano e, com a ausência de limitação dos seus poderes pela lei, findava aplicando penas capitais a fatos menos relevantes e abrandando a punição quando era do interesse de quem tinha o domínio do poder. Dentro dessa realidade, Beccaria (1979, p. 44) advertiu que

Erro não só comum, quanto contrário ao fim social – que é a convicção da própria segurança pessoal – é o de dar ao magistrado, executor das leis, o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade a um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade.

Nessa passagem, denota-se a grande influência exercida pelas lições de Montesquieu a respeito do papel reservado à magistratura e a necessidade da literal

subserviência do juiz à autoridade da lei, até porque, no desempenho da missão de julgar, deve ser “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (BECCARIA 1979, p. 176). Com efeito, Montesquieu, em *O espírito das leis*, a despeito de defender que os julgamentos fossem feitos por mais de uma pessoa, pois a magistratura singular induzia ao abuso, dizia que os julgamentos deveriam ser *fixos*, devendo “os juízes julgar de acordo com a letra expressa da lei” (1752, pos. 1261).

Alargando as ideias da legalidade de Montesquieu e de Rousseau, o Marquês (1979, p. 168) acrescentou que não basta a lei declarar quais são os delitos, sendo de mister que as provas – o conhecimento público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento de um companheiro de delito, as ameaças e a constante inimizade em relação ao ofendido, o corpo do delito, e semelhantes indícios<sup>62</sup> –, suficientes para a incriminação do agente, também sejam “estabelecidas pela lei, e não pelos juízes, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não forem proposições particulares de uma regra geral existente no código público”. Como se observa, o princípio da legalidade, previsto por Beccaria, não se resumia ao campo do direito penal material, ia muito além, no sentido de abranger o direito processual penal, até mesmo porque, conforme já sublinhado, a preocupação maior que ele tinha era quanto à ausência de limitações aos poderes do juiz.

Sem embargo da legalidade quanto à persecução criminal, Beccaria, mais adiante, enfim, sublinha o âmago do seu pensamento. Ele diz que um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz (BECCARIA 1979, p. 55), pois só a força em si, não o direito, pode autorizar o juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado (BECCARIA 1979, p. 55). Se é certo que nenhum delito deve ficar impune, mais certo é que “não se deve atormentar um inocente, porque, segundo as leis, assim é considerado o homem cujos delitos não estão provados” (BECCARIA 1979, p. 55). Para além da desumanidade, foi com suporte nessa presunção de inocência que Beccaria bradou apontando a incongruência da tortura como forma de descobrir a verdade. A tortura, na qualidade de meio para descobrir a verdade, é tanto ou mais cruel do que a própria pena, de modo que o acusado, mesmo sem se ter

---

<sup>62</sup> Esses foram os tipos de prova mencionados por Beccaria.

a certeza quanto a sua culpa, finda punido antecipadamente. Por isso mesmo, na lógica, é mais fácil obter a confissão do inocente do que a do culpado, pois este está propenso a suportar a dor para evitar a imposição da pena, enquanto o inocente, mesmo não tendo praticado o crime, para ser absolvido, terá de suportar os tormentos, pelo que o inocente tem tudo a perder, o culpado só a ganhar (BECCARIA 1979, p. 57). Certamente Beccaria se inspirou no art. 39 da Magna Carta para defender com veemência o princípio da presunção de inocência e, ainda, na *Bill of Rights* de 1689.

O mesmo raciocínio Beccaria utilizou para se opor contra a prisão no curso do processo, pois os juízes, libertos das amarras da lei, podiam prender de forma indiscriminada as pessoas, podendo, de outro lado, “deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade” (BECCARIA 1979, p. 44). Por isso mesmo, defendeu que a lei deveria prever, de maneira fixa, em quais situações “o homem é merecedor de pena” (BECCARIA 1979, p. 44), a fim de evitar fosse vilipendiada a imagem do acusado pela *nota da infâmia* em razão de ter sido levado à prisão, cuja inocência viesse a reconhecida juridicamente. Sem embargo disso, ainda sustentou que “Um homem acusado de delito, encarcerado mas absolvido, não deveria carregar consigo qualquer marca de desonra” (BECCARIA 1979, p. 45).

Como se vê, o pensamento beccariano dominante se concentrava na presunção de inocência e na processualização do exercício da punição, com a separação entre o acusador e o julgador.

### 3.2. DECLARAÇÕES DA INDEPENDÊNCIA AMERICANA DE DIREITOS DO ESTADO DA VIRGÍNIA DE 1776

Passo decisivo na história para a consolidação dos direitos fundamentais do homem veio com a independência dos Estados Unidos<sup>63</sup>. As divergências das colônias americanas em relação à política fiscal da Grã-Bretanha fizeram eclodir, no ano de 1775, a revolução que levou à declaração de independência americana. Para tanto, foi redigido um documento político, explicando ao povo os motivos pelos quais era tomada a decisão pela revolução. Esse documento foi intitulado, sugestivamente, *Uma Declaração dos*

---

<sup>63</sup> A independência das 13 (treze) colônias americanas representou o ato inaugural da democracia moderna.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

*Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral*, datado de 4 de julho de 1776. Essa declaração possui a mais alta relevância política, visto que ressaltou a crença na soberania popular e que o governo era instituído sob *o consentimento dos governados, para assegurar as verdades autoevidentes de que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.*

Não sem razão, Comparato (1999, p. 90), de forma percuciente, aponta que a importância histórica da Declaração de Independência das colônias americanas reside no fato de ser “o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”. Reforçando essa impressão, Carl Schmitt (2001, p. 164), admitindo que reina controvérsia a respeito da origem sobre a normatização dos direitos inerentes à condição humana, avisa que alguns doutrinadores apontam a Magna Carta de 1215 como primeira Declaração de Direitos do Homem, outros, a Lei do Habeas Corpus, de 1679, e há quem atribua a primazia ao *Bill of Rights*, de 1688. Porém, adverte que, para todos os efeitos, esses diplomas foram meras regulamentações contratuais ou legais, dos direitos dos barões ou burgueses ingleses e, embora as regras neles estampadas tenham sido vazadas em forma de princípios, não tiveram o sentido de direitos fundamentais (SCHIMITT 2001, p. 164). Daí por que, para Schmitt, “*La historia de los derechos fundamentales comienza propriamente com las declaraciones formuladas por los Estados americanos em el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra*” (2001, p. 164), dado que “*aquellas declaraciones estaban, como Bill of Rights, en la línea de la tradición inglesa*” (SCHIMITT 2001, p. 164).

Na análise do texto da Declaração de Independência Americana, percebe-se que o prestígio devotado às ideias de Locke é mais do que evidente, não só na proclamação da igualdade e dos direitos inalienáveis, mas sobretudo na parte em que enuncia, como um dos direitos fundamentais do povo, o de promover a “revolução, toda vez que alguma forma de governo tornar-se nociva à consecução de suas finalidades, a saber, de assegurar o usufruto dos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca

da felicidade”<sup>64</sup>. Forte nessa constatação, ao justificar a colocação de John Locke como a 44ª personalidade histórica mais influente da história, à frente de Voltaire e Thomas Jefferson, diz Michael Hart (2002, p. 280) que aquele “expressou as principais ideias da Revolução Americana quase um século antes de sua eclosão”, ademais de destacar a sua influência sobre Thomas Jefferson e a profunda penetração de suas ideias em solo europeu, “em especial (n)a França, onde constituíram fator indireto que levou à Revolução Francesa e à versão local da Declaração dos Direitos do Homem” (2002, p. 280).

Ainda há outro aspecto a ser destacado: a ideia de redigir-se um documento formal dando as *razões* da decisão para a independência partiu de Richard Henry Lee, do Estado da Virgínia, mas, diante das divergências entre os representantes das Colônias que estavam reunidos, resolveu-se adiar a votação dessas propostas, com a nomeação de uma comissão para preparar a minuta do texto. Thomas Jefferson, como representante da Virgínia, tomou parte dessa comissão e, segundo consta, redigiu, praticamente sozinho, o texto que, após pequenas modificações decorrentes de debates travados durante 2 (dois) dias, restou aprovado em 4 de julho de 1776. Jefferson conhecia e defendia as doutrinas de Locke e Voltaire, principalmente as ideias do filósofo inglês, mas não tratou apenas de repeti-las. Com efeito, desde os primeiros instantes do movimento revolucionário americano, procurou fazer com que os direitos do homem ficassem normatizados e realçados como os limites de todo o poder (HART 2002, p. 370).

Não foi por outra razão, portanto, que o documento de Declaração da Independência Americana já se constituiu, por si mesmo, uma declaração dos *direitos políticos*, seja quanto ao reconhecimento do homem como o lídimo titular do poder, seja em relação ao limite que aquele estabelece para o exercício deste. Até porque não se

---

<sup>64</sup> Essa parte do texto estava assim redigida: “Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade...” (COMPARATO 1999, p. 92). Ao justificar a colocação de John Locke como a 44ª personalidade histórica mais influente da história, à frente de Voltaire e Thomas Jefferson, diz Michael Hart que ele “virtualmente expressou as principais ideias da Revolução Americana quase um século antes de sua eclosão. Sua influência sobre Thomas Jefferson é particularmente marcante e suas ideias penetraram também o continente europeu – em especial a França, onde constituíram fator indireto que levou à Revolução Francesa e à versão local da Declaração dos Direitos do Homem” (M. H. HART 2002, p. 280).

sabia, àquela altura, que seria sequer adotada uma Constituição única para todos os novos Estados americanos, contendo a declaração de direitos.

Aliás, não se tinha acertado nem mesmo que cada um dos novos Estados cuidaria de elaborar uma Constituição. Isso só foi determinado mais tarde, porquanto, declarada a independência pelas 13 (treze) colônias em 1776, com a conseqüente elevação das ex-colônias à condição de Estados soberanos, para a consolidação da separação definitiva da Coroa Britânica, detectou-se a necessidade da reformulação na estrutura organizacional, o que ensejou a adoção pelos novos Estados de suas próprias Constituições (SCHWARTZ 1966, p. 13)<sup>65</sup>.

Os fundamentos expendidos no texto da Declaração da Independência americana, esboçados por Jefferson, serviram de paradigma para a feitura das Constituições estaduais. Tanto isso é verdade que todas as Constituições estaduais, com exceção da de Nova York, cuidaram de fazer o elenco do *Bill of Rights* (COMPARATO 1999, p. 104). Os maiores destaques vão para as cartas dos Estados da Virgínia<sup>66</sup> e da Pensilvânia, e a de Massachusetts, de 1780, que se escoraram nas ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau, albergando disposições sobre os direitos naturais, soberania popular, freios e contrapesos, conforme o pensamento dominante do Iluminismo<sup>67</sup>. Isso sem falar, claro, como alerta Leonard Levy (1986, p. 407), da influência da *Bill of Rights* inglesa.

A maior referência normativa dentre as constituições estaduais, todavia, foi justamente o texto da *Declaração de Direitos da Virgínia*, publicado em 12 de junho de 1776, que trouxe a lume um documento com a normatização dos direitos humanos, ao preceituar, logo no artigo 1º, que todos os homens são, em razão de sua natureza, nas mesmas condições de igualdade, livres e independentes, e possuem direitos que lhes são

---

<sup>65</sup> Pinto Ferreira conta que a organização política das colônias americanas, em 1776, era constituída de um governador escolhido pela Coroa, com atribuição muito assemelhada à do Monarca inglês, duas câmaras legislativas, uma alta e outra baixa, a primeira com membros nomeados pela Coroa e a segunda, com integrantes escolhidos por meio de eleição e de um judiciário composto de órgãos locais e intermediários, além de uma alta corte e uma última instância na Inglaterra, o *Privy Council* (1951, p. 107-108).

<sup>66</sup> George Washington e Thomas Jefferson eram da Virgínia e participaram da elaboração de sua Constituição. Benjamim Franklin era da Pensilvânia e contribuiu para a elaboração da carta do referido Estado.

<sup>67</sup> Cf. Pinto Ferreira (1951, p. 108-109) e Fábio Comparato (1999, p. 94-95).



inerentes, como os direitos de viver, de liberdade, de propriedade e de segurança<sup>68</sup>. Nesse passo, os direitos à liberdade e à igualdade ganharam foros de *uma razão universal*, ínsita à própria condição humana, “Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações” (COMPARATO 1999, p. 38).

Atestou que a autoridade, em verdade, pertence e emana do povo, constituindo-se, por isso mesmo, os magistrados, apenas *os seus mandatários, seus servidores* (art. 2º), e que a razão de ser do governo é a realização do bem comum, no escopo de buscar a *proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade*. A leitura desses dispositivos não apenas parece, como é mesmo a repetição do que constava do texto da Declaração de Independência, até porque, não se pode deixar de notar, Thomas Jefferson era da Virgínia e participou da elaboração da respectiva carta. Por outro lado, chama a atenção, ainda, o fato de a Constituição da Virgínia ter sido editada sob a nomenclatura *Declaração de Direitos da Virgínia*, o que descortina a elevada consideração do pensamento político de Jefferson aos direitos inerentes à condição humana.

Se o respeito aos direitos fundamentais do cidadão era o centro da preocupação política do pensamento de Jefferson, ele, na qualidade de um dos mentores da *Declaração de Direitos da Virgínia*, não deixou de conferir a devida atenção para as delicadas questões filosófico-políticas que permeavam, e ainda permeiam, o exercício do *jus perseguendi*. Certamente os arautos da Virgínia sentiram que de nada adiantaria dizer que o poder pertence ao povo, que dele é originado e que o seu exercício deve ter como finalidade atender os interesses daquele, caso não fossem preceituadas, ao lado da separação dos poderes, regras rígidas e claras quanto aos limites do poder de punir. Por isso mesmo, as garantias na seara criminal constaram com realce no texto do Estado da Virgínia. Quanto às garantias de Direito Penal material, foram abolidas as penas *cruéis e desumanas* (art. 9º, segunda parte).

No pertinente ao processo criminal, porém, a preocupação foi bem mais acentuada, de modo a inscrever entre os direitos catalogados naquela declaração (a) o

---

<sup>68</sup> A dicção normativa do dispositivo era a seguinte: “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”.

direito de *defesa*, ao assegurar ao acusado o direito de ter conhecimento da causa e da natureza da acusação e de ser acareado com os acusadores e as testemunhas (art. 8º, primeira parte); (b) o direito de produzir prova; (c) o direito de ser julgado por um júri de sua vizinhança; (d) o direito à presunção de inocência ou de não culpabilidade, ao exigir para a condenação a unanimidade dos votos dos jurados; e (e) o direito de não produzir prova contra si (direito ao silêncio), todos encartados no art. 8º<sup>69</sup>. Em proteção ao direito de liberdade, foram vedadas as *fianças excessivas* (art. 9º, primeira parte) e, com a preservação dos direitos à inviolabilidade da intimidade e de liberdade, foram vedadas as buscas ou prisões sem que provado o fato (art. 10), aqui também ratificado a homenagem ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade<sup>70</sup>.

Sem muito esforço, o exame dos direitos fundamentais processuais penais estampados na Constituição da Virgínia exprime o grau de prestígio conferido à obra *Dos delitos e das penas*, da autoria de Beccaria, publicada havia 12 (doze) anos antes, mas precisamente em 1764. Nada menos do que todas as disposições supramencionadas esculpidas na *Declaração de Direitos da Virgínia* haviam sido defendidas por Beccaria, em obséquio à dignidade da pessoa humana. Com efeito, Beccaria, em seu livro, certamente influenciado pelo *Bill of Rights* inglês, havia defendido a previsão do direito de defesa, a humanização e suavização das penas, a eliminação de tratamentos cruéis como a tortura e a pena de morte, o julgamento pelo tribunal do júri, com garantia da imparcialidade, o respeito ao direito de silêncio, que a prisão não ocorresse senão por ordem judicial embasada em culpa sumária e elencou, também e essencialmente, o princípio da presunção de inocência.

Mas não pode deixar de ser levado em consideração, sem dúvida nenhuma, que a simpatia de Jefferson pelo *Bill of Rights* inglês foi determinante no sentido de fazer com que fossem inseridos no corpo da Constituição do Estado da Virgínia os direitos

---

<sup>69</sup> “Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obriga-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares”.

<sup>70</sup> Na segunda parte desse dispositivo, ao vedar a realização de buscas em lugares suspeitos senão mediante ordem embasada em provas suficientes, restou, ainda que implicitamente, resguardado o direito à inviolabilidade do domicílio.

fundamentais do cidadão. Jefferson, mais tarde, lutaria com tenacidade para que isso também fosse feito na Constituição dos Estados Unidos da América.

### 3.3. DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789

O pensamento iluminista, conforme foi visto, contestava o absolutismo, arraigado à ideia de que o poder era, antes de tudo, a *razão*, produto do homem, daí por que, em rigor, ele pertencia ao homem, e não a uma pessoa, nem muito menos se tratava de uma manifestação divina. Assim, o exercício do poder não era absoluto, pelo contrário, encontrava limite maior no necessário respeito aos direitos inalienáveis do homem. Essa doutrina iluminista de que o *poder* é forjado do *pacto* (consentimento) dos governados e que o Estado não é para *ser servido*, mas sim para *servir* ao homem, já tinha sido objeto da *Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América*, reunidos em *Congresso Geral*, no dia 4 de julho de 1776. Quem age em nome do Estado não é *soberano*, mas, antes, um *servidor* ou, mais corretamente, um *servidor público*.

Não se quer dizer, com isso, que a doutrina da *soberania popular* e dos direitos humanos tenha sido originada pelos notáveis americanos ou com a redação da Declaração da Independência norte-americana, até porque, como se afirmou acima, as ideias do direito à revolução e do pacto social como o instrumento de formalização e legitimação do poder político foram hauridas das lições de Locke e Montesquieu. O amplo movimento reformista do Estado embasado no pensamento de que ele deve *servir* ao homem, e não este àquele, principiado com o Renascimento, ganhou fôlego maior com o suporte filosófico-político emprestado pelos iluministas. Rousseau (1978)<sup>71</sup>, amparado na doutrina de Locke, no livro *O contrato social*, confirmou a relatividade do poder do Estado, limitado sobretudo em razão dos direitos naturais pertinentes a todo homem.

Embora possua como pano de fundo o mesmo pensamento filosófico, o movimento francês guarda peculiaridade distinta do americano, até porque este foi um movimento separatista, enquanto aquele teve em mira romper o sistema político do

---

<sup>71</sup> Ao lado de Montesquieu, transformou-se em um dos pensadores mais influentes dos revolucionários franceses, chegando a ser alcunhado de o *pai espiritual* da Revolução Francesa

Estado para instaurar outro, cujo poder, embasado na premissa de que ele emana do homem e deve respeitar os direitos naturais deste, não seria pertinente apenas à França, mas a todos os povos. Com propriedade, Carl Schmitt (2001, p. 166) tece comentário sobre esse detalhe, ao reconhecer que, apesar de todas as conexões históricas, há um conteúdo distinto na declaração francesa em relação à americana, porquanto “*En la Declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se errige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases*”.

Essa característica é importante, e talvez explique o porquê de na história ressaltar-se, com mais veemência, a importância da declaração dos direitos do homem emitida pelos franceses. Ademais, ao contrário do que sucedeu no caso americano, a primeira providência dos comandantes da Revolução Francesa de 1789, forjada pelo movimento iluminista que forneceu a base filosófica da reconstrução do Estado francês, foi estabelecer uma *declaração dos direitos do homem*, deixando para depois a tarefa de redigir uma Constituição, até porque esta deveria ser escrita em consonância com esses direitos naturais, agora positivados no ordenamento jurídico, os quais deveriam ser observados por todos, até mesmo pelo constituinte.

Os revolucionários franceses, acreditando que professavam *a verdade das verdades* – ao contrário dos americanos que estavam mais preocupados em concretizar a sua independência e criar o seu próprio regime político –, “julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos em todos os tempos vindouros” (SCHIMITT 2001, p. 166). Isso explica a circunstância de em pouco tempo a filosofia dos direitos dos homens dos franceses se expandir pela Europa, o que incluiu Portugal, indo muito além, fazendo-se sentir em regiões longínquas, como pela Índia, Ásia Menor, América Latina e, especificamente, no Brasil Colônia<sup>72</sup>. Por exemplo, a Conjuração Mineira de 1789 foi fulcrada nas ideias revolucionárias francesas que já tinham chegado ao Brasil<sup>73</sup>. Os lemas da Revolução Francesa – *liberdade, igualdade e fraternidade* – constituíram o discurso dos movimentos de contestação dos regimes

---

<sup>72</sup> Cf. itens 3.5.1 e 3.5.2, *infra*.

<sup>73</sup> Por isso mesmo, criou-se o mito em relação a Tiradentes como símbolo do movimento revolucionário iluminista no Brasil (BUENO 2003, p. 131). Sobre o julgamento de Tiradentes a pena de morte que lhe foi imposta mediante suplício, cf. 2.2.2, *supra*.

totalitários, cuja densidade estava inserida na declaração dos direitos do homem. A declaração de direitos era uma das bases do pensamento filosófico dos iluministas, de modo que a ideia humanística subjacente nesse movimento serviu de lastro para a independência americana e a sua correspondente declaração dos direitos do homem. Todavia, a influência do texto americano – com especial destaque para a declaração da Constituição do Estado da Virgínia – parece irrefutável e merece consideração a assertiva de Comparato quanto à circunstância de em 1789 Thomas Jefferson<sup>74</sup> encontrar-se em exercício nas funções de embaixador dos Estados Unidos perante a Corte francesa, sendo certo que “inspirou a redação do primeiro projeto de declaração de direitos, depositado por Lafayette junto à Mesa da Assembleia em 11 de julho” (COMPARATO 1999, p. 129). Três outras circunstâncias mencionadas por Comparato como fundamento para mostrar que a declaração de direitos americana foi uma das fontes do trabalho dos revolucionários franceses não devem ser deixadas de lado: a primeira, que as Constituições dos 13 (treze) Estados americanos, pouco antes da instalação da Assembleia de Versalhes, tinham sido traduzidas para o francês; a segunda, que Jefferson havia oferecido ao deputado Rabaud de St. Etienne o projeto de uma Declaração de Direitos; a terceira, que nos debates da Assembleia Nacional, em diversas passagens, os deputados fizeram menção aos *exemplos da América* (COMPARATO 1999, p. 129-130).

Consoante adverte Konder Comparato, muito embora no art. 1º Declaração de Direitos francesa esteja dito que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, assim como sucedeu com a Declaração de Independência estadunidense, o documento solene não teve em conta a preocupação com “a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”.<sup>75</sup> Da leitura do documento francês, tem-se que, dos seus 17 (dezesete) dispositivos, 3 (três) possuem conteúdo eminentemente processual, conforme se observa da leitura dos arts. 6º, 7º e 9º, sem que isso tenha representado, efetivamente, nenhuma novidade além do que já havia sido proclamado solenemente nas Cartas inglesa e americana.

---

<sup>74</sup> Na biografia de Thomas Jefferson, consta que ele foi embaixador na França, só retornando para os Estados Unidos no final do ano de 1789 (M. HART 2002, p. 367).

<sup>75</sup> São os chamados direitos humanos de primeira geração.

De fato, a declaração francesa dos direitos do homem teve mais consistência em relação às questões de ordem política e que diziam respeito à liberdade civil da pessoa. Isso justifica o fato de o catálogo de direitos do homem francês, em sua expressão formal, a despeito da influência da obra de Beccaria, no campo processual penal, não possuir a mesma densidade normativa verificada na Constituição americana.

Com efeito, o art. 6º apenas reforçou o direito de igualdade de todos perante a lei. Noutra passo, o art. 7º ressaltou a necessidade de obediência ao princípio da legalidade quanto à imputação criminosa e à prisão ou detenção, ao dizer que, em todos os casos, devem ser cumpridas as formalidades previstas nas leis. Nesse dispositivo restou plantada a semente do princípio do devido processo legal. Mas não se cuidou, sequer, de adiantar alguns requisitos, como sabiamente já tinham feito as declarações inglesas e americanas.

Na primeira parte do art. 9º foi dito que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”. Zanoide (2010, p. 87) explica que a expressão *inocência* vem do latim *innocentia*, apropriado pela religião católica para designar *aquele que nunca pecou*. Todavia, na *laicização do racionalismo iluminista*, foi concebida no sentido de que não se pode tomar alguém como autor do crime, salvo se comprovada a culpa. Dessa maneira, o termo inocência “se despe de toda história e conteúdo religiosos para ser usado por uma perspectiva racional da filosofia iluminista” (M. Z. MORAES 2010, p. 87). A segunda parte do art. 9º tratou da proteção contra a prisão, ressaltando que, quando *indispensável* essa medida extrema, “todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”, conectando o princípio da inocência também como anteparo contra a prisão sem uma *justa causa*.

Nota-se, assim, que as ideias lançadas por Beccaria no livro dos *Delitos e das penas* exerceu, sim, importante influência na declaração dos direitos do homem direcionados à limitação do direito de punir, até porque, as ideias do marquês, conforme foi salientado, tiveram grande repercussão entre os arautos do movimento iluminista, diante da peculiaridade com que foram abordadas e demonstradas as arbitrariedades praticadas pelo Estado, desrespeitando os direitos mais básicos da pessoa humana, a pretexto de buscar a punição dos infratores. Para além disso, como observado nos parágrafos acima, os pontos centrais da doutrina beccariana foram agasalhados na declaração de direitos como garantia contra a força do Estado quando atua na

persecução criminal: presunção de inocência, proteção contra prisão arbitrária e devido processo legal (legalidade na punição).

### 3.4. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DAS EMENDAS AMERICANAS DE 1791

Conquanto os 13 (treze) novos Estados americanos tenham editado suas respectivas constituições, foram redigidos os *Artigos da Confederação* (1781), contendo dois defeitos fundamentais, apontados por Bernard Schwartz (1966, p. 13-14):

*El primero provino del hecho de que la autoridad de la nación no descansaba sobre el pueblo, sino sobre los estados. (...) El segundo ... Fue la falta de eficaz autoridad coercitiva de la Unión. Puesto que la autoridad del congreso de la Confederación no se extendía a los ciudadanos individuales de los diferentes estados, sus medidas sólo podían aplicarse si las ejecutaban los estados mismos.*

Não suprida a necessidade do estabelecimento de um comando central com eficácia para impor uma diretriz uniforme, principalmente em relação às questões de comércio (SCHWARTZ 1966, p. 15), convocou-se a célebre *Convenção da Filadélfia de 1787*, cuja pauta era a revisão dos *Artigos da Confederação*. Todavia, os *notáveis* da Convenção, homens de elevada estatura intelectual e moral, como George Washington (1732-1799)<sup>76</sup>, Thomas Jefferson (1743-1826)<sup>77</sup>, Benjamim Franklin<sup>78</sup> e Alexander Hamilton<sup>79</sup>, foram muito além de suas atribuições e, com certa ousadia, deliberaram pela elaboração de um documento, a ser submetido à aprovação do próprio povo, mediante convenções realizadas nos novos Estados, especialmente convocadas para esse fim (SCHWARTZ 1966, p. 16). Nascia, aí, a venerável Constituição norte-americana. Porém, quando aprovada, a Constituição não trouxe uma declaração dos direitos fundamentais. Tentativa nesse sentido tinha sido feita, em virtude de proposta da lavra de George Mason, sugerindo a inclusão de uma *Bill of Rights* no prefácio da Constituição, porém prevaleceu o argumento de Hamilton de que a missão confiada à Convenção de Filadélfia se circunscrevia à reorganização política dos Estados Unidos,

---

<sup>76</sup> Delegado do Estado da Virgínia, foi o primeiro presidente dos Estados Unidos.

<sup>77</sup> Delegado pelo Estado da Virgínia, foi o terceiro presidente dos Estados Unidos.

<sup>78</sup> Delegado pelo Estado da Pensilvânia, foi o primeiro embaixador dos Estados Unidos na França.

<sup>79</sup> Delegado pelo Estado de Nova Iorque.

además da tese de que a matéria pertinente aos direitos dos cidadãos já era objeto de regulamentação nas Constituições estaduais, pelo que não havia motivo para a sua reiteração, sendo vencido, nessa parte, Thomas Jefferson<sup>80</sup>.

Vencido na primeira oportunidade, Jefferson voltou a insistir na importância de inserir na Constituição a declaração dos direitos fundamentais, sendo, dessa vez, os seus argumentos acolhidos. Coube a James Madison<sup>81</sup>, logo em 1789, durante a primeira legislatura do Congresso, fazer a proposta de emenda constitucional aditiva. Ao todo, foram aprovados 10 (dez) artigos dos 12 (doze) sugeridos, cada um sendo objeto de uma emenda distinta, formando o seu conjunto a declaração dos direitos fundamentais americanos.

A influência da *Declaração dos Direitos da Virgínia* fica patente não apenas da leitura atenta dos 2 (dois) documentos, como em razão da circunstância significativa de tanto Thomas Jefferson quanto James Madison serem representantes políticos do referido Estado americano. Em proteção à *liberdade*, à intimidade (vida privada) e à propriedade, a Quarta Emenda, em redação mais clara do que a Constituição da Virgínia, fala no *direito à segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias*, podendo ser flexibilizado desde que mediante *medida judicial*, cuja expedição precisa dispor de *razão plausível*, amparada em *juramento* ou *declaração solene* (sumário de prova), reafirmando o que dispunha o art. 12 da Constituição da Virgínia.

Em outro passo, para evitar que o cidadão seja exposto a desgastes quanto à sua imagem por uma demanda criminal temerária, a Quinta Emenda, no seu primeiro enunciado, assegurou que, no *crime capital ou infamante*, o agente somente poderá ser *considerado réu* após o *indiciamento ou denúncia* deliberada pelo júri de acusação (*grand jury*). Note-se que aqui estão plantadas as raízes do princípio universal da presunção de inocência, que havia sido prenunciada por Beccaria, ao asseverar que *não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz* (1979, p. 56). No ponto, Leonard Levy (1986, p. 332), com extrema lucidez, explica que esse princípio não pode ser manipulado para ser visto como um *privilégio do culpado* ou uma simples *proteção*

---

<sup>80</sup> De fato, o único Estado americano que não tinha a declaração dos direitos fundamentais era Nova York.

<sup>81</sup> Delegado pelo Estado da Virgínia, foi o quarto presidente dos Estados Unidos.



*do inocente*, pois se manifesta, ao lado de outros direitos, como um instrumento fundamental para se julgar com justiça.

No seu segundo comando, a Quinta Emenda coíbe o *bis in idem*, e sinaliza para o respeito à coisa julgada – ninguém será sujeito duas vezes, *pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física*. Na sua terceira parte, afirma o direito do réu *de não produzir provas contra si próprio*, conforme já estava expresso no art. 10 da Constituição da Virgínia, consolidando, assim, o *direito ao silêncio*. Na outra mensagem de conteúdo criminal, ainda contida na Quinta Emenda, repetiu-se a ideia básica de todas as declarações de direitos, desde a Magna Carta inglesa (art. 39), preceituando que *ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico*, logo se tornando esse preceito um dos esteios do sistema americano. Como visto, consagrou-se a expressão *due process of law*, germinada da parêmia *law of the land* da Magna Carta inglesa<sup>82</sup>.

Imiscuindo-se em aspectos processuais mais técnicos, porém não menos importantes para a garantia contra abusos, a Sexta Emenda à Constituição americana abonou o direito à imparcialidade do julgamento e à celeridade processual já ratificados no art. 10 da Declaração de Direitos da Virgínia, agregando o direito à publicidade do julgamento, garantias que tinham sido pregadas por Beccaria (1979, p. 47). Em outra parte dessa Emenda houve inovação para contemplar a cláusula do juiz natural, ao estabelecer que o julgamento seria no *distrito em que o crime foi cometido*, conforme prévia disposição em lei<sup>83</sup>. Realçando, ainda mais, o seu sentido protecionista, não se satisfazendo em confirmar os direitos à defesa, ao contraditório e à produção de provas, que já tinham merecido a atenção da Constituição da Virgínia (art. 10º), o legislador constitucional estadunidense alçou à categoria de direito fundamental a *assistência de um advogado para a defesa do réu*.

Por fim, nas Sétima e Oitava Emendas, foram ratificados o direito ao julgamento pelo tribunal do júri, a vedação da estipulação de fianças ou multas

---

<sup>82</sup> A redação da cláusula 39 da Magna Carta de 1215 estava assim posta: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, conta ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

<sup>83</sup> Note-se que diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, no Código de Processo Penal, ao tratar da competência, elege, como regra geral, o local da ocorrência da infração como o juízo para o processo e julgamento do delito (art. 70 do CPP).

excessivas e, também, a supressão das penas cruéis ou aberrantes. Como se verifica do exame dos dispositivos das Emendas que enxertaram a declaração dos direitos do homem na Carta constitucional norte-americana, no campo criminal, as garantias que foram objeto da Quarta, Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Emendas são diretamente relacionadas à matéria processual e já tinham sido previstas na Declaração de Direitos da Virgínia e, notadamente, na obra *Dos delitos e das penas*, escrita por Beccaria.

Por conseguinte, diante do que aqui exposto, não é preciso acentuar que a doutrina beccariana também marca presença na declaração de direitos enxertada à Constituição americana. No entanto, é importante chamar a atenção para outro aspecto da mais alta relevância para os sistemas políticos e jurídicos em geral. A carta americana consolidou a substituição do poder do Rei pela força normativa da Constituição, que expressa o sentimento e a vontade do povo. Realçando esse aspecto, Schwartz (1966, p. 45) leciona que os *founding fathers*, em substituição ao poder do rei, “*instityeron el gobierno limitado, ordenado por la Constitución. El documento orgánico es al mismo tiempo la carta y medida del poder gubernamental*”, pelo que “*Para la Constitución de los Estados Unidos – dijo el magistrado Wilson en una causa de 1793 – la palabra soberano es totalmente desconocida*”.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Pinto Ferreira (1951, p. 110), afirmam que o conteúdo do *constitucionalismo* germinado da obra da Convenção da Filadélfia se exprime pela concepção de que a Constituição é instrumento para a limitação do poder, pelo que, para cumprir com eficiência essa missão, confia na *separação das funções* desempenhadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de obter essa limitação no plano horizontal, enquanto na perspectiva vertical a restrição se faz com a declaração de direitos inerentes à condição humana.

### 3.5. PREDOMINÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NO PENSAMENTO DE BECCARIA E NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

Tendo despertado o seu pensamento filosófico para a matéria penal em razão da análise dos processos criminais, nos quais chamou a sua atenção a circunstância de o acusado não ter o direito de defesa, de ser-lhe negado o conhecimento das provas produzidas no processo, receber o tratamento como se culpado fosse, de ser possível a

decretação da prisão sem uma culpa formada, de ser utilizada a tortura como meio de coleta da prova e de o juiz não ter limites em sua atuação, cuja vontade ficava subjugada apenas à vontade do soberano, Beccaria deslocou o foco do raciocínio político de Locke para o âmbito criminal, desenvolvendo a ideia da limitação do poder para a seara do exercício do direito de punir. Por isso mesmo, o seu pensamento se concentrou mais em estabelecer regras para os *juílgamentos*, instrumento do qual se serve o Estado para levar a efeito a condenação do agente que pratica o delito. Todo o seu pensamento girou em torno da presunção de inocência e do devido processo legal e ainda como consequência daquele a proteção contra a prisão arbitrária.

A concepção do Estado liberal-democrático, pensado e difundido pelos iluministas, foi transposta para a seara do processo criminal, de modo que este seria menos um instrumento a serviço do Estado do que do cidadão, por se tratar de um instrumento de garantia. Na ótica liberal-democrática *beccariana*, o processo criminal compreenderia um conjunto de normas protetivas dos direitos do homem contra os excessos que o Estado poderia praticar ou querer praticar em nome da manutenção da ordem. O processo era a forma de estabelecer regras, limites, ou melhor, impor a *legalidade da persecução criminal*.

A essência desse pensamento foi captada por Carrara (2002, p. 28)<sup>84</sup>, ao arrematar que

todos os preceitos relativos ao processo penal, à competência, às formas, ao direito de defesa, à liberdade e amplitude de discussão, e, numa palavra, à regularidade das provas e dos pronunciamentos pertencem à ordem pública, porque interessam a todos os cidadãos e são instrumentos de proteção do direito.

Nota-se que, além de considerar o processo criminal como um *instrumento de proteção*, para Carrara o respeito às normas processuais não interessa apenas ao réu, mas a *todos os cidadãos*, até porque a adequação do direito de punir aos preceitos normativos é “a razão de ser da autoridade social e a legitimidade do governo que uns poucos exercem sobre muitos” (CARRARA 2002, p. 28). Assim, conforme o titulado *il professore*, a efetiva função do Direito Criminal é moderar os abusos da autoridade quanto à ação de *proibir, reprimir e julgar* os crimes, ao passo que a ciência penal se

---

<sup>84</sup> Discípulo de Beccaria, Carrara assumiu para si a missão de fazer as deduções jurídicas da Escola Clássica, fundada pelo primeiro.

manifesta como “o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões” (CARRARA 2002, p. 24).

Nesse passo, adverte Carrara (2002, p. 27), as normas processuais visam atender não apenas o direito do homem inocente de ser absolvido, como também até mesmo do culpado que, embora mereça ser condenado, pela sua própria condição humana, não deve sofrer *mal maior que o exigido pela tutela jurídica*, de modo que (2002, p. 27-28)

serve aos honestos, não apenas enquanto os ajuda na descoberta dos delinquentes, mas como preservá-los de serem vítimas de erros judiciários; e, ainda, favorece devidamente os próprios culpados, enquanto impede que se lhes irroque castigo que, ultrapassando a justa medida, viesse a constituir um fato delituoso.

Partindo da premissa de que as preocupações de Beccaria se concentraram, sobretudo, em relação à legalidade do *processo criminal*, Marc Ancel (1979, p. 49) reconhece que a doutrina *beccariana* se assenta em três pontos capitais a “legalidade, que suprime o arbítrio das penas, transforma o papel do juiz em matéria penal, e substitui o processo de inquisição por um processo de proteção”, a liberdade, que viabiliza o usufruto de todos os outros direitos fundamentais e, ainda, a laicização, que importa na consideração que não se tem em mira mais a busca de uma *justiça absoluta*, porquanto se presta para a proteção social.

Reafirma Marc Ancel (1979, p. 49) que o movimento de reforma concebido na obra do milanês “ataca, de início, o processo penal”, ao contrário do que é comumente propagado, no sentido de que Beccaria seria o *pai do direito penal*. E acrescenta que a partir das leis de 1790 e do Código de 1791 até o código dos delitos e das penas de Brumaire e a código de 1808 francês, evidencia-se como tônica essa preocupação com o processo criminal, mais do que com o penal material.

Estreme de dúvidas, as ideias processuais esboçadas na doutrina de Beccaria foram sobremaneira avançadas para a época. Ele lançou as bases para o estabelecimento do princípio da presunção de inocência, ao arrematar que “A certeza que se requer para considerar um homem réu é, pois, a mesma que determina cada homem nas ações mais importantes das provas”. Por via de consequência, previu a exigência da prova indene de dúvida razoável para a condenação. A quem não era assegurado, sequer, o direito de defesa, Beccaria queria que o Estado estivesse somente autorizado a condená-lo caso

escorado em provas seguras, o que, se hoje é verdade sabida e defendida, em um passado, que não é tão distante assim, apresentava-se como um absurdo.

Indo mais além, afirmou, repita-se uma vez mais, que “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada” (BECCARIA 1979, p. 55), ditando o princípio da *inocência*. Em verdade, esse princípio havia sido esboçado na doutrina beccariana a partir do momento em que ele defendeu a necessidade de que o decreto condenatório fosse amparado em prova robusta. Essa cláusula, sem hesitação maior, foi adotada pelos sistemas jurídicos e, a despeito da ferrenha e contundente crítica que lhe endereçou a escola positiva, hoje se mantém inabalável como princípio reitor dos códigos de processo criminais democráticos e, conforme aqui defendido, deve ser entendido como o *princípio dos princípios*<sup>85</sup>. Mas, conquanto desde logo incorporado às declarações de direitos, e se apresente como o princípio que confere o diferencial do devido processo legal criminal em relação ao cível, com repercussão em todos os demais princípios, a única Constituição brasileira a albergar expressamente essa cláusula foi a de 1988.

O milanês rechaçou as acusações e julgamentos secretos, na certeza de que, sendo públicos os julgamentos, “a opinião pública, que é talvez a única fortaleza da sociedade, imponha (impõe) freio à força e às paixões”. Ele aqui cunhou o *princípio da publicidade* do processo e dos julgamentos, que demorou muito para cair na consciência das sociedades, mas não tardou para ser relacionado nas primeiras declarações de direitos humanos, a começar pelas declarações americanas. Não há quem, nos dias de hoje, não defenda esse postulado como um dos esteios do Estado democrático. Porém, nada obstante essa verdade, é desconcertante observar que esse princípio – repita-se à exaustão pela sua relevância em revelar a nossa resistência cultura a esse preceito – só ficou inserto em nosso sistema dentre os direitos fundamentais com a Constituição de 1988. Nenhuma outra lhe deu guarida de forma expressa.

Beccaria (1979, p. 53) mostrou a contradição existente entre os que não aceitavam os interrogatórios sugestivos, mas, de outro lado, defendiam a tortura como instrumento para o *descobrimto da verdade*, e indagava: “qual interrogatório será

---

<sup>85</sup> Cf. item 6.2.2.

mais sugestivo do que a dor?” Com inteligência, argumentava que era mais razoável o culpado resistir à força da dor do que o inocente, pelo simples fato de aquele ter a resistência ao sofrimento como a pena a ser paga pelo mal que praticara, enquanto para o inculpado um *non sense*, enquanto, muitas vezes, o meio cruel empregado para o descobrimento da *verdade* era tão ou mais desumano do que a própria pena prevista para o ilícito. Embasado na sua concepção humanística, ele expendeu diversos fundamentos para afastar a prática da tortura e demonstrou como isso se assemelha aos *juízos de Deus*, da antiga e selvagem legislação, uma vez que “A única diferença que existe entre a tortura e as provas do fogo e da água fervente é que o resultado da primeira parece depender da vontade do réu, e o da segunda, de um fato puramente físico e extrínseco” (BECCARIA 1979, p. 56). Assim, arrematou que a tortura era um método cruel, um “abuso que não deveria ser tolerado no século XVIII” (BECCARIA 1979, p. 59).

Embora a vedação expressa à tortura tenha vigorado apenas nas Constituições de 1824 e de 1988, e não se possa esconder que ela foi praticada, às escâncaras, durante os regimes ditatoriais de Getúlio Vargas e dos militares do período de 1964 a 1985, ninguém nos meios científicos, há bastante tempo, tem a ousadia de defender a tortura como forma de se chegar à *verdade*, a não ser na mentalidade autoritária da sociedade brasileira que não tem cultura dos direitos fundamentais ou só consegue enxergá-los para proteger os *homens de bem*<sup>86</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Beccaria criticou os juramentos *de dizer a verdade* que os réus eram obrigados a fazer nos interrogatórios, até porque, nesse caso, avultava uma contradição entre as leis e os *sentimentos naturais dos homens*, em razão de se exigir do acusado que ele “seja sincero, quando tem o maior interesse em ser mentiroso; como se o homem pudesse jurar sinceramente que irá contribuir para a própria destruição” (BECCARIA 1979, p. 54). Beccaria, com suporte no racionalismo,

---

<sup>86</sup> Todavia, não é raro pessoas leigas, e mesmo aquelas a quem é confiada a missão investigatória, defenderem que a tortura é necessária para obter informações importantes para *combater* à criminalidade, como se o sistema criminal fosse o instrumento a ser usado em uma *guerra* ou *luta* contra um inimigo. Isso sem falar que a imprensa nacional e internacional divulgou que, para a captura e morte de Bin Laden, responsabilizado por ter dirigido os ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, a CIA utilizou, nas investigações, *técnicas de interrogatório intensificadas*, o que significa, dentre outras medidas cruéis e inaceitáveis, a *simulação de afogamento* (*waterboarding*). Em contraposição, o governo americano, com evidente eufemismo, salientou que as *técnicas intensificadas* não caracterizam tortura e são admissíveis, por se tratar de um ato de defesa.

alerta que “tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por consequência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem”. Com isso, forneceu os alicerces da cláusula do *direito ao silêncio*. Esse foi outro princípio que, sem demora, foi incorporado aos ordenamentos jurídicos, tratando a Constituição americana de erigi-lo à categoria de direito fundamental naquele país, expondo que, em respeito à dignidade da pessoa humana, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si. Essa declaração de direito somente encontrou guarida constitucional no nosso meio com a Carta de 1988.

Mudando o foco de suas preocupações, Beccaria (1979, p. 60) sustentou que os processos tinham de ser céleres, uma vez que, para ele, a rapidez da pena era um dos principais freios para combater os delitos. Fixou o princípio da celeridade processual/duração razoável do processo com o argumento de que a demora da aplicação da pena, que carrega embutido o sentimento de impunidade, fomenta a criminalidade. De toda sorte, ele defendia a celeridade do processo a fim de poupar “... ao réu os inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza” (BECCARIA 1979, p. 76). Reconheceu a necessidade de a lei (processual) preceituar o tempo e os meios oportunos de defesa do acusado no processo criminal, mas sem que isso prejudicasse a rapidez da pena. Esse preceito da duração razoável, conquanto não tenha merecido agasalho em dispositivo exposto nas constituições de alguns países, restou sufragado em declarações internacionais. Somente posteriormente, por obra da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, essa cláusula ficou consagrada em nosso meio dentre os direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXXVIII). Ademais, a *reforma tópica* de 2008 do Código de Processo Penal teve como orientação a duração razoável do processo, inclusive, estabelecendo prazo, contado após o saneador finalizando a fase postulatória, como duração do tempo de tramitação do processo perante a primeira instância, a depender do tipo de procedimento – ordinário, 60 (sessenta) dias; sumário, 30 (trinta) dias; e tribunal do júri, 90 (noventa) dias (SILVA JÚNIOR 2022, p. 56-63).

Ao meditar sobre a presteza da pena, Beccaria (1979, p. 76-79), de soslaio, fez menção à prisão processual<sup>87</sup> e, ao argumento de que a própria privação da liberdade, em rigor, se trata de uma pena, arrematou que ela “não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer”, daí por que, para ele, essa *custódia* somente deve ocorrer quando “necessária ou para impedir a fuga, ou para não ocultar as provas dos delitos”<sup>88</sup> e, mesmo assim, pelo *menor tempo possível*. Deu-lhe, assim, a feição de medida acautelatória. Esse princípio, muito embora tenha demorado a ser compreendido ou adotado pelos Estados, hoje é um dos fundamentos do processo criminal moderno. Ademais, da leitura da Constituição de 1988, tem-se que a prisão processual é uma *medida cautelar*, de modo que, para a sua decretação, a despeito das provas referentes à existência do crime e indício *suficiente* de autoria, deve ser observada a necessidade de privar-se o agente do direito de liberdade, antes da declaração de sua culpa.

Naturalmente que o livro *Dos delitos e das penas* possui vários fundamentos de direito penal material, como (i) o disciplinamento da proporcionalidade das penas tendo como parâmetro a gravidade do delito<sup>89</sup>; (ii) a concepção do crime como um fato jurídico; (iii) a moderação das penas como forma de humanizá-la<sup>90</sup>; (iv) a certeza da aplicação da pena, e não a sua crueldade, como verdadeiro freio à prática dos crimes; (v) o tratamento da pena como forma de defesa da sociedade, afastando a sua ideia de vingança; (vi) a eliminação de alguns crimes como o adultério e, acima de tudo, (vii) a defesa da abolição da pena de morte.

---

<sup>87</sup> Beccaria não utilizou a expressão prisão processual, preventiva ou provisória, mas trata, claramente, da prisão processual, cujas espécies, em nosso meio, são a preventiva e a temporária.

<sup>88</sup> Essa passagem de Beccaria é sobremaneira interessante. Ele pinçou os dois fundamentos característicos da prisão processual, a saber, a necessidade da medida para a instrução processual (obtenção e preservação da prova) e para evitar a fuga do acusado, ambas escritas no caput do art. 312 do CPP.

<sup>89</sup> Cabe advertir que Beccaria não pretendia que houvesse uma exatidão matemática na estipulação da pena, mas um cálculo das probabilidades, na aritmética política, pois “Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendam desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte que os impeça de cometer o delito maior, se a este encontrem unida uma vantagem maior” (BECCARIA 1979, p. 83). De mais a mais, ele defendia que houvesse uma conexão entre o *crime e a pena*, de modo a representar “... o contraste que deve haver entre o estímulo ao cometimento do delito e a repercussão da pena, isto é, o fato de que esta afasta e conduz a alma para um fim oposto àquele para o qual a sedutora ideia da infração à lei procura encaminhá-la” (BECCARIA 1979, p. 78).

<sup>90</sup> Foucault (1977, p. 73) acredita que esse pensamento quanto à mitigação das penas recebeu adesão mais em razão da mudança do tipo de criminalidade que cada vez menos era de *sangue* e mais de *fraude*, sendo inadequado punir com a pena capital delitos de menor gravidade, mas os suplícios persistiam. Acrescenta, ainda, que a previsão da prisão como a pena mais eficaz teve, a despeito do aspecto humanitário, uma fundamentação econômica, pois os presos serviram de mão-de-obra para a realização de serviços.



Esses argumentos de direito penal foram inovadores e ainda hoje são válidos em sua maioria. Todavia, não restam dúvidas de que a contribuição de Beccaria no âmbito do direito processual penal foi de dimensão incomensurável e não é despropositado dizer que foi mais incisiva até mesmo do que a que foi dada ao direito penal. A esse respeito, Anthony Bottoms (2008, p. 85) assevera que o *classicismo* ao definir o crime como uma *normative category*, não estabeleceu apenas que

deverem ser, e precisam ser, em uma determinada sociedade, desenvolvidos nesses debates sobre que tipos de conduta devem ser definidos como crime (*the content of the criminal law*); mas também sobre o processo pelo qual os crimes devem ser investigados e provados (*criminal procedure*) e, se provados, punidos (*penology*)<sup>91</sup>.

Em suma, a obra *Dos delitos e das penas* não era propriamente jurídica, apresentando-se mais como espécie de ensaio filosófico e político da ciência criminal, embasado no pensamento humanístico defendido pelos iluministas. Estabeleceu princípios *filosóficos e políticos* da ciência criminal, de modo que a maior parte do livro é destinada à teoria humanística do processo criminal. Por isso mesmo, as ideias inculpidas por ele ainda hoje são contempladas como *verdades* para o ordenamento jurídico democrático contemporâneo, consolidadas na Constituição dos Estados Unidos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Revolução Francesa e plasmadas nas constituições vigentes dos mais diversos países, na categoria de direitos fundamentais.

Importa observar que é certo atestar que pensamento político e jurídico de Beccaria gira em torno do *princípio da presunção de inocência* e do *princípio da legalidade*. Mas é erro crasso supor que o pensamento beccariano se conteve, quanto à legalidade, ao ambiente do direito penal material. Foi além para abraçar o direito processual criminal, pois a ausência de regras quanto aos julgamentos conferia azo ao Estado cruel e vingador. A legalidade processual imaginada por Beccaria corresponde ao que hoje se entende por *devido processo legal* na área criminal, também denominado *direito constitucional processual penal, legalidade constitucional ou tipicidade constitucional*, irrigado ou azeitado pelo princípio da presunção de inocência<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> “significant debates can be, and need to be, generated in any given society not only about what kinds of conduct ought to be defined as ‘criminal’ (the content of the criminal law); but also about the process by which alleged crimes ought to be investigated and proved (criminal procedure) and, if proved, punished (penology)” (BOTTOMS 2008, p. 85).

<sup>92</sup> Cf. item 3.1, supra.

### 3.5.1. Repercussões do pensamento criminal liberal-democrático de Beccaria

Na introdução do livro *Delitos e das penas*, Beccaria (1979, p. 37) disse que o mérito do seu escrito era apenas de “ter sido o primeiro a apresentar à Itália, com alguma evidência maior, o que outras nações ousaram escrever e começam a praticar...” Em crítica, ressaltou que, nada obstante a extraordinária contribuição dos grandes filósofos do século XVIII quanto ao conhecimento das razões que dirigem as relações entre o soberano e os súditos, entre as diversas nações e a forte influência no trato dos atos comerciais, “pouquíssimos examinaram e combateram a crueldade das penas e a irregularidade dos procedimentos criminais, parte tão importante da legislação, e tão descuidada em quase toda a Europa” (BECCARIA 1979, p. 36).

Essa assertiva de Beccaria era verdadeira. Os dois maiores filósofos do século XVIII, Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831), em que pese o primeiro tenha se insurgido contra o abuso do direito penal em detrimento da liberdade moral (PRINS 1915, p. 22), defenderam a pena de morte. Kant, embora influenciado por Locke e Rousseau, apresentou uma fundamentação diferente para o pacto social, em virtude de para ele, ao contrário de ocorrer a renúncia de uma parte da liberdade própria do estado de natureza – lembre-se que Beccaria partiu desse fundamento *rousseauiano* –, com a convenção firmada pelo homem, este, na concepção kantiana, “deixou inteiramente sua liberdade selvagem e sem freio para encontrar toda a sua liberdade na dependência legal, isto é, no estado jurídico; porque esta dependência é o fato de sua vontade legislativa própria” (KANT 1993, p. 155)<sup>93</sup>. Daí por que Kant era um adepto incondicional do *estado de direito* e defendia, contrariando a ideia revolucionária *lockeana*, que ninguém podia se opor à aplicação da lei. Dizia que o povo tem de ser submisso à vontade universal legislativa e agregava que “A razão do dever, em que se acha o povo ao suportar até o abuso do poder soberano declarado insuportável, consiste no fato de que a sublevação contra o poder legislativo soberano deve sempre ser considerada como contrária à lei” (1993, p. 162).

---

<sup>93</sup> Esse livro de Kant foi editado em 1797, como sendo a primeira parte da *Metafísica dos costumes*. Veio a lume, por conseguinte, após a obra *Dos delitos e das penas* (1764), da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão (1789).

Todavia, em contraposição ao pensamento de Beccaria a respeito da proporcionalidade da pena, Kant, ao argumento de que “Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena...” (1993, p. 177)<sup>94</sup>, sustenta que, no caso de crime de morte, não há nenhuma comutação capaz de satisfazer a justiça, a não ser pela eliminação do culpado, ressaltando, porém, que não seria necessário, para a aplicação desse tipo de pena, impor maus tratos ao homem. Observa-se que Kant exteriorizou irresignação, apenas, com a crueldade das execuções da pena capital, concordando que fossem eliminados os suplícios, mas, de todo modo, entendia que a pena de morte era a medida adequada a ser utilizada nos casos em que a ação ilícita consistia na morte da vítima.

Como se não bastasse a objeção do pensamento *kantiano*, o livro de Beccaria, como acentuado, recebeu severas críticas, principalmente por parte da Igreja. No entanto, muitos filósofos e juristas aplaudiram as ideias de Beccaria, que se constituíram as primeiras vozes que se levantaram contra os arbítrios dos juízes, as injustiças dos processos criminais da época e os complexos problemas referentes ao direito de punir, de modo que, já em 1766, por obra do abade Andrea Morellet, o livro foi traduzido para o francês e caiu na simpatia dos *enciclopedistas*, tendo merecido efusivos elogios destes, com especial destaque para os encômios feitos por Diderot, Helvetius, Buffon, Hume e D’alembert. Esses grandes filósofos do Iluminismo ficaram conhecidos como enciclopedistas porque, tendo à frente Diderot e D’alembert, escreveram uma monumental obra, contendo 20 (vinte) volumes, no qual restou compreendido o *ideário* do movimento francês. Ademais, o Abade Morellet, que cuidou da tradução para o francês do livro *Dos delitos e das penas*, tinha alto conceito entre os iluministas, contando com artigos publicados na enciclopédia. Foi ele quem se encarregou de apresentar a obra de Beccaria a Diderot, D’alembert, Voltaire e Hume, dentre outros renomados filósofos franceses.

A boa receptividade das ideias beccarianas entre os *enciclopedistas* não seria diferente, posto que Beccaria foi o precursor da defesa dos direitos humanos na seara criminal, campo no qual mais se evidenciavam as atrocidades praticadas

---

<sup>94</sup> Fazia a ressalva, apenas, de que o julgamento deveria ser levado a efeito por um tribunal, e não pelo juízo privado.

institucionalmente contra as pessoas. No seu livro, ele proclamava e defendia os direitos do homem, antecipando o que seria cancelado, 25 (vinte e cinco) anos depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada como substrato do movimento revolucionário francês. E aqui há um detalhe interessante a respeito de Voltaire, um dos arautos do movimento iluminista francês.

Voltaire teve uma vida tumultuada, marcada por muitas querelas, o que lhe rendeu passagens pela prisão na Bastilha e, em 1726, o exílio na Inglaterra, somente regressando à França em 1729 (VOLTAIRE 1984, p. VIII). A estada na Inglaterra fez muito bem à formação intelectual do filósofo. Em suas famosas *Cartas inglesas*, mostrava-se impressionado com a relativa igualdade política na Inglaterra entre burgueses e nobres, situação muito diferente vivenciada na França. Porém, o seu encantamento com o livro de Beccaria certamente foi impulsionado pela injustiça que sofrera. Consta de sua biografia que, após ser surrado por um duque na França, teve o seu desafio para um *duelo* recusado pelo agressor, ao fundamento irônico de que um nobre não cruzava armas com qualquer um. Além de não aceitar o desafio, o nobre teve o poder político de colocar Voltaire na prisão e, ainda, de *desterrá-lo* para a Inglaterra (VOLTAIRE 1984, p. VIII). As ideias de Beccaria, por conseguinte, foram especialmente caras para Voltaire, inconformado com a injustiça que lhe fora feita.

Anota Ferri (1988, p. 50) que o *frêmito entusiasmo* com a série de reformas propostas por Beccaria tomou conta de toda a Europa, não só entre os filósofos e criminalistas, mas também entre os reinantes legisladores: (i) Catarina da Rússia, nas suas Instruções (1767) à Comissão para a reforma das leis penais, transcreveu quase as páginas de Beccaria; (ii) Leopoldo da Toscana promulgou a reforma de 1786, que dele acolhe as propostas mais radicais, a principiar pela pena capital; (iii) nas duas Sicílias, a pragmática de Fernando IV (ministro Tanucci) impôs a necessidade da motivação das sentenças, mas conservou a tortura, só abolida pela ordenança militar de 1789; (iv) Giuseppe II de Áustria (1787) extinguiu a pena de morte (exceto para os crimes militares); (v) Frederico, o Grande, com as *Allegemeines Landrecht* eliminou a tortura (1794); e (vi) a Revolução Francesa, pela generosa reação contra os abusos medievais, estabeleceu, na Declaração dos Direitos do Homem, que “a lei não tem o direito de proibir senão as ações nocivas às sociedades” (art. 5), ‘não deve estabelecer senão as penas estritamente necessárias (art. 8) pelo que ninguém pode ser punido senão por força

de uma lei promulgada anteriormente ao crime e legalmente aplicada (art. 8) e “ninguém pode ser acusado, preso, metido em cárcere senão nos casos determinados pela lei e conforme a forma por ela prescrita” (art. 7). E porque ‘os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos’ (art. 1), assim “a lei deve ser a mesma para todos, sejam quais forem os protegidos, ou os punidos por ela” (art. 6).

O trabalho de Beccaria suscitou um *movimento reformista* da legislação penal, com forte base humanística, a ponto de alguns doutrinadores chamarem essa corrente de pensamento de *escola humanitária* e outros, de *período filosófico* (PRINS 1915, p. 23). Isso porque essa corrente tinha como ideias capitais a proteção do homem contra o arbítrio do judiciário, clamando pela “supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de a pena só ter fins políticos, desprezadas todas as exigências religiosas ou puramente morais”. Essas ideias foram logo acolhidas na *legislação penal dos mais importantes países* (LISZT 2003, p. 114). Realçando o caráter revolucionário da obra *Dos delitos e das penas*, Jiménez de Asúa (1959, p. 34) destacou a influência de Grócio, para proclamar que esse pensamento sedimentou o entendimento de “*que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número*”.

Prins (2003, p. 23) realça que o movimento reformista se propagou na Alemanha, na Inglaterra, na França, na Rússia e “Nunca se louvará bastantemente o espírito de caridade e de fraternidade de que ele deu provas. O sentimento de piedade social, que sucedeu à dureza e ao rigor do antigo regime, é a honra da nossa época”. De fato, no âmbito doutrinário, a profundidade e a genialidade dos fundamentos das ideias de Beccaria fizeram com que os direito penal e direito processual penal fossem pensados como ciências autônomas. Com efeito, Giuseppe Bettiol (1973, p. 15-16) lembra que, até o século XVIII, antes das ideias de Beccaria, não havia propriamente uma ciência penal, que era apenas um apêndice do Direito Civil.

Mas, a partir de então, adveio uma extensa bibliografia sobre o Direito Criminal e o Direito Processual Criminal e ninguém, *dos mais antigos aos mais modernos*, informa Evandro Lins e Silva (1991, p. 22), pôde ignorá-lo porque com ele “nasce a ciência do direito e do processo penal”, e ninguém exerceu tanta influência na legislação posterior, não tendo ninguém antes dele bradado publicamente contra a tortura e a pena

de morte, e “As suas premonições faziam antever que um dia, afinal, o homem seria remido e resgatado de toda punição infamante, cruel e atentatória de sua dignidade” (SILVA 1991, p. 23). Informa Paula Bajer (2002, pos. 142) que os escritos publicados no periódico *Il Café*, lavrados por Beccaria, Pietro Ferri e outros intelectuais iluministas, circularam no Brasil, divulgando essas ideias, tendo Cipriano Barata se apresentado como o grande incentivador da propagação em nosso meio.

### **3.5.2. Regras processuais no Brasil Colônia (1530-1822), após o movimento beccariano e as declarações de direitos americana e francesa**

Sentindo os reflexos da corrente humanística liberal que tomava vulto na Europa, especialmente após a vinda a lume da importante obra de Beccaria, D. Maria I, com esteio no Decreto de 31 de março de 1778, portanto, mesmo antes da Revolução Francesa (1789), designou uma junta para tratar da modificação do Livro V das Ordenações Filipinas (FRAGOSO 1978, p. 64). A tarefa de elaborar o projeto de reforma sobre o *Direito Público e Criminal* foi confiada a Pascoal de Melo Freire, o qual se desincumbiu da missão apresentando, em 1786, embalado pelas ideias *beccarianas*, o trabalho denominado *Código criminal intentado pela rainha D. Maria I*. Porém, essa iniciativa não foi transformada em lei, de modo que permaneceram vigorando, em Portugal e no Brasil, as Ordenações Filipinas.

A onda reformista do *direito criminal*, encetada na Europa e encampada na Constituição portuguesa de 10 de março de 1821, tendo como bússola a exposição filosófica de Beccaria, também fez eco no Brasil, a ponto de o Príncipe D. Pedro I, mediante o Decreto de 23 de maio de 1821, diante da consideração de que as leis então vigentes não tinham sido eficientes quanto à *segurança das pessoas* e tendo presente, ainda, que o seu primeiro dever era o de “promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto se possa os benefícios de uma Constituição liberal”, determinou o seguinte (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 148-149):

1º Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser preza sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente (sic).

2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que a lei expressa seja declarado culposo, como designação individual do culpado;

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente.

3º Que quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas no momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réus com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, exceptuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos que provados merecerem por Leis do Reino pena de morte acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742.

4º Que, em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infeta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva, que os juízes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos, incomunicáveis, os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietadas ou sofrendo qualquer espécie de tormento.

5º Determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente Decreto, seja irremissivelmente punida com o perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.

Registre-se, ainda, que nos considerandos do Decreto em foco, D. Pedro I levou em consideração que

alguns Governadores, Juizes Criminais e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregaram por bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 148).

De outra banda, na Carta portuguesa constava dentre as garantias (a) o direito de liberdade de fazer tudo aquilo que não seja defeso em lei; (b) a inadmissibilidade da prisão sem a culpa formada; (c) a necessidade de expedição, no prazo máximo de 24 horas, das razões da prisão; (d) o direito de livre comunicação; (e) o princípio da igualdade e consequente intolerância do foro privilegiado, exceto nas causas afetas aos juízos particulares; (f) a inadmissibilidade da lei penal, senão quando de sua absoluta necessidade; (g) a proporcionalidade e pessoalidade da pena; e (h) a abolição do confisco de bens, da infâmia, dos açoites, do baraço e pregão, da marca de ferro quente, da tortura, e as demais penas cruéis e infamantes (FRAGOSO 1978, p. 152-154).

Observa-se, pelo expendido supra, que D. Pedro I estava alinhado com o direito português, ademais de comprometido com as ideias liberais de Beccaria e centrais do movimento reformista iluminista, que deram suporte filosófico à Revolução Francesa (1789) e à consequente *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, promulgada

pela Assembleia Nacional Francesa, no ano de 1789. No ponto, como visto, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, proclamada na Revolução Francesa, documento que estava em compasso com o ensaio filosófico estampado no livro *Dos delitos e das penas*, da autoria de Beccaria, editado em 1764, forneceu concretude e universalidade aos direitos essenciais da pessoa humana, que deveriam ser reconhecidos e respeitados independentemente do que dispõe o ordenamento jurídico posto e do país no qual se encontre a pessoa, porquanto são inerentes à condição humana e indispensáveis para o gozo do direito à vida com dignidade.

Do exame do decreto editado por D. Pedro I no ano de 1821, um primeiro aspecto deve ser ressaltado: os seus cinco itens tratam fundamentalmente da prisão do réu antes de ser julgado, tema relativo ao processo criminal, que dizem respeito à presunção de inocência. Diga-se, aliás, que a circunstância de os 5 (cinco) dispositivos possuírem relação com o processo criminal não é de causar espécie, pois a principal preocupação da doutrina exposta por Beccaria foi quanto à falta das garantias processuais penais, às prisões sem definição de culpa e a desumanidade dos julgamentos, razão pela qual a essência da obra do grande mestre e humanista se concentrou em estabelecer princípios estruturantes sobre a ciência processual (SILVA JÚNIOR 2021, p. 61-62).

De qualquer modo, o humanismo de D. Pedro I ficou restrito ao problema afeto à prisão provisória e ao tratamento que deveria ser dispensado ao preso. Sobre o que vem a ser dito, verifique-se que, no art. 1º do mencionado Decreto, para coartar as prisões arbitrárias, restou consignado que, daquela data em diante, salvo na hipótese de flagrante delito, ninguém, no Brasil, poderia mais ser preso, senão por *ordem escrita* do juiz ou magistrado criminal do território. O interessante é que, de conformidade com o decreto em foco, ao comum do povo não era confiado apenas o poder de polícia para efetuar a prisão de quem fosse flagrado na prática do delito, mas também detinha o *dever* de agir. Atualmente, para o povo, a prisão em flagrante é uma faculdade, enquanto para a autoridade policial consiste em um dever<sup>95</sup>. No art. 2º do decreto, colocou-se como condição para a decretação da prisão provisória pelo juiz, que houvesse uma *culpa*

---

<sup>95</sup> Cf. art. 301 do CPP.



*formada*<sup>96</sup>. É o que tecnicamente se chama *sumário de culpa*, consubstanciado no binômio materialidade do delito e indícios de autoria, de modo que essa exigência restava atendida com o *êxito da investigação*. Mas, dito toda sorte, esse pequeno passo já foi um avanço gigantesco e representou a inserção em nosso meio do princípio da presunção de inocência, ainda que de forma tímida.

Na norma seguinte, diante da necessidade de imprimir celeridade ao processo que contava com o réu preso, estabeleceu-se um prazo máximo para o encerramento do feito quando presente essa situação e, para *facilitar os meios de defesa*, determinou-se que ficassem *abertas* e fossem *públicas* todas as provas. No ponto, cabe lembrar que Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, condenou os processos secretos e a ausência do direito de defesa. O decreto de D. Pedro I, portanto, além de influência pela obra do marquês quando ao princípio da presunção de inocência, ainda procurou conferir guarida aos princípios da publicidade processual e do direito de defesa do acusado. O princípio da publicidade, em certa medida, posteriormente, restou contemplado no CPCrim de 1832 (art. 59) e na redação original do CPP (art. 792, § 1º), ao determinar que as portas das audiências e sessões somente sejam fechadas nos casos em que deva o ato ser praticado em segredo de justiça.

No penúltimo dispositivo, filiando-se ao lado dos partidários da luta contra a crueldade das prisões – note-se que a doutrina utilitarista inteligentemente desenvolvida por Bentham (2000) para o regime penitenciário era contra a aplicação de males além dos necessários à punição –, foram rechaçados os estabelecimentos prisionais insalubres e os instrumentos utilizados (correntes, algemas, grilhões, etc.) para martirizar os homens não julgados. Como se vê, nos termos do decreto, o martírio na prisão não deveria ocorrer para *os homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final*. Isso quer dizer que, após julgado, o *uso de corrente, algemas, grilhões, outros quaisquer ferros inventados para martirizar* poderiam ser utilizados. No ponto, mais uma vez se vê os resquícios do princípio da presunção de inocência.

Por fim, o último artigo contemplou a sanção da perda do cargo e da proibição do seu exercício, para o juiz que não cumprisse os preceitos do decreto, concretizando

---

<sup>96</sup> Cf. item 4.3.3, *infra*.

a proposta de coibir, com firmeza, as eventuais arbitrariedades praticadas por quem tinha a missão de julgar os crimes, algo que era muito comum na época.

Reafirmando o compromisso com o pensamento da Escola Clássica, D. Pedro I, por meio da Lei de 18 de junho de 1822, criou o tribunal do júri, conferindo-lhe competência restrita ao julgamento dos crimes de imprensa<sup>97</sup> e, em seguida, com a veiculação da Lei de 28 de agosto de 1822, fez avançar, ainda mais, a legislação brasileira em direção à defesa dos direitos fundamentais, ao determinar que aqui fossem aplicadas as bases da Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821, garantindo-se, assim: (1) ninguém será preso sem culpa formada; (2) lei alguma, especialmente a penal, será editada sem a absoluta necessidade; (3) a pena, atendida a sua proporcionalidade com o delito, não pode passar da pessoa do acusado; e (4) a abolição da confiscação de bens, da infâmia, dos açoites, do barço<sup>98</sup> e pregão<sup>99</sup>, da marca de ferro quente, da tortura e das penas infamantes.

Um acontecimento importante, ainda nesse contexto reformista no sentido de adequar a colônia brasileira ao perfil de *Estado liberal* foi o Alvará de 14 de maio de 1808, que elevou a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa da suplicação, circunstância que representou a independência de um dos Poderes Políticos do Brasil – o Judiciário –, em relação a Portugal. O alvará em referência representou um ato político concreto no processo de independência do Brasil e precipitou a *declaração formal de um estado de fato*.

Outro ato formal antecedente à declaração de independência a merecer menção se deu com o fato de o Príncipe D. Pedro de Alcântara ter se recusado a apor o seu cumpra-se à Lei das Cortes Portuguesas, de 13 de janeiro de 1822, que decretava a extinção de todos os tribunais então criados no Rio de Janeiro (MARQUES 1997, p. 153).

---

<sup>97</sup> O Tribunal do Júri foi defendido por Montesquieu, quando ele tratou da independência do Poder Judiciário, e também por Beccaria.

<sup>98</sup> *Barço* era o laço de apertar a garganta, utilizado nos açoites públicos.

<sup>99</sup> *Pregão*, feito na aplicação da pena na época, era a descrição infamante da culpa, a exemplo do uso de *grinalda de cornos*, no caso de adultério.

#### 4. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 E O ESBOÇO DE PROCESSUALIZAÇÃO DO DEVER-PODER DE PUNIR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil colônia, o poder monárquico era absoluto, não continha divisão do poder nem qualquer forma de participação popular. Era altamente discricionário e estendia-se por todo o longo território nacional por meio da delegação de poderes a governadores-gerais. Não havia, assim, limites para o governo, ante a ausência da divisão dos poderes e da declaração de direitos fundamentais, agravado pelo caráter unitário.

Todavia, as agitações filosófico-políticas da Europa, alimentadas pela Declaração da Independência Americana e pela Revolução Francesa, não tardaram a se fazer sentir em Portugal e no Brasil, que ainda permanecia como colônia portuguesa até o começo do século XIX (GOMES 2007). Assinala Cláudio Pacheco (1990, p. 39) que o movimento constitucionalista no Brasil só se iniciou em 1821, como eco dos acontecimentos verificados em Portugal no ano anterior, “com o caráter de pronunciamento revolucionário, que levantou o lema de uma *regeneração política da nação portuguesa*”.

A nova concepção de Estado democrático-liberal, cujas linhas mestras deveriam estar assentadas em uma Carta Constitucional, na qual estivessem assegurados a divisão dos poderes e os direitos dos homens, como movimento filosófico-político universal, impôs a necessidade da adoção de uma Constituição tanto em Portugal quanto no Brasil. A primeira Constituição de Portugal data de 23 de setembro de 1822, elaborada consoante os princípios liberais da Revolução Francesa, possuindo como eixo a titularidade do poder pelo povo, a adoção do sistema representativo e a consagração dos postulados da separação dos poderes e da igualdade jurídica. Todavia, a sua vigência não foi superior a pouco mais de dezoito meses, muito embora somente tenha sido promulgada outra em 1826. Ocupando-se do inusitado, Canotilho (1991, p. 282-295) revela que a nova Constituição só foi promulgada em 1826 e, a despeito de ter

conservado a declaração dos direitos do homem, perdeu o viés liberal da Revolução Francesa, comprometeu a democracia em privilégio do princípio *monárquico* embasado na hipertrofia do Rei e previu a separação dos poderes apenas simbolicamente, porquanto não estabeleceu a real divisão de suas funções.

De qualquer sorte, a notícia dos trabalhos constituintes em Portugal chegou ao Brasil no ano de 1821. A ideia era, naturalmente, que a Constituição lusitana viesse a valer, igualmente, no território brasileiro, e houve, até mesmo, precipitadamente, juramento de que aquela Carta seria aqui aplicada (PACHECO 1990, p. 39). De fato, D. João VI, com receio de que o movimento constitucionalista tivesse as mesmas consequências das que precipitaram a Independência Americana e a Revolução Francesa, logo tratou de expedir o Decreto de 18 de fevereiro de 1821, assegurando que a Constituição de Portugal seria adotada no Brasil, mas ressaltou que alguns dispositivos daquela Carta poderiam não ser aplicáveis aqui, razão pela qual determinou a eleição de procuradores das Câmaras das cidades e vilas principais, para estudar e adaptar o seu texto à realidade brasileira.

Todavia, pressionado pelas tropas portuguesas estabelecidas no Rio de Janeiro, D. João VI voltou atrás e, mediante o Decreto de 24 de fevereiro de 1821, aprovou a aplicação em nosso território da Constituição de Portugal. Isso não foi suficiente para contentar o *movimento* que se instalara em Portugal, o que exigiu a volta de D. João VI a Portugal, mas, ainda assim, a *pressão* continuou no sentido de que D. Pedro I, que aqui ficara encarregado do *governo provisório*, também regressasse à Corte. Isso precipitou a famosa decisão do Príncipe de aqui permanecer, conhecida na história como *O dia do fico*, declaração datada de 9 de janeiro de 1822 (PACHECO 1990, p. 36-49). Mas esse fato, por si só, não foi suficiente para satisfazer o pungente movimento constitucionalista brasileiro, orientado pelas ideias filosófico-políticas que deram suporte à Independência Americana e à Revolução Francesa, que giravam em torno do liberalismo, do constitucionalismo, do federalismo, da democracia e da república, que conduziam, inevitavelmente, à independência do Brasil. As divergências com Portugal, portanto, eram muitas e profundas, o que transbordou, inevitavelmente, para a resolução quanto à edição de uma Constituição própria para o Brasil, com espeque na assertiva enunciada no art. 16 da Declaração dos Direitos e do Cidadão de 1789, segundo a qual

“não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes”.

Para tanto, D. Pedro I, na qualidade de Príncipe Regente do Brasil, convocou, pelo Decreto de 3 de junho de 1822, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. A convocação da assembleia constituinte, como se vê, deu-se antes da Independência do Brasil, mas esta, que somente ocorreu formalmente em 7 de setembro de 1822, foi apenas a consolidação de um processo que contava com vários antecedentes importantes<sup>100</sup>. Realizados os trabalhos *constituíntes*, submeteu-se à apreciação do Imperador o *Projeto de Constituição para o Império do Brasil, elaborado pela Comissão da Assembleia Constituinte*, porém o Príncipe Regente, por meio do Decreto de 12 de novembro de 1823, diante das divergências verificadas no processo legislativo, houve por bem dissolver a comissão (DIAS 1975, p. 79)<sup>101</sup>. No mesmo decreto, o *Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil* disse que tinha resolvido pela dissolução da Assembleia Constituinte, pelo fato de ela ter “perjurado ao tão solene juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Império, sua independência e a minha dinastia, e prometeu que o novo texto seria *duplicadamente mais liberal* do que o projeto que havia sido levado a seu conhecimento pela extinta Assembleia (DIAS 1975, p. 122).

Como consequência desses acontecimentos, a elaboração da *Constituição Política do Império do Brasil*, outorgada autoritariamente em 25 de março de 1824, foi obra confiada a um *Conselho de Estado* integrado por 10 (dez) membros da confiança do Imperador<sup>102</sup>, na qual se consagrou, ainda que formalmente, o *governo monárquico hereditário, constitucional e representativo*<sup>103</sup>, sendo assegurados a separação dos

---

<sup>100</sup> Indica Pinto Ferreira que, durante todo o período do Império brasileiro, a sua estrutura ideológica e constitucional estava assentada sobre a base econômica da monocultura latifundiária do açúcar e na força de trabalho escravo (1951, p. 121). Desse modo, o movimento de independência foi dirigido pelos fazendeiros, senhores de engenho e comerciantes das grandes capitais das províncias, que contavam com representações no Parlamento, no governo, no clero e nas camadas sociais que tinham voz (L. P. FERREIRA 1951, p. 121).

<sup>101</sup> Foi justamente a agitação ideológica em prol da definição da libertação do Brasil da vinculação política de Portugal que fez com que D. Pedro I provocasse o contragolpe conservador (DIAS 1975, p. 122).

<sup>102</sup> O Decreto de 13 de novembro de 1823 criou o Conselho de Estado e nomeou os seus respectivos membros: seis Ministros Conselheiros de Estado natos; o Desembargador do Paço Antônio Luiz Pereira da Cunha; os Conselheiros da Fazenda Barão de Santo Amaro, José Joaquim Carneiro de Campos e Manoel Jacinto Nogueira da Cunha (DIAS 1975, p. 122).

<sup>103</sup> Arts. 1º a 3º da Constituição Imperial. O sistema era parlamentarista, porém, principalmente durante o reinado de D. Pedro II, o Imperador concentrou em torno de si uma vasta gama de poderes, suscitando de

poderes e a declaração dos cidadãos, cumprindo, assim, pelo menos formalmente, a advertência estampada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”).

Em análise do conteúdo da Constituição em foco, que tinha apenas 179 (cento e setenta e nove) artigos e 8 (oito) títulos, Raul Machado Horta (2002, p. 53) anota que, em linhas gerais, a Constituição outorgada se contentou em estabelecer a organização dos poderes políticos e a definir os direitos fundamentais. Quanto à divisão dos poderes políticos, a disciplina da Constituição Imperial não rendeu homenagens à teoria de Montesquieu – consagrada na Inglaterra e que se espalhou pelos Estados europeus modernos –, da tripartição dos poderes, seguindo-se, nesse particular, a teoria dos quatro poderes de Benjamin Constant. Na teoria, o Poder Moderador serviria de ponto de equilíbrio para o funcionamento dos demais poderes, como uma espécie de órgão controlador. A Constituição Imperial, ao proclamar, no art. 98, que o Poder Moderador era a “chave de toda a organização política, competindo a ele velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”, cuidou de elegê-lo como o *principal órgão da organização política do Brasil*, cujo exercício recaía, como não era de ser diferente, na pessoa do Imperador.

É digno de nota que essa repartição *tetradimensional* dos poderes brasileiros fez com que a Colônia brasileira influenciasse o Direito Português, a ponto de Canotilho registrar que a Constituição daquele país, de 1826, também fez a previsão do Poder Moderador (CANOTILHO 1991, p. 296). Paulo Bonavides diz que a Constituição Imperial do Brasil teria sido a única de que se tem notícia de ter adotado essa divisão de quatro poderes, trocando o modelo proposto por Montesquieu pelo de Benjamin Constant (BONAVIDES 1991, p. 290).

O Imperador, sendo o chefe do Poder Moderador, detinha em suas mãos o domínio dos poderes constitucionais. No exercício do Poder Moderador, o Imperador, além da ampla ingerência no Legislativo, tinha a possibilidade de imiscuir-se em

---

Joaquim Nabuco a seguinte observação: “Antes de tudo, o Reinado é do Imperador. Decerto ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às formas do sistema parlamentar; mas como ele só é árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministros, o poder é praticamente d’ele” (L. P. FERREIRA 1951, p. 124).

assuntos da economia interna do Judiciário, uma vez que possuía competência para suspender os juízes de suas funções jurisdicionais, sem embargo do direito de conceder anistia e, até mesmo, de perdoar ou moderar as penas impostas nas sentenças judiciais (SILVA JÚNIOR 1999, p. 127-137).

De qualquer sorte, a declaração dos direitos fundamentais estava bem tratada na Constituição de 1824, inscrita que foi nos 35 incisos do art. 179, tendo como norte, conforme o caput desse artigo, a *liberdade, a segurança individual e a propriedade*. Muito embora, topograficamente, o projeto de Constituição apresentado pela extinta Assembleia Constituinte tenha dado mais destaque aos direitos fundamentais, porquanto procedera a sua enunciação logo no capítulo II, do art. 7º ao 28, a Constituição Imperial promulgada, que tratou da matéria no seu último Título, ao lado das disposições gerais, cumpriu, nessa parte, o compromisso feito por D. Pedro I, de legar à nação brasileira uma proposta *duplicamente liberal* em relação à que constava do projeto anterior.

Sob a rubrica das *garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, o elenco dos direitos fundamentais foi notadamente mais além da previsão que estava no projeto concebido pela Assembleia Constituinte destituída. Tanto é assim que Cláudio Pacheco (1990, p. 53) chegou a reconhecer que o melhor da Constituição Imperial estava no capítulo no qual foram consagrados “com generosa largueza os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”. Enquanto naquele projeto os direitos fundamentais ocuparam apenas 4 (quatro) artigos na esfera criminal<sup>104</sup>, a Constituição Imperial trouxe nada menos do que 15 (quinze) itens no art. 179, plasmando garantias penais e processuais penais, sendo que 13 (treze) deles eram relacionados diretamente às questões de ordem processual. De fato, o inciso I, combinado com a segunda parte do XI, consagrou o *princípio da reserva legal*, ao escrever que ninguém pode ser punido senão por lei anterior à ocorrência do fato, preceito com repercussão importante no ambiente do processo criminal, ao dar guarida, ainda que por linhas transversas, ao devido processo legal (SILVA JÚNIOR 2022, p. 85-90)<sup>105</sup>. Mas, infelizmente, a

---

<sup>104</sup> O art. 9º (princípio da legalidade); art. 10º. (princípios da exigência da culpa formada para prisão, do direito à liberdade, mediante o pagamento de fiança e de livrar-se solto, no caso de a pena de prisão prevista para o crime não ser superior a seis meses); art. 11º. (princípio da liberdade, exigindo, para a prisão, o flagrante delito, ou ordem do juiz ou *resolução da sala dos deputados*, salvo no caso de prisão militar); artº. 13 (garantia do júri popular).

<sup>105</sup> Esse dispositivo expressa uma garantia de direito penal material.

despeito do cuidado que o princípio do devido processo legal recebeu da Magna Carta de 1215, a Constituição Imperial não previu expressamente essa cláusula, omissão injustificável e que acarretou reflexos negativos na edição do CPCrim de 1832.

No inciso II do art. 179 da Constituição de 1824, adotou-se a teoria *utilitarista*, subjacente na obra de Beccaria, ao consignar que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*, postulado que ensaiou a ideia da corrente do direito penal mínimo, que não tem o seu raio de ação restrito ao direito penal, fazendo-se sentir, outrossim, com repercussões importantes, no direito processual penal. O princípio da *inviolabilidade do domicílio* encontrou guarida no inciso VII, com a consideração de que a casa se constitui um *asilo inviolável*.

A proteção contra a prisão arbitrária foi deduzida em 3 (três) incisos do art. 179 da Constituição Imperial. No primeiro – inciso VIII –, para a decretação da prisão reclamou-se a existência da *culpa formada*, plantando-se, já neste momento, ainda que de forma sobremaneira tímida, as raízes do que se convencionou chamar de *presunção de inocência*, em virtude de exigir suporte probatório mínimo a fim de que a pessoa pudesse ser levada ao cárcere. Acontece que, conforme se verá<sup>106</sup>, a formação de culpa no CPCrim de 1832 se dava com o encerramento da fase investigatória, de modo que, a partir daí, era constituída uma efetiva *presunção de culpa*, circunstância que, só por só, era bastante para a prisão processual, independentemente de sua necessidade. Sem embargo de tímida, essa garantia contra a prisão sem *culpa formada* era sobremaneira relativizada, diante da ressalva quanto à possibilidade de a lei infraconstitucional dispor de forma diferente. De toda maneira, na segunda parte do inciso VIII restou assegurado ao cidadão preso sem o *sumário de culpa*, o direito de receber, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contado da efetivação da prisão, da *nota de culpa* assinada pelo juiz, na qual deveria constar o motivo da prisão, com os nomes do acusador e das testemunhas.

No inciso IX, tratou-se de ressaltar que, mesmo havendo a *culpa formada*, sendo admissível pela lei a fiança, o preso, mediante o respectivo pagamento, deveria ser colocado em liberdade. No final desse dispositivo, esclareceu-se que, em qualquer caso, não sendo a pena de prisão prevista superior a seis meses, o cidadão poderia *livrar-se solto*.

---

<sup>106</sup> Cf. item 4.3.3, *infra*.



Em claro avanço para a época, o inciso X esculpiu a exigência de *ordem escrita da autoridade legítima* para que a prisão fosse considerada legal, salvo na hipótese de prisão em flagrante, esclarecendo, entretanto, que a garantia não servia para os casos de prisão militar. Previu-se o princípio do juiz natural, ao assegurar o direito de o cidadão não *ser sentenciado senão pela autoridade competente* (art. 179, XI). Ainda como direito fundamental, estabeleceu-se a independência do Poder Judiciário, proibindo-se a advocatória dos processos pendentes e, por fim, a ofensa à coisa julgada, ao determinar-se a impossibilidade de *reviver os processos findos* (art. 179, XII, última parte). A independência do Poder Judiciário, entretanto, ficou extremamente comprometida com a previsão e configuração do Poder Moderador, na medida em que o Imperador, no exercício da função de moderador, podia se imiscuir na atuação jurisdicional.

Nos incisos XIII e XVII do art. 179, consagrou-se a cláusula isonômica e, ainda, a vedação de foro privilegiado e dos juízos de exceção, salvo nas *causas que, por sua natureza, pertencem a juízos particulares*. Também como garantia constitucional, ficou estabelecido que, quanto antes, seria organizado um código criminal, *fundado nas sólidas bases da justiça e equidade*, o que deu margem, pouco mais de 8 (oito) anos depois, à edição do Código de Processo Criminal imperial (art. 179, XVIII). Em decorrência dessa previsão do julgamento por *equidade*, todos os crimes, de regra, foram colocados na competência do tribunal do júri.

No art. 179, XIX, a par de abolir os açoites, a marca de ferro quente e as demais penas cruéis, tornou-se defesa, igualmente, a *tortura* como meio de prova. Aqui, como se observa, houve o rompimento com o *direito penal do terror* das Ordenações Filipinas. Nessa toada, imiscuindo-se na questão penitenciária, preocupação que já tinha sido objeto do Aviso Imperial baixado por D. Pedro I, foi assegurado o direito de o preso ser encaminhado para cadeias *seguras, limpas e bem arejadas*, ao tempo em que, sufragando o que defendera Beccaria, ficou estabelecida a necessidade da construção de estabelecimentos carcerários visando à separação dos réus, conforme as *circunstâncias* e a *natureza* de seus crimes (art. 179, alínea 21). Entretanto, essas regras humanitárias não valiam para todos, pois não se aplicavam aos escravos, possibilitando, assim, que o Código Criminal de 1830 previsse que “para os escravos condenados a pena diversa das de morte e galés, a punição aconteceria por açoites, em número determinado pelo juiz” (BAJER 2002, pos. 192).

Na essência, os direitos fundamentais consagrados na Carta Imperial, a despeito de alguma diferença quanto ao estilo redacional emprestado aos dispositivos, reafirmaram aquelas garantias que tinham sido incorporadas ao texto da Constituição americana, por obra da aprovação das dez primeiras emendas. Isso é o mesmo que ressaltar a ampla influência de Beccaria, se é que há necessidade de que algo seja dito nesse sentido, uma vez que a leitura conjunta do livro *Dos delitos e das penas* e dos itens do art. 179 da Carta Imperial, mesmo que perfunctória, revela a plena identidade dos princípios defendidos nos dois textos.

De toda sorte, infelizmente, a Constituição Imperial não embutiu dentre os direitos fundamentais, de forma expressa, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, cláusulas essenciais da doutrina beccariana e que encontrou abrigo especial na Carta Inglesa de 1215 e na declaração de direitos da Carta americana e da Revolução Francesa. Isso comprometeu o viés liberal do CPCrim e revela, por linhas transversas, toda a resistência cultural brasileira a esses dois preceitos. Essa constatação é tão evidente que as Constituições brasileiras posteriores cometeram o mesmo pecado, salvo a Constituição de 1988 que, enfim, deu guarida aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Especificamente, a ausência de disposição constitucional expressa sobre o princípio da presunção de inocência favoreceu para que tanto o CPCrim quanto o CPP de 1941, em várias passagens, contemplassem regras processuais embasadas em uma lídima *presunção de culpabilidade*. Ou seja, a *verdade* revelada na investigação valia até prova em contrário, sendo ao acusado atribuído o ônus de desconstruí-la, aspecto que será explorado mais adiante.

Uma última palavra a respeito da pauta de direitos fundamentais da Carta Imperial se impõe. Tem carradas de razão Cláudio Pacheco (1990, 53), ao arrematar que os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1824 foram tão densamente especificados que, mesmo nos dias de “hoje as Constituições mais liberais só mui escassamente poderão exceder à Constituição do Império na amplitude das franquias políticas”. De outra banda, em que pese a autoridade de Paulo Bonavides (1991, p. 290), e ademais não mereça qualquer contestação a assertiva de que a influência predominante na elaboração da Constituição Imperial tenha sido proveniente dos modelos constitucionais francês e inglês, não parece correto dizer que a inspiração da declaração

dos direitos fundamentais tenha sido a Constituição francesa. A Carta francesa, sem dúvida alguma, foi a fonte primeira de inspiração, porém, quanto à explicitação de quais eram os direitos fundamentais, diante da densidade com que foram enunciados, especialmente os relativos às limitações ao dever-poder de exercício da persecução criminal, observa-se a preferência ao modelo das 10 (dez) emendas da Constituição americana.

De toda sorte, a despeito dessa densidade das cláusulas que contiveram as declarações de direitos, o pensamento jurídico nacional era no sentido de que elas eram ditadas em forma de princípios, de modo que não se tratavam de *normas jurídicas* com força normativa. O alcance e mesmo a interpretação dos direitos fundamentais ficou ao talante do legislador, que podia legitimamente preencher o ordenamento jurídico com leis infraconstitucionais tendo a declaração de direitos apenas como orientações, não para conferir a sua invalidade ou validade substancial.

#### 4.1. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DE 1832

Para melhor compreensão da organização judiciária e das regras de competência plasmadas no CPCrim, bem assim da independência do juiz, de mister se faz observar como a Constituição Imperial dispôs a esse respeito. No ponto, em consonância com a Constituição Imperial, a organização política do Brasil seguiu a forma unitária (os federalistas foram vencidos), com a divisão territorial em províncias, sendo o governo *monárquico hereditário, constitucional e representativo*. Ademais, como visto, em contradição à teoria de Montesquieu, foram previstos 4 (quatro) poderes, a saber, o Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judiciário, forma escolhida para estabelecer a divisão e harmonia dos poderes políticos, na condição de *princípio conservador dos direitos dos cidadãos* (arts. 9º e 10 da Constituição de 1824).

O interessante é que a disciplina do Poder Judiciário na Constituição de 1824 estava no capítulo único do título 6º, cuja rubrica era dos *Juízes e Tribunais de justiça*. Assim, infere-se que a expressão *Tribunais de Justiça* era gênero, que tinha como espécies os *Tribunais de Relação* e o *Supremo Tribunal de Justiça*. Restou firmada a independência do Judiciário, composta por meio de juízes togados e jurados (juízes

leigos), assim no cível como no crime, com os seguintes órgãos: (a) Supremo Tribunal de Justiça na Capital do Império; (b) Tribunais de Relação nas províncias; (c) juízes de direito; (d) juízes de paz; e (e) júri popular. Entretanto, a independência do Judiciário era apenas formal, pois o *Poder Moderador* era a *chave* de toda a organização política, competindo-lhe velar pela *manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes* (art. 98 da Constituição de 1824). De mais a mais, o Poder Moderador detinha a competência para conhecer de reclamações contra os membros do Judiciário e de impor-lhes pena de suspensão<sup>107</sup>.

Para além desse aspecto, o Poder Judiciário, tal como concebido na Constituição Imperial, representava uma divisão funcional do poder soberano do Império, de modo que o juiz ostentava a condição de *delegado do Imperador* – um *longa manus* – para a resolução dos conflitos surgidos entre os indivíduos, daí por que a atividade judicante se resumia à punição dos crimes e à resolução dos conflitos de direito privado. Era mais uma *delegação de poder*, do que propriamente um poder.

Em sintonia com a Constituição, o Código de Processo Criminal de 1832 tratou da organização do Poder Judiciário. Para fins de administração dos juízos criminais de primeira instância, o CPCrim definiu a divisão das Províncias em districtos de paz, termos e comarcas. Diante do exposto na Constituição, foram extintas as ouvidorias de comarca, os juízes de fora, os juízes ordinários e a outorga de jurisdição criminal a qualquer outra autoridade senão aos órgãos judicantes de primeira instância mencionados acima. A exceção era em relação à competência conferida ao Senado, ao Supremo Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Relação, aos Juízos Militares, em relação aos *crimes puramente militares*, e aos Juízos Eclesiásticos, quanto às matérias estritamente espirituais (art. 8º do CPCrim).

Os *juízes de paz*, que correspondiam aos juízes de vintena da estrutura portuguesa<sup>108</sup>, em consonância com a Constituição, eram eleitos para um mandato de 4 (quatro) anos, conjuntamente com a eleição para a vereança. Os 4 (quatro) mais votados eram eleitos como juízes de paz (art. 10, primeira parte, do CPCrim), sendo admitida a

---

<sup>107</sup> Algo similar ao Conselho Nacional de Justiça, com a diferença significativa de que o CNJ integra o Poder Judiciário, de modo que não há ingerência de outro poder, ademais de não se imiscuir nas decisões, pois se trata de órgão administrativo, com a incumbência de esboçar o planejamento estratégico a atuação jurisdicional.

<sup>108</sup> Cf. item 2.2.1, supra.

reeleição, malgrado o reeleito não estivesse obrigado a exercer o cargo novamente, caso a nova escolha tivesse ocorrido dentro dos 3 (três) anos imediatamente anteriores (art. 11 do CPCrim). As atribuições do juiz de paz eram múltiplas e estavam pinçadas no capítulo II do CPCrim. Ele tinha atribuições próprias de autoridade policial na condução das investigações, funções administrativas e ainda tinha competência para julgar alguns casos. Quanto à atuação administrativa, cabia ao juiz de paz tomar conhecimento e identificar todas as pessoas desconhecidas ou suspeitas que viessem a fixar morada no Districto em que ele exercia suas funções, assim como conceder *passaporte* aos interessados (art. 12, § 1º, do CPCrim). Era de sua alçada, ainda, determinar que fossem a sua presença (a) os vadios, mendigos, bêbados, enfim, a quem ofendia os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias, a fim de impor a obrigação da assinatura do *termo de bem viver*; e (b) os suspeitos da pretensão de cometer algum crime, no caso, para determinar a assinatura do *termo de segurança*. Na qualidade de autoridade investigatória, competia ao juiz de paz realizar o *auto de corpo de delito*, assim como proceder à formalização do *sumário de culpa*, prender os culpados e conceder fiança a quem fosse declarado culpado no seu districto (art. 12, §§ 4º, 5º e 6º do CPCrim).

Em relação à atividade propriamente judicante, o juiz de paz tinha a competência para julgar as contravenções às posturas das Câmaras Municipais<sup>109</sup> e os crimes aos quais não aplicada pena maior do que a de multa até 100 (cem) mil réis, prisão, degredo ou desterro de até 6 (seis) meses e de 3 (três) meses em casa de correção ou em oficinas públicas (art. 12, § 8º, do CPCrim). Conquanto não constasse expressamente como órgão jurisdicional, ainda existiam as *juntas de paz*, compostas pela reunião de juizes de paz do termo, sendo o presidente escolhido dentre eles, em escrutínio secreto, consoante a maioria absoluta (art. 213 do CPCrim). Na Província da sede da Corte, cabia ao Ministro da Justiça definir a quantidade e os locais das sessões das juntas de paz e, nas demais Províncias, às Câmaras Municipais, com a duração de cada sessão limitada a 8 (oito) dias sucessivos (arts. 214 e 215 do CPCrim). Competia

---

<sup>109</sup> Era comum, na época, os Códigos de Posturas editados pelas Câmaras Municipais dispor sobre o arruamento e as edificações, estabelecer regras sobre a comodidade, segurança e moralidade do município, assim como conter disposições policiais, a respeito do uso de armas de fogo e branca (faca, facões, machados, foices), toque de recolher, jogos de cartas, búzios e dados, rifas, loterias etc. (SÃO PAULO 1886).

às juntas de paz julgar os recursos de todas as sentenças dos juízes de paz em que fosse aplicado qualquer tipo de pena, podendo confirmar, revogar ou alterar a decisão, de forma definitiva, exceto quanto à admissibilidade do recurso de revista (art. 216 do CPCrim).

Na reforma processual implementada pela Lei nº 261, de 1841, foram transferidas para os *chefes de polícia* e os *delegados* as atribuições e parte considerável da competência jurisdicional então confiada aos juízes de paz. Os chefes de polícia eram superiores hierárquicos de todas as autoridades policiais, sendo escolhidos dentre os desembargadores e juízes de direito, enquanto os delegados e subdelegados, dentre quaisquer juízes e cidadãos, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes das Provinciais, podendo ser destituídos do cargo pela vontade de quem os nomeava, ademais de serem obrigados a aceitar o encargo (arts 1º e 2º, da Lei nº 262, de 1841). Em substituição aos juízes de paz, era atribuição dos chefes de polícia, em toda as Províncias e na Corte, enquanto aos delegados nos respectivos distritos, além de competência jurisdicional para prolatar a decisão de pronúncia e proferir a sentença em relação às contravenções às posturas municipais e aos crimes para os quais não prevista pena de multa superior a cem mil réis ou de prisão, degredo ou desterro de até 6 (seis) meses ou de 3 (três) meses em casa de correção ou em oficinas públicas (art. 12, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do CPCrim c/c o art. 4º, § 1º, da Lei nº 261, de 1841): (a) conceder a fiança aos que fossem por eles pronunciados ou presos; (b) exercer as atribuições sobre as sociedades secretas ou *ajuntamentos ilícitos* que eram até então conferidas aos juízes de paz; (c) fiscalizar as Câmaras Municipais e tomar a iniciativa para que as medidas necessárias, nos termos da lei, fossem convertidas em posturas da edilidade; (d) inspecionar os teatros e espetáculos públicos; (e) inspecionar as prisões da província; (f) conceder mandados de busca; (g) remeter aos respectivos juízes competentes todos os *dados, provas e esclarecimentos* a respeito de delitos; (h) velar para que os delegados e subdelegados cumprissem os seus deveres; e (j) dar as instruções necessárias para o melhor desempenho das atribuições policiais<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> Com o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, o juiz de paz voltou a ter competência para processar e julgar as infrações de posturas municipais e a obrigar a assinatura dos termos de segurança e de bem viver, sem, porém, competência para julgar as respectivas infrações, ademais de ter-lhe sido atribuída a competência para conceder a fiança provisória (art. 19, do § 1º ao 3º).

Os jurados que atuavam nos júris de acusação e de julgamento eram escolhidos dentre os cidadãos que podiam ser eleitores e que fossem de reconhecido bom senso e probidade – excetuando-se as altas autoridades mencionadas no art. 23 do CPCrim, que eram dispensadas desse serviço –, a partir de uma *lista parcial*. A Lei nº 261, de 1841, criou mais dois requisitos, quais sejam, a exigência de que o cidadão soubesse ler e escrever e tivesse rendimento anual por bens de raiz, emprego público equivalente a quatrocentos mil réis ou mil réis, conforme o local (art. 27, caput).

Os *juízes municipais*, criados pelo CPCrim, na Corte, eram nomeados pelo Imperador e, nas Províncias, pelos Presidentes, dentre os indicados em lista tríplice elaborada pelas Câmaras Municipais, para o exercício do mandato de 4 (quatro) anos, podendo ser reconduzidos, não sendo requisito necessário a formação jurídica, visto que poderiam ser escolhidos dentre os graduados em direito ou advogados (rábulas) ou qualquer pessoa *bem-conceituada e instruída* (art. 33 do CPCrim). Com a alteração proporcionada pela Lei nº 261, de 1841, os juízes municipais passaram a ser escolhidos pelo Imperador, dentre os formados em direito, desde que preenchido o requisito de pelo menos um ano de prática forense, contado da formatura (art.13). Os juízes municipais tinham a competência para (a) substituir no termo o juiz de direito, nas suas faltas ou impedimentos; (b) executar, dentro do termo, as sentenças e os mandados dos juízes de direito e dos tribunais; (c) exercitar, cumulativamente, a jurisdição policial (art. 35 do CPCrim). Com a vinda a lume da Lei nº 262, de 1841, os juízes municipais assumiram a competência para (a) julgar definitivamente o contrabando, exceto no caso de flagrante; (b) as atribuições criminais e policiais então conferidas aos juízes de paz que não tinham sido passadas para os chefes de polícia ou delegados; e (c) sustentar ou revogar as decisões de pronúncia feitas pelos delegados e subdelegados (art. 17).

Os juízes de direito, ao contrário dos juízes municipais, estavam previstos na Constituição Imperial, e eram nomeados pelo Imperador, dentre bacharéis formados em direito, maiores de 22 (vinte e dois) anos e com prática forense de 1 (um) ano no mínimo, havendo preferência na escolha daqueles que já haviam exercido a função de juiz municipal ou de promotor público (art. 44 do CPCrim). Não havia concurso. A escolha era livre por parte do Imperador, o que lhe permitia exercer controle do Judiciário, pois só nomeava aqueles que lhe eram dignos de fé. A Lei nº 261, de 1841, impôs como requisito para a nomeação para o exercício do cargo de juiz de direito, a circunstância

de a pessoa ter servido, com distinção, os cargos de juiz municipal, de órfãos ou de promotor público, ao menos por um quadriênio completo (art. 24).

Aos juízes de direito competia: (a) atuar nos termos sob a sua jurisdição para presidir os conselhos de jurados nas suas reuniões; (b) presidir o sorteio dos jurados, tanto para o júri de acusação quanto para o de sentença; (c) instruir os jurados, dando-lhes explicações sobre os pontos de direito, o processo e suas obrigações, abstendo-se de manifestar sua opinião sobre a prova ou o julgamento do caso; (d) regular a polícia das sessões para chamar à ordem os que dela se desviassem, impor silêncio aos expectadores, determinar a retirada dos que perturbassem o ambiente e prender e punir os desobedientes ou os que injuriassem os jurados; (e) regular o debate das partes, dos advogados e das testemunhas, até que o conselho de jurados estivesse habilitado para o julgamento; (f) lembrar ao conselho de jurados quanto a todos os meios que julgarem ainda necessários para o descobrimento da verdade; (g) aplicar a lei do fato e proceder na forma prescrita no CPCrim; (h) conceder fiança aos acusados pronunciados perante o júri, a quem os juízes de paz tivessem injustamente denegado, assim como revogar aquelas que tivessem sido concedidas indevidamente; e (i) inspecionar os juízes de paz e municipais, instruindo-os nos seus deveres (art. 48 do CPCrim)<sup>111</sup>.

Periodicamente, os juízes de direito tinham a incumbência de apresentar informações ao presidente da Província a respeito do comportamento dos juízes municipais e dos promotores públicos, o que os tornava, de certa forma, subordinados hierarquicamente ao chefe do Executivo. Pinto Ferreira, (1977, p. 127), abordando o assunto, resumidamente, destacava que a justiça togada era nomeada pelo Imperador dentre as pessoas habilitadas, os juízes de paz eram eleitos, enquanto os membros do tribunal do júri eram sorteados, cabendo acrescentar, ainda, que os juízes municipais eram escolhidos pelos presidentes das Províncias e ficavam sob a *fiscalização* destes.

Resta agregar, ainda, que, embora no CPCrim não atribuiu aos juízes nenhuma competência quanto à execução da pena, mas o Código Criminal de 1830 cometia aos magistrados a função de dirigir o ritual próprio para a aplicação da pena de morte. Conforme o CCrim, no dia designado para a execução – era vedada a sua realização em

---

<sup>111</sup> Essa competência foi alterada com a extinção do cargo de juiz de paz (Lei 261, de 1841, art. 26, § 1º ao 4º).



véspera de domingo, dia santo, de festa nacional e, sendo mulher, se ela estivesse grávida – o réu percorria as *ruas mais públicas* até a forca, com a vestimenta que lhe era entregue, sendo acompanhado por um juiz (a quem cabia presidir a execução), do escrivão e da força militar. À frente do cortejo ia o *porteiro*, incumbido de ler em voz alta a sentença (arts. 39, 40, 41 e 43 do CCrim). Após o enforcamento, caso a família fizesse o pedido, o juiz encarregado da execução podia determinar que o corpo do executado fosse entre aos parentes ou amigos, com a advertência de que o funeral não podia ser com *pompa*, sob pena de prisão por um mês a um ano (art. 42 do CCrim). Aqui já se observa evolução humanitária, muito diferente da época das Ordenações Filipinas, em que o corpo do executado era vilipendiado pelo Estado.

Na segunda instância, existiam, em cada Província, os Tribunais de Relação, com competência para julgar causas em segunda e última instância (art. 158 da Constituição de 1824), compostos por desembargadores escolhidos em lista contendo os nomes dos 15 (quinze) juízes mais antigos. Existiam quatro Relações: Maranhão, com 14 (quatorze) desembargadores; Pernambuco, com 15 (quinze); Bahia, com 16 (dezesseis); Rio de Janeiro, com 25 (vinte e cinco). Em 1873 foram criadas as do Pará, Ceará, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás e Rio Grande do Sul.

A competência recursal dos Tribunais de Relação<sup>112</sup> dizia respeito, de regra, ao recurso de apelação, cabível das decisões do júri popular, na hipótese em que desobedecida *fórmula substancial* do processo, ou quando o juiz de direito não se conformava com a decisão dos jurados ou não impusesse a pena prevista em lei (art. 301 do CPCrim). Não existia, como se vê, a soberania dos vereditos, podendo o juiz de direito, que presidia o júri de julgamento, modificar a decisão dos jurados, o que denota a ausência de independência judicial. O júri, formado por leigos recrutados da sociedade, seria uma forma de evitar a interferência do Executivo nas decisões, porém, o juiz de direito, a quem cabia lavrar a sentença, podia discordar do veredito.

Por fim, como órgão de cúpula, era previsto o Supremo Tribunal de Justiça – depois denominado Supremo Tribunal Federal –, composto por 17 (dezessete) *juízes letrados*, denominados *conselheiros*, escolhidos pelo critério de antiguidade, dentre os

---

<sup>112</sup> Os Tribunais de Relação possuíam competência originária para a formação de culpa dos empregados públicos e quanto aos crimes de responsabilidade praticados pelos comandantes milites e pelos Juízes de Direito (art. 155, § 2º, do CPCrim).

integrantes dos Tribunais de Relação (art. 163, da Constituição de 1824). Tinha competência para conceder ou denegar revistas nas causas, conhecer dos delitos e erros de ofício advindos dos seus ministros, dos membros das Relações, dos empregados do corpo diplomático e dos presidentes das Províncias, além de conhecer e julgar os conflitos de competência (art. 164 da Constituição de 1824).

De qualquer modo, em reforço à estrutura *piramidal* do Judiciário, o Decreto nº 2.284, de 23 de outubro de 1875, cometeu ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para expedir *assentos* no sentido de firmar a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando verificada a existência de divergência a respeito da interpretação fornecida pela própria Corte Suprema, pelos Tribunais de Relação ou pelos Juízes de primeira instância. Os assentos tinham força de lei e deveriam ser seguidos pelos demais juízes, sendo oriundos das Ordenações Manuelinas (§ 5º do Título 5 do Livro I). Os assentos deram origem, posteriormente, às súmulas, com outra roupagem. A súmula vinculante é uma espécie de reprimenda dos assentos<sup>113</sup>.

#### 4.2. O CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832

Conquanto o *grito de independência* do Brasil em relação a Portugal, oficialmente, tenha ocorrido em 7 de setembro de 1822, a nossa primeira Constituição somente foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824. A declaração de direitos estava frontalmente em contradição com o *direito penal do terror* das Ordenações Filipinas – especialmente em virtude da vedação da tortura e a abolição dos açoites, da marca de ferro quente e de todas as penas cruéis. Para selar de vez o rompimento com o direito anterior e sinalizar a mudança de paradigma, a Carta Imperial, como afirmação da independência do Brasil, inseriu ainda dentre os direitos fundamentais, a necessidade da organização, quanto antes, dos códigos civil e criminal, fundados nas sólidas bases da *justiça e da equidade* (art. 179, XVIII). Esse é um dado

---

<sup>113</sup> Marcelo Alves (2006, p. 180), em livro profundo sobre a súmula vinculante, lembra que o Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, estranhamento, havia determinado a aplicação como força de lei no Brasil os “assentos da Suplicação de Lisboa emitidos entre 1805 e a da data da independência, além de atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal de Justiça para também emití-los”. Esse Decreto nº 2.684, de 1875, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.142, de 1876.

interessante: a determinação para a edição dos códigos criminais constou dentre os direitos fundamentais<sup>114</sup>.

Entretanto, a despeito do manifesto atrito das *Ordenações Filipinas* com a moldura liberal da Constituição Imperial, determinou-se que aquelas normas permaneceriam em vigor, até que fossem editadas novas leis. Enquanto não vinham os Códigos Criminal e de Processo Criminal, normas esparsas foram sendo introduzidas, sempre no sentido de abrandar o rigorismo das Ordenações, vindo a lume com singular relevância o Aviso de 15 de novembro de 1828, com o qual o Imperador, sensibilizado com os muitos súditos que se encontravam presos sem a observância dos *sólidos princípios da justiça e da humanidade*, reiterou o dever de cumprimento das normas que conferiam garantias processuais relativas à prisão (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 166-167).

Nesse contexto, o legislador brasileiro se apressou em elaborar o Código Criminal, editado pela Lei de 16 de dezembro de 1830, seguido do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, obra da Lei de 29 de novembro de 1832<sup>115</sup>. Ou seja, esses códigos vieram a lume, respectivamente, pouco mais de 6 (seis) e 8 (oito) anos após a vigência da Constituição de 1824. Essa atenção especial ao direito criminal e mesmo aodamento em dotar o país de uma legislação própria se justificava, pois, como observado por Cândido Mendes (1870, p. V), o Livro V das Ordenações Filipinas davam “largas ensanchas ao arbitrio do juiz; mas que ainda seria suportavel, se não fosse acompanhada do respectivo processo, inquisitorial, vexatório, e avesso ás doutrinas que a Constituição inaugurava”. Porém, em razão desse aodamento, o CPCrim, na visão do autor, apresentou-se *deficientíssimo* “e exhibe em si a prova de que foi elaborado com pressa, e sem a madurez que taes commettimento demandão; máxime depois dos abalos por que o Paiz acabava de atravessar” (1870, p. V).

O CPCrim de 1832 foi considerado muito avançado para a época, sendo *rotulado* de descompassado com a realidade cultural, política, social e jurídica de então, diante do significativo avanço em relação ao *direito criminal do terror* da época das Ordenações Filipinas, especialmente por ter previsto, como regra, o julgamento dos

---

<sup>114</sup> É verdade que o preceito constitucional em referência inseriu também como direito fundamental a edição, quanto antes, também da codificação civil.

<sup>115</sup> Ainda não se tinha adotado a técnica legislativa de numeração das leis por ordem cronológica.

crimes pelo tribunal do júri, mostrando a sua intenção democrática, sinalizada no art. 179, XVIII, da Carta Imperial. Chama a atenção a terminologia utilizada: *Código de Processo Criminal*, que é mais adequada à escola clássica e, de resto, para um processo de cunho democrático, que não tem a pena como a sua principal preocupação. Essa denominação revela que a preocupação central era o tratamento a ser conferido ao *crime* em si, enquanto o nome *Código de Processo Penal* revela a ideologia *punitivista* do diploma legal, tendo como foco o tratamento referente à aplicação da pena.

Como não poderia deixar de ser, o novo diploma normativo recebeu o aplauso das comunidades política e jurídica brasileiras que queriam romper com o sistema opressor das *Ordenações Filipinas*, herança normativa do absolutismo, que tinha o direito criminal como instrumento de demonstração do pleno domínio do Estado sobre a pessoa do acusado. A nomenclatura atribuída ao conjunto de leis processuais foi *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, a demonstrar que as suas disposições eram endereçadas, apenas, aos processos afetos aos juízos de primeiro grau. O CPCrim continha 355 (trezentos e cinquenta e cinco) artigos e mais 27 (vinte e sete) dispositivos sob a rubrica *disposição provisória acerca da administração da justiça civil*, que diziam respeito à jurisdição cível, reunidos na última parte, denominada *título único*.

Quanto à estrutura, o Código de Processo Criminal possuía duas partes, denominadas *parte primeira* e *parte segunda*. O título I ficou na *parte primeira*, dividido do capítulo I ao IV, sendo estes separados por seções. *A parte segunda* começava com o título II indo até o título VI, ademais de conter, no final, como se disse assim, um *título único* para dispor sobre a administração da justiça civil. Esses títulos também estão divididos em capítulos e os capítulos em seções.

A chamada *parte primeira*, sob a epígrafe *da organização judiciária*, iniciava no art. 1º e ia até o art. 53, contendo 6 (seis) capítulos, todos fazendo parte do título I, cuja rubrica era “De varias disposições preliminares e das pessoas encarregadas da administração da Justiça Criminal, nos Juízos de Primeira Instancia”. Os capítulos da *parte primeira* estavam assim divididos: capítulo I (Disposições preliminares); capítulo II (Das pessoas encarregadas da administração da justiça criminal em cada districto), subdividido em: secção primeira (Dos juizes de paz), secção segunda (dos escrivães de paz), Secção Terceira (Dos inspectores de quarteirões), secção quarta (Dos officiais de

justiça dos juízos de paz); capítulo III (Das pessoas encarregadas da administração da justiça dos termos), subdividido em: secção I (Dos jurados), secção II (Dos juizes municipais), seção III (Dos promotores públicos) e secção IV (Dos escrivães, e oficiais de justiça dos juizes municipais; capítulo IV (Dos juizes de direito); e capítulo V (Disposições gerais).

Como se vê, essa primeira parte continha basicamente apenas as disposições sobre a organização judiciária. Por isso mesmo, a *parte segunda* do CPCrim, que tinha o *nomem juris da forma do processo*, era bem mais extensa, indo do art. 54 ao 355. Tratava da formação de culpa até o julgamento pelo Tribunal do Júri. A organização dos títulos era a seguinte:

(a) Título I (Do processo em geral): capítulo I (Da prescrição); capítulo II (Das audiências); capítulo III (Das suspeições e recusações); capítulo IV (Da queixa e denúncia); capítulo V (Da citação); capítulo VI (Das provas); capítulo VII (Da acareação, confrontação e interrogatório); capítulo VIII (Das fianças).

(b) Título II (Do processo sumário): capítulo I (Do passaporte); capítulo II (Dos termos de bem viver e de segurança); capítulo III (Da prisão sem culpa formada e que pode ser executada sem ordem escrita); capítulo IV (Da formação de culpa); capítulo V (Da denúncia dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos e forma do processo respectivo); capítulo VI (Da ordem de prisão); capítulo VII (Das buscas), capítulo VIII (Da desobediência); capítulo IX (Das sentenças no Juízo de Paz); capítulo X (Das Juntas de Paz).

(c) Título IV (Do processo ordinário): capítulo I (Da acusação), seção primeira (Dos preparatórios da acusação), seção segunda (Dos preparatórios para formação do 1º Conselho de Jurados), seção terceira (Da formação do 1º Conselho de Jurados ou Júri de Acusação), seção quarta (Da conferência do 1º Conselho de Jurados ou Júri de acusação); capítulo II (Do 2º Conselho de Jurados ou Júri de Sentença); capítulo III (De várias disposições comuns do Júri de Acusação e de Sentença e peculiaridades aos casos de abuso da liberdade de exprimir os pensamentos); capítulo IV (Dos recursos).

(d) Título V (Disposições gerais), título VI (Da ordem de Habeas Corpus) e título único (Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil) eram os últimos do CPCrim.

Para além de chamar a atenção a circunstância de serem inseridas normas sobre a jurisdição cível, pois não tinha sido editado, ainda, o código de processo civil, note-se que não havia regra ou parte do CPCrim pertinente à execução penal, pois, àquela época, o cumprimento da pena era uma medida meramente administrativa<sup>116</sup>, o que, de certo modo, guiou os passos do legislador do CPP de 1941, como será expandido no item 5.4.7, infra. A jurisdicionalização ou processualização da execução da pena só ocorreu

---

<sup>116</sup> João Chaves reclamava pelo fato de o juiz, sendo o responsável pela condenação, deveria ser o *verdadeiro executor* das penas, mas ficava afastado desse momento fundamental (CHAVES 2015, p. 155).

em nosso meio com a edição da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (SILVA JÚNIOR 2020, p. 52-53).

A despeito da herança portuguesa, o CPCrim de 1832, quanto ao procedimento, foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808 (TOURINHO FILHO 1984, p. 71). Para tanto, basta observar que o processo criminal francês, elaborado segundo a ideologia reformista da Revolução Francesa, igualmente continha três fases bem distintas, cuja primeira era a instrução preparatória, coordenada pelo juiz com o auxílio de um representante do Ministério Público, na qual o acusado, sem ser advertido das imputações que pesavam contra si e sem muito menos ter o direito a um defensor, era submetido ao interrogatório e eram produzidas as demais provas pertinentes ao sumário de culpa (GARRAUD 2003, p. 270). No sistema francês, ao contrário do que foi adotado no Código de Processo Criminal brasileiro, toda ação penal tinha como legitimado o Ministério Público.

Essa instrução possuía como características principais o sigilo, a forma escrita e o modo inquisitivo, porque não era dado ao agente o direito de se fazer representar por um advogado (GARRAUD 2003, p. 270). A eliminação do processo secreto, repudiado por Beccaria, era um compromisso da Assembleia Constituinte, como adverte Garraud, todavia, no primeiro instante, contentou-se em assegurar a publicidade na instrução definitiva, conservando, porém, o sigilo na instrução prévia (2003, p. 327). O juizado de instrução francês, entretanto, logo foi profundamente modificado, por intermédio da Lei de 8 de dezembro de 1897, que impôs ao juiz o dever de informar ao acusado do direito que ele tinha de ficar calado (direito ao silêncio), sendo-lhe assegurado, ainda, o direito de ser assistido por um advogado e de este ser comunicado de todos os atos da instrução (GARRAUD 2003, p. 5).

Essa fase correspondia, propriamente, ao que se convencionou chamar de juízo de instrução, competindo ao juiz ser “ao mesmo tempo juiz e oficial de polícia judiciária” (GARRAUD 2003, p. 271). Depois, vinha a segunda fase, denominada jurisdição de instrução, na qual o próprio juiz, com base nos elementos probatórios coligidos durante a fase preparatória e após as conclusões do Ministério Público, proferia um despacho decidindo pela aceitabilidade ou não da ação penal. Antes do Código de 1808, no sistema francês estabelecido pela Lei de 16 de setembro de 1791, à semelhança do que ocorria na Inglaterra e do que foi adotado pelo Código de Processo

Criminal do Império, havia o júri de acusação, que era composto de 8 (oito) membros, sob a presidência do juiz. A modificação introduzida pelo Código de 1808, conforme GARRAUD, decorreu do entendimento de que essa forma conferia muitas garantias à defesa e poucas à acusação (2003, p. 328). Feita a conclusão no sentido de que havia elementos suficientes para o julgamento, iniciava-se a terceira etapa do processo, chamada *jurisdição de julgamento*. A terceira e última fase do processo era pública, contraditória e nela imperava a oralidade e o julgamento era feito pelo *júri* – de regra composto por doze jurados –, em deliberação da maioria dada em uma sala secreta (GARRAUD 2003, p. 414-416).

Como se verá mais adiante, a sistemática processual plasmada no CPCrim de 1832, em certa medida, seguiu essas diretrizes. A conotação liberal da nova codificação ficou evidenciada com a previsão dos julgamentos pelo tribunal do júri, uma verdadeira virada copérnica em nosso meio, visto que, até então, as decisões eram tomadas por juízes que não tinham independência em relação à Coroa Portuguesa ou ao Imperador. Àquela época, a forma alvitada por Montesquieu e Beccaria para obter a separação ente quem acusa e julga era atribuir o julgamento dos crimes à soberania popular. Por isso mesmo, como pontua Maurício Zanoide (2010, p. 76), a partir do movimento iluminista, os sistemas processuais dos países passaram a ser fortemente influenciados pela experiência inglesa, sob a orientação dos princípios da oralidade, do contraditório, da imediatidade das provas e, notadamente, julgamento pelo júri popular.

Mas, apesar do viés liberal, a cultura jurídica, social e política brasileira ainda era muito arraigada ao contexto das ordenações portuguesas, que tinham raízes na Idade Média e na Renascença, cujo norte era o *direito penal do terror*, em que o escopo da pena era inculcar o medo na população, a fim de desestimular a desobediência à ordem estabelecida. Assim, não se há de estranhar que, a despeito da influência das ideias iluministas, o CPCrim ainda fosse muito severo, especialmente quanto ao tratamento conferido ao acusado, quer por não homenagear, em muitos momentos, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, quer porque utilizou uma linguagem marginalizante, chamando o acusado de *criminoso ou delinquente*, sem embargo de que era assim que o CCrim de 1830 designava quem fosse apontado como autor de crime.

Para além disso, há de se observar que os cursos jurídicos no Brasil foram criados em 1827. A graduação em direito estava circunscrita aos ensinamentos

recebidos na Universidade em Coimbra, controlada pelos jesuítas, ou seja, bastante arraigados às concepções religiosas, conservadoras e centralizadoras do poder, em que pese a difusão das ideias iluministas. Por conseguinte, o pensamento liberal iluminista francês, ao tempo em que encantou as elites intelectuais brasileiras para dar sustentação ao movimento de independência do país, foi filtrado pela formação cultural, pela realidade política e pela estrutura socioeconômica brasileiras. O nosso liberalismo, desde os seus primeiros passos, se apresenta como um *liberalismo conservador* – se é que isso é possível. Forte nessa observação, pode-se afirmar que o liberalismo no Brasil foi utilizado como doutrina útil para justificar o *anticolonialismo*, dividindo-se os seus adeptos em *liberais conservadores* e *liberais radicais*, com clara preponderância dos primeiros, cuja preocupação central era diminuir o poder do monarca para transferi-lo para as suas mãos, sem compartilhar com as classes mais pobres e muito menos proporcionar maior participação política (FREITAS 2002, p. 228).

É o que Ricardo Brito (2002, p. 227) denomina *liberalismo formal*<sup>117</sup>. Foi, e ainda é, um liberalismo fraco, de feição *egocêntrica, individual e elitista*. Essa peculiaridade do liberalismo nacional fomentou um Estado *conservador, mandonista e patrimonialista*, de modo que a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se fez sentir em nosso meio (HOLANDA 1997, p. 160). Ao contrário da máxima *direitos para todos*, direitos para *mim*, para *os meus* e para as pessoas *próximas a mim* e para as quais quero *bem*; ou seja, não é um liberalismo fundado em uma cultura humanística universal, inerente ao ser humano, é um liberalismo em que os direitos essenciais à condição humana são *individuais*, são meus e dos meus e para os meus entes queridos, enfim para quem *eu* tenho empatia, para os *homens de bem*. Os direitos não são *fundamentais*; são individuais, destinados para os que merecem, pelo que não são declarados, precisam ser *conquistados*, sendo *conditio sine qua non* a pessoa ser considerada um *homem de bem*. Assim, tem-se o *direito penal do e para o amigo* e, de outra banda, o *direito penal do e para o inimigo* (JAKOBS e MELIÁ 2003). Enfim, o direito não é para todos.

---

<sup>117</sup> Ricardo Brito afirma (FREITAS 2002, p. 227) que “No Brasil, o liberalismo assumiu uma dimensão excessivamente formal ou, se desejarmos politizar um pouco mais, excessivamente conservadora, revelando-se menos doutrinário que justificador”.



Infelizmente, esse traço cultural e político, bastante perceptível no CPCrim de 1832, até mesmo em relação à linguagem marcadamente punitivista, está presente ainda hoje em nosso discurso normativo, pelo que se revela urgente a abordagem crítica da linguagem jurídica empregada no campo criminal, sendo de mister a sua *abolição* (HULSMAN 1997)<sup>118</sup>, tendo como premissa o valor exalado da cláusula da dignidade da pessoa humana (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2019)<sup>119</sup>. Para além de mantida essa característica punitiva, como se verá nos subitens deste capítulo, as alterações promovidas no CPCrim foram guiadas pela intenção de tornar o ordenamento processual criminal uma arma de defesa/ataque do poder de plantão, com roupagem *policialesca*, o que se consolidou com o CPP de 1941<sup>120</sup>.

#### 4.2.1. A investigação, a ação penal e o julgamento pelo juiz de paz

O CPCrim previa dois tipos de procedimento: o sumário e o ordinário<sup>121</sup>. Na parte que tratava do *processo sumário*, eram traçadas as regras que deveriam ser observadas pelo juiz de paz como uma espécie de autoridade policial, incumbido de atuar na prevenção de delitos e na condução das investigações – tal como posteriormente

---

<sup>118</sup> A corrente abolicionista do Direito Criminal, em visão moderada, direcionando o foco para a linguagem criminológica punitivista, prega uma *abolição acadêmica* desse discurso jurídico, que deve envolver as organizações que estão por trás do sistema de justiça, notadamente as universidades (HULSMAN 1997, p. 191)

<sup>119</sup> Diante da linguagem arraigada à ideia punitivista, a “... modificação do discurso há de ser de forma radical, especialmente na academia, mediante, entre outras iniciativas, o desenvolvimento de pesquisas a respeito, tendo em mira alcançar uma verdadeira abolição acadêmica, no sentido de conscientizar a sociedade em si, o que abrange especificamente os operadores dos meios de comunicação social e das mídias sociais em geral, quanto à inadequação da postura indiferente ao problema alheio e à necessidade de que todos sejam tratados, conforme o valor da dignidade humana, sendo rechaçado e criticado o discurso escrito ou oral que exorbita dessa máxima, independentemente de seu porta-voz – policiais, políticos, membros do Ministério Público e juizes (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2019, p. 50).

<sup>120</sup> Cf. item 5.4, *infra*.

<sup>121</sup> Note-se, por relevante, que o legislador cometeu o erro técnico de denominar os ritos como *processo sumário* e *processo ordinário*. Porém, a processualística moderna esclarece que o que é comum ou especial, é o *procedimento*, que se divide em comum (ordinário, sumário e sumariíssimo) e especial. O *processo* é a relação jurídica (situação jurídica, na visão de Goldschmidt) que rege a atuação do juiz e das partes (SILVA JÚNIOR 2022, p. 83). Já o *procedimento* é o rito, o caminho percorrido ou a ser percorrido pelo processo, meio pelo qual ele se desenvolve do início até o seu desfecho final, enfim, “... o aspecto exterior, e visível, do processo” (BADARÓ 2016, p. 593). Esse erro técnico-jurídico não foi identificado pelo legislador do CPP de 1941, que nominou o Livro II de *Dos processos em espécie*, dividindo-o em *processo comum* e *especial*, aquele em processo da competência do juiz singular e da competência do Tribunal do Júri. Esse erro só foi sanado pela Lei nº 11.719, de 2008, com o enxerto no art. 394 do § 1º e seus incisos I, II e III do CPP.

o CPP de 1941 passou a disciplinar sob o nome de *inquérito policial* – tendo a atribuição de coletar as provas para a *formação da culpa* e, assim, proferir a decisão de *pronúncia*. De soslaio, nos capítulos IX e X, ditou o rito a ser observado quando, para além da atribuição de investigar, a competência para o julgamento era confiada ao juiz de paz, que concentrava em suas mãos os poderes de *investigar e julgar* determinados crimes. Com perspicácia, Romeu Pires de Campos Barros salienta que o CPCrim, do art. 144 ao 227, contemplava, “em promiscuidade, matérias pertinentes à organização judiciária, ações cautelares, procedimentos especiais e contravençcionais, tudo com a denominação de processo sumário” (1987, p. 127-128). De qualquer sorte, Galdino Siqueira alertava que o procedimento sumário era a contraposição ao procedimento ordinário, compreendendo todos os outros ritos (1937, p. 512).

O CPCrim não usava a expressão *investigação* ou *inquérito policial*. No capítulo IV versava sobre a *formação da culpa*. Veja-se a nomenclatura empregada. Não se disse que essa fase servia para a investigação dos fatos ilícitos. O *nomem juris* do capítulo era “Da formação da culpa”. Todavia, a bem da verdade, essa formação de culpa era uma mescla de fase investigatória e primeira parte do processo criminal, muito provavelmente experiência aproveitada pelo legislador do CPP de 1941 para formatar o então procedimento sumário, referente às contravenções penais, posteriormente estendido aos homicídios e lesões corporais culposos, pela Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965. O juiz de paz era o incumbido de realizar a apuração dos crimes, cabendo-lhe promover, de ofício, a formação do *auto de corpo de delito*, quando se tratava de crime de iniciativa pública, e mediante requerimento da parte, quando o início do processo desafiava queixa (arts. 138 e 139 do CPCrim)<sup>122</sup>.

A investigação, portanto, não era da alçada da autoridade policial. Cabia ao juiz de paz realizar a investigação. Era o *juiz investigador*, com semelhança ao *juízo de instrução francês*<sup>123</sup>. Essa formação de culpa era complexa. Era como se comportasse duas fases, ambas perante o juiz de paz. Na primeira fase da formação de culpa, o juiz de paz, tendo notícia da ocorrência do crime, cuidava de coletar os vestígios, formando

---

<sup>122</sup> Essa diretriz foi mantida pelo CPP de 1941, quanto ao início da investigação por meio do inquérito policial (art. 5º, I e § 4º).

<sup>123</sup> Só posteriormente, com a alteração promovida pela Lei nº 261, de 1841, a investigação passou a ser conduzida pela autoridade policial.

o auto de corpo de delito ainda com o depoimento de testemunhas sobre a existência do fato e das suas circunstâncias (art. 134 do CPCrim).

Essa atividade investigatória realizada pelo juiz de paz não tinha nenhuma espécie de controle. Sendo a um só tempo juiz e investigador, o juiz de paz podia realizar todas as diligências que entendesse necessárias, a fim de descobrir a verdade. Mesmo quando, posteriormente, a atividade investigatória foi passada para a autoridade policial, a despeito das garantias constitucionais previstas na Constituição de 1824, as quais não passavam de meros princípios, destituídos de força normativa, ela podia determinar as buscas em domicílios, sem que para tanto houvesse necessidade de prévia ordem judicial. Por isso mesmo, conquanto houvesse a garantia da inviolabilidade do domicílio, o juiz de paz ou a autoridade policial, durante a investigação, com suporte em *veementes indícios* decorrentes de *juramento da parte* ou de alguma *testemunha*, podia determinar a realização de busca domiciliar ou local (art. 190 do CPC)<sup>124</sup>.

Depois dessa apuração inicial, era apresentada a queixa ou denúncia perante o mesmo juiz de paz, que a mandava autuar, a fim de iniciar a instrução, mediante a oitiva de até 5 (cinco) testemunhas, que tivessem tido notícia quanto à existência do crime e de quem fosse o *criminoso* (art. 140 do CPCrim). A grande mudança foi a abolição das *devassas gerais*<sup>125</sup> e *especiais*, assim como as *querelas*.

No lugar das querelas, vieram as *queixas*, que poderiam ser acionadas não só pelo ofendido, como ainda pelo pai, mãe, tutor, curador e cônjuge (art. 72 do CPCrim). A *denúncia*, no sistema do Código de Processo Criminal, passou a designar a ação

---

<sup>124</sup> As buscas foram tratadas como meio para a obtenção de provas, merecendo tratamento no Capítulo VIII do CPCrim. No art. 189, o CPCrim cuidou de elencar as hipóteses nas quais poderia ser concedido o mandado de busca, a saber: (i) apreensão das coisas furtadas, tomadas à força, com falsos pretextos ou achadas; (ii) prender criminosos; (iii) apreender instrumentos de falsificação, moeda falsa ou outros objetos falsificados de qualquer natureza que fossem; (iv) apreender armas e munições preparadas para insurreição, motim ou para quaisquer outros crimes; (v) para descobrir objetos necessários à prova de algum crime ou a defesa de algum acusado. Chama a atenção a expressão *prender criminosos*. Mas, há de se recordar que o Código Criminal de 1830, em vigor à época, não chamava o autor do crime de réu ou acusado, mas, sim, de *criminoso* ou *delinquente* (art. 3º). A análise do art. 240 do CPP de 1941 revela que, malgrado algumas alterações redacionais, foram mantidas em nosso sistema as 5 (cinco) hipóteses acima para a expedição do mandado de busca e apreensão. Nesse caso, o legislador manteve até mesmo a expressão *prender criminosos*, o que mereceu, e ainda merece, azedas críticas lançadas pela doutrina.

<sup>125</sup> Em Portugal, as devassas gerais foram abolidas pela Lei de 12 de novembro 1821.

promovida pelo promotor público<sup>126</sup> ou então por qualquer do povo, que possuía legitimidade concorrente (art. 74 do CPCrim)<sup>127</sup>, prestigiando, nesse sentido, o sistema acusatório. No entanto, no art. 141 estava dito que, “Nos casos de denúncia, ainda que não haja denunciante, o juiz procederá à inquirição de testemunhas na forma do artigo antecedente”. Assim, o juiz de paz, nesse caso, investigava e dava início, ex officio, à segunda fase da formação de culpa.

A denúncia, intentada pelo promotor público<sup>128</sup> ou por qualquer do povo era cabível nas seguintes situações, podendo ser substituída, como dito, no caso de omissão, pela iniciativa do juiz de paz: (a) nos crimes inafiançáveis; (b) nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno ou qualquer outro de responsabilidade; (c) nos crimes contra o Imperador, Imperatriz ou algum dos Príncipes, Princesas da Imperial Família, Regente ou Regência; (d) em todos os crimes públicos; e (e) nos crimes em que o *delinquente* estiver preso em razão do flagrante, quando não houver quem o acuse (art. 74, §§ 1º, 2º, 3º, 4º 5º e 6º do CPCrim).

Assim, no sistema do Código de Processo Criminal, a *denúncia* não era privativa do Ministério Público, primeiro porque qualquer do povo possuía legitimidade concorrente (art. 74 do CPCrim), com a adoção do chamado *sistema democrático*, diretriz desprezada pelo CPP de 1941 que, no ponto, adotou o *princípio da oficialidade*<sup>129</sup>. Segundo, pelo fato de o mesmo juiz que fazia a investigação inicial

---

<sup>126</sup> O promotor público era escolhido da mesma forma como os jurados, para o exercício da função por um mandato de 3 (três) anos (art. 36 do CPCrim). Todavia, com a intenção de reduzir o desenho liberal do código, a Lei nº 262, de 1841, modificou a forma de recrutamento dos promotores públicos, ao dispor que a escolha seria feita pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, recaindo a nomeação, preferencialmente, entre *bacharéis formados e idôneos*, com exercício do cargo pelo tempo que quem lhe nomeou achasse conveniente.

<sup>127</sup> Releva destacar que na Seção III do Capítulo III do Título I, quando foram preceituadas as normas pertinentes às *peças encarregadas da administração da justiça nos termos*, houve menção aos *promotores públicos*, expressão preferida pelo código.

<sup>128</sup> As atribuições do promotor público consistiam em (a) denunciar os crimes públicos e policiais; (b) acusar os *delinquentes* perante os jurados; (c) acusar os *delinquentes* nos crimes de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou de *ferimentos* (lesão corporal), com as qualificadoras previstas no Código Criminal de 1830; (d) de roubo, calúnia e injúria contra o Imperador, membros da Família Imperial, contra a Regência e cada um dos seus membros e contra a Assembleia Geral ou uma das suas câmaras; (e) solicitar a prisão e a punição dos *criminosos*, assim como promover a execução das sentenças e mandados judiciais; (f) dar suporte às autoridades competentes em relação às negligências, omissões e prevaricações dos *empregados da administração da justiça* (art. 37 do CPCrim).

<sup>129</sup> O interessante é que não eram admitidas denúncias do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão; do escravo contra o senhor; do advogado contra o cliente; e do inimigo capital (art. 75, § 1º ao 6º, do CPCrim).

poder deflagrar, de ofício, essa fase *judicial* da formação de culpa, impulsionando a persecução criminal como se parte fosse.

A queixa ou a denúncia tinha de ser escrita, contendo a assinatura do queixoso ou denunciante, acompanhada dos documentos ou *justificação*, atestando a existência do fato ou, então, de declaração afirmando a impossibilidade quanto à apresentação de algumas dessas provas (art. 152 do CPCrim)<sup>130</sup>. Observe-se que esse dispositivo foi reproduzido, em parte, no CPP de 1941, pois o seu art. 513 dispõe que, quando se trata de crime de responsabilidade dos funcionários públicos, a queixa ou denúncia deve ser “instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”.

Realizada a audiência para ouvir as testemunhas, caso ficasse convencido da *existência do crime* e de quem era o *delinquente*, por meio de *despacho*, que era, em verdade, a decisão de pronúncia, deveria o juiz de paz *julgar procedente* a queixa ou a denúncia, com conseqüente lançamento do nome do *delinquente* no *livro para isso destinado*, sem prejuízo da determinação de sua prisão (arts. 144 e 146 do CPCrim). Observe-se que a *formação da culpa* ocorria com a pronúncia, que, a um só tempo, encerrava a fase da investigação propriamente dita e dava início ao processo. Isto é, a *culpa* restava caracterizada com a conclusão dessa segunda fase. Por conseguinte, sob a regência do CPCrim, a *culpa formada*, declarada pela decisão de pronúncia proferida pelo juiz que cuidava da investigação, gerava a *presunção de culpabilidade*, a ponto de justificar que o nome do imputado fosse lançado no rol dos culpados, assim como para determinar a prisão do autor do crime.

Com essa formalidade, era vencida a garantia constitucional, proclamada na segunda parte do art. 179, VIII, segundo a qual “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na lei”. Portanto, para além de gerar como conseqüência o lançamento do nome do *delinquente* em livro destinado para esse fim,

---

<sup>130</sup> O art. 79 do CPCrim estabelecia os elementos que a denúncia ou queixa deveriam conter, a saber: (a) o fato criminoso com todas as suas circunstâncias; (b) o valor provável do dano sofrido; (c) o nome do *delinquente* ou os sinais característicos, caso fosse desconhecido; (d) as razões da convicção ou presunção; (e) o rol dos informantes e testemunhas; e (f) o tempo e o lugar em que perpetrado o delito. Essas regras foram reproduzidas pelo legislador do CPP de 1941, exceto quanto ao valor provável do dano (art. 41), omissão que representou um erro, remediado, implicitamente, na Reforma Tópica de 2008.

isso, por si só, já implicava, caso não estivesse o infrator preso, no recolhimento à prisão. A única exceção quanto ao recolhimento à prisão como efeito imediato da pronúncia era a hipótese do inciso IX, quando era caso em que cabível fiança ou de crimes em que a pena máxima não fosse superior a 6 (seis) meses de prisão ou de desterro para fora da comarca<sup>131</sup>.

Em suma, importa observar, ainda, que o juiz de paz tinha o poder de investigar, podia agir em nome do Ministério Público, quando não oferecida a denúncia, e detinha a competência para fazer o juízo de admissibilidade da ação penal, por meio da decisão de pronúncia que, como dito, acarretava, em regra, o lançamento do nome do autor do crime no rol de culpados, sob a pecha de delinquente, e o seu recolhimento à prisão, se detido já não estivesse. Note-se que essa disposição normativa, de certa forma, foi seguida pelo legislador do CPP de 1941, ao estabelecer como efeitos da decisão de pronúncia, preservada apenas para o rito do tribunal do júri, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a sua prisão, caso solto estivesse (art. 408, § 1º e 2º, com a redação originária). O mesmo se diga quanto à sentença condenatória, cujos efeitos em relação ao registro no rol dos culpados e ao recolhimento à prisão se davam antes do trânsito em julgado (art. 393 do CPP). Esses dispositivos, tão logo vigente a Constituição de 1988, em razão da previsão expressa dentre os direitos fundamentais do princípio da presunção de inocência, foram considerados revogados e, posteriormente, formalmente excluídos do nosso direito positivo<sup>132</sup>.

O CPCrim prescrevia um procedimento especial quanto à formação de culpa, quando se tratava de crime da responsabilidade dos empregados públicos, o que também influenciou o legislador do CPP de 1941, no sentido de estipular regras específicas para os delitos praticados por quem ostenta essa condição, sob a rubrica “Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos” (art. 513 a 518). A competência para a formação de culpa dependia da prerrogativa de função atribuída, de modo que poderia ser do Supremo Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Relação, dos

---

<sup>131</sup> Art. 179, IX, da Constituição de 1824: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a Lei a admite; e em geral nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seus mezes de prisão ou desterro para fora da Comarca poderá o Réo livrar-se solto”.

<sup>132</sup> O art. 393 foi revogado pela Lei nº 12.403, de 24 de maio de 2011, enquanto o art. 408, §§ 1º e 2º, e sucessivas alterações, pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Conselhos Militares, das Justiças Eclesiásticas ou mesmo do juiz de primeiro grau (art. 155, § 1º ao § 4º)<sup>133</sup>. Nesse caso, a decisão de pronúncia tinha como efeito imediato (a) ficar o pronunciado sujeito à acusação criminal; (b) suspender o pronunciado do exercício das funções públicas; (c) prender o pronunciado ou conservá-lo na prisão, salvo se se tratasse de crime afiançável; e (d) suspender a metade do ordenado ou do soldo, cuja perda total ocorria caso, no final, não fosse absolvido. É de se notar que também nesse procedimento especial a decretação da prisão era um efeito necessário da pronúncia quanto aos crimes inafiançáveis, ou seja, a mera admissão da ação penal tinha o condão de levar o acusado à prisão, como uma espécie de *prisão obrigatória*. Aqui, mais uma vez, cabe a observação de que essa previsão normativa tinha como *background a presunção de culpa*, firmada pela decisão de pronúncia (art. 165, § 1º ao § 4º, do CPCrim).

Veja-se que, qualquer que fosse o rito ou a instância que cuidasse da formação de culpa, a decisão de pronúncia representava, propriamente, o início do processo, pois se tratava da admissibilidade da acusação. Era como se o processo judicial propriamente dito só tivesse início após a admissibilidade da ação penal, não com o seu ajuizamento. Talvez aí esteja a explicação para o fato de juízes mais antigos, sob a regência do CPP de 1941, determinarem a autuação da denúncia ou queixa nos próprios autos do inquérito policial, só cuidando de instaurar o processo se e após a decisão de seu recebimento<sup>134</sup>.

Assim, instaurado o processo, o acusado, de regra, era recolhido à prisão, aí permanecendo até o seu final. O só fato de existir o processo já era justificativa para implicar no recolhimento do acusado à prisão e no lançamento do seu nome no rol dos culpados, como se um deles já fosse. Apresentava-se como uma forma antecipada de cumprimento da prisão, até porque, como se disse, o acusado, a partir daí, era presumido culpado. Pior ainda, persistindo na ideia da *presunção de culpabilidade*, caso o juiz, ao invés de pronunciar, proferisse sentença de impronúncia, tinha de *apelar de ofício* para

---

<sup>133</sup> O interessante é que eram considerados empregados públicos os *empregados eclesiásticos*, denotando, ainda, uma reminiscência do período anterior à laicização, confundindo Estado e Igreja.

<sup>134</sup> Essa prática foi identificada em mutirões carcerários feitos pelo Conselho Nacional de Justiça e mesmo em correições feitas por corregedorias dos Tribunais Regionais Federais, o que deu ensejo, além de outros motivos, à criação, pelo CNJ, do Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal (W. N. SILVA JÚNIOR 2010) e do Manual Prático das Varas Criminais e de Execução Penal (W. N. SILVA JÚNIOR 2010).

o Tribunal da Relação do respectivo distrito (art. 167 do CPCrim). Veja-se a lógica invertida. O *duplo grau necessário de jurisdição* ocorria no caso de *impronúncia*, isto é, quando a ação não era aceita, não havendo, portanto, a formação ou conclusão inicial quanto à culpa. A necessidade de confirmação da sentença de *impronúncia* pela instância superior para que, enfim, tivesse validade, reforça, ainda mais, a assertiva de que o legislador foi orientado, consciente ou inconscientemente, por uma presunção de culpabilidade. Todavia, ainda há o destaque de que, na hipótese, essa *presunção* existia mesmo sem a *culpa formada*, dado que o agente, nesse caso, não era, sequer, pronunciado. De mais a mais, pelo que se compreende sobre a sistemática prisional do CPCrim, se o acusado estivesse preso, mesmo *impronunciado*, ele permanecia recolhido à prisão, nos casos em que cabível o encarceramento independentemente de culpa formada.

Seguindo a mesma ideia, ainda que admissível, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da decisão de pronúncia, a impugnação recursal era desprovida de efeito suspensivo. Ou seja, a despeito da interposição de recurso da pronúncia, o acusado, ainda assim, era preso e tinha o seu nome lançado no rol dos culpados, o que, uma vez mais, evidencia não ter o legislador feito concessões ao princípio da presunção de inocência. A mera admissibilidade da acusação, ainda que impugnada, era o bastante para autorizar a prisão do acusado.

Essas previsões, como se vê, eram de todo incompatíveis com o princípio da presunção de inocência, o qual não fora incluído no rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1832. Ainda assim, o CPCrim foi criticado pelo seu *excessivo liberalismo*, a ponto de se apresentar para alguns como um *extenso catálogo de direitos*, conforme Francisco Campos asseverou na exposição de motivos do CPP de 1941, a justificar a necessidade de alterar a legislação processual criminal para se tornar um instrumento mais contundente quanto à *defesa dos interesses da sociedade* e ter maior *eficiência* na punição dos infratores.

Essas regras referentes à formação de culpa, conquanto estivessem disciplinadas na parte referente ao procedimento sumário, eram aplicáveis, ao procedimento ordinário, pertinente para o julgamento feito pelo tribunal do júri. Nesse caso, que era a regra, a competência do juiz de paz se encerrava com a decisão de pronúncia e conseqüente remessa dos autos para o júri de acusação.



Todavia, era da competência do juiz de paz, para além da função investigativa, julgar as contravenções praticadas contra as posturas das Câmaras Municipais e os crimes para os quais não prevista pena maior do que a de multa de até 100 (cem) mil réis, degredo ou desterro de até 6 (seis) meses ou de 3 (três) meses em casa de correção ou em oficinas públicas (art. 12, § 8º, do CPCrim)<sup>135</sup>. A regras específicas ao processo sumário, ou melhor, procedimento sumário, eram as que discorriam sobre o rito para o julgamento pelo juiz de paz. Pois bem, nesses casos, após oferecida a denúncia ou queixa, com a pronúncia, o juiz de paz deveria determinar a citação do *delinquente* para comparecer a sua primeira audiência, com a advertência legal de que essa audiência nunca deveria ocorrer no mesmo dia da comunicação processual (art. 205 do CPCrim). De qualquer sorte, mesmo sem denúncia ou queixa, desde que constatada a contravenção às posturas das Câmaras Municipais ou, então, a infringência a termo de segurança ou de bem viver<sup>136</sup>, o juiz de paz poderia, após providenciar a formação de *auto circunstanciado do fato*<sup>137</sup>, contendo a declaração das testemunhas, dar início ao processo de ofício, determinando a citação do *delinquente* (art. 206 do CPCrim).

Em qualquer caso, a citação, assim como restou consignado na redação primária do CPP de 1941, era no sentido de comunicar ao *delinquente* que ele deveria comparecer a juízo. Ausente o acusado, o julgamento era feito à revelia e de forma sumária, após o juramento da parte, no caso de queixa, e a inquirição das testemunhas por ela apresentadas (art. 208 do CPCrim). Não havia, portanto, a garantia da defesa efetiva, podendo o acusado ser julgado independentemente de defesa técnica. Se o *delinquente*, atendendo a citação, se fizesse presente à audiência, o juiz de paz tinha de ler a queixa, dando a oportunidade, em seguida, para o exercício do direito de defesa, que podia ser oral, feita pelo próprio acusado, com a devida redução a termo pelo escrivão (art. 209 do CPCrim). Passo adiante, era feita a inquirição das testemunhas trazidas, assim como eram feitas as perguntas às partes (autor e vítima), sendo, no final, caso solicitada, dada a palavra a elas “para vocalmente por si ou seus procuradores deduzirem, o que lhes parecer a bem de seu direito”.

---

<sup>135</sup> Cf. item 4.1, supra.

<sup>136</sup> Cf. item 4.2.2, infra.

<sup>137</sup> Note-se que *termo circunstanciado* foi a nomenclatura utilizada para designar o documento com o qual se faz a investigação nos crimes de menor potencial ofensivo, da competência do juizado especial (art. 69, caput, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).

Basicamente, a única prova disciplinada era a testemunhal. Podiam ser indicadas pelas partes ou *chamadas* de ofício pelo juiz (art. 84 do CPCrim), as quais eram obrigadas a comparecer, sob pena de conduzidas *debaixo de vara*, sem prejuízo de caracterização do crime de *desobediência* (art. 95 do CPCrim). Quanto aos documentos, o diploma legal disse apenas que, para a validade como prova, deveriam ser reconhecidos como verdadeiros pelo tabelião público ou pelo próprio juiz (art. 92 do CPCrim), complementando com a vedação da utilização de cartas particulares para fins probatórios sem o consentimento dos interlocutores, “salvo se provarem contra os mesmos” (art. 93 do CPCrim). Ainda como prova admitida, o texto do código fez referência à confissão do réu, a qual, estando congruente com as circunstâncias do fato, era suficiente para provar o crime, salvo quando se tratasse da imposição de pena de morte<sup>138</sup>, hipótese em que a condenação com suporte nela só era possível quando não houvesse outra prova.

O CPCrim disciplinou, igualmente, a acareação, a confrontação e o interrogatório<sup>139</sup>. O interessante aqui é que esses institutos foram tratados em capítulo diferente do que foi reservado para especificar os meios de prova admitidos. Assim, eles não receberam tratamento de prova<sup>140</sup>. Destaque especial merece, nesse passo, quanto à forma como foi disciplinado o interrogatório, constando expressamente como as perguntas deveriam ser feitas<sup>141</sup>. Ademais de não ter sido catalogado como espécie de

---

<sup>138</sup> Esclareça-se que, nos termos do Código Criminal de 1830, era prevista a pena de morte, que era *dada na forca* (art. 38).

<sup>139</sup> O CPCrim tratou, ainda, das buscas. Corretamente, disciplinou o instituto como meio para a obtenção de provas e para efetuar a prisão do autor do crime, nos seguintes casos: (i) apreensão das coisas furtadas, tomadas à força, com falsos pretextos ou achadas (ii) prender criminosos; (iii) apreender instrumentos de falsificação, moeda falsa ou outros objetos falsificados de qualquer natureza que fossem; (iv) apreender armas e munições preparadas para insurreição, motim ou para quaisquer outros crimes; (v) para descobrir objetos necessários à prova de algum crime ou a defesa de algum acusado (art. 189 do CPCrim). Chama a atenção a expressão *prender criminosos*. Mas, há de se recordar que o Código Criminal de 1830, em vigor à época, não chamava o autor do crime de réu ou acusado, mas, sim, de *criminoso* ou *delinquente* (art. 3º do CCrim). Inadvertidamente, o CPP de 1941, repetiu a expressão *criminoso* e ainda tratou a busca e apreensão no capítulo das provas.

<sup>140</sup> O Código de Processo Penal de 1941 posicionou o interrogatório, a confissão e a acareação no título das provas.

<sup>141</sup> O CPCrim teve o cuidado de dizer que o juiz, na presidência do ato processual, “mandará ler ao réu todas as peças comprobatórias do seu crime, e lhe fará o interrogatório pela maneira seguinte” (art 98, caput, do CPCrim): (1) qual o nome, naturalidade, residência, e tempo dela no lugar designado?; (2) quais os seus meios de vida e profissão? (3) onde estava ao tempo em que aconteceu o crime; (4) se conhece as pessoas que juraram contra ele e desde que tempo? (5) se tem algum motivo particular a que atribua a queixa ou denúncia?; e (6) se tem factos a alegar ou provas que o justifiquem ou mostrem sua inocência.

prova, o interrogatório não era prestado sob o juramento de dizer a verdade, nem muito menos existia a advertência de que o seu silêncio poderia incriminá-lo, tal como foi feito pelo legislador do CPP, com a redação originária do art. 186. Outro aspecto que chama a atenção é que a acareação prevista era, apenas, entre as divergências verificadas nos depoimentos prestados pelas testemunhas, não havendo previsão da participação do acusado (art. 96 do CPCrim), ao contrário do CPP de 1941<sup>142</sup>.

O positivo é porque se tratava de um procedimento com emprego pleno da oralidade, com ampla aplicação do princípio da concentração dos atos processuais, sendo tudo resolvido em uma única audiência, dado que a sentença, como regra, era prolatada na mesma audiência, ou, então, quando muito, no dia seguinte (arts. 209 e 210 do CPCrim). Esse procedimento simplificado, de certo modo, foi a experiência que orientou o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, pois no procedimento sumaríssimo os atos processuais referentes à resposta do acusado – que pode ser até oral –, a instrução e a sentença são todos realizados em audiência única (art. 81, caput).

Outro detalhe é que o juiz de paz tinha total protagonismo durante a instrução. Além de investigar, poder dar início ao processo e julgar, o juiz de paz era o ator principal da audiência de instrução. Cuidava-se do lídimo *juiz héracles* (DWORKIN 2002, p. 166). Pela dicção normativa dos dispositivos em foco, era ele quem fazia as perguntas às testemunhas, cabendo-lhe, inclusive, elaborar indagações igualmente às partes. As partes só falavam caso pedissem a palavra e, ainda assim, apenas para fazer uma espécie de razões finais, isto é, realizar considerações depois da produção da prova oral. Não lhes era conferida a oportunidade de direcionar perguntas às testemunhas. O juiz de paz tinha a inteira gestão da prova, sendo a audiência destinada para ele formar o seu convencimento, ficando as partes em posição passiva, sem nenhuma iniciativa no sentido de explorar a instrução. Essa diretriz do CPCrim foi seguida à risca pelo legislador do CPP de 1941 quanto ao interrogatório do acusado, tendo em vista que não era prevista a possibilidade de intervenção seja do advogado, seja do Ministério Público,

---

<sup>142</sup> Registre-se que, nos termos do CPP, “A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes” (art. 229, caput).

disciplina que só foi alterada com a nova redação do art. 188, dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Essa disciplina do CPCrim, de certa forma, também influenciou a forma de inquirição das testemunhas, com a adoção do sistema presidencial pelo CPP de 1941, de maneira que, além de o juiz ser o primeiro a perguntar, independentemente se arrolada pelo Ministério Público ou pela defesa, nenhuma das partes podia fazer perguntas diretas as testemunhas, tendo de formulá-las por intermédio do juiz (art. 212, na redação originária).

Se na redação inicial do CPCrim o juiz de paz reunia em suas mãos atribuições típicas da atividade policial e jurisdicional, conforme Rogerio Schietti (2020, p. 46-47), com a vinda a lume da Lei nº 261, de 1841, a maioria delas foram transferidas para o chefe de polícia ou delegado, aos quais conferida a competência para exarar as decisões de pronúncia (art. 49 e 54) e, inclusive, proferir a sentença, quando se tratava das hipóteses do art. 12, § 7º, do CPCrim. Registre-se, de toda sorte, que o chefe de polícia era escolhido dentre desembargadores e juízes de direito, mas o delegado poderia ser selecionado dentre cidadãos, portanto, entre pessoas leigas.

Da decisão do juiz de paz cabia recurso para as *juntas de paz*<sup>143</sup>, no prazo de 5 (cinco) dias, possuindo efeitos devolutivo e suspensivo (art. 211 do CPCrim). A regra era de que os recursos das sentenças exaradas pelos juízes de paz eram recorríveis. A inadmissibilidade do recurso se dava, apenas, quando (a) da condenação dos oficiais subordinados ao juiz de paz pela circunstância de serem considerados omissos, cuja pena de prisão não fosse superior a 5 (cinco) dias; e (b) da condenação de testemunhas por desobediência (art. 212, §§ 1º e 2º, do CPCrim). Isto é, nesses casos, sequer o direito ao recurso era assegurado, sendo ainda mais comprometido o direito de defesa.

---

<sup>143</sup> As juntas de paz, em que pese não previstas expressamente como um dos órgãos jurisdicionais, eram regulamentadas pelo CPCrim, na qualidade de segunda instância no que pertinente aos processos julgados pelos juízes de paz, quando a sentença fosse recorrível.

#### **4.2.2 Prisão processual com e sem culpa formada, fiança e medidas restritivas (termo de bem viver e termo de segurança)**

Assim como visto no item anterior, a prisão processual era a regra e não se tratava de medida cautelar. Era uma espécie de antecipação de pena, porquanto mero efeito imediato da pronúncia, que, na sistemática do CPCrim, a um só tempo, finalizava a formação da culpa e se constituía no juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa. Essa antecipação de cumprimento da prisão, como já acentuado, decorria do fato de se ter como premissa a *presunção de culpabilidade*, gerada a partir da *formação de culpa*, realizada na fase investigatória. A equação era simples e lógica: culpa formada, consequência, prisão (CRUZ 2020, p. 46), salvo se fosse hipótese em que cabível a fiança ou em que o acusado se livrasse solto.

Todavia, em outro giro, o capítulo III do CPCrim tinha a rubrica “Da prisão sem culpa formada e que pode ser executada sem ordem escrita”. Pelo teor do art. 131 do CPCrim, percebe-se que a disciplina ali contida dizia respeito ao flagrante delito. Com efeito, em compasso com o dispositivo em foco, os oficiais de justiça eram obrigados a prender e conduzir – enquanto qualquer do povo detinha a faculdade – à presença do juiz de paz qualquer pessoa que por ventura fosse encontrada *cometendo um delito* ou estivesse sendo *perseguida pelo clamor público*. Tem-se, assim, que foram contempladas apenas 2 (duas) hipóteses de flagrante delito, ao contrário do Código de Processo Penal de 1941, que estipulou 4 (quatro) situações (art. 302, incisos I, II, III e IV), refletindo, assim, a sua propensão de alargar as possibilidades de colocar o agente na prisão, mesmo quando não houvesse fundamento para a decretação da prisão preventiva.

Em que pese não tenha sido estipulado prazo certo, estava dito que o *criminoso*, quando preso em flagrante, deveria ser levado à presença do juiz de paz, a fim de ser interrogado *sobre as arguições* feitas pelo condutor e pelas testemunhas. Resta lembrar que o juiz de paz, apesar da nomenclatura, não era propriamente alguém com formação jurídica, estava abaixo dos juízes municipais na organização judiciária e, embora tivesse alguma competência tipicamente jurisdicional, possuía as atribuições que foram posteriormente conferidas aos delegados de polícia, primeiro por meio da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, e depois pelo Código de Processo de 1941. Não se pode

pensar, portanto, que a essa época o juiz de paz fosse uma espécie de *juiz das garantias*<sup>144</sup>, nem muito menos que essa condução do detido à sua presença seja o germe da *audiência de custódia ou apresentação*. O que se tinha era um *juízo de instrução*, tal qual o sistema processual penal francês, em que o juiz fazia a investigação, decidia pela admissibilidade da ação penal por meio da pronúncia, com conseqüente remessa do processo para o tribunal do júri e, em alguns casos, até mesmo julgava o caso.

Retornando à sequência dos atos processuais, após o interrogatório do conduzido, o juiz de paz, com suporte na mera suspeita de que o crime tinha sido praticado, deveria mandar “pôr em custódia em qualquer lugar seguro, que para isso designar...”, salvo se o acusado pudesse *se livrar solto*, que ocorria quando a pena do delito não era superior a 6 (seis) anos, não fosse de desterro ou o delito admitisse a fiança (art. 133 do CPCrim).

Como se vê, o fato de a pessoa ser pega em flagrante delito, por si só, justificava que ela fosse mantida na prisão. O flagrante era mais do que apenas instrumento de captura, pois servia, igualmente, de *justificativa* para que alguém ficasse recolhido à prisão, por ordem do *juiz de paz*, que tinha função, nesse caso, similar à dos atuais delegados de polícia. Observe-se que na redação primária do art. 310 do CPP de 1941, quando efetuada a detenção em flagrante, a liberdade provisória só era admissível quando evidenciado no auto de prisão em flagrante ter o agente cometido a conduta criminosa sob o escudo de uma das excludentes de criminalidade, então catalogadas no art. 19, incisos I, II e III, do Código Penal.

Conforme a parte final do art. 133 do CPCrim, na sequência da determinação do recolhimento da pessoa à prisão, o juiz de paz deveria proceder à *formação de culpa*, ou seja, à apuração do fato e as suas circunstâncias, o que hoje é chamado de investigação ou instrução preliminar e mesmo *inquérito policial*, quando dirigida pela polícia judiciária. Esse dispositivo foi a inspiração da redação originária do art. 304 do CPP de 1941, com o acréscimo, no art. 306 do mesmo diploma legal, quanto à entrega, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, da *nota de culpa*.

Na sequência lógica, no capítulo VI, intitulado “Da ordem de prisão”, foi tratada a prisão mediante ordem, o que hoje corresponde à *prisão processual ou provisória*, cuja única espécie prevista quando da edição do CPP de 1941 foi a *prisão preventiva*.

---

<sup>144</sup> Cf. itens 6.2.2.2.1 e 6.2.2.2.2, *infra*.

Nos termos do art. 175 do CPCrim, a ordem de prisão, a ser dada pela *autoridade legítima*, poderia ocorrer em todo e qualquer caso, independentemente de *culpa formada*, quando fosse a hipótese de crime inafiançável. E aqui é que reside o detalhe importante. Nos termos do CPCrim, os crimes eram inafiançáveis, quando tivessem como pena máxima (i) a morte natural; (ii) as galés<sup>o</sup>; (iii) a prisão de 6 (seis) anos com trabalho; (iv) a prisão simples de 8 (oito) anos de prisão simples; e (v) a prisão de 20 (vinte) anos de degredo (art. 101 do CPCrim). Ademais, a fiança se apresentava como uma das hipóteses para que o *réu se livrasse solto* – no caso de responder por contravenção às posturas das câmaras municipais ou por crime para o qual não prevista pena de multa superior a cem mil réis ou de prisão, degredo ou desterro de até 6 (seis) meses ou de 3 (três) meses em casa de correção ou em oficinas públicas (art. 12, § 7º c/c o art. 100 do CPCrim).

A regra, portanto, era a inafiançabilidade do crime, sendo poucos os casos em que a fiança<sup>145</sup> era cabível, o que, por conseguinte, permitia a prisão do acusado em praticamente todos os processos, independentemente da formação de culpa e ou do recebimento da ação penal. Desse modo, a prisão mediante ordem não tinha nenhuma característica de medida cautelar, sendo desconsiderado o princípio da presunção de inocência. O só fato de o crime ser inafiançável era o suficiente para a decretação da prisão, independentemente da fase da investigação ou do processo. Em outras palavras, nesses casos, não vigorava o princípio da presunção de inocência, ensaiado na primeira parte do inciso VIII da Constituição de 1824, até porque, conforme salientado acima, a própria cláusula constitucional admitia a possibilidade da prisão *sem culpa formada*, desde que assim disposto em lei<sup>146</sup>.

É pertinente ressaltar que, nesse caso, a prisão não era obrigatória, pois, na parte inicial do art. 175 do CPCrim, fora empregado o verbo *poderão*. Todavia, certamente, esse dispositivo orientou o legislador do CPP de 1941 na criação da figura da *prisão preventiva obrigatória*, tal como restou consignado no art. 312 (“A prisão preventiva

---

<sup>145</sup> No escopo de expor regras detalhadas quanto à fixação do valor da fiança, o CPCrim estabelecia parâmetros conforme a quantidade de pena, até o limite de 1 (um) ano, conforme os seguintes critérios: (a) cada dia da pena de desterro correspondia entre 5 (cinco) a 10 (dez) tostões; (b) cada dia da pena de degredo, entre 8 (oito) a 20 (vinte); (c) cada dia de pena de prisão, entre 10 (dez) a 30 (trinta); (d) cada dia da pena de trabalhos públicos, entre 20 (vinte) a 40 (quarenta) (art. 109, § 1º ao 3º, do CPCrim).

<sup>146</sup> Cf. o item 4.2.1, supra.

será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”).

No cumprimento da ordem de prisão, o oficial de justiça era autorizado a empregar do *grão da força* necessária para o cumprimento da diligência, se e quando o agente desobedecesse à ordem, podendo, caso a resistência fosse mediante o uso de armas, também delas utilizar para fins de sua própria defesa e repelir a oposição, podendo daí resultar o *ferimento ou morte* justificável do infrator (art. 182 do CPCrim). Ainda que o texto pareça truculento, o legislador, seja como for, foi mais comedido do que a previsão contida nas Ordenações Filipinas, pois lá, na redação enxundiosa que lhe era característica, era dito que o oficial de justiça, no caso de resistência do *malfeitor*, estava autorizado a *matar sem pena* (Liv. 5, t. 36, § 10). Aqui o CPCrim contemplou a figura do *auto de resistência*, reproduzido pelo CPP de 1941 no art. 284 (“Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”) <sup>147</sup>.

Em tom forte, com a intenção de aumentar, ainda mais, os casos em que o acusado deveria ficar recolhido à prisão, a Lei nº 261, de 1841, ressaltou que o réu não se *livraria solto*, quando ele fosse *vagabundo* ou sem *domicílio* (art. 37). Para mais, no art. 38, a Lei nº 261, de 1841, previu diversas outras hipóteses em que era inadmissível a fiança. O CPP de 1941 também se utilizou da situação jurídica em que o acusado tinha o direito de se *livrar solto*, mas, nesse caso, o direito de liberdade era assegurado independentemente do pagamento da fiança. Para os efeitos legais, o acusado se *livrava solto* quando (a) a infração não fosse cominada com pena privativa de liberdade; ou (b) o máximo da pena não excedesse a 3 (três) meses (art. 321, inciso I e II, do CPP). Por outro lado, o CPP de 1941 restringiu a fiança para os casos de infração punida com detenção ou prisão simples (art. 322), o que era a minoria.

Porém, o direito de liberdade podia ser restringido por meio de medidas restritivas, parecidas com as atuais medidas diversas da prisão (W. N. SILVA JÚNIOR

---

<sup>147</sup> A ordem de prisão era suficiente para autorizar a invasão da *casa* para o cumprimento da diligência, quando o dono ou inquilino à vista do mandado não consentisse efetuar a entrega do *réo* (art. 185 do CPCrim). Entretanto, caso o cumprimento ocorresse durante a noite, devido ao disposto no art. 179, VII, da Constituição de 1824, não sendo autorizado o ingresso na casa, o oficial de justiça deveria bloquear as saídas do lugar, proclamar por “... tres vezes incomunicável a dita casa, e imediatamente que amanheça...” (art. 186 do CPCrim), arrombar as portas e tirar o *réo*.



2022, p. 1.222-1.303). Conforme foi dito aqui<sup>148</sup>, o juiz de paz tinha uma série de atividades administrativas, mais próprias de autoridade policial. Na sua atribuição de identificar as pessoas residentes no districto de sua jurisdição, cabia-lhe determinar que fossem levados a sua presença todos os vadios, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas que perturbassem o sossego público e os turbulentos que, por palavras ou ações, ofendessem os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias.

O chamamento à presença do juiz de paz era para que essas pessoas assinassem o chamado *termo de bem viver* (art. 12, § 2º, c/c o art. 121 do CPCrim). Certamente aqui está a origem da prática de a polícia efetuar as chamadas *prisões para averiguações policiais*, que era recorrente e tolerada em nosso meio antes da Constituição de 1988. A despeito da ausência de qualquer previsão específica no CPP de 1941, entendia-se que a autoridade policial, mesmo sem autorização judicial e não sendo caso de crime em flagrante, podia efetuar a prisão de bêbados, com a liberação logo após desaparecidos os efeitos do álcool, assim como, dos mendigos ou prostitutas, sob o pretexto de manter a ordem pública, embora essas pessoas não estivessem praticando nenhum crime.

No CPCrim havia uma *presunção legal* de que essa classe de pessoas estava situada em uma *zona fronteira* à da criminalidade, sendo essa a justificativa para que tivessem de se apresentar ao juiz de paz, voluntariamente ou com o uso da força, a fim de assinar um *termo de bem viver*, uma espécie de *termo de compromisso* quanto a não praticar crimes, não perturbar a ordem ou a levar uma vida de acordo com os bons costumes, seja lá o que isso significasse. De certa maneira, com suporte em idêntica presunção, também era da alçada do juiz de paz obrigar os *legalmente suspeitos da pretensão* de cometer algum crime a assinar o denominado *termo de segurança* (art. 12, § 3º, do CPCrim). Veja-se, não se tratava de suspeito da prática de crime, senão de suspeito da *pretensão* de perpetrar um ilícito. Era imposta a obrigação de a pessoa se submeter a medidas restritivas ao seu direito de liberdade em razão do que ela *pensava* em fazer, ou melhor, ao que se *pensava* que ela *pretendia* um dia fazer.

Para ambas as hipóteses, o juiz de paz, além de obrigar a pessoa a assinar o respectivo termo, detinha o poder de cominar a aplicação de multa de até 30 (trinta) mil réis e prisão de até 30 (trinta) dias e 3 (três) meses em casa de correção ou em oficinas

---

<sup>148</sup> Cf. item 4.1, supra.

públicas (art. 121 c/com o art. 12 do CPCrim). Por conseguinte, era possível que se determinasse até mesmo a prisão, diante da mera *suspeita da pretensão* quanto à prática de um crime. Acentuando esse aspecto de *presunção de culpa*, a primeira parte do art. 121 do CPCrim ainda ressaltava que, nos 2 (dois) casos, ao se apresentar perante o juiz de paz, o suspeito deveria comparecer acompanhado de testemunhas com conhecimento dos fatos, sendo-lhe facultado, no entanto, requerer prazo para fazer a defesa.

É certo que a segunda parte do dispositivo em causa dizia que, após a produção da defesa, o *termo de bem viver* era assinado quando *provada* a situação. No entanto, a leitura de todo o enunciado do art. 121 do CPCrim deixa evidente que cabia ao indivíduo suspeito o *ônus* de *desfazer* a presunção legal quanto à sua culpabilidade. Isso tanto é verdade que em nenhum momento se fala em prova para dar suporte à suspeita gerada contra o indivíduo, mas, ao contrário, que era este quem deveria produzir prova perante o juiz de paz, a fim de demonstrar que não se enquadrava na situação descrita.

Medida mais restritiva era prevista para a hipótese em que uma pessoa, com justa razão, apresentasse o temor de que alguém tivesse a pretensão de *tentar* cometer um crime contra ela ou os seus bens. Nesse caso, poderia pedir ao juiz de paz a sujeição do suspeito às medidas previstas no *termo de segurança* (art. 125 do CPCrim), o que hoje se assemelha à possibilidade de a mulher pedir medidas de proteção contra o agressor (arts. 18 e 19 da Lei nº 11.340, de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha). A redação do art. 128 do CPCrim também evidenciava a adoção da *presunção de culpabilidade*, porque deixava subtendido que o juiz *mandaria em paz* o *acusado*, ou seja, sem impor a assinatura do termo de segurança, se e quando ele *destruísse as presunções ou provas* do condutor ou queixoso (art. 128, primeira parte, do CPCrim).

#### 4.2.3. O Julgamento pelo tribunal do júri

O Título IV se ocupava “Do processo ordinário”. No ponto, alinhado com o pensamento liberal de Beccaria, o legislador brasileiro alargou, sobremaneira, a competência do tribunal do júri, que, até então, era restrita ao julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). A Constituição Imperial incluiu o júri como um dos ramos do Poder Judiciário, com competência para o julgamento das questões criminais e cíveis, pelo que o CPCrim, cumprindo a previsão da Norma Maior,

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

disciplinou o rito com as peculiaridades inerentes à participação dos cidadãos no processo, na qualidade de juízes de fato (BARROS 1987, p. 226). Assim, sob a batuta do Código de Processo Criminal, o *processo ordinário* (BARROS 1987, p. 226) era o que regravava a instituição do júri, até porque a competência desta se estendeu para todos os crimes de pena superior a 6 (seis meses) de prisão, de degredo ou desterro de até 6 (seis) meses (MARQUES 1963, p. 16). Frederico Marques, nesse passo, criticou o legislador do Código de Processo Criminal do Império, atribuindo-lhe a pecha de imitador das leis inglesas, norte-americanas e francesas, pois conferiu ao tribunal do júri atribuições amplas em demasia, descompassadas com o “grau de desenvolvimento da nação” (1963, 16)<sup>149</sup>.

No ponto, quanto aos modelos de tribunal do júri, são conhecidos 2 (dois) sistemas, o inglês e o francês, sendo a nossa instituição concebida como uma espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa (BARROS 1987, p. 64). Na Europa continental em geral, antes da revolução iluminista e do império das ideias beccarianas, o processo era marcadamente inquisitivo, secreto e com a aplicação da tortura como método para o descobrimento da verdade<sup>150</sup>. Na Inglaterra, porém, mercê da obediência aos ditames da Carta Magna de 1215 e da *Bill of Rights*, o processo tinha cunho mais liberal e feição acusatória, com obediência ao *fair trial*, sendo o acusado tratado como um *gentleman*, diante da adoção do tribunal do júri (ARRUDA 2023, p. 24). Existiam 2 (dois) júris, o de acusação (*grand jury*), integrado por 23 (vinte e três) jurados, com a incumbência de se manifestar sobre a admissão da acusação após o *warrant* contra o acusado emitido pelo juiz, e o de julgamento (*petty jury*), que entrava em cena caso admitida a acusação por maioria absoluta, com a competência de julgar se o acusado era culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*), cujo veredito, nessa fase, tinha de ser unânime. A França, após a revolução do século XVIII, seguindo o ideário criminal liberal liderado por Beccaria, adotou como regra o julgamento pelo tribunal do júri, à semelhança do direito inglês, constituindo o júri de acusação e o de julgamento, sendo o primeiro composto de 8 (oito) jurados, correspondendo à fase de instrução com a oitiva das

---

<sup>149</sup> Quanto aos modelos de Tribunal do Júri, são conhecidos 2 (dois) sistemas, o inglês e o francês, sendo a nossa instituição concebida como uma espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa (BARROS 1987, p. 64).

<sup>150</sup> Cf. item 3.5.1.

testemunhas e interrogatório do acusado, enquanto o segundo, que só atuava caso admitida a imputação, era composto de 12 (doze) jurados, além do juiz presidente e de 3 (três) assessores (TOURINHO FILHO 1984, p. 70).

O CPCrim, quanto ao tribunal do júri, fez uma mescla dos sistemas inglês e francês, porém, claramente ficou muito mais próximo do primeiro. Na sistemática do júri escrita pelo CPCrim, havia 2 (dois) júris: o *júri de acusação* e o *júri de sentença*, também denominado, respectivamente, como 1º conselho de jurados ou grande júri e 2º conselho de jurados ou pequeno júri. Conforme visto no item 4.2, supra, arraigado ao *sistema misto* (inquisitivo/acusatório) francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia investigar, conhecer da queixa ou denúncia para realizar a instrução (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, finalizá-la, proferindo a pronúncia, ou não. Relembre-se que o juiz de paz detinha as atribuições que hoje são inerentes ao delegado de polícia e, ainda, tinha a competência para decidir sobre a admissibilidade, ou não, da acusação, atribuições e competência que foram, posteriormente, por força da Lei nº 261, de 1841, cometidas ao chefe de polícia ou delegado. Essa primeira parte guardava grande similaridade com o procedimento *judicialiforme*, posteriormente previsto para o processamento e julgamento das contravenções penais, sob a batuta do Código de Processo Penal de 1941. A formação de culpa, que era finalizada com a decisão de pronúncia, de certa maneira, pode ser equiparada ao *warrant* do sistema inglês.

Pronunciado o réu, aí, sim, o processo era remetido para o júri de acusação – o *grande júri*, para então, caso admitida a imputação, o processo ser decidido pelo júri de julgamento, o pequeno júri, procedimento que era disciplinado no Título IV do CPCrim. Nos subitens a seguir serão analisados os procedimentos em ambos os júris.

#### 4.2.3.1. O júri de acusação (1º conselho ou grande júri)

Como pontuado no tópico anterior, *formada a culpa*, ou seja, após a pronúncia, não sendo o processo da competência do juiz de paz<sup>151</sup>, deveria ser feita a remessa dos processos para o júri de acusação, independentemente de os *delinquentes* se encontrarem presos ou soltos e de os crimes desafiarem denúncia ou queixa (art. 228 CPCrim), cabendo lembrar que, em razão da Lei nº 261, de 1841, a decisão de pronúncia, inicialmente da competência do juiz de paz, passou a ser da alçada da autoridade policial. O conselho do júri de acusação era formado por 23 (vinte e três) jurados, à semelhança do *grand jury* inglês (art. 238 do CPCrim).

Competia ao juiz de direito, a quem eram encaminhados os autos na condição de presidente, designar o dia da reunião do conselho de jurados do júri de acusação. Como as sessões, por expressa disposição legal, eram realizadas nas câmaras municipais, o juiz de direito fazia a comunicação ao presidente da casa legislativa, o qual, no dia seguinte, na presença dos seus pares, devia proceder ao sorteio dos jurados, extraindo da urna 60 (sessenta) cédulas com os nomes dos sorteados (art. 236 do CPCrim), e conseqüente expedição de editais, servindo para o conhecimento de quantos tivessem interesse em acompanhar os julgamentos. Também deveria ser providenciada a notificação dos jurados, *dos culpados* e das testemunhas (art. 237 do CPCrim). Curiosamente, o art. 237 do CPCrim, quanto às notificações, ao invés de usar a expressão *criminosos, delinquentes* ou réus, dizia que deveriam ser notificados os *culpados*. Isso reforça a ideia de que a pronúncia, a qual encerrava a *formação de culpa*, efetivamente, tinha o condão de gerar a *presunção de culpabilidade*, assim como pontuado no item 4.2.1, supra.

No dia designado para a realização da sessão destinada à escolha dos membros do júri de acusação, tinham de estar presentes o juiz de direito, o escrivão, os jurados, o promotor, nos crimes em que oferecida a denúncia, e, ainda, a parte acusadora, caso existente (art. 238, primeira parte, do CPCrim). Constatadas as presenças das pessoas indicadas acima, o juiz de direito, na qualidade de presidente, dava início aos trabalhos, de forma solene, mediante o toque da campainha (art. 238, segunda parte, do CPCrim).

---

<sup>151</sup> Cf. item 4.2.1.

Ato contínuo, de modo formal e transparente, à vista de todos, era aberta a urna contendo as cédulas com os nomes dos 60 (sessenta) jurados escolhidos, cujo quórum mínimo para a instalação da sessão era de 48 (quarenta e oito) jurados (art. 314). Cabia a um *menino* fazer o sorteio dos jurados, retirando da urna, de forma aleatória, 23 (vinte e três) cédulas.

Chama a atenção a circunstância de que a lei não fazia menção à presença da defesa como condição para a instalação da sessão. Muito menos se exigia a presença do réu, que, aliás, só era chamado para entrar na sessão depois, conforme se verá linhas adiante. O direito de defesa, na sessão do júri de acusação, era severamente comprometido.

A sessão do júri de acusação era para a análise de todos os processos que estivessem com pronúncia proferida, isto é, prontos para serem julgados pelo tribunal do júri, tendo preferência os processos de réus presos e os com pronúncia mais antiga (art. 317 do CPCrim), ordem de preferência adotada também pelo CPP de 1941. Por isso mesmo, depois da formação do conselho de jurados, o juiz de paz do distrito do local da sessão fazia a apresentação de todos os processos que deveriam ser apreciados naquela sessão (art. 239 do CPCrim). Dessa maneira, a atuação dos jurados era muito cansativa, pois o mesmo conselho apreciava vários processos, de modo que a sessão poderia durar até 15 (quinze) dias sucessivos, incluídos os dias santos, podendo, ainda, ser prorrogada por mais 3 (três) ou 8 (oito) dias, em decisão do próprio conselho de jurados, por maioria de votos (art. 323 do CPCrim).

Só após a escolha dos jurados, os réus, os acusadores ou autores, assim como as testemunhas, eram admitidos a entrar na sessão. Ou seja, a seleção dos membros do júri de acusação era secreta, havendo a exigência, apenas, de que o juramento de bem e fielmente servir fosse feita na sessão, na presença de todos<sup>152</sup>. Mas, feito isso, os jurados, tendo recebido todos os processos das mãos do juiz de direito, eram conduzidos para outra sala, a fim de que, a portas fechadas, deliberassem quanto à escolha, em escrutínio secreto e por *maioria absoluta dos votos*, do seu presidente e de um secretário (art. 243 do CPCrim).

---

<sup>152</sup> A fórmula do juramento do conselho de jurados do júri de acusação era a seguinte: “Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa, haver-me com franqueza, e verdade, só tendo diante dos meus olhos Deus, e a Lei; e proferir o meu voto segundo a minha consciência” (art. 253, segunda parte, do CPCrim).

O julgamento do júri de acusação podia ser feito à revelia. Porém, sendo afiançável o crime, a falta de comparecimento do réu impedia a realização da sessão do júri de acusação, ao tempo em que, sendo inafiançável o ilícito, a ausência do réu não impedia a realização da sessão (art. 241 c/com o art. 221 do CPCrim). O grande júri, reunido apenas com os seus pares na sala para a qual eram encaminhados, após a leitura de cada processo feita pelo secretário e o debate que entre eles houvesse, deliberavam respondendo a duas questões postas pelo presidente, sendo as decisões tomadas por 2/3 (dois terços) dos votos (art. 332, primeira parte, do CPCrim). Esse quórum qualificado previsto para os pronunciamentos do júri de acusação estava em consonância com o princípio da presunção de inocência, pois o legislador não se contentou com a maioria simples ou absoluta.

A primeira pergunta tinha o seguinte teor definido no código: “Há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e o seu autor para proceder à acusação?” Tendo a maioria de 2/3 (dois terços) respondido *sim*, era submetida ao conselho a segunda questão: “O Júri achou matéria para acusação?” Sendo a segunda resposta também afirmativa com o mesmo quórum, o secretário escrevia nos respectivos processos as palavras: “O Júri achou matéria para acusação” (art. 244 do CPCrim).

Acontece que, caso a decisão quanto à primeira pergunta fosse negativa, ou seja, no sentido de que não havia suficiente esclarecimento sobre o crime ou o seu autor, o presidente do conselho do júri de acusação deveria determinar o ingresso na sala, conforme fosse, do queixoso, do denunciante ou promotor público, do réu ou das testemunhas, a fim de que providenciado o que se chamava de *ratificação do processo* (art. 245 do CPCrim). Na ratificação do processo, após as oitivas que fossem levadas a efeito, sendo retiradas as pessoas do recinto e realizado o debate entre os jurados, era colocado em votação o seguinte quesito: “Procede a acusação contra alguém?” Feita a votação, conforme fosse a deliberação dos jurados, o secretário escrevia a resposta *o* “Júri achou matéria para acusação contra F. ou F.” ou, então, *o* “Júri não achou matéria para a acusação” (art. 248 do CPCrim). Feita a ratificação, os jurados passavam a responder a segunda questão. Não ratificado, o acusado era absolvido.

Apenas após tomada a decisão quanto à segunda pergunta, os jurados retornavam à sala em que instalada a sessão, a fim de o presidente, que era o juiz de direito, na presença de todos, fazer a leitura em voz alta da sentença escrita contendo a

deliberação tomada a respeito (art. 250 do CPCrim). Sendo negativa a resposta quanto à acusação, o juiz de direito julgava, por sentença, sem nenhum efeito a queixa ou denúncia. Na hipótese de o conselho de jurados do *júri de acusação* ter entendido pela existência de elementos para a apreciação do caso pelo *júri de julgamento*, o juiz de direito determinava a *custódia do réu*, se preso não estivesse, o que era raro. Ora, se o crime fosse inafiançável, que era a regra, o acusado já era recolhido à prisão desde a formação da culpa, como efeito imediato da decisão de pronúncia<sup>153</sup>, isso quando ele não era preso sem culpa formada<sup>154</sup>.

Observa-se, ainda, que os dispositivos acima analisados não faziam qualquer menção à presença de advogado. Entretanto, dentre as disposições gerais, no contexto de normas complementares quanto ao tribunal do júri, estava escrito no art. 322 do CPCrim que “Será sempre permitido às partes chamar os advogados, ou os procuradores que quizerem”. Assim, a presença da defesa na sessão do júri de acusação era *facultativa*, ademais de o acusado, de regra, poder ser julgado à revelia. Ademais, conforme visto, os jurados podiam debater entre si sobre o caso submetido à apreciação, assim como inquirir as testemunhas e ouvir as partes, sem que a defesa pudesse participar, fazer questionamentos ou sustentações em prol do acusado. Não havia, assim, *efetivo direito de defesa*. Essa deliberação da sessão do júri de acusação, lembre-se, era secreta. Apenas na ratificação, que se dava na hipótese em que o veredito quanto à primeira pergunta fosse negativo, havia algum contraditório, unilateral e em prol da ratificação da acusação, devido à aplicação, ainda que de forma subliminar, de uma *presunção de culpa*.

Para tornar o procedimento ainda mais *indevido*, a Lei nº 262, de 1841, ademais de transferir a competência para proferir a decisão de pronúncia para a autoridade policial, por via obliqua, suprimiu, esse *júri de acusação*. Foi suprimida toda a fase referente ao *júri de acusação* (MARQUES 1963, p. 18), o que restou esclarecido no art. 95 da Lei nº 261, de 1841, ao deixar consignada a abolição do 1º conselho dos jurados, com o esclarecimento de que as “suas atribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiaes ...” Com efeito, em consonância com o art. 54 da lei em referência, daí em

---

<sup>153</sup> Cf. o item 4.2.1, *supra*.

<sup>154</sup> Cf. item e 4.2.2, *supra*.



diante, a decisão de pronúncia proferida pela autoridade policial competente precisava, apenas, ser confirmada pelo juiz municipal, a fim de os réus “serem julgados pelo Jury, procedendo-se na forma indicada no art. 254 e seguintes do Código do Processo Criminal” (art. 54 da Lei nº 261, de 1841).

Dessa forma, a partir da modificação alvitrada, em seguida à formação da culpa definida pela pronúncia feita pela autoridade policial e ratificada pelo juiz municipal, o processo era, desde logo, remetido a julgamento pelo tribunal do júri. O júri de acusação, assim, existiu por muito pouco tempo em nosso meio, menos de 10 (dez) anos. Ademais, suprimiu do acusado a garantia de só ser submetido ao júri de acusação caso fosse confirmada a imputação, por 2/3 (dois terços) dos 23 (vinte e três) jurados do 1º conselho, quórum qualificado embasado no princípio da presunção de inocência. A competência para fazer esse juízo de admissibilidade foi passada para a autoridade policial.

#### 4.2.3.2. O júri de julgamento (2º conselho ou pequeno júri)

Declarado pelo júri de acusação que havia matéria para a acusação ou, depois da reforma do CPCrim promovida pela Lei nº 261, de 1841, logo após a formação da culpa, o acusador deveria apresentar o *libelo acusatório*, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, pelo que o juiz de direito determinava o comparecimento do acusado na mesma sessão, sendo possível, ou, então, na próxima (art. 254 do CPCrim). De qualquer maneira, havia a advertência de que, sendo a notificação do réu para ele responder à acusação na mesma sessão em que tivesse havido o juízo de acusação, a comunicação tinha de ocorrer com no mínimo 3 (três) dias de antecedência da data prevista para o seu encerramento, acompanhada da cópia do libelo, dos documentos e do rol das testemunhas (art. 255 do CPCrim).

O *júri de sentença*, ou *pequeno júri*, era integrado por 12 (doze) membros<sup>155</sup>, sorteados no dia da sessão de julgamento, escolhidos da mesma maneira como os jurados do júri de acusação, observadas as mesmas formalidades, inclusive quanto ao

---

<sup>155</sup> Mais uma vez, o legislador seguiu a orientação modelo inglês de júri, cujo *petty jury* é formado por 12 (doze) jurados. Tourinho Filho identifica aqui uma influência do direito canônico, especialmente do chamado *juízo de Deus*: “doze foram os apóstolos, batizados no dia de Pentecostes, pelo Divino Espírito Santo (1984, p. 70).

juramento. No entanto, em regramento específico para a formação desse 2º Conselho, era prevista a possibilidade de o acusado e o acusador, nessa ordem, à medida em que escolhidos os nomes, recusarem até 12 (doze) jurados (art. 275 do CPCrim), com a ressalva de que, sendo 2 (dois) ou mais acusados, poderiam combinar as *recusas*, mas, não havendo esse ajuste, cada um poderia exercer esse direito *per si*, sendo permitida a separação do processo, no caso de divergência entre as *recusas* (art. 276 do CPCrim), tal como hoje disciplinado no CPP de 1941.

Os jurados que tivessem servido no júri de acusação eram impedidos de participar do júri de julgamento (art. 289 do CPCrim), o que era natural, pois seria surreal que apreciassem o mesmo caso duas vezes, votando sobre a existência do crime e da culpabilidade, até porque o primeiro seria um indicativo de prejulgamento. Havia ainda a proibição de que fizessem parte do mesmo conselho – esse dispositivo também se aplicava ao júri de acusação – os ascendentes, os descendentes, o sogro, o genro, os irmãos e os cunhados, estes durante o cunhadio (art. 277 do CPCrim).

Formado o júri de sentença, tinha início a sessão. As sessões eram públicas, salvo em relação à votação dos quesitos, com a proibição, porém, de que as pessoas tivessem acesso ao ato portando armas, sob pena de prisão em flagrante, com imposição de pena prevista para quem usasse armas em locais proibidos (art. 288 do CPCrim). A sessão se iniciava com o interrogatório do acusado. Como se vê, o interrogatório tinha lugar antes da inquirição das testemunhas, de modo que o acusado era ouvido sem que produzida ainda a prova testemunhal, havendo concessão, nesse passo, ao sistema inquisitivo. Esse tratamento influenciou o legislador do CPP de 1941 no disciplinamento dos procedimentos ordinário, sumário e especiais, não sendo o interrogatório tratado como uma oportunidade de defesa, vício que somente foi equacionado com a Reforma Tópica de 2008 (SILVA JÚNIOR 2022, p. 64).

Só após o interrogatório, o escrivão tinha de ler *todo o processo de formação de culpa*, assim como as últimas respostas do réu (art. 260 do CPCrim). Essa era a maneira pela qual os jurados tinham conhecimento do inteiro teor do processo. O CPP de 1941, na sua redação primária, de certa forma, seguiu essa orientação, pois o juiz, em seguida ao interrogatório do réu, tinha de fazer o *relatório* do processo, expondo “o fato, as provas e as conclusões das partes” (art. 466), com a distribuição entre os jurados, quando possível, de “cópias datilografadas ou impressas da pronúncia, do libelo e

contrariedade, além de outras peças que considerar uteis para o julgamento da causa” (art. 466, parágrafo único)<sup>156</sup>.

*Volvendo ao procedimento estampado no CPCrim, passo seguinte, o advogado do acusador tinha de mostrar os dispositivos do Código Criminal nos quais ele tinha feito a acusação e repetir a leitura quanto ao libelo e, ainda, aos depoimentos e às respostas do processo de formação de culpa e às provas que sustentavam a sua imputação. Na sequência, eram primeiramente inquiridas as testemunhas indicadas pelo acusador, sendo por ele inquiridas ou seu advogado ou procurador e, depois, pelo réu, seu advogado ou procurador (art. 262 do CPCrim). Era aqui que tinha início, efetivamente, o contraditório. O exercício do direito de defesa, porém, só ocorria após a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação. Era a somente após a oitiva das testemunhas indicada pelo Ministério Público que o advogado do réu tinha o direito à palavra, a fim de desenvolver a defesa, apresentando a lei e fazendo considerações sobre os fatos que embasavam a *inocência* do acusado, deduzidos em artigos sucintos e claros (art. 263 do CPCrim). Como se vê, a defesa era uma contrariedade ao libelo, elaborada em forma de assertivas e limitada, pois só era apresentada após o final da inquirição das testemunhas apresentadas pela acusação, de modo que, quando da produção dessa prova, os jurados tinham conhecimento, apenas, do libelo acusatório, não da sua contrariedade, só apresentada depois pela defesa. As testemunhas arroladas pelo réu, porém, eram ouvidas após a apresentação dos argumentos da defesa, que primeiro fazia as perguntas, para, na sequência, ser a vez do acusador ou autor (art. 264 do CPCrim).*

Tomados os depoimentos das testemunhas, primeiramente o autor ou acusador, por seu advogado ou procurador e, depois, o réu, seu advogado ou procurador, tinham a oportunidade de replicar, oralmente, os fatos imputados e respectivos argumentos,

---

<sup>156</sup> O CPP de 1941, diferentemente do CPCrim, não determinou a necessidade de leitura de todo o processo, mas, apenas, que fosse lido pelo juiz um *relatório*, salientado o que esse resumo deveria conter como elementos mínimos. Mesmo assim, era comum, nas sessões, o escrivão fazer a leitura de todo o processo, ato sobremaneira enfadonho e extremamente cansativo. Para eliminar de vez essa praxe, a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, alterou o procedimento relativo ao tribunal do júri, para realçar que, logo após a formação do Conselho de Sentença, deve ser feita a entrega aos jurados de “... cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”, providência, portanto, realizada antes do início da instrução em plenário. Atualmente, a única leitura de peças obrigatórias na instrução perante o plenário do Júri a que a lei faz menção é, no caso de requerimento das partes ou dos jurados, quanto à “leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis (art. 473, § 3º, incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

podendo, nesse momento, requerer a reinquirição das testemunhas já ouvidas, sendo facultada, ainda, a inovação quanto a esse tipo de prova, sendo permitido o pedido da oitiva de até mais duas testemunhas, a fim de se ter pleno esclarecimento sobre os argumentos utilizados ou pontos contestados ou, especialmente, para comprovar o falso testemunha de alguma das pessoas que prestaram depoimento (art. 265 do CPCrim). Esse era o momento dos debates, em que as partes procuravam, com os seus argumentos, convencer os jurados de suas teses. Havendo durante esses debates a arguição com *fundamento razoável* de falsidade testemunhal ou documental, o juiz de direito, após examinar a questão, se fosse o caso, deveria determinar a remessa do incidente para deliberação pelo júri de acusação (art. 266 do CPCrim).

Aos jurados, que eram os juízes de facto, era facultado, durante os debates, fazer as observações que julgassem convenientes, interrogar novamente quaisquer das testemunhas e propor que o júri votasse sobre qualquer fato específico que entendesse importante (art. 282 do CPCrim). A despeito desse incidente, se os jurados se considerassem habilitados para pronunciar a decisão, a sessão tinha sequência. Durante os debates, os jurados podiam fazer as anotações que lhes parecessem pertinentes.

Concluídos os debates, estando o processo maduro para deliberação, o juiz de direito, após fazer um resumo com *a maior clareza possível* de toda a matéria agitada pela acusação e pela defesa, assim como das razões expendidas pró e contra o réu, procedia à elaboração dos quesitos a serem respondidos pelos Jurados, que deveriam ser redigidos conforme definido na lei, a saber: (i) *se existe crime no fato ou objeto da acusação?*; (ii) *se o acusado é criminoso?* (iii) *em que grau de culpa tem incorrido?*; (iv) *se houve reincidência (se disso se tratar)?* v) *se há lugar a indenização?* (art. 269 do CPCrim). Tal como hoje, era uma quesitação específica para cada réu (art. 283 do CPCrim).

Como se percebe, a tarefa do juiz de direito era facilitada, pois o teor das perguntas era previamente preceituado em lei, não conferindo margem a nulidades ou vícios. Era muito mais simples do que da forma como ficou no CPP de 1941, problema que o legislador da Lei nº 11.689, 9 de junho de 2008, tentou corrigir. Existiam 4 (quatro) quesitos obrigatórios e 1 (um) facultativo, pertinente à reincidência, salvo, claro, se houvesse maioria de resposta negativa para quaisquer dos quesitos obrigatórios. Com alguma diferença, chama a atenção que a reforma enxertada pela Lei

nº 11.689, de 2008, estabeleceu a sequência exatamente de 5 (cinco) quesitos. O detalhe é que o CPCrim, guiado pela ideia da presunção de culpabilidade, estabelecia que deveria ser formulada aos jurados a seguinte pergunta: “Se o acusado é criminoso?” Era uma pergunta sugestiva, que continha embutida a ideia de *presunção de culpa*. Observe-se que, na Reforma Tópica de 2008, orientada pelos princípios da presunção de inocência e da plenitude de defesa, foi imposta a obrigatoriedade de que seja feita a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?” (art. 482, § 2º, segunda parte, do CPP). Essa forma de indagação, sim, é que está em compasso com a cláusula da presunção de inocência ou da não culpabilidade e mesmo do princípio da *plenitude de defesa*.

O CPCrim não falava em *sala secreta* e, muito menos, em *sala especial*, dizia, apenas, assim como fizera em relação ao *júri de acusação*, que os jurados deveriam ser retirados para outra sala, a fim de que fizessem, sozinhos e a *portas fechadas*, a deliberação a respeito da quesitação. De toda sorte, Romeu Pires esclarecia que “Os jurados respondiam a esse questionário em sala secreta, sem a interferência de qualquer outra pessoa, pois que a lei dizia ‘conferenciarão a só’” (1987, p. 227). De regra, as decisões do tribunal do júri eram firmadas por *duas terças partes de votos*. Entretanto, para a aplicação da pena de morte, exigia-se que a votação fosse unânime, com a ressalva de que, quando a condenação fosse por maioria, deveria ser aplicada a menor pena prevista para o delito (art. 332 do CPCrim). Claramente se aplicava, aqui, o princípio da presunção de inocência. Sendo negativa a decisão dos jurados, o juiz de direito, por sentença nos autos, absolvía o acusado, determinando a imediata soltura, na hipótese de ele se encontrar sob custódia, o que era a regra. No caso de decisão afirmativa, a sentença do juiz de direito deveria condenar o acusado com a aplicação da pena prevista para o delito (art. 273 do CPCrim).

Cabe agregar que a Lei nº 261, de 1841, para além da supressão do *júri de acusação*, também trouxe significativas e profundas alterações quanto ao *júri de julgamento*, especialmente em relação à formulação dos quesitos<sup>157</sup>. O *sigilo da votação*, enfim, restou consignado expressamente no art. 65 da Lei nº 261, de 1841,

---

<sup>157</sup> No ponto, para os casos em que o acusado fosse menor de 14 (quatorze) anos, tendo em conta o que dispunha o Código Criminal de 1830, foi acrescentado, dentre os quesitos obrigatórios, a seguinte pergunta: *O réu obrou com discernimento?* (art. 62, da Lei nº 261, de 1841).

prescrevendo que as decisões do júri deveriam ser tomadas em *escrutínio secreto*, não podendo ser conhecidos os votos dos jurados vencidos ou vencedores. Por fim, a mais significativa alteração foi em relação ao quórum para a deliberação (MARQUES 1963, p. 19). Em consonância com o art. 66 da Lei nº 261, de 1841, a regra da deliberação por maioria simples foi estendida para todas as decisões, reservando a exigência de 2/3 (dois terços) dos votos apenas para o caso de aplicação da pena de morte, o que reafirma o caráter punitivista e a relativização do princípio da presunção de inocência. Note-se que, anteriormente, para a condenação, não era suficiente a maioria, de modo que a *dúvida razoável* só era afastada caso a maioria fosse de 2/3 (dois terços)<sup>158</sup>. E mais, para a pena de morte, na redação originária do CPCrim era necessário que a deliberação dos jurados pela condenação fosse unânime, mas, com a alteração, passou a ser suficiente o quórum de 2/3.

#### 4.2.3.3. Nulidades processuais e ausência de soberania dos vereditos

O CPCrim não tinha dispositivo específico para tratar das nulidades, desconsiderando, por conseguinte, o devido processo legal, não sendo as regras processuais tidas como instrumento de garantia e conseqüente limitação da persecução criminal. Também, no mesmo sentido, não garantia a soberania dos vereditos, que é a maneira de assegurar ao acusado que ele efetivamente vai ser julgado conforme a vontade de seus pares, pessoas do povo como ele, e não por um juiz togado, que não tinha independência funcional e era escolhido segundo o interesse e a vontade do Imperador, em nome de quem a atividade jurisdicional era exercida. Por conseguinte, a par de a Constituição de 1824 não ter plasmado a garantia da soberania dos julgamentos pelo tribunal do júri, esse atributo é inerente à sistemática de conferir ao povo a prerrogativa de julgar os crimes, exercitando a soberania popular, pelo que deveria ter sido proclamada no CPCrim.

De qualquer sorte, ao tratar dos recursos das sentenças proferidas pelo tribunal do júri, o legislador, ainda que atecnicamente, discorreu sobre as nulidades e a soberania

---

<sup>158</sup> O CPP de 1941, além de diminuir o número de jurados para 7 (sete), ainda estabeleceu a *maioria simples* dos votos como forma para deliberação. Assim, é possível a condenação por 4 (quatro) votos contra 3 (três), não obedecendo ao princípio da presunção de não culpabilidade.

do júri ou seus limites. De fato, nos termos do art. 301 e 310 do CPCrim, as decisões do tribunal do júri eram impugnáveis por meio do recurso de apelação, a ser interposto no prazo de 8 (oito) dias (art. 310 do CPCrim) e endereçado à Relação do Distrito, quando apontada nulidade pela circunstância de identificada inobservância às *fórmulas substanciais do processo* ou quando o juiz de direito, nada obstante a deliberação dos jurados, não se conformasse com a decisão ou não aplicasse a lei prevista para o crime (art. 301 do CPCrim).

Assim, em condições normais, o recurso só era admissível quando houvesse nulidade. Claramente, a forma pretraçada na norma para o julgamento pelo júri tinha de ser observada fielmente, sob pena de caracterizar nulidade. Isto é, as perguntas aos jurados deveriam ser formuladas tal como estavam escritas no código. Veja-se que o legislador teve o cuidado de dar a redação dos quesitos a serem submetidos tanto ao júri de acusação quanto ao de julgamento, tornando obrigatória a sua obediência, de modo que se o juiz omitisse alguma delas ou redigisse de outra forma, isso, por si só, caracterizava nulidade.

Circunscrevendo ainda mais a possibilidade de arguição de nulidades processuais, o art. 301 do CPCrim, complementado pelo art. 302, preceituava que, sendo procedente o recurso pela circunstância de “não terem guardado as formulas prescriptas, formar-se-há novo processo na subsequente sessão com outros Jurados”. Ou seja, a nulidade apontada tinha de ser de formalidade prevista em relação às decisões tomadas pelo júri, não se referindo às fases antecedentes do processo, referentes à formação de culpa, que se encerrava com a decisão de pronúncia, ou então aos casos em que o julgamento era feito com a adoção do sistema sumário. E mais. A nulidade era, apenas, quanto ao julgamento pelo júri, não ao processamento, de modo que o que se repetia, caso julgada procedente a pretensão recursal, era o julgamento.

Certamente foi contra esse *formalismo* maior para a validade dos atos processuais, isto é, as *fórmulas substanciais do processo* reclamadas para o julgamento pelo tribunal do júri, que Francisco Campos atacou na exposição de motivos do CPP de 1941, tachando de *excessos de formalismo* e bradando quanto à necessidade de reduzir ao *mínimo* as *nulidades processuais*<sup>159</sup>. Porém, percebe-se que Francisco Campos não

---

<sup>159</sup> Cf. item 5.4 e 5.4.3, *infra*.

tinha razão, porquanto as nulidades já tinham sido reduzidas ao mínimo sob a regência do CPCrim, em claro comprometimento da legalidade processual que é inerente a um sistema jurídico arquitetado em torno da cláusula do devido processo legal ou da processualização da persecução criminal.

Quanto à soberania dos vereditos, verifique-se que a apelação só era possível caso o juiz de direito não respeitasse a vontade dos jurados ou o que estava prescrito na lei, tal como foi previsto no art. 593, III, alíneas *a* (“nulidade posterior à pronúncia”) e *b* (“injustiça da sentença do juiz-presidente quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança”) do CPP de 1941, em sua redação originária. Em outras palavras, se não detectado vício de nulidade e se o juiz de direito proferisse a sentença em consonância com a decisão dos jurados, aplicando a pena prevista em lei, não cabia recurso. Havia, assim, ainda que sem menção expressa, uma relativa soberania da decisão do tribunal do júri, nos casos em que o juiz proferisse a sentença em consonância com os vereditos. Todavia, como pontuado, essa *soberania dos vereditos* era apenas superficial, pois, da forma como redigido o dispositivo, o juiz de direito podia discordar do entendimento firmado pelos jurados.

Isso reforça que, a despeito de o julgamento pelo tribunal do júri ter sido adotado como modelo para realçar a independência em relação ao Executivo, foi mantido o controle estatal, dado que o juiz de direito tinha a possibilidade de proferir decisão em dissonância com a vontade dos jurados. Isso descaracteriza, em tudo, a sistemática do julgamento pelo tribunal do júri, relativizando, ao limite máximo, a garantia do acusado de ser julgado pelos seus pares. Essa garantia de ser julgado pelos seus iguais só valia se, e quando, o juiz de direito concordasse com o veredito. Em caso contrário, mesmo o júri proferindo decisão absolvendo, o juiz poderia condenar. Reforçando essa constatação, a Relação, no exame do recurso de apelação, poderia cancelar a sentença do juiz de direito, sendo, assim, alterada, em definitivo, a decisão dos jurados<sup>160</sup>.

O processo só retornava para novo julgamento pelo tribunal do júri quando a Relação dava provimento ao recurso interposto ao fundamento de que não tinham sido

---

<sup>160</sup> *Modus in rebus*, essa foi a origem do dispositivo que permitia a reforma dos vereditos dos jurados, quando verificada a “injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidos em plenário (art. 593, III, *b*, do CPP).



guardadas as fórmulas previstas em lei (art. 302, primeira parte, do CPCrim), o que decorria mais em homenagem à vedação da supressão de instância do que ao princípio da soberania dos veredictos. Ademais, como afirmado acima, a nulidade era parcial, pois dizia respeito, apenas, à decisão dos jurados, de modo que o retorno dos autos era diretamente para o júri de julgamento (art. 309 do CPCrim).

A Lei nº 261, de 1841<sup>161</sup>, incorporou ao processo criminal a figura da apelação de ofício, da alçada do juiz de direito, cabível em 2 (dois) casos: primeiro, quando ele entendesse que o júri havia proferido decisão contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos e provas e, segundo, na hipótese em que aplicada pena de morte ou de galés perpétuas.

Ao lado do recurso de apelação, era previsto, ainda, o protesto por novo júri, no prazo de 8 (oito) dias, sendo suficiente, para o seu deferimento, a circunstância de ter sido aplicada a pena de 5 (cinco) anos de degredo ou desterro, de 3 (três) anos de galés, prisão ou a pena de morte (art. 308 do CPCrim)<sup>162</sup>. Posteriormente, o recurso de protesto por novo julgamento passou a ser restrito para os casos em que imposta a pena de morte ou de galés perpétuas (art. 87 da Lei nº 261, de 1841).

#### 4.5. DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CRÍTICAS AO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832 E A REAÇÃO CONSERVADORA E AUTORITÁRIA AOS SEUS TRAÇOS LIBERAIS

O CPCrim foi considerado muito avançado para a época, tachado de descompassado com a realidade cultural, política, social e jurídica de então, diante do avanço em relação ao *direito penal do terror* inerente às Ordenações Filipinas. Porém,

---

<sup>161</sup> Em verdade, a Lei nº 261, de 1841, enxertou diversas alterações à sistemática recursal. A esse respeito, merece registro que houve a reiteração de que os recursos em geral, de regra, não possuíam efeito suspensivo, exceto quanto à decisão de pronúncia, a fim de que o acusado não fosse submetido a julgamento pelo Júri enquanto pendente o recurso (art. 72, segunda parte). Entretanto, tratando-se de recurso de apelação interposto da sentença condenatória, a regra era o efeito suspensivo, salvo quando (a) o acusado estivesse preso e a pena imposta fosse de prisão simples ou mesmo com trabalho; e (b) a pena fosse pecuniária (art. 83, 1º e 2º). O problema é que, geralmente, o acusado respondia o processo encarcerado, pela circunstância de a prisão processual, à época, não possuir natureza cautelar.

<sup>162</sup> O recurso de protesto por novo júri também mereceu guarida no CPP de 1941 (arts. 607 e 608), sendo alvo de muitas críticas, ao argumento de que não tinha mais sentido, porquanto a sua razão de ser residia na circunstância de conferir uma segunda oportunidade a quem era condenado à pena capital, espécie de pena inexistente quando da edição do novo Código. Seja como for, o protesto por novo júri foi revogado pela Lei nº 11.689, de 2008.

esse propalado avanço só procede na perspectiva conservadora e autoritária, que se atritava com as novas ideias do Estado moderno, submetido ao império da lei. Observe-se que a Constituição de 1824, como afirmação da independência do Brasil, colocou dentre os direitos fundamentais a elaboração, sem demora, dos códigos civil e criminal, fundados nas sólidas bases da *justiça e da equidade* (art. 179, XVIII). Pouco mais de 8 (oito) anos após, o nosso legislador se *apressou* em editar o Código de Processo Criminal de 1832, antecedido do Código Criminal de 1830. Essa atenção especial ao direito criminal e mesmo aqodamento em dotar o país de uma legislação própria se justificava, pois, como observado por Cândido Mendes (1870, p. V), o Livro 5º das Ordenações Filipinas dava “largas ensanchas ao arbitrio do juiz; mas que ainda seria suportavel, se não fosse acompanhada do respectivo processo, inquisitorial, vexatório, e avesso ás doutrinas que a Constituição inaugurava”. Porém, em razão do aqodamento quanto à edição de nova legislação, o CPCrim, na visão do autor, foi *deficientíssimo* “e exhibe em si a prova de que foi elaborado com pressa, e sem a madureza que taes commettimento demandão; máxime depois dos abalos por que o Paiz acabava de atravessar” (ALMEIDA 1870, p. VI).

A aprovação do CPCrim com esse sentimento de urgência, inviabilizando uma maior maturação quanto à adoção de um novo sistema, no entanto, não é a explicação para a frustração gerada com a sua edição. De fato, a grande missão do CPCrim era romper com o sistema anterior, representado pelas Ordenações Filipinas, e efetivamente processualizar a persecução criminal, em consonância com o pensamento liberal-democrático de Beccaria e com as garantias processuais encartadas nas declarações de direitos<sup>302</sup>. A tarefa era consolidar as *reformas tópicas* das regras ou ritos procedimentais das Ordenações Filipinas, germinadas do movimento de cunho liberal experimentado a partir da segunda metade do século XVIII<sup>303</sup>.

O que se esperava era a sistematização das alterações em um código processual criminal fulcrado, na sua linha mestra, no devido processo legal, irrigado pela cláusula da presunção de inocência, a substância do pensamento beccariano. No entanto, quanto a esse aspecto, o CPCrim não atendeu às expectativas, certamente em razão do

---

<sup>302</sup> Cf. itens 3.5 e 3.5.1, *supra*.

<sup>303</sup> Cf. item 3.5.2, *supra*.

conturbado período do país ter promovido renhido debate entre liberais e conservadores, forrado por condições culturais, políticas e sociais desfavoráveis ao espírito democrático.

Há de se reconhecer que era muito difícil sair de um regime absolutista para um de integral império da lei, com pleno respeito aos direitos inerentes à condição humana, segundo o ideário embutido nas declarações de direitos do ser humano. Pode-se dizer que o CPCrim foi um passo decisivo e importante para sairmos do absolutismo penal para o da processualização da persecução criminal. Mas, há de se lastimar que foi apenas o passo inicial e incipiente. As regras processuais em si ainda ficaram muito distantes para assegurar a consagração do respeito aos direitos fundamentais, como anteparo à persecução criminal.

Como visto, em alguns casos, o *juiz investigava, acusava e julgava*. O juiz de direito, representante-mor do Imperador, subordinado a este e escolhido ao seu talante para o desempenho da função jurisdicional, não tinha independência funcional. O Judiciário era desprovido de independência, pois controlado e fiscalizado pelo Poder Moderador<sup>304</sup>, guiado sob o timão do Imperador, ademais de manietado pela forma de escolha de seus membros, da primeira à última instância<sup>305</sup>. Por outro lado, o tribunal do júri, em que os jurados eram, como ainda hoje, recrutados por processo de escolha objetivo dentre os cidadãos, representando o exercício da soberania popular, era desconstruído em sua essência, pois, além de não ter assegurada a soberania dos seus vereditos, ao juiz de direito a quem competia presidir as sessões era dado julgar em desacordo com o entendimento dos jurados.

Como se sabe, não há devido processo legal sem a divisão precisa entre quem exerce a pretensão acusatória e quem julga e, muito menos, sem que assegurada a independência funcional do juiz. De resto, não constou nenhum preceito sobre as nulidades, a não ser quanto à decisão do *júri de julgamento*. A forma da prática dos atos não era proclamada como exigência para a validade. O modo e o tempo da prática dos atos processuais serviam mais aos interesses punitivos, manifestando-se como meio, não como garantia. As regras eram apenas formas e, sem um fim em si mesmas,

---

<sup>304</sup> Cf. item 4, supra.

<sup>305</sup> Cf. item 4.1, supra.

constituíam, quando muito, meros ritos ou procedimentos, não a essência, as garantias, ou melhor, as *regras processuais*. Não se homenageou, portanto, o princípio da *legalidade processual*, em claro menosprezo ao devido processo legal.

Mas, sob essa ótica, a crítica não se exaure. Conforme foi sendo pontuado ao longo da análise das regras contidas no CPCrim, salvo raríssimas exceções, elas não prestigiaram o princípio da presunção de inocência. Pelo contrário, em diversas passagens são identificados traços de uma lúdima *presunção de culpabilidade*. Isso principia com a expressão empregada para identificar quem era acusado da prática do crime. Na maioria das vezes, o mero acusado, desde a fase investigatória, era denominado *delinquente* ou *criminoso*. A pessoa respondia o processo sob consideração de que era *delinquente ou criminoso*, salvo, claro, se demonstrado o contrário no seu final. Tanto assim era que a fase antecedente ao processo em si não era chamada investigação ou mesmo, como hoje, instrução. A fase era denominada *formação de culpa*. Portanto, a partir da conclusão da investigação, que se encerrava com a decisão de pronúncia feita pelo juiz de paz, posteriormente substituído pela autoridade policial, a *culpa estava formada*.

O processo em si, nesse contexto, não se prestava para *conhecer ou formar a culpa*, mas para *confirmar ou reconhecer a culpa*. O acusado, isto é, a pessoa considerada legalmente delinquente ou criminoso que provasse o contrário. Ele não era considerado *inocente ou não culpado*, mas, sim, *culpado até prova em contrário*. Isso tudo permeado por um sistema em que a defesa, conquanto prevista, não podia ser considerada *ampla*. Era um direito de defesa inexistente na *formação da culpa*, ademais de *restrita ou contida* na fase do processo, em que o juiz era o grande protagonista, cabendo-lhe tomar todas as iniciativas que entendesse pertinentes em prol da confirmação da presunção de culpa estabelecida. O que a processualística moderna identifica como *processo de conhecimento* do litígio ou das questões de fato e de direito que permeiam o caso submetido à apreciação do Judiciário, não passava de *processo de reconhecimento* ou de *confirmação* da culpa. Enfim, o CPCrim foi, apenas, um esboço da processualização da persecução criminal.

Isso sem falar que o legislador do CPCrim ignorou por completo a execução penal, deixando nas mãos dos carcereiros o domínio quanto ao cumprimento da pena. Apenas o Código Criminal de 1830, ao disciplinar o ritual a ser seguido na execução da

pena capital sob a força, definia o papel burocrático do juiz, consistente na presidência do *espetáculo de terror* (arts. 39, 40, 41 e 43). João Chaves reclamava dessa postura normativa, sob o argumento de que o juiz, sendo o responsável pela condenação, deveria ser o *verdadeiro executor* das penas, mas ficava afastado desse momento fundamental (CHAVES 2015, p. 155). Não havia, assim, sequer esboço do devido processo legal quanto à execução da pena, não existindo, ainda que minimamente, controle dos atos administrativos referentes ao cumprimento da pena<sup>306</sup>.

Em que pesem as considerações acima, realçando ainda mais a predominância de um pensamento conservador e autoritário, as críticas que lhe foram feitas não foram quanto ao descompasso em relação ao devido processo legal e ao tratamento de culpado dado ao acusado. As maiores críticas e reações legislativas foram para atacar os pontos identificados com o pensamento liberal, principalmente no que diz respeito ao tribunal do júri, que seria uma instituição sem identidade com a realidade jurídica do Brasil, mais própria a outros países.

Críticas azedas foram lançadas logo em relação ao modelo de organização judiciária conferido pelo CPCrim, diante da circunstância de ter legado ao *juiz de paz* o papel de ator principal da persecução criminal nas localidades, em que pese a circunstância de ele ser eleito diretamente pelos cidadãos da localidade fosse um importante elemento da feição liberal do código (COSER 2010, p. 52). Apesar do nome, o juiz de paz não precisava ter formação jurídica, até porque, àquela época, raros eram os que possuíam nível superior. Até 11 de agosto de 1827, quando foi promulgada a lei que criou os primeiros cursos jurídicos no Brasil, em São Paulo e em Olinda, quem pretendia estudar direito precisava cursar em Portugal, o que era privilégio de poucos.

O descontentamento com essa nova estrutura era feito, ainda, com suporte no argumento de que teriam sido confundidas as atribuições próprias da *polícia* com as *judiciais*. Logo em 1834, no relatório do então Ministro da Justiça, Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho (1834, p. 15-16), apresentado à Assembleia Geral Legislativa, essa crítica, na parte que interessa, foi assim consignada:

O Código do Processo Criminal, que extinguiu o lugar de Intendente Geral de Polícia, e dispôs que nas cidades populosas um dos juizes de direito fosse o chefe dela, não designou quais fossem suas atribuições, e como as devia exercer. O governo deu-lhes, é verdade, um regulamento, que não podia deixar de ser circunscrito no círculo das

---

<sup>306</sup> Cf. item 5.4.7, *infra*.

atribuições dos juízes de direito: por ele o chefe de polícia, que, aliás, na Corte tem muito a fazer, encarregado, como está, da inspeção das prisões, fiscalização dos passaportes de estrangeiros, administração do calabouço, visitas do porto, e vários outros objetos, não pode passar um mandado de busca, ou de prisão, e está limitado a recomendar quaisquer diligências aos juízes de paz. Estes magistrados populares, além de sobrecarregados com as infinitas atribuições, que as leis lhes têm acumulados, carecem dos meios necessários para satisfazer as policiais, e nem para eles são próprios. Um juiz de paz, que só tem de servir um ano no seu distrito, onde há de viver depois no meio dos criminosos, que ele deve prender e perseguir, ou teme fazê-lo, faz de um modo pouco conducente a reprimir o crime. Isto que dito é, acontece notadamente nos distritos mais distantes das grandes povoações, onde alguns juízes de paz por mais enérgicos, e exatos no desempenho das atribuições policiais, tem sido assassinados pelos malfeitores, a quem tem prendido, ou querido prender. Em minha opinião, para que tão salutar instituição de paz se não desacredite, e torne odiosa, precisa ser aliviada do enorme peso das atribuições que hoje tem, e, sobretudo, de uma grande parte das que dizem respeito à polícia: os bons já fogem de servir tais encargos, e só puro patriotismo, e receio de transtorno da ordem pública, fazem o oneroso sacrifício de aceitar o posto, que só lhes traz incômodo, privações, e despesas. Por outro lado o Código do Processo Criminal, dispensando os passaportes aos que viajam pelo Império, dificulta os meios de prevenir muitos crimes, e facilita a perpetração de outros.

Em outro relatório, apresentado também em 1834, agora pelo Ministro da Justiça Manoel Alves Branco, após criticar o fato de o novo código ter cometido ao juiz de paz o direito de fazer rondas, dar buscas em casas suspeitas, por em custódia os *doidos e bêbados*, formar corpos de delito, coligir as primeiras provas sobre o criminoso, prender os indiciados ou condenados, vigiar a condutas das sociedades secretas e públicas e formar culpas, dentre outras mais, qualificou esse tratamento como *absurdo*, arrematando ser “... quase incompreensível, que no Código de Processo se tirassem todas essas atribuições aos juízes letrados...” (1834, p. 18-19).

Aliás, como adverte João Mendes de Almeida Júnior, o *liberalismo*, regime consagrado pelo Código de Processo Criminal, teria sido tão acentuado e promovido modificação tão profunda em relação ao que anteriormente se tinha sob a égide das Ordenações Filipinas, que o próprio autor do projeto de lei que se transformou em nosso primeiro código processual criminal, Senador Alves Branco, teve a iniciativa de propor, já em setembro de 1835, uma reforma, *sobretudo em relação aos juízes de paz e à instituição do júri* (1959, p. 176). O tribunal do júri, diante da falta de independência dos juízes, que eram escolhidos conforme o interesse do Imperador, era uma forma de assegurar um julgamento mais justo aos acusados, evitando uma maior interferência do Executivo. Mesmo podendo o juiz de direito discordar do veredito firmado pelos jurados, ainda assim, o júri se tratava, sem dúvidas, de uma garantia importante. Em razão disso, foi um dos alvos eleitos para os protestos da ala conservadora e autoritária.

A realidade política e cultural brasileira, conservadora e autoritária, não estava preparada para alteração tão brusca quanto a representada pela instituição do tribunal do júri, muito menos para a adoção do *juízo de instrução* do sistema francês, no qual o magistrado, no caso, o *juiz de paz*, desempenhava atribuições que eram mais próprias da autoridade policial. Por isso mesmo, as maiores críticas lançadas ao Código de Processo Criminal residiram, justamente, na parte referente ao tribunal do júri e ao *juízo de instrução*. Quanto às atribuições do juiz de paz, afirmava-se que teria havido a *usurpação* pelo juiz de muitas das atribuições que até então eram confiadas às autoridades policiais. Por isso mesmo, o discurso do Senador Alves Branco, expendido na sessão em que ele propôs a modificação do Código de Processo Criminal, foram endereçadas, senão por outro motivo, para essas questões, pois a atribuição ao juiz de tarefas afetas à chefia de polícia, para ele, não tinha respaldo nem na razão, nem na experiência, a par de a instituição do júri não ser de nossa cultura. Na proposta legislativa, apresentada aproximadamente 3 (três) anos após a edição do CPCrim, o ponto central da crítica foi exatamente quanto aos juízes de paz e à instituição do júri, com esteio na premissa de que o *excessivo liberalismo* era um empecilho à unidade nacional (1959, p. 176).

A despeito dessas objeções e das que foram assacadas acima, para Romeu Pires de Campos Barros, o Código de Processo Criminal tinha “as qualidades de um verdadeiro momento legislativo, para a época em que foi promulgado” (1987, p. 64). No mesmo passo, Ricardo de Brito (2002, p. 240) revela que a doutrina nacional identifica o código em destaque como um “grande monumento jurídico imperial, não só em virtude de ter sido redigido com amparo na melhor doutrina clássica penal”, como também por se afinar com o *espírito liberal da época*, constituindo-se, assim, em significativo avanço humanitário, principalmente *se comparado aos processos cruéis das ordenações*.

A par disso, como lembra Frederico Marques (1997, p. 101), as agitações políticas e os movimentos revolucionários efervescentes durante toda a década de 1830 suscitaram uma reação autoritária do governo monárquico e, mesmo sob o protesto e a oposição veemente do partido liberal (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 179), aprovou-se a Lei nº 261, de 1841, que teve a deliberada intenção de armar o Executivo de instrumentos para *debelar a desordem* e impor a sua autoridade. Justificando as

alterações feitas ao Código, afirmou o Deputado Teodoro Machado, na sessão de 13 de agosto de 1870:

O Código de processo, em suas disposições dominantes, ressentia-se das ideias democráticas e descentralizadoras do mais adiantado liberalismo (...) Era um salto que demos, passando do regime da Ordenação do Livro Quinto para o da tão libérrima lei, salto contra a natureza das coisas, porque na ordem moral, como na ordem física, não se caminha abruptamente” (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 198-199).

Para a consecução desse escopo e, assim, colocar freios ao que se chamou de *judiciarismo policial*, o primeiro cuidado da lei em foco foi organizar um aparelhamento policial extremamente centralizado, operando excessiva inversão da situação, a ponto de atribuir à autoridade policial várias das atribuições que eram mais pertinentes à magistratura, invertendo a equação e criando um lídimo *policialismo judiciário*. Como se não bastasse aprofundar a interferência do Executivo no Judiciário – detalhe ilustrativo de movimento contrário à Revolução Francesa, que não apenas defendia a separação dos poderes como dogma inviolável ao lado dos direitos do homem<sup>307</sup>, como propunha que o juiz não fosse subordinado senão aos ditames da lei – cometeu-se, ainda, o desatino de atribuir às autoridades policiais funções ínsitas ao exercício da magistratura, referentes à formação de culpa e mesmo à decisão de pronúncia. Ou seja, a primeira fase do processo judicial ficou sob a direção e julgamento da autoridade policial, solução legislativa que, àquela época (1841), diante das diretrizes doutrinárias pré-traçadas pela escola clássica, já não era mais aceitável. A partir daí quem passou a reunir em suas mãos o poder de investigar e julgar, por meio da decisão de pronúncia, foi a autoridade policial.

Aqui se nota que o incipiente viés democrático-liberal do Código de Processo Criminal de 1832, com pouco mais de 9 (nove) anos de vigência, foi desnaturado em razão da famigerada e substancial modificação que lhe foi infligida por meio da lei em referência. Essa confusão de atribuições policiais e judicantes, reunidas na pessoa da autoridade policial, fez com que fossem elaborados inúmeros projetos de lei propondo a reforma do CPCrim, dentre eles, os propostos por Fernando Torres (1845), Pimenta Bueno (1848), Nabuco de Araújo (1850 E 1854), Martim Francisco (1868) e José de Alencar (1869). Em que pesem as muitas propostas legislativas de alteração, somente

---

<sup>307</sup> Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, está consignado que não possui constituição o país em que os direitos fundamentais e a separação dos poderes não estejam assegurados (art. 16).



por meio da Lei nº 2.033, de 1871, essa desordem de atribuições foi arrefecida, com a extinção das funções judiciais confiadas à autoridade policial (art. 9º, caput), reservando-se lhe apenas as referentes ao “... preparo dos processos chamados de alçada e tratados no Código de Processo, art. 12, § 7º” (BARROS 1987, p. 65)<sup>308</sup>. A referida lei conteve o *policialismo reacionário*, ademais de trazer modificações a respeito da prisão preventiva, da fiança, dos recursos e do habeas corpus. Mas a autoridade policial (chefe, delegados e subdelegados de polícia) passou a ter a atribuição de proceder à preparação dos processos referentes aos delitos do art. 12, § 7º do CPCrim, dirigir o inquérito policial, assim como, realizar todas as diligências para o descobrimento dos factos criminosos e suas circunstâncias, inclusive quanto à formação do corpo de delito, ademais de ser inserida na sua alçada a concessão da *fiança provisória* (art. 10 do Decreto nº 4.824, de 1871)<sup>309</sup>. Isso sem embargo de permanecer no raio de ação da autoridade policial proceder à formação da culpa e proferir a decisão de pronúncia, no caso do art. 60 do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1942 (art. 10 da Lei nº 2.033, de 1871).

Ressalte-se, ainda, que não parece ter razão Frederico Marques, ao agregar que a reforma em foco teria tido como grande inovação a criação do *inquérito policial* (1977, p. 104), pois, conquanto a Lei nº 2.033, de 1871, tenha circunscrito a atuação policial praticamente apenas em relação à formação da culpa e à preparação dos processos, não utilizou a expressão inquérito policial. Com efeito, como acentua Fernando Tourinho (1984, p. 163) coube ao Decreto nº 4.824, de 1871, que regulamentou a Lei nº 2.033, de 1871, criar efetivamente o instituto do inquérito policial, esclarecendo que “Inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto ...” (art. 42, caput)<sup>310</sup>.

Essas alterações na ideologia clássica do Código de Processo Criminal coincidiram, não por acaso, com a chegada no Brasil das ideias da *escola positiva*, o que

---

<sup>308</sup> Ressalvou, porém, a competência da autoridade policial quanto à decisão de pronúncia, no caso de crime do art. 60 do Regulamento de 31 de janeiro de 1824.

<sup>309</sup> A fiança provisória era cabível em todos os casos nos quais era admitida a fiança definitiva, perdurando os seus efeitos por apenas 30 (trinta) dias, período durante o qual o acusado teria de se apresentar ao juiz para prestar a fiança definitiva (art. 14 da Lei nº 2.033, de 1871).

<sup>310</sup> Câmara Leal aponta como primeira disciplina normativa do inquérito policial justamente o Decreto nº 4.824, de 1871 (LEAL 1942, p. 79).

ocorreu na segunda metade do século XIX, e aqui encontrou campo fértil para sua propagação, principalmente, nas últimas décadas daquele período, diante das “transformações então operadas na realidade brasileira no final do império e início da República...” (FREITAS 2002, p. 269-270)<sup>311</sup>.

#### 4.6. A QUEBRA DA UNIDADE PROCESSUAL (CONSTITUIÇÃO DE 1891) E A REUNIFICAÇÃO (CONSTITUIÇÃO DE 1934)

A Constituição de 1824, nada obstante inspirada nos movimentos de independência americano e francês para consolidar a desvinculação política do Brasil em relação a Portugal, manteve o regime *monárquico hereditário* como forma de governo, com a explicação de que “A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil” (art. 3º da Constituição de 1824). A pessoa do imperador era declarada *inviolável e sagrada*, cabendo, além das funções de chefe do Poder Executivo, exercer o Poder Moderador, que era a “chave de toda a organização Política..., sendo de sua incumbência velar incessantemente pela “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos” (art. 98 da Constituição de 1824), com o poder, dentre outros, de suspender os juízes, em caso de *queixas* formuladas contra eles (art. 154, primeira parte, da Constituição de 1824). Os poderes ilimitados conferidos ao Imperador fomentaram o movimento republicano (PACHECO 1990, p. 59), reacendendo a chama das suas ideias que tinham eclodido no Século XVIII, notadamente nas Inconfidências Baiana e Carioca (L. GOMES 2007, p. 284), e adquiriram maior consistência no século XIX, como se verificou nos atos revolucionários identificados como *Confederação do Equador*, a *Sabinada* e a *Revolução Praieira*.

Essa nova onda do movimento republicano foi incrementada com o positivismo *comtiano*, que ganhou a adesão das corporações militares. O movimento republicano, inicialmente de cunho civil, com o apoio militar, transbordou para a conspiração e consequente *golpe revolucionário* de 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República, sem a participação popular (FAORO 2021, p. 760). O sistema republicano

---

<sup>311</sup> Cf. item 5.4.4, *infra*.

e a forma federativa, implantados no Brasil pela Constituição de 1891, seguiu o modelo americano, afastando-se do protótipo francês. No que aqui interessa, o elenco dos direitos fundamentais, seguindo a tendência natural da evolução da lista de direitos fundamentais (DONNELLY 2003, p. 57)<sup>312</sup>, foi aumentado, diluídos nos 37 (trinta e sete) parágrafos do art. 72 da Constituição de 1891, com melhor redação para o princípio da ampla defesa, tendo em vista que determinou à lei infraconstitucional assegurar a *mais plena defesa*. Ademais, inseriu a instituição do tribunal do júri no rol das garantias, além de exigir a expedição da nota de culpa no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, no caso da prisão em flagrante. De qualquer sorte, a grande novidade que gerou bastante polêmica e reflexos importantes em relação ao direito processual brasileiro, foi a federalização da justiça, deixando o Judiciário de ser unitário para se apresentar dual, mediante a *divisão da justiça comum em federal*<sup>313</sup> e *estadual*, isso sem falar na atribuição ao Judiciário da missão de controle de constitucionalidade e a consequente alteração da nomenclatura de nosso órgão de cúpula para *Supremo Tribunal Federal* (BARBOSA 1933, p. 21)<sup>314</sup>.

Curioso que, ao invés de as justiças federal e estaduais serem estruturadas nos moldes da organização americana, porque vinculados ao pensamento retrógrado das oligarquias regionais dominantes, foi mantida a tradição de organização *piramidal e hierarquizada* do Poder Judiciário, herdada do sistema jurídico português concebido nas Ordenações Filipinas e seguido na Constituição Imperial de 1832, certamente por ser mais consentâneo com a *ideologia coronelista* que imperava na época, sendo os juízes federais escolhidos livremente pelo presidente da República, enquanto os estaduais, pelos governadores dos estados (KOERNER 1998, p. 211). Quanto à Suprema Corte,

---

<sup>312</sup> Donnelly (2003, p. 57) evidencia que a lista dos direitos humanos evoluiu desde as primeiras declarações, e continuará em evolução, devido não só às mudanças sociais e tecnológicas, com o surgimento de novas técnicas de repressão, mas também em razão da própria mutação da ideia sobre a dignidade humana em si.

<sup>313</sup> A justiça federal no Brasil surgiu com o regime republicano, tratando o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, de criá-la e organizá-la. Assim, em verdade, o *dualismo judicial* ocorreu antes da Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tendo essa Carta Constitucional mantido o formato. Registre-se, ainda, que, de qualquer forma, alguns Estados só tiveram varas federais instaladas após a Constituição de 1891. No Rio Grande do Norte, por exemplo, a Justiça Federal foi instalada em 13 de março de 1891, por Manoel Dantas, o primeiro juiz federal no Estado (GOSSON 1998, p. 214-215).

<sup>314</sup> Rui Barbosa (1933, p. 21) destacava que a mudança do predicativo *justiça* para o qualificativo *federal*, antes de infirmar a sua missão de órgão judicante constitucional, consagrou o Supremo Tribunal Federal como grande tribunal da *federação*, com competência, dentre outras, "... para sentenciar nas causas suscitadas entre a União e os Estados e, em derradeira instância, nos pleitos debatidos entre os actos do Governo, ou os actos legislativos, e a Constituição".

também persistiu o sistema de influência política, sendo conferido ao presidente da República, assim como se dava na época das Ordenações Filipinas em relação à escolha dos membros da Casa da Suplicação, a liberdade plena para nomear os seus *amigos*, de balde os reclamos do Ministro Lafayette Pereira em razão da ingerência do Poder Executivo no Judiciário, sendo mantida, assim, a ideia monarquista: em substituição às expressões *qualidades comprovadas e confiança do Rei*, foram inseridos como requisitos para o recrutamento para a suprema corte o *notável saber e reputação*. Diante desse modelo federativo, a União e os Estados passaram a possuir seus órgãos jurisdicionais e, ainda, as leis processuais próprias, sendo editados os códigos de processo civil e criminal.

Lembre-se que, conforme visto, pouco tempo após a independência do Brasil em relação a Portugal, foi editado o Código de Processo Criminal de 1832 que, diante da ausência de código de processo civil, contemplou, na última parte, um título único para dispor provisoriamente sobre a *administração da justiça civil*, com diversos regramentos sobre a competência, a conciliação perante o juiz de paz e os casos de sua inadmissibilidade, os julgamentos e as inquirições das testemunhas, a sentença e os recursos. Posteriormente, a União, ao invés de elaborar um código de processo civil, cuidou, apenas, de lançar o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1805, disciplinando “... a ordem do Juízo no Processo Comercial” (Decreto Lei nº 737). Esse decreto é mais conhecido como *Regulamento 737*. Mais adiante, quanto à matéria processual cível, a União tratou de fazer uma consolidação das leis processuais por meio do Decreto nº 763, de 25 de novembro de 1890, basicamente para determinar a aplicação do Regulamento nº 737, de 1850, aos processos cíveis.

Assim, para o processo civil esse dualismo processual foi alvissareiro. No ambiente criminal, porém, havia o Código de Processo Criminal, o qual, se ainda guardava alguns resquícios das Ordenações Filipinas, representava um significativo avanço, de modo que a permissibilidade legislativa estadual teve o condão de dar força ao movimento de *contrarreforma* que desejava um instrumento processual criminal mais autoritário, como era próprio de nossa cultura. Os estados de São Paulo, Alagoas, Mato Grosso e Pará não cuidaram de elaborar os respectivos códigos de processo criminal, preferindo a edição de leis estaduais tópicas, continuando regidos, em linhas gerais, pelo CPCrim de 1832 (M. F. ANDRADE 2021, p. 13).

Os códigos estaduais editados foram na seguinte sequência (M. F. ANDRADE 2021, p. 11): (i) Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 24, 15 de agosto de 1898); (ii) Código de Processo Penal do Estado do Amazonas (Lei nº Estadual 334, de 14 de fevereiro de 1901); (iii) Código de Processo Criminal do Maranhão (Lei Estadual nº 507, de 22 de março de 1909); (iv) Código de Processo Criminal do Estado da Paraíba do Norte (Lei Estadual nº 336, de 21 de outubro de 1910); (v) Código de Processo Penal do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912); (vi) Código de Processo Penal do Estado do Espírito Santo (Decreto Estadual nº 1.891, de 26 de setembro de 1914); (vii) Código de Processo Penal do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 1.119, de 21 de agosto de 1915); (viii) Código do Processo Criminal do Estado de Sergipe (Lei Estadual nº 753, de 7 de setembro de 1918); (ix) Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Norte (Lei Estadual nº 449, de 30 de novembro de 1918); (x) Código de Processo Penal do Estado do Piauí (Lei Estadual nº 962, de 4 de julho de 1919); (xi) Código de Processo Criminal do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 1.915, de 23 de janeiro de 1920); (xii) Código do Processo Criminal do Estado de Goyas (Lei Estadual nº 231, de 10 de agosto de 1901)<sup>315</sup>; (xiii) Código do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 1950, de 24, de dezembro de 1921); (xiv) Código do Processo Penal para o Distrito Federal (Decreto nº 16.751, de 31 de dezembro de 1924); (xv) Código Judiciário do Estado de Santa Catarina (Lei Estadual nº 1.525, de 14 de novembro de 1925)<sup>316</sup>; (xvi) Código de Processo do Estado de Pernambuco (Lei Estadual nº 1.750, de 1925); (xvii) Código do Processo Penal do Estado de Minas Gerais (Decreto Estadual nº 7.259, de 14 de junho de 1926).

Observe-se que os dois primeiros códigos, o do Rio Grande do Sul e o do Amazonas, já evidenciam a inclinação para uma codificação orientada pela escola positiva, a partir mesmo da opção em utilizar a nomenclatura para *Código de Processo Penal*, em detrimento de *Código de Processo Criminal*<sup>317</sup>. Aliás, a exposição de motivos do Código de Processo Penal do Rio Grande Sul faz referências, ao longo do texto, às lições de Garofalo e de Ferri. O Desembargador Antônio Augusto Borges de Medeiros, a quem confiada a

---

<sup>315</sup> Mauro Andrade e Darci Guimarães informam que o código editado pelo Estado de Goiás foi por meio da Estadual nº 659, de 5 de junho de 1929. Acontece que, no site do Estado de Goiás, consta o Código do Processo Criminal do Estado de Goyas, editado pela Lei Estadual nº 231, de 10 de agosto de 1901 (GOIAS 1901).

<sup>316</sup> Santa Catarina não editou propriamente um código de processo penal, diante da opção em manter um CPCrim, com a edição, apenas, de regras processuais complementares, no Código Judiciário Catarinense de 1925, inclusive em relação ao julgamento pelo tribunal do júri, vindo a ser substituído, posteriormente, pelo Código Judiciário de 1928 (NUNES, CUNHA e COSTA 2021).

<sup>317</sup> Cf. item 4.6, supra.

missão de elaborar o projeto do código sul-rio-grandense, estudara na Faculdade de Recife, casa em que despontavam Tobias Barreto, Sylvio Romero, Clóvis Beviláqua e João Vieira de Araújo, todos adeptos das ideias de Lombroso (M. F. ANDRADE 2021, p. 18-19)<sup>318</sup>. Ademais disso, a multiplicidade de códigos processuais criminais gerou problemas de várias ordens, notadamente quanto aos prazos e procedimentos diferentes em cada estado da federação, fazendo eclodir a necessidade da reunificação das leis processuais.

De outra banda, o período de instabilidade política, experimentado com os reflexos do final da Primeira Guerra Mundial, inspirou a necessidade da elaboração de nova Constituição, preponderando, nos debates constituintes, o pensamento de que era necessário um novo modelo federativo, nos termos do adotado na Alemanha, sob a regência da Constituição de Weimar, tendo como foco a centralização do poder político nas rédeas da União, com o conseqüente esvaziamento das competências dos Estados, dentre elas a de legislar sobre processo.

A Constituição de 1934, em certa medida, rompeu o modelo de *Estado liberal*, pois, conquanto tenha mantido a República, o Federalismo, o Presidencialismo e feito a declaração de direitos, seguiu os rumos do então chamado *novo constitucionalismo* ou *constitucionalismo social* surgido após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo como paradigmas as Constituições do México de 1917, da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) e da Espanha de 1931. Para além do *constitucionalismo liberal*, a palavra de ordem era o *constitucionalismo social*, “lançando novos fundamentos e novas concepções, em latente conflito com o constitucionalismo liberal e individualista” (HORTA 2002, p. 55). Mas, no que diz respeito aos direitos fundamentais, não houve alteração no conteúdo, sendo mantida a tradição de o maior número deles serem concentrados na matéria processual penal. Nessa parte, foram mantidos os princípios da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 113, item 8), da inviolabilidade do domicílio (art. 113, item 16), do juiz natural (art. 113, item 26, primeira parte) e da reserva legal (art. 113, item 26, segunda parte). Com pequenas modificações quanto à redação, sem, contudo, nenhuma repercussão em relação à essência dos enunciados, foram mantidos o princípio da *ampla defesa*<sup>319</sup> (art. 113, item

---

<sup>318</sup> Cf. item 5.1, *infra*.

<sup>319</sup> Aqui se preferiu, ao invés da expressão *plena defesa*, utilizar *ampla defesa*, nomenclatura que findou sendo a adotada pelas Constituições de 1967 e 1988.

24) trazendo, porém, como inovação de monta, a previsão de que a União e os Estados deveriam conceder aos necessitados assistência judiciária gratuita. No que diz respeito à privação do direito de liberdade, houve diminuição da garantia, ao estabelecer que, salvo no caso de flagrante, a prisão somente poderá ocorrer mediante *ordem escrita da autoridade competente* (art. 113, item 21), permitindo a chamada *prisão administrativa*, ademais de não exigir *culpa formada*. Em relação ao habeas corpus (art. 113, item 23), a garantia constitucional foi reduzida, porque, na sua parte final, ressaltou-se que ele não seria cabível, quando a prisão decorresse de transgressões disciplinares, o que afastava a pertinência do manejo desse instrumento, na hipótese em que a prisão fosse de *natureza administrativa*, circunstância suficiente para revelar a hipertrofia do Executivo em relação ao Judiciário, que não tinha como controlar, mediante o julgamento de habeas corpus, a ilegalidade de ato dessa natureza praticado pelas autoridades administrativas. O princípio da igualdade foi mantido com alcance substancialmente mais elástico, e trouxe como inovação propriamente dita a *irretroatividade da lei penal*, salvo quando ela fosse mais benéfica para o réu, o que teve repercussão, igualmente, na seara processual penal. Outra primazia da Constituição de 1934, nessa parte, foi a proibição da extradição por crime político ou de opinião e, em qualquer hipótese, do brasileiro (art. 113, item 31). Mas foi omissa quanto à instituição do tribunal do júri, o que suscitou acesa discussão quanto à permanência desse órgão na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, permanecendo o silêncio no ambiente constitucional quanto à declaração expressa dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Há um aspecto a acentuar. Desde a Constituição imperial, a forma de recrutamento dos juízes era por meio da nomeação. Essa circunstância, porém, comprometia ainda mais a independência do Judiciário, especialmente em relação aos juízes estaduais, pois os governos locais *coronelistas* impunham compromissos aos juízes nomeados, tornando-os vassalos das *orientações* que lhes eram dadas. Os então presidentes dos Estados não demonstravam preocupação quanto à capacidade profissional e moral dos candidatos a magistrado, mas, sim, com o compromisso de que, durante todo o exercício do cargo, os escolhidos fossem gratos a quem os nomeou. Vários juristas criticavam não só a ausência de independência e imparcialidade dos juízes estaduais, tanto por causa das pressões do governo estadual, quanto das injunções

da política municipal, como ainda censuravam muito a baixa qualidade técnica e moral dos juízes que, por isso mesmo, não mereciam a confiança nem muito menos o respeito da sociedade.

O excessivo comprometimento da independência e imparcialidade da magistratura estadual, suscitou, nos trabalhos constituintes da Constituição de 1934, a ideia de uniformizar no país a forma de escolha dos juízes estaduais de primeira instância, ainda que para tanto fosse necessário limitar a autonomia dos Estados. Assim, ficou expresso, na Constituição de 1934, que o concurso, organizado pela *Corte de Apelação*, seria requisito para a escolha dos juízes de direito (art.104, alínea *a*), mas nada acrescentou a respeito da nomeação.

De toda sorte, a Carta de 1934 determinou a reunificação dos códigos de processo civil e criminal, concentrando na União a competência privativa para legislar sobre *direito processual* (art. 5º XIX, alínea *a*), pelo que o art. 11 das disposições transitórias determinou ao governo federal que, imediatamente após a promulgação da Constituição, nomeasse uma comissão de 3 (três) juristas, integrada por 2 (dois) ministro do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para, no prazo de 3 (três) meses, com as oitivas das “... Congregações das Faculdades de Direito, (d)as Cortes de Apelações dos Estados e d(os) Institutos de Advogados”, elaborasse um projeto de Código de Processo Penal<sup>320</sup>, estendendo esse mandamento para o Poder Legislativo, a fim de que, tão logo apresentado o projeto, este promovesse, *imediatamente*, a discussão e votação (art. 11, § 1º).

A despeito do prazo estipulado pelo constituinte, a Constituição de 1934, a mais breve de nossa história constitucional – vigeu apenas por 3 (três) anos, 3 (três) meses e 26 (vinte e seis) dias – foi revogada, e o novo Código de Processo Penal não foi aprovado.

---

<sup>320</sup> Em verdade, o art. 11 das disposições transitórias da Constituição de 1934 determinou que fossem criadas 2 (duas) comissões de 3 (três) juristas. Uma para elaborar o projeto de Código de Processo Civil e Comercial e outro para cuidar do projeto do Código de Processo Penal.



## 5. A CONSTITUIÇÃO DITATORIAL DE 1937 E O RETROCESSO NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como dito no tópico anterior, antes da aprovação do novo Código de Processo Penal, veio o golpe de Estado, dado pelo presidente Getúlio Vargas e a edição de uma nova Constituição, assinalada pela ampla supremacia dos poderes do Executivo federal, em claro comprometimento da federação, do princípio da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. A tarefa de elaboração do projeto da nova Constituição foi confiada por Vargas a Francisco Campos<sup>321</sup>, homem comprometido com o conservadorismo, crítico da democracia e do liberalismo, além de defensor do ideário fascista. O resultado foi uma proposta de *Constituição social* sem o viés democrático, autoritária, antiliberal e fulcrada em princípios de índole fascista, colocada a serviço do detentor do poder, desconstruindo os postulados do *Estado liberal*, com severas restrições à declaração dos direitos fundamentais.

O tom do novo arcabouço constitucional foi dado no preâmbulo da Constituição de 1937, promulgada em 10 de novembro de 1937. Mudando completamente o discurso que tinha feito emergir o movimento constitucionalista moderno decorrente da Independência Americana e da Revolução Francesa, abandonou-se a ideia de uma Constituição como instrumento necessário para a limitação do poder político, cujo esteio maior se concentra na declaração de direitos e na separação dos poderes, para sedimentar outro fundamento para a sua *ratio essendi*. A doutrina agora era a de uma

---

<sup>321</sup> Francisco Luis da Silva Campos era mineiro, foi deputado estadual (1919-1922), sendo eleito deputado federal em 1922 e reeleito em 1924, quando ganhou fama de erudito, com destaque para a oratória, reconhecida desde os tempos de estudante. Foi o grande ideólogo da direita no Brasil, ferrenho defensor de ideias autoritárias e antiliberais. Teve atuação nas conspirações que levaram à revolução de 1930. A partir daí, passou a se posicionar politicamente em sintonia com o *fascismo*, como base para a sustentação do Governo Provisório, do qual fez parte como Ministro da Educação e Saúde Pública. Nessa condição, promoveu as reformas do ensino superior e do ensino secundário. Foi uma das figuras centrais, ao lado de Getúlio Vargas e das Forças Armadas, na preparação dos alicerces do Estado Novo, que findou instalado, mediante decreto, em novembro de 1937. Teve participação ainda na articulação do golpe junto ao chefe nacional do integralismo, Plínio Salgado. Getúlio Vargas lhe confiou a tarefa de elaborar o projeto da Constituição de 1937 (FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS 2009). Em reconhecimento por seu vasto conhecimento em relação às várias áreas do saber, recebeu o epíteto de *Chico Ciência*.

Constituição escorada no paradigma *protecionista* do Estado, assolado por *dissídios partidários, propagandas demagógicas* e, primordialmente, em virtude da *infiltração comunista*. A Carta doravante serviria para dotar o Estado de *meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo*. Uma Constituição editada com a exposição desses motivos em seu preâmbulo não poderia trazer nada de animador em relação à declaração dos direitos fundamentais.

De fato, os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1937 demonstram evidente retrocesso no respeito ao patrimônio histórico dos direitos humanos, arduamente conquistados ao longo dos tempos, senão com lutas renhidas no universo das ideias e nos campos de batalha. Conquanto mereça o registro positivo da *abolição da prisão perpétua* (art. 122, item 13, primeira parte), várias foram as restrições estabelecidas para o gozo dos direitos fundamentais, o que revela, sem esforço maior, que a premissa do *estado social* reafirmado com a Constituição de 1937 era a supressão, dentro do possível, dessa classe de direitos. Antes do exame dos enunciados pertinentes ao processo criminal, atente-se para a circunstância de a Constituição de 1937 ter *reintroduzido a pena de morte para várias espécies de crimes políticos* e para o delito de homicídio, desde que praticado por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

O elenco dos crimes com motivação política que suscitavam a aplicação da pena de morte estava inscrito nas alíneas do nº 13 do art. 122 da Constituição de 1937, a saber: (a) tentar submeter o território da nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; (b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; (c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder à operação de guerra; (d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; (e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social.

A par disso, o art. 94 da Carta Polaca, continha a vedação ao Judiciário de conhecer de *questões exclusivamente políticas*, assim considerados os tipos definidos no art. 122 da Constituição e os crimes contra a ordem política social, previstos na Lei

nº 38, de 4 de abril de 1935, com as alterações promovidas pela Lei nº 136 de 14 de dezembro de 1935, os quais eram da competência do *Tribunal de Segurança Nacional*, criado por Vargas pela Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936. Tratava-se de um lídimo *tribunal de exceção*, composto de 5 (cinco) magistrados, escolhidos e nomeados livremente pelo presidente da República, sendo 2 (dois) dentre oficiais do Exército ou da *Armada*, 2 (dois) civis, de *reconhecida competência jurídica*, e 1 (um) juiz civil ou militar (art. 2º, § 2º). Aqui o governo brasileiro copiou Hitler que, a despeito da cooptação dos juízes, diante da insatisfação com algumas decisões judiciais, que não “estavam todos dispostos a sujar muito as mãos e menos ainda a manchá-las cotidianamente com excesso de sangue” (R. E. ZAFFARONI 2019, p. 88), resolveu criar, em 1934, o *Tribunal do Povo (Volksgericht)*, também integrado por juízes e militares<sup>322</sup>.

Centrando a atenção na análise dos dispositivos que dizem respeito diretamente ao processo criminal, observa-se que houve uma acentuada diminuição dos preceitos e, na medida em que repetidas as cláusulas constantes nas Constituições anteriores, sempre apareciam com alguma espécie de restrição, quando não expressa, por força da forma como redigido o art. 123. Isso porque o dispositivo constitucional em foco, ao reafirmar, como decorrência lógica *da forma de governo e dos princípios consignados* na Carta, o postulado da existência de outros direitos fundamentais além daqueles expressamente especificados, ressaltou, sem meias-palavras, a *limitação do uso* desses direitos e garantias quando assim entendido pertinente diante do “bem público, (d)as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como (d)as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

Em outras palavras, aquelas garantias explícitas e implícitas plasmadas na Constituição de 1937 passaram a ter como limite aquilo que o *governo* viesse a entender

---

<sup>322</sup> Zaffaroni (2019, p. 88) informa que o tribunal de exceção alemão denominado *tribunal do povo* era assumidamente adepto do *nazismo* e extremamente generoso na aplicação da pena de morte por enforcamento ou decapitação. O juiz Roland Freisler, nomeado por Hitler para presidir o tribunal do povo em 1942 até a sua morte, em 1945, ficou conhecido como o *juiz sanguinário*, período em que as sentenças de morte aumentaram de forma acentuada, com mais de 5.500 sentenças de morte por ele decretadas (Tok de história 2014). Para se ter uma ideia, tendo atuado no tribunal pelo período de 1942 a 1945, Freisler proferiu mais sentenças de mortes até mesmo do que juízes que exerceram o mandato de 1934 a 1945. Como juiz, ele investigava, acusava e julgava, e dizia que procurava decidir “como o próprio Führer julgaria o caso”.

por expressões polissêmicas, de difícil compreensão e extremamente convenientes para um Estado autoritário, tais como, *bem público, necessidade de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva e exigências de segurança da Nação e do Estado*. Maior discricionariedade nessa área, impossível. Essa era a estrutura da declaração dos direitos fundamentais na ótica do estado social forjado por meio do Golpe de Vargas.

As impressões negativas, infelizmente, não se contêm no exame do art. 123 da Constituição de 1937. No item 1º do art. 122, sem embargo de reafirmar que “todos são iguais perante a lei”, o constituinte deixou de fazer consideração no sentido de que não se aceitaria como justificativa para a inobservância dessa regra geral, *privilégios ou distinções* devido ao nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas<sup>323</sup>, como previra a Constituição de 1934.

A preservação da inviolabilidade do *domicílio e da correspondência* mereceu a atenção da Carta de 1937 em apenas um único item, ficando, assim, escrita a garantia: “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei” (art. 122, item 6º). Nas Constituições anteriores, as duas garantias tinham merecido destaque em dispositivos específicos para cada uma. Em relação à inviolabilidade do domicílio, até então, a tradição era a de especificar que, salvo os casos de flagrante delito ou desastre, à noite não se poderia adentrar a casa, ainda que houvesse uma ordem expedida pela autoridade competente. A despeito de a garantia da inviolabilidade do domicílio ter sido prevista de modo lacônico, sem conter a densidade da disciplina constitucional antecedente, a Constituição de 1937 delegou ao legislador ordinário a possibilidade de cuidar do assunto ao seu talante, com a liberdade de impor as restrições que lhe parecessem mais pertinentes. O mesmo se diga, quanto a essa última observação, no pertinente à inviolabilidade da correspondência. Pior ainda foi porque, mediante o Decreto nº 10.358, de 1942, devido à declaração do *estado de guerra*, essas garantias constitucionais, reunidas em um único dispositivo, foram suspensas<sup>324</sup>.

Quebrando uma tradição constitucional cultivada entre os povos a partir da Independência Americana e da Revolução Francesa de 1789, afirmada e reafirmada nas

---

<sup>323</sup> A liberdade política, como se sabe, foi suprimida com a Carta de 1967, não fazendo parte do rol da declaração de direitos.

<sup>324</sup> O curioso é que esse decreto só foi revogado pelo Decreto nº 11, de 1991.

Cartas anteriores, no parágrafo nº 17 do art. 122 da Carta de 1937 foi criado o já mencionado tribunal de exceção, o denominado Tribunal de Segurança Nacional, ao qual conferida a competência para o julgamento dos crimes praticados em detrimento da “existência, segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular”.

No tratamento a respeito da prisão, ressaltou-se que, à exceção da hipótese de flagrante delito, o recolhimento ao cárcere não seria possível, exceto *depois da pronúncia do indiciado* (art. 122, item 11, primeira parte), restaurando a regra que estava inserta no art. 72, § 3º, da Constituição de 1891<sup>325</sup>. Mas, como era da índole da Constituição de 1937, na segunda parte do comando normativo em foco estava dito que a regra era aquela, “salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. Assim, nos casos especificados pelo legislador, desde que houvesse a expedição de documento escrito, assinado por uma autoridade competente, que poderia ser, evidentemente, outra que não o juiz, a prisão se revestia do manto da legalidade. Ainda cuidando da prisão, ao confirmar a garantia de que ninguém poderia permanecer nela sem *culpa formada*, abriu-se uma perigosa exceção, ao admitir-se que assim era, exceto se, por força da lei e na forma por ela regulada, a *autoridade competente* fizesse tal determinação (art. 122, item 11, segunda parte). Merece menção também em relação à prisão<sup>326</sup>, que o habeas corpus foi mantido com a mesma redação da Constituição de 1934, ficando, assim, fora do exame do Judiciário por essa via, aquelas prisões que fossem decorrentes de punição disciplinar, aplicadas pelas autoridades administrativas. Como não se bastasse, as garantias do direito à liberdade e ao habeas corpus foram suspensas, igualmente, pelo Decreto nº 10.358, de 1942, em razão do *estado de guerra*.

O direito de defesa foi laconicamente previsto no art. 122, item 11, parte final, da Constituição de 1937, com a afirmação de que a “instrução criminal será

---

<sup>325</sup> Não é por outro motivo que o art. 282 do Código de Processo Penal assim está redigido: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

<sup>326</sup> Também houve retrocesso quanto à questão penitenciária. A Constituição de 1934 tinha colocado na competência da União o poder de legislar sobre *normas fundamentais sobre o regime penitenciário* (art. 5º, XIX, “a”), com a finalidade de estabelecer uma diretriz geral quanto ao cumprimento da pena. Mas, com o seu caráter ditatorial e policalesco, não houve preocupação com essa questão humanitária. Cf. item 6.2.2.1.3, *infra*.

contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. A expressão *necessárias garantias de defesa* está muito distante da nomenclatura *ampla defesa*. Ademais de não ter sido garantido o direito à assistência judiciária, como tinha agregado a Carta de 1934. Ou seja, uma inovação no quadro da declaração dos direitos fundamentais ínsitas ao estado social, inserida no nosso sistema constitucional por meio da Carta de 1934, foi abandonada pela de 1937, o que mostra qual era o seu propósito. E mais: não esclareceu que a garantia era de uma *ampla defesa*, como estava na Carta anterior, nem muito menos que ela compreendia o direito de *usar todos os meios e recursos essenciais a ela*, como já era da nossa tradição constitucional estabelecer. O que se garantia apenas era a *defesa necessária*, entendendo-se como tal aquilo que eventualmente o legislador considerasse como tal. Isso sem falar que todas as garantias previstas no item 11 do art. 122 da Lei Fundamental de 1934 foram suspensas pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942.

Por fim, manteve-se a vedação quanto à extradição de brasileiro, mas nada se disse em relação ao estrangeiro que, mesmo em se tratando de crime político, ficou à mercê de ser extraditado para o país solicitante da transferência. Pode-se dizer que, como é próprio de um sistema que se preocupa mais com a *defesa social* do que com a limitação do poder político e, de permeio, com o exercício do poder de punir, as regras fundamentais sobre o processo criminal foram poucas e muitas as restrições. Observe-se, no entanto, que enquanto na Constituição Imperial a declaração dos direitos individuais veio disposta em 34 (trinta e quatro) dispositivos<sup>327</sup>, na de 1937 somente ocupou 18 (dezoito), aí incluindo o art. 123. A Carta que lhe antecederá (1934) tinha destinado 38 (trinta e oito) preceitos para o tratamento dos direitos fundamentais<sup>328</sup>, o que implica dizer que a redução do rol dessa classe de direitos, conquanto não fosse de admirar-se, foi muito drástica e certamente foi além do que seria desejável para estabelecer um governo forte. Contrariou, ademais, a lógica da declaração de direitos fundamentais, que é o seu aumento, como consequência natural de diversos fatores,

---

<sup>327</sup> Aqui foram excluídas as normas que dizem respeito à família e à educação que, embora com tratamento diferente, foram contempladas na Constituição de 1937 dentre os direitos sociais (família e educação).

<sup>328</sup> Excluindo-se o nº 34 do art. 113, que contém disposição referente à proteção da família e do trabalho

dentre eles da *lei das necessidades crescentes* (BOBBIO 1992, p. 19)<sup>329</sup>. Sem falar que a Constituição de 1937, segundo informa Raul Machado Horta (HORTA 2002, p. 56), era do tipo semântica, cuja normatividade residia, apenas, na parte em que concedia poderes ao chefe do Executivo, de modo que a declaração dos direitos fundamentais constituíam-se *direitos e garantias programáticas*, com as excessivas permissibilidades de restrições por meio de leis infraconstitucionais; *eram sem serem, porquanto meramente simbólicas*.

Sem embargo dessas considerações, as omissões da Carta de 1937 foram muitas e profundas. Não estabeleceu o princípio de que ninguém deve ser obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei, circunstância que, aliada à falta de previsão expressa do devido processo legal e até mesmo do *princípio da reserva legal*, quando nada, retirou essas garantias do rol dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Isso porque, ao contrário de estabelecer o princípio da reserva legal ou da retroatividade da lei penal mais benéfica para o acusado, apenas se contentou em dizer, na segunda parte do art. 122, nº 13, que “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”. Sendo a garantia da reserva legal específica somente para as penas, a retroatividade na matéria processual ficou com as portas abertas. Os princípios do juiz natural, da vedação do juízo de exceção, da proibição da tortura e de outras medidas cruéis não foram previstos na Carta de 1937. Não se deu guarida à instituição do tribunal do júri nem muito menos à coisa julgada e, claro, mantendo a nossa tradição, nada disse sobre a presunção de inocência.

Registre-se que a Constituição de 1937 manteve o concurso, organizado pelo Tribunal de Apelação, como critério de seleção e complementou dizendo que caberia ao governador do Estado fazer a nomeação, dentre os 3 (três) candidatos que tivessem a melhor classificação (art. 103, alínea *a*). Mas o controle da independência judicial era feito mediante a forma de recrutamento para as instâncias superiores, ao tempo em que, de forma peremptória, vedou “ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente

---

<sup>329</sup> Bobbio (BOBBIO 1992, p. 18) explica que os direitos do homem não são imutáveis, pois constituem uma *classe variável*, com alterações conforme os meios disponíveis e as transformações sociais, pelo que há uma tendência sempre de crescimento, citando como exemplo que alguns direitos sequer mencionados nas declarações do século XVIII, passaram a ser “agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”, e é provável que no futuro surjam novas pretensões “que no momento nem sequer podemos imaginar”, citando como exemplo o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens”.

políticas” (art. 94). Isso sem falar que não havia a garantia de que o concurso fosse *público*, sem embargo de não haver credibilidade quanto à lisura do certame.

Volvendo o foco para os direitos fundamentais, como se vê, a Constituição de 1937 representou grande retrocesso. Se a orientação foi no sentido de forjar um ambiente jurídico de proteção do Estado, mediante uma Constituição social de viés ditatorial, com pouca consideração aos *direitos individuais*, esse figurino se fez sentir, com toda ênfase, no ambiente criminal. Nessa seara infraconstitucional, passou a ter relevo a *escola positiva*, sedimentada a partir do livro *o Homem delinquente* (2007), escrito por Cesare Lombroso, em 1876, e as escolas neopositivas que lhe sucederam, especialmente a então recente *escola técnico-jurídica*, concebida por Arturo Rocco, em 1905<sup>330</sup>.

Todavia, as disposições transitórias e finais, inseridas no texto, reservaram o arremate final do que caracterizava o *Estado Novo*. Os mandatos dos então governadores ficaram subordinados à confirmação pelo Presidente da República (art. 176) e a Câmara dos Deputados, o Senado, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais foram simplesmente dissolvidas (art. 178), com a consequente outorga ao Presidente da República do poder de legislar plenamente sobre todas as matérias da competência da União, por meio da expedição de decretos-leis (art. 180). Essa competência legiferante do Executivo foi exercida durante toda a vigência da Constituição de 1937.

Há de se ressaltar que, embora a Carta de 1937 tenha sido revogada pouco mais de 9 (nove) anos depois, sendo substituída pela Constituição de 1946, de fisionomia democrático-liberal, esta Norma Fundamental também teve curta duração, pouco mais de 20 (vinte) anos, não tendo conseguido construir uma cultura humanística e liberal na área criminal<sup>331</sup>. Há de se lembrar que, a despeito do conflito de interesses entre liberais radicais e liberais conservadores, variável constante em nossa história, é perceptível que as elites nacionais são marcadamente conservadoras, tendo conseguido moldar o Estado brasileiro em consonância com os seus interesses individuais. Como adverte Ricardo Freitas (2002, p. 229), conquanto formada sob as lições iluministas, a nossa elite

---

<sup>330</sup> Cf. itens 5.1, 5.2 e 5.3, *infra*

<sup>331</sup> Cf. item 6, *infra*.



intelectual expurgou “o pensamento liberal das suas feições radicais, talhando para uso próprio uma ideologia essencialmente conservadora e antidemocrática”.

Por conseguinte, a ideologia ditatorial e policialesca do CPP de 1941 sobreviveu à Constituição de 1946, que ficou apenas no ambiente programático ou da ideação, sem que o seu conteúdo humanístico, vazado na declaração de direitos nos parágrafos do seu art. 141, tivesse o condão de reorientar a legislação processual penal, até porque as garantias ali acomodadas, a despeito de consideradas meros *direitos individuais*<sup>332</sup>, pela circunstância de expressados em forma de princípio, não possuíam força normativa. Entretanto, registre-se que Rui Barbosa (1933, p. 489) nunca aceitou esse dogma jurídico conservador que servia para esvaziar a força normativa dos direitos fundamentais e argumentava, de modo irresponsável, que “Não há na Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”<sup>333</sup>.

Contudo, a despeito da voz abalizada de Rui Barbosa, em nossa cultura então vigente os princípios possuíam função subalterna, servindo, apenas, para colmatar as eventuais lacunas das normas jurídicas, ainda não tinham saltado dos códigos para as Constituições (ESPÍNDOLA 1999, p. 60). Isso quer dizer que, durante a vigência da Carta de 1946, não houve alteração nenhuma do viés antidemocrático e punitivista do CPP. Essa constatação fica mais evidente ainda, quando se parte para a análise das leis processuais penais patrocinadas no efêmero lapso temporal de vigência da Constituição de 1946. De fato, a única alteração de monta trazida para o CPP foi quanto ao procedimento relativo ao tribunal do júri, que havia sido destituído de seu *status* constitucional e cuja competência, em obséquio ao assentado no art. 71, § 1º, tinha sido restrita aos crimes dos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122 e 123 do Código Penal. Como a Constituição de 1946 alargou o júri popular para todos os crimes dolosos contra a vida,

---

<sup>332</sup> Os direitos humanos ou fundamentais não são propriamente individuais nem muito menos são, necessariamente, colidentes dos com os direitos coletivos do grupo social, ademais de muitos deles são caracteristicamente exercitados apenas de forma coletiva, como o direito à educação e o direito de associação (DONNELLY 2003, p. 25).

<sup>333</sup> Como se verá no item 6.1, *infra*, Rui Barbosa, já nos anos 1930, tinha posição jurídica afinada com a segunda onda do movimento constitucionalista, que só veio a se fazer sentir após a Segunda Guerra Mundial, na segunda metade dos anos 1940, mas que, no Brasil, diante dessa postura cultural conservadora, só encontrou espaço com o novo marco regulatório trazido com a Constituição de 1988.

a Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, alterou o dispositivo em referência, além de outros, merecendo menção, ainda, a modificação do art. 593, a fim de assegurar a soberania dos vereditos. As outras alterações foram a (a) Lei nº 1.720-B, de 3 de novembro de 1952, que modificou a redação do art. 609 e incluiu um parágrafo único, criando os embargos infringentes e de nulidade, como recurso privativo da defesa; (b) Lei nº 3.181, de 11 de junho de 1957, que alterou o inciso II do art. 295, para incluir os prefeitos e os vereadores dentre os privilegiados com a prisão especial; (c) Lei nº 3.653, de 4 de novembro de 1956, que alterou a redação do caput do art. 221 para incluir entre os privilegiados com o direito de escolher dia e hora para a inquirição, todos os membros do Poder Judiciário e os do Tribunal Marítimo e, do §1º, para enxertar a possibilidade de o presidente ou vice-presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal prestarem os seus depoimentos por escrito; (d) Lei nº 4.336, de 1º de junho de 1964, que incluiu no § 4º do art. 600 a faculdade ao apelante para apresentar as razões do recurso de apelação perante o tribunal; e (e) Lei nº 4.893, de 9 de dezembro de 1965, que alterou a redação do art. 91, para definir que, quando incerto o local do crime praticado a bordo de embarcação ou de aeronave, a competência, ao invés de ser firmar no juízo da Capital da República, seria fixada pela prevenção.

Aliás, circunstância extremamente significativa é que as alterações mais contundentes no sentido de suavizar os rigores do Código de Processo Penal ocorreram sob os auspícios da Constituição ditatorial de 1967, com a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973 e a Lei nº 6.416, de 14 de maio de 1977, a primeira, no claro propósito de beneficiar o Delegado Sérgio Fleury, que dirigiu o Departamento de Ordem Política e Social - DOPS, durante a ditadura militar, quando utilizou métodos perversos de tortura para obter confissões, vindo algumas das vítimas a óbito. Acusado pelos crimes de homicídio e tortura, Fleury, pelas regras ditatoriais do CPP de então, seria obrigatoriamente recolhido à prisão, razão pela qual, para livrar da *cadeia* um dos ícones do regime militar, ovacionado por ter coordenado a emboscada que tirou a vida de Carlos Marighela, a Lei nº 6.416, de 1977, foi aprovada em tempo recorde<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> Cf. item 5.4.6, *infra*.

Mais uma vez, o liberalismo conservador de *conveniência* se fazia presente, no escopo de beneficiar os *amigos*. Entretanto, de outro lado, para os *inimigos* do poder, com a alteração do art. 150, § 11, da Constituição de 1967, foi reintroduzida a pena de morte e a prisão perpétua, para os casos de guerra externa adversa, psicológica, revolucionária ou subversiva, regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Repita-se à exaustão e com ênfase, a manutenção de nossa cultura criminal herdada das Ordenações Filipinas: para os *inimigos do poder*, leis criminais autoritárias e punitivistas; para os *amigos do poder*, leis criminais benéficas. Essa é a característica marcante de nosso liberalismo conservador, que se traduz, para as camadas sociais mais carentes, compostas por pessoas desfavorecidas por não terem poder político ou não serem amigas dos donos do poder, legislação criminal autoritária e punitiva.

Logo a seguir, antes de tratar propriamente do Código de Processo Penal de 1941, nos subitens 5.1 a 5.3 serão expandidas as correntes de pensamento que seduziram o legislador brasileiro e serviram de esteio para a edificação da legislação criminal ainda em vigor em nosso meio, nada obstante a Constituição de 1988 e as muitas modificações tópicas promovidas até os dias de hoje. No item 5.4 serão esmiuçadas as nuances da elaboração do CPP de 1941.

## 5.1. AS IDEIAS DA ESCOLA POSITIVA

Com suporte nos estudos desenvolvidos pelos precursores da Antropologia Criminal (Johan Franz Gall [1758-1828] e Phillipe Pinel [1745-1826]) e na teoria da evolução da espécie humana (Charles Darwin [1808-1882]), no início do Século XIX, em contraposição à escola clássica, surgiu, sob a batuta de Cesare Lombroso (1835-1909), a chamada *escola positiva*, também denominada *italiana*, *nova*, *moderna* e *antropológica* (LYRA 1956, p. 6). Muito embora os espetáculos da punição física – os suplícios – tenham diminuído intensamente logo nos primeiros momentos do século XIX, as transformações alvitadas pelas ideias beccarianas não se fizeram sentir com igual avanço em todos os países, certamente até mesmo diante das realidades culturais, sociais, políticas e jurídicas específicas de cada um deles. Se as reformas foram rápidas

na Áustria, Rússia, Estados Unidos e na França, a pena de morte não foi de todo eliminada e alguns países, por um bom tempo, ainda mantiveram os suplícios<sup>335</sup>.

A insatisfação com o modelo penal sugerido pelo *classicismo* residia fundamentalmente no que identificavam como *frouxidão* com que o agente era tratado, ao qual eram reconhecidos direitos em relação ao poder de punir do Estado, limitando sobremaneira a atuação no *combate* à criminalidade. Para aplacar o incremento dos crimes, acreditava-se que era preciso *armar* o Estado de instrumentos mais *eficazes* e *contundentes* no exercício de sua atividade punitiva. Ao invés de a lei penal estabelecer limites ao Estado, ela deveria ser mais rigorosa no tratamento dispensado ao agente, que não deveria mais ser visto como vítima da tirania do Estado do *ancien régime*<sup>336</sup>.

Portanto, teria sido a decepção com as fórmulas mágicas para o tratamento da criminalidade, exteriorizadas pela escola clássica, que se apoiavam no *racionalismo metafísico*, o fomento do surgimento da nova corrente filosófica criminal, logo denominada escola positiva, alinhada que estava, pelo menos quanto ao método de investigação científica, ao positivismo de Augusto Comte (1798-1857), doutrina assim denominada em virtude de o referido filósofo ter, em 1830, batizado o seu sistema de pensamento de *philosophie positive* – que tinha como admissíveis somente as verdades científicas extraídas dos estudos experimentais, rejeitando o conhecimento *a priori*, centrado na essência das coisas (metafísica), como era o pensamento *classicista* (DUROZOI e ROUSSEL 1996, p. 374-375).

Enquanto a escola clássica se escorava no *fundamento metafísico do livre-arbítrio* e elaborava o seu discurso segundo o *método dedutivo*, a nova forma de pensar adotou o *método indutivo ou positivo*, de observação e de experiência. Cesare Lombroso, o fundador da escola positiva – não era jurista, mas, sim, *médico* (psiquiatra e cirurgião) – escreveu como obra fundamental *O homem delinquente* (LOMBROSO 2007), publicado em 1876. Direcionou os seus estudos para outras áreas do

---

<sup>335</sup> As penas consistentes em chicotadas e varadas sobreviveram na Inglaterra, Irlanda, Dinamarca e Suécia, sendo usadas como medida disciplinar em prisões nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Rússia. Outros, como a Inglaterra, informa Mac Ancel (1979, p. 19), registraram, ainda no ano de 1819, 223 execuções capitais, número superior ao do ano de 1760, que tinha sido de apenas 160.

<sup>336</sup> Uma das críticas mais contundentes que se fazia à Escola Clássica era o fato de tratar o agente como vítima (FERRI 1988, p. 132).

conhecimento, firmando-se como *higienista, criminologista, antropólogo e cientista*<sup>337</sup>. Em sua tese, embasada em pesquisas anatômicas realizadas nos corpos de presos mortos durante o período de 1871 a 1876 – nessa época ele era conferencista e professor extraordinário em Pavia – (KURELLA 2020, p. 9), ao contrário do propagado pela escola clássica, o homem não comete o crime pelo fato de fazer essa opção – livre-arbítrio –, mas sim porque ele é ao comportamento delituoso por um fenômeno biológico – *determinismo biológico*. Para ele, há homens que já nascem potencialmente delinquentes, predispostos ao crime, enquanto outros, por um processo de degeneração orgânica, são levados à criminalidade.

Sem embargo do momento favorável à propagação de suas ideias, por representar a mudança de um paradigma advindo de um movimento como o iluminista, o pensamento de Lombroso sofreu severas críticas. O próprio Lombroso, socorrendo-se das censuras construtivas feitas por adeptos de suas lições como Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) e mesmo de adversários, a exemplo de Gabriel Tarde (1843-1904), cuidou de aprimorar o seu pensamento. Na primeira edição, o livro *O homem delinquente*, continha apenas 252 páginas, mas, na quinta, que foi a última, já alcançava cerca de 2.000 mil páginas (DIAS e ANDRADE 1997, p. 16).

Coube a Enrico Ferri explorar a dimensão sociológica e mesmo jurídica da escola positiva<sup>338</sup>. A obra capital de Ferri, porém, foi *Principii di diritto criminale* (1928), com a qual ele fez a construção jurídica de seu pensamento criminal-positivo, como ele mesmo afirma no prefácio do livro. Afastando-se do método de investigação dedutivo da escola clássica, que centrava a observação no fato criminoso, para Ferri o que interessa para a aplicação da pena é identificar a *periculosidade* do agente, mediante o estudo científico do seu comportamento, com o auxílio das ciências afins. Partia da lógica de que, sendo o *criminoso*, na prática, o protagonista da justiça penal, de igual modo, deve ser o centro de preocupação da ciência penal. De forma arguta, Anthony Bottoms aponta que “a escola clássica mandou os homens estudar a justiça, mas os

---

<sup>337</sup> Lombroso era um autodidata, mas, segundo Hans Kurella, durante a década de 1850 a 1860, ele foi influenciado por três tendências da época, que eram o positivismo francês, o materialismo germânico e o evolucionismo inglês (2020, p. 6).

<sup>338</sup> A produção doutrinária de Ferri, tendo como esteio as ideias *lombrosianas*, foi fecunda. Nos seus primeiros trabalhos, a sua análise foi essencialmente sociológica, o que lhe valeu o título de *pai da Sociologia Criminal*. Nessa área, as suas principais obras foram *Sociologia criminal* (1884), *O homicida* (1884) e *Socialismo e criminalidade* (1888).

positivistas mandaram a justiça estudar os homens” (2008, p. 85). Porém, o *distinguish* mais acentuado entre uma corrente de pensamento e a outra diz respeito à ideologia subjacente quanto à função da legislação penal. Note-se que a escola positiva apareceu acusando a escola clássica de conferir um tratamento sobremaneira benevolente ao autor do crime, tratando-o como *vítima do Estado*, que necessitava de proteção legal. Na percepção da escola positiva, ao contrário, antes e acima de tudo, os direitos penal e processual penal deveriam ser instrumentos a serviço do Estado e eficazes na repressão penal, confundindo *eficiência* com *punição*. À ideia de limitação do direito de punir da escola clássica, os defensores da nova ótica criminal davam ênfase à função repressiva da ciência criminal. Evidencia-se, a exame, ainda que perfunctório, a proposta punitivista, *repressiva* mesmo da escola positiva, como uma forma de dar resposta mais satisfatória ao chamado *combate* à criminalidade, missão da qual, no conceito do novo paradigma de justiça criminal, a escola clássica fracassara, devido à complacência com que tratou o autor do crime. A mudança de paradigma se justificativa e era necessária para que o processo criminal cumprisse fielmente a tarefa de punir. Nessa senda, no lugar de direito criminal, *direito penal*, e no de processo criminal, *processo penal*. São estatutos *repressivos ou punitivos*, não de proteção do direito de liberdade. São diplomas legais hábeis para a aplicação de pena e é isso que lhes interessa.

Até mesmo a linguagem dos *positivistas* se apresenta mais forte, ante a escolha de expressões como *delinquente* e *criminoso*<sup>339</sup>, para referir-se ao agente que pratica o delito, e *direito repressivo ou estatuto repressivo*, como sinônimo de direito penal e processual penal. Os arautos da escola positiva assumiam que a nova forma de pensar sobre o problema criminal tinha o compromisso de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do delinquente e os direitos da sociedade, visto que, no pensar deles, Beccaria e os seus seguidores, além de sobrepujarem as razões da defesa social, ainda tinha se esquecido da superioridade jurídica e moral do Estado e dos cidadãos honestos em face dos criminosos.

Nesse tortuoso caminho teórico, não é surpresa que Ferri tenha feito reservas ao princípio da presunção de inocência (FERRI 1988, p. 54), até porque, para o mestre

---

<sup>339</sup> A expressão foi utilizada por Lombroso no título de seu livro fundamental – o homem delinquente – e foi acolhida, sem a menor restrição, por Ferri e Garofalo.

italiano, se é patente que o juiz não deve condenar os inocentes, não é menos procedente pôr em evidência que não se pode deixar a sociedade indefesa para com os culpados. Como meio-termo, ele sugeria que, quando se tratasse dos delinquentes menos perigosos, a interpretação deveria ser mais favorável ao acusado; na hipótese de delinquentes mais perigosos, mais favorável à defesa social, ou seja, nesse caso, a adoção de uma *presunção de culpabilidade*.

No livro *Criminologia criminal*, Ferri (1892, p. 194-195), com mais vagar, aceita que a cláusula da presunção de inocência e, com ela, a regra do *in dubio pro reo*, possui um fundo de verdade e deve irrigar o sistema jurídico. No entanto, acredita que não deve ser aplicada nos casos em que ocorre a prisão em flagrante ou a confissão do próprio acusado e, igualmente, quando não se cuida de um criminoso ocasional, porquanto, ao se tratar de criminoso nato, ou louco “*y para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidade atávica*”, deve militar contra o agente a *realidade mesma das coisas*. Assim, para Ferri (1892, 194-195), a presunção de inocência, concebida como uma verdade relativa, permite eliminar,

*esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidad social.*

Forte nesse conceito, Ferri (1892, p. 195) discordava que, em nome do princípio da presunção de inocência, ao acusado fosse assegurado o direito de recorrer em liberdade, mesmo quando a sentença de primeira instância o tenha condenado por uma *forma atávica de delinquência*. Por outro lado, ele não concordava que fosse considerado absolvido o acusado quando no julgamento colegiado houvesse empate ou não existisse prova suficiente para a condenação, pois o mais correto, no seu pensar, era que a absolvição, nesses casos, não deveria ser embasada na *inculpabilidade*. No ponto, Ferri (1892, p. 196-197) dava como exemplo o que ocorria desde a época do direito romano, no qual, ao lado da absolvição e da condenação, havia o *non liquet*, para os casos em que a prova não era segura para a formação de um juízo, pelo que o juiz deixava de julgar.

Alargando o seu pensamento, Ferri (1892, p. 197-198), tendo em conta o (re)equilíbrio na seara processual entre os direitos individuais e os sociais, acreditava que, em grau de apelação, nada obstava que a pena aplicada na sentença, mesmo não

tendo havido recurso por parte do Ministério Público, fosse aumentada pelo tribunal, pois a finalidade da instância recursal era justamente escoimar os erros verificados na primeira instância.

Seguindo essa ideologia, Garofalo, também um dos arautos da escola positiva, produziu extensa bibliografia defendendo um direito criminal mais *eficiente* contra a impunidade. O seu escrito mais completo, no qual expôs o seu pensamento jurídico da escola positiva, foi *Criminologia* (1916), editado em 1885. Outros escritos que merecem destaque foram *Ripparazione alle vittime del delitto* (1887) e *La superstition socialiste* (1895). Atribui-se-lhe o início da elaboração jurídica da escola positiva, trazendo as questões de ordem psicológica como elemento novo aos aspectos antropológicos de Lombroso e sociológicos de Ferri.

Percorrendo o mesmo caminho do pensamento positivista, Garofalo, em linguagem também significativamente forte, tendo como pressuposto o *determinismo*, embasado no *biologismo* de Lombroso e no *fatalismo psicossocial* de Ferri, no livro *Criminologia*, irresignado com o excessivo formalismo e a demora dos processos, após sólidas considerações sobre o crime em si, fez várias sugestões para modificar, radicalmente, o código de processo criminal italiano. Apontava Garofalo (1916, p. 413-415)<sup>340</sup> a necessidade de a prisão preventiva ser estabelecida pela lei, tendo como parâmetro a quantidade de pena prevista para o tipo de crime praticado, diante da *presunção* de que o acusado, nos ilícitos mais graves, tem a pretensão de fugir. Esmiuçando o seu entendimento, defendia que a medida fosse prevista

em todas as ofensas a pessoas, enquanto dure a doença; em todas as ofensas, seja qual for o seu gênero, capazes de provocarem uma provável vingança de sangue; em todas as reincidências e, em geral, em todos os delitos habituaes; em fim, em todos os casos em que a natureza do crime, a índole do réu e as condições ambientes possam fazer-nos receiar a ameaça, a intimidação e o suborno de testemunhas, o desaparecimento de vestígios criminaes ou qualquer meio de iludir e perturbar a acção do magistrado.

O que Garofalo pretendia, como ele mesmo revelou mais adiante, era que fossem preceituadas *fórmulas práticas* para as hipóteses de decretação da prisão preventiva, estreitando, o quanto possível, a casuística sobre a matéria, a fim de diminuir o arbítrio do juiz (GAROFALO 1916, p. 413) e, por outro lado, não permitir, senão

---

<sup>340</sup> A primeira edição portuguesa do principal livro de Garofalo foi publicada em 1893.



mediante o pagamento de fiança, a possibilidade de o réu responder ao processo em liberdade. Justificava a necessidade do pagamento de fiança para o gozo do direito de ficar em liberdade, durante o curso do processo, ao fundamento de que até países como a Inglaterra, berço do habeas corpus, assim dispõe, e porque, “além de ser uma garantia do cumprimento da pena, é ainda, segundo a intenção do legislador, uma garantia do pagamento das despesas de enfermidade e de indenização de danos ...” (GAROFALO 1916, 415-417).

Em outro ponto, advogava que o legislador tornasse a prisão *obrigatória* para determinadas espécies de crime (GAROFALO 1916, p. 413). Como se vê, aqui ele defende o que se denominou, mais tarde, prisão preventiva obrigatória, instituto adotado na versão primária do Código de Processo Penal em vigor, mas que, com a reforma de 1977, foi extinto. Insistindo em sua posição, asseverava que, autorizada a prisão preventiva apenas quando e enquanto ela for *necessária*, isso tolera a “... liberdade provisória de autores de estupros, de ferimentos graves, de homicídio frustrado e ainda, nas províncias meridionaes, de homicídio consumado” (GAROFALO 1916, p. 416). Recorde-se que, em posição diametralmente oposta, Beccaria entendia que a prisão preventiva somente deveria ocorrer quando houvesse necessidade. Na versão originária do CPP, foi adotada a ideia de Garofalo, no entanto, especialmente após a Constituição de 1988, restou consagrado o entendimento de que a prisão processual se trata de medida cautelar, de modo que a sua decretação exige a demonstração da necessidade, devendo ser mantida apenas enquanto houver motivo para tanto<sup>341</sup>.

Ademais, para Garofalo (1916, p. 419), uma disciplina mais rigorosa para a prisão preventiva serviria, igualmente, para amainar o *sentimento de impunidade* que acomete o povo em geral, quando o autor do crime, após a sua prática e mesmo, muitas vezes, depois de uma rápida passagem pela prisão, é logo colocado em liberdade, voltando a ser visto nos mais diversos lugares. Ele ainda tinha em consideração que, em liberdade, o réu tudo fazia para que o processo tramitasse em marcha lenta, o que fomentava a interposição dos recursos admissíveis.

Qualificando os seguidores de Beccaria de *myopes progressistas*, Garofalo contestava a transposição dos institutos do processo civil para o processo criminal, pois,

---

<sup>341</sup> Cf. arts. 282, inciso I; art. 312, caput; e art. 316, parágrafo único, todos do CPP.

ao se procurar identificar a existência de duas partes na seara criminal – acusação e defesa –, como se fossem o *credor e devedor* do processo civil, pretendia-se retomar *em toda a sua pureza o sistema acusatório*, circunstância que, no seu pensar, fez com que se regredisse aos tempos bárbaros, em que o processo se transformava em uma *verdadeira luta*, cuja índole, nas suas palavras, não era a *verificação e a homenagem a uma certeza absoluta*, mas o estabelecimento de uma *verdade relativa*, porquanto *não se procura saber se há um inocente ou um culpado*, mas quem é o vencedor (1916, p. 425). Por isso mesmo, Garofalo chegava a afirmar, sem dissimulação, que se se quiser chegar à *verdadeira essência do processo criminal*, o sistema mais pertinente é o inquisitorial, introduzido, na Idade Média, pela justiça eclesiástica, e adotado pela França, por meio de Luís XII. Ele acreditava, como se vê, na possibilidade de se alcançar a *verdade absoluta ou real* no processo penal, desde que adotado o *sistema inquisitivo*.

Na concepção de um efetivo *processo penal* mais célere e menos formal, para Garofalo, não havia nenhuma necessidade de se instaurar fase para discussão sobre o fato, nas hipóteses em que o réu fosse pego em flagrante delito, assim como quando ele houvesse confessado a perpetração do ilícito, sem que existisse motivo para não acreditar em sua palavra. Para ele, assim como ocorria à época na Inglaterra, nesses casos, a discussão sobre o delito somente deveria caber quando o acusado declarasse a sua nulidade e estivesse a fim de produzir prova a esse respeito (GAROFALO 1916, p. 427).

Por outro lado, Garofalo (1916, p. 427) chegava ao ponto de não concordar com a exigência da presença de um advogado no processo, sob pena de nulidade, pois “o bom senso não pode admitir senão a defesa facultativa”, assegurando-se ao réu pobre um defensor de ofício, sem, contudo, obrigá-lo a defender-se. Garofalo pretendia que o princípio do direito de defesa no processo criminal se contivesse no aspecto formal, assim como, ainda hoje, ocorre no processo civil. Argumentava, ainda em prol desse entendimento, que os criminosos habituais, insensíveis ao processo e sem receio da condenação, muitas vezes, riem do desempenho do advogado que lhe é imposto sem que o quisesse, agregando, ainda, que, muitas vezes, em certos períodos, há *delinquente* que pratica o crime justamente na pretensão de ir para a prisão, local no qual teria abrigo e alimentação garantidos, condições mínimas de vida que, muitas vezes, lhe eram mais favoráveis do que as conseguidas no regime de liberdade.

Adepto do sistema inquisitivo, Garofalo não nutria simpatia maior pela publicidade e oralidade dos debates no âmbito do processo. Indo mais além, sugeria que, quando o juiz, tendo como suporte alguns caracteres – como, por exemplo, os antecedentes criminais do réu e a sua origem genética (pais delinquentes) – hábeis à elaboração do tipo antropológico e psíquico do acusado, fazia a declaração sobre o fato delituoso em apuração, a partir daí a discussão deveria ser encerrada, porque somente restaria fazer a “designação da classe, da espécie e da variedade de delinquentes” a que o réu pertencia (GAROFALO 1916, p. 428).

Igualmente, Garofalo não se conformava contra a falta de eficácia da sentença condenatória, porquanto a mera interposição do recurso já era suficiente para impedir os seus efeitos, em especial o cumprimento da prisão imposta, mesmo a estatística demonstrando que, em 1886, dos 23.122 recursos interpostos, apenas 7.329 (22%) das sentenças de primeiro grau foram modificadas e, mesmo assim, em 5.322 (9%) das hipóteses, houvera somente a diminuição da pena, sendo que a anulação do processo ou a absolvição do réu se resumiu a 2.067 dos casos. De outra banda, considerando que os recursos possuíam efeito suspensivo e, por isso mesmo, os réus, a despeito da sentença condenatória do juiz, permaneciam em liberdade e sem indenizar a vítima, observava Garofalo que, com a interposição do recurso, eles nada tinham a perder, muito pelo contrário, só a ganhar com a demora e a possibilidade de ocorrer a prescrição, razão pela qual esse estado de coisas estimulava o uso contínuo do recurso. Tendo em conta ainda que, de conformidade com a estatística analisada, a maioria das apelações apenas se prestava para diminuir a pena aplicada, sem modificação do preceito condenatório, para Garofalo, se não era o caso de proscriver a possibilidade de interposição do recurso, era necessário conservá-lo dentro de determinados limites, além de impedir o curso da prescrição durante o seu trâmite e as anulações por mera falta de observância de formalidades processuais que não tinham influência no conteúdo da decisão.

Garofalo (1916, p. 432-433) citou no seu livro vários casos de anulação do processo em virtude de irregularidade de somenos importância, como a (a) ausência da certidão de idade quando isso não tinha nenhuma relevância para a causa; (b) falta da fórmula sacramental “Em nome de S. Magestade”; e (c) ausência de erro no juramento de uma testemunha, posto que, na consignação da fórmula “Juro dizer toda a verdade e só a verdade”, a última palavra fora esquecida.

Embora concordasse com o entendimento de que era justo conferir ao cidadão a garantia ao recurso, no sentido de expungir eventual erro cometido na sentença, Garofalo contra-argumentava que não se mostrava justo, por outro lado, que o condenado permanecesse em liberdade mesmo condenado, até porque se revelava incongruente a admissibilidade da prisão preventiva por uma simples suspeita e a sua inadmissibilidade quando o acusado já fosse declarado culpado em sentença condenatória. Ele queria que não apenas o condenado fosse preso imediatamente à prolação da sentença, como defendia, ainda, que fosse possível o acréscimo da pena aplicada, mesmo sem o recurso do Ministério Público, pois essas medidas – acreditava piamente – poriam “termo ao costume, geral no meio-dia da Itália, de *appellar* de todas as sentenças no único intuito de ganhar tempo e poder esperar pela prescrição ...” (GAROFALO 1916, p. 431). No caso de o réu ser absolvido em segunda instância – o que era hipótese remota, como ele mostrou com o exame da estatística –, a solução, segundo Garofalo, seria indenizá-lo, direito a indenização que deveria ser reconhecido, até mesmo, no caso de detenção preventiva indevida.

Um resumo da visão de Garofalo (1916, p. 428) sobre o princípio da presunção de inocência pode ser pinçado do próprio arremate feito por ele: “A sociedade pede segurança e o ofendido pede reparação: eis o que importa prover”. Isso era o que ele tinha em mente quando apresentou as sugestões de como deveria ser o processo criminal, sob a ótica da escola positiva. Indo adiante, sob o prisma da *defesa social* como finalidade do processo criminal, chegou a defender que a revisão criminal, assim como admissível em prol da defesa, precisava ser prevista para sanar vícios nos processos em que o acusado era absolvido.

Resta claro que a escola positiva se manifestou sob a forma de *revolta* contra o direito penal clássico, “assimilável, em muitos aspectos, no que diz respeito à sua significação histórica, ao movimento de revolta que exprimia em 1764 o famoso pequeno tratado *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria” (ANCEL 1979, p. XX). Muito embora tenha como diferença a circunstância de as suas ideias não terem sido desde logo *popularizadas e aceitas por todos*, o pensamento positivista revolucionou o direito criminal, fazendo com que tudo fosse repensado, surgindo, a reboque do determinismo contra o livre-arbítrio, a *antropologia criminal*, a *criminologia* e a *sociologia criminal*, ciências que, embora não tivessem a missão de suplantarem o direito criminal nem suprimir

a importância deste – como alguns, em evidente exagero, passaram a defender –, manifestam-se como ferramentas necessárias para a correta compreensão do fenômeno criminoso, não só no sentido de orientar o legislador e o julgador, como para colaborar na definição da estratégia política no trato do fenômeno da criminalidade.

Ademais, Marc Ancel credita a rápida aceitação das ideias da escola clássica ao sucesso da revolução francesa. Não há dúvidas de que assim foi, mas não se pode negar que a busca da imposição de limites à sanha autoritária do Estado, que lastreou o humanismo beccariano, foi o móvel maior do entusiasmo dos intelectuais e da população com a proposta contida no pensamento beccariano. A forte resistência ao pensamento da Escola Positiva, porém, certamente tem raiz, sobretudo, na luta no sentido de que não fossem esquecidas as bases humanitárias do direito penal e processual penal.

Todavia, em rigor, nenhum criminalista ou ordenamento jurídico ficou indiferente ao pensamento positivista. A escola positiva, assim como a clássica, exerce influência sobre toda a ciência criminal contemporânea e é, a partir delas, que derivaram outras correntes de pensamento (FERRI 1988, p. 70)<sup>342</sup>. Além de Lombroso, Ferri e Garofalo, renomados juristas da estirpe de Eugenio Florian (1934)<sup>343</sup>, Filippo Grispigni<sup>344</sup>, Enrico Altavilla (1957)<sup>345</sup> e outros trataram de preservar e difundir o genuíno pensamento da escola positiva, enquanto Bernardino Alimena<sup>346</sup>, Gabriel

---

<sup>342</sup> No tópico seguinte, será feita a análise de algumas das muitas correntes ecléticas que adotaram as ideias básicas ora da Escola Clássica, ora da Escola positiva, especialmente as que se apresentaram como neopositivistas e que tiveram forte influência nas elaborações do Código Penal de 1940 e do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>343</sup> Dirigiu a *Rivista de diritto e procedura penale* (sucessora da revista *Scuola positiva en la dottrina e giurisprudenza penale*, fundada por Ferri). Segundo Heleno Cláudio Fragoso, o livro de Florian de maior destaque foi o *Tratado sobre a parte geral do código italiano (Lições de direito penal: parte geral)*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 51.). No Processo Penal, a sua maior contribuição foi a obra *Elementos de direito processual penal*, tendo, no prólogo da edição espanhola, advertido que toda a sua obra estava animada pela Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo (FLORIAN 1934, p. 6).

<sup>344</sup> A enciclopédia on-line *Treccani* (Istituto della Enciclopedia Italiana 2022) aponta Grispigni, juntamente com Florian, como os dois maiores expoentes da Escola Positiva criminológica italiana. Escreveu, dentre outras obras, *La responsabilità giuridica dei così detti delitti non imputabili* (1920); *Manuale di sociologia criminale* (1928) e *Corsi di diritto penale* (1932).

<sup>345</sup> Teve como obra fundamental o livro a *Psicologia judiciária*, lançada em 5 (cinco) volumes (ALTAVILLA 1957).

<sup>346</sup> Político e jurista, foi um dos grandes nomes da chamada *Terza Scuola* (Istituto della Enciclopedia Italiana 2022).

Tarde<sup>347</sup>, Alexandre Lacassagne<sup>348</sup>, Adolph Prins, Franz von Liszt, Alfredo Rocco e Ranieri Manzini e seguidores, propagaram o *neopositivismo*. De outro passo, algumas das propostas da escola positiva foram adotadas na Bélgica (1919), na Holanda e Inglaterra (1917), nos Estados Unidos, na Noruega (1902), na Argentina (1922), na Rússia (1922) e no Peru (1924), sem falar nos projetos de reforma dos Códigos Penais da Alemanha, Áustria, Suíça, Suécia, Dinamarca, Polônia, Tchecoslováquia, Romênia, Sérvia, Grécia etc., que, em suma, foram elaborados sob uma visão eclética das ideias da escola positiva (FERRI 1988, p. 73)<sup>349</sup>.

O Brasil não ficou infenso a esse movimento. O *positivismo comtiano* chegou ao Brasil na segunda metade do século XIX e foi um aliado do regime republicano, diante da penetração nas Forças Armadas, especialmente no Exército, assim como nas faculdades de direito, com uma faceta antiliberal. Quanto às ideias propriamente ditas da escola positiva entre os juristas brasileiros, há o registro de que, tendo a obra *O homem delinquente* de Lombroso sido publicada em 1877, Tobias Barreto, no livro *Menores e loucos em direito criminal*, datado de 1884 – ou seja, 6 (seis) anos após, já fazia referência às lições lombrosianas (FREITAS 2002, p. 270-272). Importa ter presente que Tobias Barreto, símbolo da faculdade de Recife<sup>350</sup>, era *germanista*, defendendo a doutrina alemã contra o predomínio da cultura francesa e, conquanto discordasse de Lombroso por associar o crime à doença, era um crítico sagaz do pensamento liberal *classicista* (R. F. DIAS 2018, p. 264). João Vieira Araújo, outro professor renomado da Faculdade de Recife, no escrito *Ensaio de direito penal ou repetições escritas sobre o código criminal do Império do Brasil*, também publicado em 1884, defendeu de forma enfática a necessidade de abordar o direito criminal sob a perspectiva lombrosiana, cujo pensamento foi sufragado por outros lentes como Clóvis Beviláqua, José Higino, Paulo Egídio de Oliveira Carvalho, Raimundo Pontes de

---

<sup>347</sup> Sociólogo e criminólogo francês, com passagem pela magistratura de 1869 a 1894, escreveu várias obras, dentre elas *La criminalité comparée* (1866), *La philosophie pénale* (1890) e *Les transformations du droit* (1893) (Instituto della Enciclopedia Italiana 2022).

<sup>348</sup> Médico francês, fundador da revista *Archives de l'anthropologie criminelle* (Instituto della Enciclopedia Italiana 2022).

<sup>349</sup> Como se verá no item 5.4, infra, o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, foi edificado sob as bases da Escola Positiva, contendo vários dispositivos que se confortam com a doutrina daquela corrente de pensamento.

<sup>350</sup> A faculdade de Direito de Recife também é conhecida como a *Casa de Tobias Barreto*.

Miranda, Viveiros de Castro, Cândido Mota, Moniz Sodré de Aragão, Evaristo de Moraes, José Tavares Bastos, Esmeraldino Bandeira, Lemos Brito (ALVAREZ 2003).

Essa influência da escola positiva também foi muito forte na faculdade de São Paulo, de modo que “a força do positivismo penal mostrou-se considerável e mesmo hegemônica em todo o Brasil...” (FREITAS 2002, p. 276). Assim, se   certo, como diz Ricardo Freitas (2002, p. 276-277), classificar a doutrina criminal brasileira como *classicista*, *positiva radical* e *positiva moderada*, “Esta última contou com número maior e mais representativo de juristas que as outras duas e tendeu a assumir posi es ecléticas”.

Um último aspecto da doutrina da escola positiva há de ser posto em evidência, muito embora poucos doutrinadores tenham dado a devida aten o para o fato. As preocupa es processuais expendidas por Ferri e Garofalo não foram ao acaso nem muito menos são aspectos secundários da doutrina positivista por eles verberada. Do conjunto da leitura da obra de Ferri observa-se que, muito embora a sua ideia central fosse no sentido de que a imputa o criminal deveria preocupar-se mais com a *periculosidade* do que com a *culpa* e que o direito penal era um instrumento de defesa social, negando, assim, a teoria clássica de que se cuida de *locus* para o exercício do direito de defesa, ele não escreveu uma obra intitulada *direito penal*. Consciente de que o direito penal em si, como importância prática para a defesa social,   sobremaneira relativo, porquanto a pena não tem o condão de evitar os crimes e muitos menos, por si s , de garantir a puni o, e certo de que boa parte dos delitos   cometida por determina o atávica ou por circunst ncias ocasionais que destroem os caracteres inibit rios do crime, Ferri (1892, p. 191) alertava que era necessário

*... projetar uma luz mais viva sobre as leis processuais y las medidas penales, por ser las que tienen precisamente por objeto transportar la pena desde las regiones et reas de las amenazas legislativas al terreno pr tico de la clínica social de defensa contra la enfermedad del crimen.*

Assim, as li es da escola positiva conduzem   conclusão quanto “*la necesidad de reformar los sistemas de procedimiento y represión, para poner-los en armonia com la novedad de los datos de la sociología criminal* (1892, p. 191). Por isso mesmo, na concep o de Ferri (1892, p. 191), os legisladores precisavam compreender “*de la necesidad de ocuparse menos de las reformas penales y mucho m s de las reformas de los tribunales y de las prisiones*”. Na esteira dessa importância conferida ao processo,

Ferri, indo além da processualização do julgamento dos crimes, fundamentou o pensamento de que a execução da pena também fazia parte do processo criminal e que deveria ser comandada pelo juiz<sup>351</sup>.

Por conseguinte, assim como a escola clássica, a preocupação fundamental da escola positiva residuiu, justamente, na introdução de modificações no direito processual penal, mais até do que em relação ao direito penal, conforme muito bem salientaram, respectivamente, o *classicista* Carrara e o *positivista* Ferri. A diferença é que, conforme adverte Zanoide (2010, p. 113-114), a escola positiva rejeitava a presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, pois para ela a “presunção de inocência não passava da porta da denúncia. Não adentrava à segunda fase da persecução penal, o início da ação penal”.

## 5.2. NEOCLASSICISMO E NEOPOSITIVISMO

Quando a escola clássica surgiu, muito embora rapidamente a sua base teórica tenha sido aceita pelos filósofos e *juristas*, dando início, assim, propriamente, à ciência penal, em reação a essa nova forma de ver as coisas, formou-se o que se chamou corrente *crítico-forense*, segundo a qual a missão do criminalista seria a de ilustrar e interpretar, *com maior ou menor amplitude sistemática de critérios*, os textos normativos de alguns países (FERRI 1988, p. 60). Ela inaugurou a segunda fase da escola clássica, que procurou estabelecer o pensamento jurídico-científico da corrente liberal com ela instaurada.

Esse desenvolvimento do pensamento clássico, malgrado tenha como ponto de identidade a concepção metafísica do livre-arbítrio, despartou-se, em um ou outro aspecto fundamental, da doutrina de Beccaria, daí por que não é incorreto afirmar-se que, em verdade, Bentham, Romagnosi, Camignani e Feuerbach figuram na lista dos neoclássicos (ANCEL 1979, p. 53). O próprio Carrara, que é considerado o jurista fundamental da escola clássica, apontado como o responsável pela dedução jurídica das ideias plantadas por Beccaria, que teve a primazia de fazer o esboço da dogmática dessa corrente, chegou a ser considerado, por alguns, como neoclássico – aí, sim, com alta

---

<sup>351</sup> Nesse passo, a doutrina de Bentham se aproxima da proposição positiva. Talvez aí resida um dos fatores pelo qual Ferri inclui Bentham entre os seguidores da escola positiva.



dose de exagero. Para além da corrente *crítico-forense*, e de variações oriundas de pensadores como Feuerbach, Bentham e Romagnosi – o pensamento deste foi tão peculiar que alguns estudos o apontam como seguidor da escola clássica, mas outros, da escola positiva<sup>352</sup> –, merecem menção como escolas neoclássicas a *escola penitenciária* de John Howard e a denominada *corrente científica*.

O mesmo fenômeno se deu com a escola positiva. O desenvolvimento do pensamento positivista se moveu em outras direções, criando escolas neopositivistas. Para além do determinismo biológico lombrosiano, teve relevância e destaque a denominada escola francesa, representada por Lacassagne, Tarde e Durkheim, sustentando o *determinismo social* como causa para a criminalidade, que forneceu contribuição singular para delinear os contornos da *sociologia criminal* e, mais adiante, à *criminologia socialista*, sob a orientação da doutrina *marxista-leninista*. No século XX, esse diversionismo fomentou o aparecimento da sociologia criminal americana.

Todavia, dentre as correntes neopositivistas, merece destaque especial a *escola moderna alemã*. Em verdade, comumente, ela é considerada uma corrente com identidade própria e singular, dado que rejeitava o *determinismo* lombrosiano e negava o *livre-arbítrio* beccariano, partindo da premissa de que a causa do crime estava nas relações sociais. Por isso mesmo, também foi identificada como *escola sociológica criminal* ou *jovem escola*. A doutrina foi fundada por Franz von Liszt, seu maior expoente (ANDRADE 2020, p. 7), tendo como obra fundamental o *Tratado de direito penal*, publicado pela primeira vez em 1881, reeditado até 1895, que foi a última versão, devidamente atualizada (LISZT 2003). Liszt era um crítico da escola clássica, especialmente quanto ao método de estudo, reconhecendo que embora o rigor lógico fosse uma virtude, findou funcionando como uma armadilha, fazendo-o desaguar no *doutrinarismo*, no quietismo, na estreiteza de visão e no negacionismo do progresso (2003, p. 26).

Considerava o método classicista esgotado, ademais de a vivência prática evidenciar que o sistema penal edificado com base nele era insuficiente na *luta contra a criminalidade*. Mas Liszt se afastou da ideia antropológica de Lombroso para abraçar o pensamento da escola francesa fundada por Lacassagne, também denominada *Terza*

---

<sup>352</sup> Ferri coloca Romagnosi no rol dos criminalistas clássicos, mas Roberto Lyra diz que ele era positivista.

*Escuola*, trazendo como singularidade o método técnico-jurídico, com o desenvolvimento de uma *teoria positiva e teleológica*, que tem como foco a ação, a conduta, enfim, a vontade humana, erigindo a *finalidade* como a ideia dominante. Partiu da concepção de que, a despeito da função desempenhada pela política criminal e pela criminologia, o direito criminal é essencialmente uma ciência jurídica, com sistemática própria (LISZT 2003, p. 29). Dessa forma, fincou as bases da ciência penal por meio da conciliação da dogmática criminal e criminológica, fixando o objeto, o método e os fins de cada uma das disciplinas, rejeitando a imiscuição de dados naturalísticos e sociológicos na formulação de preceitos jurídicos (ANDRADE 2020, p. 7).

Assim, a doutrina liderada por Liszt teve em mira separar o direito criminal da criminologia e da política criminal. À ciência penal reservou a pesquisa dogmática das normas jurídicas penais, por meio da lógica, concebendo o crime como um fato jurídico, mas não se descurando de que quem o pratica é o homem, possuindo, portanto, aspectos de ordem humana e social. A criminologia, para ele, era a ciência do crime, dividindo-se na *biologia criminal* e na *sociologia criminal*, da qual deve se servir a política criminal, a fim de saber os fatores  $\square$ criminógeno.

Era uma postura eclética, porém, estreme de dúvidas, afinada com a escola positiva. Isso porque, conquanto discordasse da *antropologia criminal* de Lombroso e da *sociologia criminal* de Ferri, adotava o método indutivo e ideias fundamentais positivistas, a fim de, em exposição rigorosamente técnica, imprimir uma nova direção à ciência criminal, ao identificar o comportamento criminoso como resultante do meio social, aproximando-se, como se disse, da *escola francesa*. A base da discordância de Liszt com a escola positiva era pelo fato de esta reservar para o direito criminal uma função subalterna em relação à política criminal ou à sociologia criminal. Para o jurista alemão, a *observação* levava à conclusão de que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições: um específico, característico da *natureza individual do delinquente*, e outro *referente às relações exteriores, sociais e especialmente das relações econômicas que o cercam*, sendo correto que as circunstâncias exteriores preponderam como causa *determinante* para a prática do ilícito (LISZT 2003, P. 23).

Em resumo, conforme acentua Ferri (1988, p. 71), a escola moderna alemã foi nada mais, nada menos do que uma derivação da escola positiva ou “senão uma derivação direta, posto que moderada, da Escola Positiva Italiana”. E parece haver razão

na afirmativa do ilustre criminalista italiano, pois, como visto, conquanto essa doutrina tenha algumas linhas de divergência com o positivismo, está ligada umbilicalmente à escola fundada por Lombroso, tendo como suporte o pensamento autoritário de que o direito criminal deve ser instrumento de defesa social, que se confunde com os interesses do Estado ou dos *donos do poder* político de ocasião, pensamento conveniente e necessário para a implantação do programa do *partido nacional-socialista* da Alemanha nazista.

A ordem normativa nacional-socialista se pautava por um *positivismo normativista* de conveniência, sendo observadas as regras quando elas se adequavam aos propósitos do regime, mas “quando criavam obstáculos, eram contornadas, ignoradas ou simplesmente descartadas (SARLET e GODOY 2021, p. 222). Esse positivismo normativo da escola moderna, centrado na garantia da ordem, da segurança e da estabilidade, serviu de justificativa para as atrocidades praticadas a pretexto do estrito cumprimento do dever legal, a ponto de Radbruch afirmar que, sob o enfoque jurídico, o *positivismo* foi o grande culpado pelo pesadelo nazista, pois deixou “sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas” (1979, p. 415). De mais a mais, como complementa Zaffaroni (2019, p. 24), “a dogmática penal alemã desses anos é o discurso jurídico-penal de legitimação genocida mais finamente elaborado de todos os tempos, cujo altíssimo nível de racionalização teórica não pode comparar-se com nenhum outro”.

### 5.3. ESCOLA DO TECNICISMO JURÍDICO

Tendo como pano de fundo a crítica da Escola Moderna alemã, apareceu na Itália, nos primórdios do século XX, a *escola do tecnicismo jurídico-penal*, encabeçada por Alfredo Rocco, Vincenzo Manzini, Arturo Rocco e Edoardo Massari (M. Z. MORAES 2010, p. 117), movimento criado como reação à confusão metodológica instaurada pela escola positiva. Essa escola, também denominada escola técnico-jurídica italiana, teve como ponto de partida uma célebre aula ministrada por Arturo Rocco, em 1910, na *Università degli studi di sassari*, quando o jurista italiano, embora admitindo a importância do estudo a respeito das causas da delinquência, expendeu que essa questão não interessava ao estudo científico do direito, porquanto o seu método de

estudo não é o indutivo, mas o técnico-jurídico ou lógico-abstrato (FRAGOSO 1978, p. 54). A conferência foi transformada no escrito *Il problema do método dela scienza del diritto penale*, também denominada *Prolusão sassarese*, publicado no mesmo ano na *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (GLOECKNER 2018, p. 2019). Acusando a escola clássica de ter pretendido conceber um direito penal universal e imutável, sem base no realismo, ainda que centrado em pensamento autoritário e vazado na premissa de que a sua finalidade é a defesa social, criticou a escola positiva por ter se limitado a criticar esse estado de coisas, sem oferecer nada em seu lugar, a não ser a ingerência de outras ciências como as políticas, as sociais e as morais.

Com uma proposta também conciliatória entre as escolas clássica e positiva, a escola do tecnicismo jurídico-penal tinha como ponto de partida a premissa de que o pensamento positivista havia relegado o direito criminal a segundo plano, deixando-o subalterno a ciências afins. Reclamava que era preciso delimitar o método, o objeto e a função da ciência penal, sendo necessária, portanto, a sua construção como ciência autônoma, assim como tinha sido feito em relação ao direito privado e ao administrativo (GLOECKNER 2018, p. 223). Para os juristas participantes do movimento, conquanto alguns estudos científicos oriundos do classicismo *carrariano* estivessem superados, não se podia conceber o extremismo da escola positiva em renegar a aplicação do *racionalismo* dentro de seu campo próprio. Rocco defendia que a ciência do direito penal deveria ter como objeto o “meio do único direito penal que existe como dado da experiência, ou seja, o direito positivo” (ROCCO 1982, p. 10).

Essa corrente surgiu, justamente, nas turbulências da Primeira Guerra Mundial, ocorrida em 1914, e atingiu o seu apogeu na Segunda Guerra Mundial, iniciada em 1939 e finalizada em 1945. Com efeito, até a eclosão do Primeiro Conflito Mundial, a plataforma política da Europa sobre a qual foram elaborados os Códigos Penal e Processual Penal era nitidamente liberal-humanística. Nas codificações então em vigor, se algumas ainda continham normas que não se enquadravam no arcabouço dessa filosofia, isso se deveu mais ao tempo necessário para o pleno desenvolvimento do processo de introdução das mudanças decorrentes do novo paradigma.

Tendo como foco de análise os códigos penais editados sob a influência do movimento reformista, que se instaurou na Europa como decorrência da difusão dos fundamentos da escola clássica, Bettiol realça que o Código Penal de Napoleão de 1810,

dentre outros princípios de base liberal, estabeleceu as cláusulas do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*. Direcionado por esse viés liberal-iluminista, o Código Penal Bávaro de 1813, elaborado por Paul Johan Anselm von Feuerbach (1775-1833), teve como uma de suas características a disciplina rígida dos tipos penais, a fim de não dar margem à discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena (BETTIOL 1973, p. 55-56). Sob a mesma inspiração, foi editado o Código Penal italiano de 1889 (Código Zanardelli), que foi o primeiro estatuto unitário daquele país.

A escola-técnico jurídica se contrapôs a esse viés liberal, abstraindo toda consideração filosófica, os *tecnicistas*, cujos maiores propagadores foram Alfredo Rocco<sup>353</sup> e Manzini<sup>354</sup>, e ainda doutrinadores da categoria de Alfredo Rocco, Massari e Delitala (este em menor dimensão), sob forte inspiração *normativista*, entendiam que até mesmo questões afetas ao livre-arbítrio deveriam ficar fora do campo de investigação do cientista jurídico, pois este deveria se conter no exame do ordenamento posto pelo legislador, de modo que não há direito fora da lei, não havendo, por conseguinte, de falar-se em direito natural (FRAGOSO 1978, p. 55). Com apoio na ideia da *inutilidade jurídica das investigações filosóficas*, Manzini (1941, p. XIII) queria afastar essas indagações da consideração dogmática do direito positivo. Até porque, para ele, fulcrado na linha *positivo-normativa*, no exame teórico da norma posta não se há de indagar da justiça ou da injustiça de seu enunciado, porquanto isso está fora da tarefa do dogmático (MANZINI 1941, p. XIV); trata-se de questão de ordem política, a ser levada em consideração pelo legislador na formulação do direito. O que se pretendia era a distinção “da Ciência jurídico-penal com relação à antropologia, à psicologia, à sociologia e à filosofia do direito e à política criminal...” (ROCCO 1982, p. 9).

À época, na Itália, estava em vigor o Código de Processo Penal de 1913, que tinha sido concebido sob a orientação política e científica de Alessandro Stoppato, um jurista forjado nas fontes profundas da escola liberal (BETTIOL 1973, p. 171). Havia a necessidade, por conseguinte, de reformulação da legislação penal e processual penal da Itália. Por indicação de Rocco, que era Ministro da Justiça na Itália, Manzini integrou

---

<sup>353</sup> Era Ministro de Mussolini, homem que, nessa qualidade, comandou a reforma do sistema criminal italiano, sob o comando da doutrina fascista.

<sup>354</sup> No prólogo feito por Ricardo Núñez e Ernesto Gavier à versão espanhola do *Tratado de derecho penal*, está dito que Manzini não acreditava no liberalismo nem, muito menos, na democracia e possuía espírito autoritário (MANZINI 1941, p. XIV).

as comissões de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal de 1931. Ao *liberalismo* penal e processual penal então vigente impunha-se o *autoritarismo* embalado pela ideologia do fascismo que, na sua dimensão jurídico-penal, encontrava eco na escola técnico-jurídica, a qual, em seu ecletismo, sugeria uma posição intermediária e conciliadora entre as posições das escolas clássica e positiva, extraindo delas o que havia de mais autoritário.

Se na Alemanha a doutrina da escola moderna, com o viés autoritário da defesa social ou dos interesses da comunidade, foi apropriada pelo *nazismo* do Estado nacional-socialista alemão, o mesmo fenômeno ocorreu na Itália. O tecnicismo jurídico, de viés autoritário, ganhou projeção na Itália *fascista*. Ao contrário do que se pensa, a escola ou método tecnicista, tendo sido fundada em 1910, antecedeu ao *fascismo italiano*, que surgiu durante a Primeira Guerra Mundial, mas foi produto do *liberalismo reacionário e conservador*, sendo conveniente para um governo de índole *ultranacional e autoritário* (GLOECKNER 2018, p. 199), da mesma forma como fora a escola moderna para o nazismo.

A doutrina *fascista* (BOBBIO e BOVERO 1987, p. 466) também exigia a reforma dos direitos penal e processual penal, no propósito de que fosse reafirmada a autoridade do Estado, em detrimento do caráter *liberal e democrático* que havia permeado a legislação criminal então vigente nas plagas itálicas (LOMBROSO 2007).

E aqui uma digressão se impõe. Não se há de negar que o *fascismo* comporta várias definições, multiplicidade germinada da complexidade e mesmo da pluralidade de enfoques que o tema comporta. Contudo, sob o enfoque histórico – que é o mais pertinente – pode-se entender por fascismo, antes de tudo, um sistema autoritário de dominação, que admite apenas um único partido político, com ideologia embasada no culto do chefe e do Estado, com forte ideia nacionalista e rejeição do individualismo liberal e da democracia. Portanto, o *fascismo*, que era uma antítese radical da democracia, escorava-se na constatação de que esse regime de governo estava superado, exigindo novo arcabouço jurídico, forte na concepção de que “*No era ya el individuo quien debía considerar-se el centro de la realidad social y política, sino el Estado que reivindicaba para sí un poder originario y autónomo respecto a la voluntad de los individuos en cada sector de la actividad política*” (BETTIOL 1973, p. 83).

A doutrina da escola do tecnicismo jurídico e o Código de Processo Penal de 1930 italiano encontraram solo fértil na América Latina, em razão da descendência da *família romano-germânica* (DAVID 1993, p. 17-19)<sup>355</sup>. Por isso mesmo, lembra Zaffaroni (R. E. ZAFFARONI 2019, p. 21), quando houve o declínio do positivismo criminológico biológico racista, os países da América Latina trouxeram “da Alemanha o método dogmático, em razão da sua alta elaboração teórica e da sua compatibilidade com a nossa tradição jurídica europeia continental, que hoje é dominante na ciência jurídico-penal latino-americana”. Ademais, no Brasil, essas ideias se alinhavam ao perfil de Estado ditatorial, fundamentado na Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional. Um governo nacionalista autoritário, por óbvio, queria um direito criminal protecionista do Estado, com uma acentuada rigidez legalista e consequente diminuição do livre-arbítrio do juiz (ARAÚJO JÚNIOR 1991, p. 29).

Em suma, a fim de reafirmar o prestígio da ciência criminal, abalada com o destaque conferido às ciências auxiliares pelas ideias positivistas, a escola tecnicista tinha como missão revalorizar os estudos científicos do direito positivo, sem opor-se, a princípio, a uma ou outra corrente. Procurou conciliá-las, sem afrontar os fundamentos de cada escola, tendo, porém, como tônica a *defesa social*, concebendo o direito criminal como um mecanismo de força colocado nas mãos do Estado provedor da justiça, a arma estatal a ser empregada na *luta* contra a criminalidade crescente, com propriedade para estabelecer a *verdade* e *resolver* os processos, de forma célere. Eficiência e resposta com velocidade à impunidade são agregados como elementos fundamentais do processo.

Para acabar com a *impunidade* e a consequente falta de eficiência do *processo criminal*, o remédio engendrado foi a visão de um efetivo *processo penal*, de viés mais punitivista, em que o *poder de punir* se apresenta na qualidade de interesse coletivo, devendo se sobrepor aos *direitos individuais*, especialmente ao direito de liberdade, de modo que as formalidades ou regras precisavam ser relegadas a segundo plano, em prol da imaginária *verdade real*, a fim de legitimar a punição.

---

<sup>355</sup> René David (1993, p. 18) identifica como uma das características marcantes da família romano-germânica a centralidade da lei, utilizando como estratégia para a uniformização a edição de *códigos*.

Em linhas gerais, em compasso com o pinçado por Gloeckner (2018, p. 275-323), o Código de Processo Penal de 1930 da Itália, seguindo a orientação da escola técnico-jurídica, apresentava a seguinte estrutura: (i) *sistema processual misto-inquisitivo*; (ii) *princípio da verdade real*, que era considerado a sua espinha dorsal, sendo a missão do juiz descobrir a verdade para combater a criminalidade com eficiência, possuindo o poder geral de cautela e o de determinar de ofício a produção da prova; (iii) negação do *princípio da presunção de inocência*, oriundo do sentimentalismo romântico dos classicistas, no intento de restabelecer o *tratamento igualitário* entre a defesa social e os direitos individuais; (iv) *princípio da liberdade da prova* associado à cláusula do *livre convencimento do juiz*, sendo concentrada a produção da prova pericial na fase investigatória, sem o direito à indicação de assistente técnico pela defesa, conferindo relevância ao descobrimento da *verdade real*, a prevalecer sobre as formalidades para a produção da prova e consequente *eliminação das nulidades absolutas*; (v) *direito de liberdade* como concessão do Estado, tratado como um direito individual subserviente aos *interesses da sociedade*, com admissão da prisão preventiva como forma de perquirir a verdade, sendo obrigatória em determinados casos; (vi) investigação conduzida pelo juiz, na instrução formal, e pelo Ministério Público, na sumária (cabível no caso de flagrante delito), não havendo clara delimitação das funções, de modo que, em alguns momentos, o Ministério Público tinha função judicante, enquanto o juiz atribuição acusatória, possuindo, ainda, o órgão ministerial, atuação como polícia judiciária, sendo conduzida a investigação de forma secreta e sem o direito de defesa; (vii) investigação como o *coração do processo penal*; (viii) *princípio do contraditório* como instrumento para o descobrimento da verdade real; (ix) princípio da publicidade do processo restrito a amplo critério subjetivo do juiz; (x) guarida ao instituto da *emendatio libelli*; (xi) gestão da prova nas mãos do juiz, em detrimento do princípio do ônus da prova do processo civil, uma vez que a ação penal carregava embutido um *interesse coletivo*, devendo o juiz produzir a prova pela acusação, no desiderato de encontrar a verdade material.

Como se verá no item 5.4.1, infra, as ideias centrais do CPP de 1941, mencionadas por Francisco Campos na exposição de motivos (BRASIL 1941), estão inteiramente afinadas com os pilares estruturais do Código de Processo Penal da Itália de 1930. Francisco Campos, inclusive, na exposição de motivos, chegou a fazer



referência expressa às palavras assacadas por Arturo Rocco, no ponto em que, se precatando quanto às críticas pelo viés autoritário da nova codificação, ressaltou que alguns dispositivos iriam gerar desconforto para os que estavam acostumados com as *inveteradas deficiências e fraquezas* da legislação então vigente. Por isso mesmo, Zanoide (2010, p. 157) diz que não é apenas a estrutura do CPP de 1941 que revela a influência do Código italiano, uma vez que “Francisco Campos confessa tal influência já na Exposição de Motivos de nosso Código de 1941...”

Aliás, aqui vai uma constatação. A leitura detalhada da exposição de motivos do CPP de 1941, escrita por Francisco Campos, em conjunto com a da exposição de motivos do CPP da Itália de 1930, redigida por Alfredo Rocco (1930), apresentado na audiência de 19 de outubro de 1930 para a aprovação do texto definitivo do *Codice di Procedura Penale*, demonstra que as ideias centrais do texto brasileiro gravitam em torno do documento italiano. E mais. Enquanto o manuscrito subscrito por Campos tinha apenas 8 (oito) páginas, o lavrado por Rocco continha 84 (oitenta e quatro) páginas, explicando em minúcias a razão de ser da nova codificação e de todas as muitas inovações alvitradas. Rocco precisava detalhar o projeto ao Congresso Nacional italiano para conseguir a sua aprovação pelo parlamento, ao contrário de Campos, que remeteu o texto do CPP diretamente ao Presidente da República, para fins de sanção, uma vez que o Legislativo brasileiro estava fechado. Cabe agregar que não é despropositado dizer, sem nenhum desprestígio à cultura universal de Francisco Campos, que o texto produzido por ele, em certa medida, é um resumo do escrito por Alfredo Rocco.

Por último e ainda sobre a escola técnico jurídica, um detalhe precisa ser destacado. Se a escola positiva rejeitou a presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, na visão de Maurício Zanoide (2010) essa nova corrente rejeitou a *presunção de inocência*, concebendo a presença, apenas, da *presunção de culpabilidade*. Entretanto, tanto uma escola quanto a outra, para várias situações, criou hipóteses de presunção de culpabilidade para permitir decisões contrárias ao acusado, principalmente quanto prisão, com a previsão da prisão preventiva obrigatória.

#### 5.4. ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Conforme dito acima, no item 4.6, supra, a Constituição de 1934 restaurou a unidade processual e, nas disposições transitórias, determinou a nomeação de uma comissão de 3 (três) juristas, sendo 2 (dois) ministros do Supremo Tribunal Federal e 1 (um) advogado, para elaborar a sugestão de projeto do novo Código de Processo Criminal. A comissão formada em 15 agosto de 1935 pelos ministros Bento de Faria<sup>356</sup> e Plínio Casado<sup>357</sup> e pelo professor Gama Cerqueira<sup>358</sup>, todos renomados juristas, submeteu o trabalho ao Presidente da República pelas mãos do Ministro da Justiça de então, o eminente professor Vicente Ráo<sup>359</sup>.

As características fundamentais do projeto encaminhado por Vicente Ráo consistiam na (a) *restrição progressiva do júri*; (b) eliminação do inquérito e consequente retorno ao *juízo de instrução*; e (c) *equivalência de direitos, da sociedade e do acusado*, no curso do processo. Isso denota a clara inclinação pela orientação das ideias da escola positiva. Com efeito, a escola positiva criticava o liberalismo que

---

<sup>356</sup> Antônio Bento de Farias, na época, era Ministro do Supremo Tribunal Federal, nomeado pelo Presidente Artur Bernardes, em 1925, tendo se aposentado em 1945. Votou pelo não recebimento do pedido de habeas corpus impetrado em favor do presidente deposto, Washington Luís, pela Revolução de 1930, que colocou no poder Getúlio Vargas. Escreveu algumas obras, merecendo destaque *Nulidades em matéria criminal no processo e no julgamento*, em 1903 (FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS 2009).

<sup>357</sup> Plínio de Castro Casado, na época, era Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo sido nomeado em 1931, sendo aposentado, pela compulsória, em 1938. Foi um dos fundadores da Faculdade de Direito de Porto Alegre, tendo sido professor catedrático, lecionando nas cadeiras de direito público e constitucional (FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS 2009).

<sup>358</sup> Luís Barbosa da Gama Cerqueira dedicou-se à política e à advocacia, tendo sido eleito a deputado à Assembleia Constituinte de 1891, vinculado ao Partido Conservador. Depois, foi do Partido Republicano e, em seguida, do Partido Democrático. Tendo se mudado para São Paulo em 1895, no exercício da advocacia conquistou reputação e grande clientela, tendo se tornado professor da Faculdade de Direito, por concurso (FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS 2009).

<sup>359</sup> Vicente Paulo Francisco Ráo era notável jurista e professor catedrático de direito civil do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, possuindo o título de Doutor “Honoris Causa” pela Universidade de Nancy (França). Foi Ministro da Justiça (1934-1936) e das Relações Exteriores (1953-1954) e membro da Delegação do Brasil junto à *X Assembleia Geral das Nações Unidas* (1950), além de ter participado de outras conferências internacionais, sendo a última delas na qualidade de Presidente com categoria de *Embaixador da Comissão Jurídica Interamericana da OEA* (1969/1973). Escreveu várias obras: *Capacidade civil da mulher casada*, *Direitos da mulher casada sobre o produto do seu trabalho*, *Posse de direitos pessoais*, *Novas formas de organização política* e outras. A mais importante, porém, foi a obra *O direito e a vida dos direitos*. Tinha substancial formação humanística e liberal, o que o transformou, nas palavras de Ovídio Rocha Barros Sandoval, “... em espadachim na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana” (RAO 1991, p. 6). Mas, assinou juntamente com Getúlio Vargas a extradição da judia Olga Benário, companheira de Luís Carlos Prestes, para a Alemanha nazista, que a executou; elaborou a Lei de Segurança Nacional de 1935; e, como se verá, apresentou um projeto de novo código de processo penal antiliberal e conservador, servindo de base para o projeto que se transformou no Código de Processo Penal de 1941.

pautava a escola clássica, fazendo com que o centro da preocupação do sistema processual fosse a proteção do acusado, pelo que os positivistas tinham como dogmas para a reforma do processo criminal o (*r*)*estabelecimento* da igualdade entre a sociedade e a defesa, não devendo o acusado ser tratado como vítima do Estado, ademais de defenderem a supressão do tribunal do júri (GLOECKNER 2018, p. 239).

Partia do pressuposto de que no sistema processual de então havia um excesso de proteção ao *individualismo*, pelo que era necessário estabelecer um justo *equilíbrio* entre a sociedade e a defesa, no conflito entre o princípio social e o individual, entre os interesses gerais ou coletivos e os interesses individuais, de modo que, ao tempo que se deve conferir aos acusados a produção de sua defesa, deve “estabelecer normas mais severas, mais seguras, para evitar a impunidade do crime...” (GLOECKNER 2018, p. 391). O verniz autoritário do projeto, a pretexto de promover o equilíbrio entre os direitos da sociedade e os dos acusados, escorado em uma imaginária prevalência sistêmica em prol dos últimos, reproduziu o discurso político em voga da *supremacia do interesse coletivo*. Mas, há de se destacar, como ponto positivo do projeto Vicente Ráo, a defesa do *juizado de instrução*. Na exposição de motivos do projeto elaborada por Ráo, ele apontava o inquérito policial como o defeito do sistema processual, uma vez que “descaracterizava por completo as funções da polícia, bem como importava em grave afronta aos direitos do acusado” (GLOECKNER 2018, p. 340).

Por divergências políticas, Vicente Ráo deixou o cargo de Ministro da Justiça, sendo substituído por José Carlos de Macedo Soares, que tomou posse em 3 de junho de 1937, com um discurso de humanização à repressão ao comunismo. Colocando em prática a sua fala, logo promoveu a soltura de 500 (quinhentos) presos políticos, evento conhecido como *a macedada*. Essa iniciativa precipitou a sua saída do cargo em 5 de novembro, ou seja, às vésperas do Golpe de Vargas, assumindo em seu lugar Francisco Campos (MELCHIOR 2021, p. 122). A partir daí, tendo como pano de fundo a edição da Constituição de 1937, houve o recrudescimento da repressão política e foi adiante o propósito de dotar o país de um *Código de Processo Penal* autoritário e policialesco.

Mantida a unidade processual pela nova Carta, no mesmo ano designou-se outra comissão para elaborar o projeto do novo Código de Processo Criminal, agora sob a coordenação de Francisco Campos, aquele mesmo que era considerado o maior ideólogo da direita brasileira, de ideias antiliberais, autoritárias e conservadoras,

considerado, por alguns, como responsável pela difusão da *doutrina fascista* no Governo Vargas. De fato, de acordo com Rose (2001, p. 17), se quem deu o golpe foi Dutra e quem apoiava Hitler era Góis Monteiro, “quem instituiu o fascismo foi Francisco Campos”.

Sob a coordenação de Campos, fizeram parte da comissão Nelson Hungria<sup>360</sup>, Roberto Lyra<sup>361</sup>, Narcélio de Queiroz<sup>362</sup>, Cândido Mendes<sup>363</sup> e Vieira Braga<sup>364</sup>, todos juristas reverenciados pelo grande saber jurídico. Com o falecimento do Professor Cândido Mendes, passou a integrar a comissão o desembargador Florêncio de Abreu<sup>365</sup>. Assim como ocorrera quando da edição do CPCrim de 1832, havia o sentimento de urgência quanto à concepção de nova codificação criminal, em razão da necessidade da unificação legislativa determinada pela Constituição de 1934, sem aguardar os trabalhos referentes ao Código Penal. Tendo em consideração essa urgência, Narcélio de Queiroz, um dos membros da comissão, confidenciou que o projeto foi finalizado em 5 (cinco) meses, entre novembro de 1937 e fins de abril de 1938 (MELCHIOR 2021, p. 127).

---

<sup>360</sup> Nelson Hungria Hoffbauer (1891-1969) foi promotor de justiça, juiz de direito, desembargador do Distrito Federal e ministro do Supremo Tribunal Federal (1951-1961). Era professor e participou, também, das comissões de elaboração do Código Penal, da Lei das Contravenções Penais e da Lei de Economia Popular. Escreveu diversas obras, destacando-se *Fraude penal e legítima defesa putativa e Estudos sobre a parte especial do código penal de 1890*. A sua maior obra foi *Comentários ao Código Penal* (8 volumes).

<sup>361</sup> Roberto Lyra Tavares (1902-1982) foi jornalista, cronista, advogado, membro do Ministério Público. Na época em que participou da comissão, era Promotor de Justiça, tinha acentuado prestígio não só no Brasil como no estrangeiro e participou, também, da comissão que elaborou o Código Penal. Publicou diversas obras: *Comentários ao código penal* (1958); *Comentários ao código de processo penal* (1944); *O ministério público e o júri* (1933); *Introdução ao estudo do direito criminal* (1946); *Noções de direito criminal* (1944-1945) e *Novíssimas escolas penais* (1956).

<sup>362</sup> Narcélio de Queiroz foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara e um criminalista que, segundo Roberto Lyra, não teve, perante o grande público, a projeção correspondente ao seu valor. Tinha fama de excelente palestrante, de codificador e representou o Brasil em várias assembleias internacionais (LYRA 1956, p. 93-94). Roberto Lyra conta que a participação dele no *2º Congresso Latino-Americano de Criminologia* foi tão marcante que, nos contatos mantidos com criminalistas estrangeiros, estes sempre perguntavam o que Narcélio de Queiroz tinha escrito. Escreveu o clássico *Teoria da actio libera in causa e outras teses* (1963).

<sup>363</sup> Cândido Mendes de Almeida Filho era venerado professor de processo penal e foi promotor de justiça Frederico Marques cita como obra de sua autoria *Comentários ao Código de Processo Penal Estadual de São Paulo* (1977, p. 124).

<sup>364</sup> Antônio Vieira Braga era, na época, juiz cível, tendo ascendido, posteriormente, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Embora fosse o que tinha menos intimidade com a legislação e a doutrina criminal, segundo Roberto Lyra, conhecia a fundo as escolas criminais e era um legislador nato, com rara sensibilidade de técnica legislativa (LYRA 1956, p. 95).

<sup>365</sup> Florêncio de Abreu e Silva era Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e publicou a obra *Código de processo penal do Rio Grande do Sul*. Resta considerar que o Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, veiculado pela Lei nº 24, de 1898, foi inspirado na escola positiva, notadamente de acordo com as ideias de Garofalo (M. F. ANDRADE 2021, p. 42).

Entretanto, o professor Alcântara Machado<sup>366</sup> elaborou rapidamente o projeto do novo Código Penal, fazendo citação, na exposição de motivos. ao projeto de código feito por Ferri em 1921<sup>367</sup>, ao código penal italiano de 1930, chamado Código Rocco, assim como ao dinamarquês de 1930 e ao suíço de 1937 (BRITO 2022, p. 125). Em razão disso, houve a alteração do planejamento governamental coordenado pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, com a deliberação para que os 2 (dois) trabalhos fossem encerrados concomitantemente e, ainda, para que houvesse a harmonia do Código de Processo Penal em relação ao Código Penal (Código de Processo Penal 2001, p. 5.). Todavia, Francisco Campos entendeu que era necessário submeter o projeto da autoria de Alcântara Machado a uma comissão revisora, tendo ele preferido escolher praticamente as mesmas pessoas que haviam participado da comissão que cuidara de concluir o projeto inicial do CPP em 1938, nomeando para tanto Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz. Certamente Francisco Campos assim procedeu diante da estratégia de harmonizar entre si as duas principais leis do sistema criminal.

Finalizada a missão atribuída à comissão revisora, o novo Código Penal foi objeto do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Na exposição de motivos do novo Código Penal, Francisco Campos ressaltou a importância do projeto elaborado por Alcântara Machado, mas deixou claro que a comissão revisora introduzira modificações à estrutura e ao plano sistemático daquele, de modo que o projeto encaminhado era fruto dos trabalhos desenvolvidos por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz (Código Penal 2000, p. 22). Talvez em razão dessas palavras assacadas por Francisco Campos e também pelas muitas modificações inseridas no projeto, Alcântara Machado tenha ficado decepcionado com a comissão revisora (BRITO 2022, p. 127).

De qualquer sorte, Alexis Brito (2022, p. 129) salienta que, logo após o discurso do Ministro Francisco Campos no ato de promulgação dos códigos, em entrevista

---

<sup>366</sup> José de Alcântara Machado de Oliveira (1875-1941) era escritor e professor, membro da Academia Brasileira de Letras (1931) tendo alcançado, em 1925, a posição de Professor Catedrático de Medicina Legal na Faculdade do Largo do São Francisco.

<sup>367</sup> Ferri cuidou da feitura de um projeto de código de penal para a Itália que, porém, não se transformou em lei. Mas Giuseppe Bettiol (1973, p. 55-56) faz referência ao fato de o Código Penal Soviético de 1926 ter se servido do projeto elaborado por Ferri para a Itália, que continha acentuado autoritarismo, a ponto de não ter reconhecido, sequer, o princípio da reserva legal (*nullum crimen sine lege*).

coletiva concedida pelos membros da comissão revisora, Nelson Hungria<sup>368</sup> e Narcélio de Queiroz reconheceram que o projeto Alcântara Machado se constituiu no ponto de partida e na base do novo Código Penal, chegando o primeiro, em outra oportunidade, a comparar a importância do professor à de Clóvis Beviláqua para o Código Civil de 1916, até porque, ambos, o projeto e o Código Penal, haviam sido inspirados nos modelos italiano e suíço.

Conquanto publicado em dezembro de 1940, houve a previsão de que o CP de 1940 só entraria em vigor em 1º de janeiro de 1942 (art. 361). Essa *vacatio legis* alargada foi para dar tempo para que fosse realizada a revisão do projeto inicial do código processual, para fins de adequação ao Código Penal, empreitada sob a responsabilidade da mesma comissão, acrescentada de apenas mais um membro, o Desembargador Florêncio de Abreu.

Diante da necessidade de encerrar a revisão do projeto inicial do CPP antes do final da *vacatio legis* do CP, esse trabalho também foi premido pelo tempo. A comissão concluiu de forma célere a revisão do projeto do novo CPP – aquele que, por sua vez, havia sido elaborado no prazo recorde de 5 (cinco) meses – tendo sido o projeto definitivo finalizado e encaminhado à sanção do Presidente da República em 8 de setembro de 1941, por meio da exposição de motivos lavrada por Francisco Campos, com a sua transformação no novo Código de Processo Penal pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. No intuito de que entrasse em vigor juntamente com o Código Penal, o art. 810 do CPP dispôs que também só começaria a vigor a partir de 1º de janeiro de 1942 (art. 810).

O lapso temporal entre a formação da comissão para elaborar a revisão do projeto inicial do CPP de 1941, no desiderato de ajustá-lo ao Código Penal publicado, e a conclusão dos trabalhos, foi muito curto. Cabe lembrar que a exposição de motivos do CP de 1940 foi escrita em 4 de novembro de 1940. Acreditando que a comissão revisora tenha se debruçado sobre o projeto inicial do CPP em outubro de 1940, como

---

<sup>368</sup> Porém, no Segundo Congresso Latino Americano de Criminologia realizado em Santiago do Chile, no ano de 1941, quando se falou a respeito do novo Código Penal, não houve menção ao nome de Alcântara Machado, tendo Nelson Hungria explicado que isso se deu pelo receio de que o professor, “... que não se conformava com o trabalho de revisão cuja elaboração permaneceu alheio, rejeitasse publicamente a homenagem dos congressistas reunidos no Chile, colocando os enviados brasileiros em ‘situação de invencível constrangimento’” (BRITO 2022, p. 131).

a exposição de motivos da nova legislação processual foi datada de 8 de setembro de 1941, tem-se que a comissão revisora concluiu a sua missão em 10 (dez) meses, no máximo. Outro detalhe. Enquanto a *vacatio legis* do Código Penal foi de praticamente 1 (um) ano e 1 (um) mês, a do Código de Processo Penal não chegou a completar 3 (três) meses, o que não deixa de ser uma visível incongruência, pois o CP tem 361 artigos, enquanto o CPP possui 811 artigos.

O que se quer acentuar é que tanto o trabalho de elaboração do projeto inicial do Código de Processo Penal, concluído em 1938, como a sua revisão foram trabalhos hercúleos e levados a efeito em tempo muito curto. Pelo espaço de tempo reduzido para a produção do projeto inicial, concluído em apenas 5 (cinco) meses, certamente houve um ponto de partida, melhor dizendo, um projeto-piloto. Isso de fato ocorreu. O exame do Projeto Vicente Ráo, concluído em 1936, denota que o Código de Processo Penal publicado manteve vários dispositivos lá previstos, chegando, inclusive, “alguns artigos, a reproduzir exatamente expressões utilizadas pelos artigos do Projeto Ráo” (GLOECKNER 2018, p. 342). Em análise do Projeto Vicente Ráo, percebe-se que em alguns pontos, ele era mais liberal do que o CPP de 1941, enquanto, em outros, era ainda mais conservador, a exemplo da previsão de um quarto fundamento para a admissibilidade da prisão preventiva, qual seja, nos casos de *alcance* para com a Fazenda Pública, e da *detenção provisória*, pelo prazo de até 10 (dez) dias, quando necessária aos interesses da justiça ou conveniente à instrução, provavelmente o embrião do instituto da *incomunicabilidade*, estampado no art. 21 do CPP, revogado pela Constituição de 1988 (GLOECKNER 2018, p. 342-343).

É patente, portanto, que o Projeto Vicente Ráo foi a matéria-prima da comissão com a incumbência de redigir a nova codificação processual, que tinha como esteio a *defesa social*, fato, aliás, reconhecido por Francisco Campos na exposição de motivos, ao confessar foram utilizados como subsídios os vários códigos de *processo penal* estaduais, assim “como o projeto de 1936, este já norteado pelo objetivo de unificação do direito processual penal” (BRASIL 1941, p. 2).

Mais há de se ressaltar outros aspectos. O ambiente político durante a elaboração da codificação penal e processual penal, como visto acima, era altamente conturbado, nos cenários externo e interno. No externo, a Segunda Guerra Mundial, para fins históricos, iniciada em 1939, fez com que reverberasse o pensamento nacionalista

e beligerante, como pano de fundo da política de fortalecimento dos poderes do Executivo, sob a justificativa da necessidade de proteger o Estado contra os seus inimigos. No plano interno, as escaramuças políticas vivenciadas durante a tumultuada sucessão presidencial, de cuja disputa Getúlio Vargas saíra vitorioso, conseguindo eleger-se, criou o ambiente para o *Golpe de Estado*, com a dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado e a revogação da Constituição de 1934, vindo, em seu lugar, a Carta de 1937, concebida para conferir legitimidade a um Estado autoritário, com forte concentração do poder político nas mãos do Executivo, em detrimento da independência dos demais poderes.

Quanto ao Legislativo, o Executivo simplesmente usurpou a função legiferante, com a ampla utilização do decreto-lei. Para se ter uma ideia do que representava o decreto-lei, a medida provisória, criada com a Constituição de 1988, é a versão, pode-se dizer, menos autoritária do decreto-lei, sendo que este foi um instrumento essencial durante a ditadura de Vargas e o período de triste memória em que o país foi governado pelos militares, cujo início se deu a partir do Golpe de 1964 e somente se encerrou na segunda metade dos anos oitenta

Com o Congresso Nacional de portas cerradas e podendo o Executivo legislar sobre toda a matéria de competência da União por meio de decreto-lei, os Códigos Penal e Processual Penal foram editados, respectivamente, pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, e pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, sem discussão perante o Parlamento. Ou seja, a legislação que cuida de tratar dos direitos fundamentais mais caros da sociedade no plano infraconstitucional, foi aprovada sem debate entre os membros do Poder Legislativo. Se ao Parlamento foi vedada a possibilidade de pelo menos discutir os projetos dos Códigos Penal e Processual Penal, imagine a sociedade em si. Hodiernamente, seria algo como a aprovação por meio de uma medida provisória, com a diferença de que, além de ser vedado a esse instrumento normativo versar, dentre outras matérias, sobre direito penal e processual penal (art. 62, § 1º, I, alínea *b*, da Constituição), ele teria de ser aprovado pelas duas casas legislativas, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de perda da vigência (art. 62, § 3º, da Constituição). Não se há



de olvidar que é impensável que em um ambiente minimamente democrático sejam aprovados os códigos penal e processual penal sem a discussão no parlamento<sup>369</sup>.

O Código de Processo Penal de 1941, por conseguinte, foi engendrado no contexto de todos esses ingredientes políticos internos, potencializados pelo estado de agressividade externa oriunda da Segunda Guerra Mundial, conflito que foi responsável por toda sorte de mazelas, especialmente pela pouca atenção às conquistas humanitárias cristalizadas na Revolução Francesa (HOBSBAWN 1995). E aqui outro ponto relevante quanto ao contexto em que se deu a feitura do CPP de 1941. O Brasil estava alinhado ao fascismo italiano, tendo Francisco Campos como o ideólogo dessa política no Estado Novo. E seguiu os seus passos igualmente quanto à legislação infraconstitucional.

De fato, assim como dito, na Itália, com a instauração do fascismo, houve a necessidade de ajustar o sistema normativo criminal a esse regime político. A iniciativa nesse sentido coube a Alfredo Rocco, à época ministro de Estado, um dos construtores da escola do tecnicismo jurídico, que resultou na edição do Código de Processo Penal italiano de 1930, estatuto ditatorial e policialesco. O chamado *Codice Rocco* foi obra de Manzini, que recebeu o encargo das mãos de Rocco, em 1926. Como Manzini não gostava de trabalhar com ou em comissão, cuidou de desenhar o projeto sozinho, confeccionando-o em apenas 3 (três) meses e submetendo à revisão de Rocco, que providenciou os acertos e correções, mandando, em seguida, publicá-lo em 1929. O texto recebeu contribuições das faculdades de direito, dos sindicatos dos advogados e dos membros do Ministério Público e dos tribunais (A. ROCCO 1930, p. 8)<sup>370</sup>,

---

<sup>369</sup> Depois da Constituição de 1988, a participação da sociedade civil organizada no processo legislativo tem sido admitida não só nas audiências públicas das duas casas legislativas, como tem sido estimulada a apresentação de sugestões normativas pelas entidades de classe. Além de inúmeros outros exemplos, merece registro a participação ativa de entidades de classe como AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, e ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, na Reforma do Judiciário, objeto da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, sendo muitas das propostas por elas apresentadas incorporadas ao texto da Emenda Constitucional 45, de 2004. Os projetos de reforma do Código de Processual Penal, aprovados em 2008 e os que se seguiram, ademais de outros que se encontram no Congresso Nacional, como é o caso do que trata do novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado, receberam diversas sugestões da AJUFE, da AMB, das entidades de classe representativas do Ministério Público e da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil e de projetos de pesquisa. Cf. Silva Júnior e Hamilton (2022).

<sup>370</sup> Eis as palavras de Rocco (1930, p. 8) “*Infatti in luogo di nominare la consueta Commissione di giuristi, appena pubblicato il progetto preliminare, ne feci una larghissima distribuzione alle Corti, alle Facoltà di giurisprudenz, alle commissione Reali e ai sindacati degli avvocati e dei procuratori, affinché esprimessero i loro pareri*” (Tradução livre: “Com efeito, em vez de nomear a habitual comissão de juristas, logo que o

“inclusive da comissão consultiva presidida por Mariano D’Amello (presidente da Corte de Cassação), com retoques elaborados pelo próprio Manzini e Rocco na elaboração do texto definitivo...” (GLOECKNER 2018, p. 278). A despeito dessas contribuições, o projeto teve de passar pelo crivo do parlamento italiano, sendo defendido, no Senado, por Alessandro Stoppato. Como se vê, nem na Itália fascista houve condições políticas para suprimir a participação acadêmica e de instituições como as faculdades, a ordem dos advogados e o Judiciário nas discussões sobre o projeto e muito menos a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo.

O Código Rocco teve considerável influência na concepção do Código Processual Penal brasileiro de 1941, atualmente em vigor. O então Ministro da Justiça do Brasil, o jurista Francisco Campos – repita-se, o ideólogo do fascismo no Governo Vargas –, não apenas coordenou a elaboração do CPP de 1941, como se fez presente, a todo momento, no trabalho de elaboração do Código de Processo Penal, assim como fizera Rocco em relação ao trabalho de Manzini, na produção do projeto do CPP italiano<sup>371</sup>. Pelo menos Francisco Campos deixou muito clara essa sua efetiva intervenção quanto aos trabalhos da *comissão revisora* que tratou do projeto do Código Penal da autoria de Alcântara Machado, ao dizer que a tarefa de aprimoramento do projeto prosseguia “com a minha assistência e colaboração, até que me parecesse o projeto em condições de ser submetido à apreciação de Vossa Excelência” (Código Penal 2000, p. 22). Todavia, em que pese o silêncio de Francisco Campos quanto ao Código de Processo Penal, ele também se fez presente em relação à preparação do projeto do CPP. Isso tanto é verdade que Roberto Lyra, a despeito de ter feito questão de salientar que não houve, por parte do ministro, nenhuma influência oficial, admitiu

---

anteprojeto foi publicado, distribuí-o amplamente aos tribunais, às faculdades de jurisprudência, às comissões reais e aos sindicatos de advogados e procuradores, para que eles pudessem expressar suas opiniões”.

<sup>371</sup>A esse respeito, assim Gloeckner (2018, p. 278, nota de rodapé nº 924 ) transcreve o depoimento de Manzini: “Recordo que, junto com Carlo Saltelli, no verão de 1939, para a formação do texto definitivo do código, organizamos os pareceres dos órgãos aos quais foram remetidos o projeto, o Ministro visitava frequentemente ou nós andávamos até ele (que estava sempre presente e visível) e discutia conosco, indicando as soluções das questões que se apresentavam, com rápida e equilibrada adudeza (sic), com admirável senso prático e político. Compreende-se que o Ministro queria uma reforma conforme o espírito do Estado fascista”.

que o então ministro deu uma *contribuição decisiva* ao trabalho, com a sua *cultura universal e reações magnas*<sup>372</sup>.

Seja como for, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o Ministro Francisco Campos revelou a ideologia que orientou a sua confecção. Em tom forte, logo no início, por acreditar que as leis processuais então em vigor conferiam um *extenso catálogo de garantias e favores* aos réus, o então ministro arrematou que era necessário ajustá-las no desiderato de servirem de instrumento a “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” (BRASIL 1941, p. 1). Para tanto, julgava Francisco Campos (BRASIL 2001, p. 1) necessário que fosse “abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, com as nulidades processuais “reduzidas ao mínimo” e a restrição da “aplicação do *in dubio pro reo*”, sendo esses, segundo as próprias palavras assacadas na exposição de motivos, “o(s) critério(s) que orientou(aram) a elaboração do presente projeto do Código”.

Mostrando a sua afinidade com a ideologia que comandava a Itália fascista, na exposição de motivos, Francisco Campos (BRASIL 1941, p. 1-2) fez referência à fala de Alfredo Rocco, no ponto em que este ressaltou, quando apresentou o projeto de reforma processual transformado no Código de 1930, que algumas das medidas “certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente”. Mais adiante, repetindo as palavras do jurista italiano, realçou que “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas” (BRASIL 1941, p. 2). Em suas últimas palavras sobre o espírito do código, ainda que elas fossem desnecessárias, Francisco Campos (BRASIL 1941, p. 8) acrescentou que “se evidencia que este (projeto) se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”. Por fim, como uma espécie de carta de seguro, agregou que, se o código “transige com as sistemáticas restrições ao

---

<sup>372</sup> Conforme foi exposto, Francisco Campos era reverenciado pelo seu profundo conhecimento jurídico e cultura geral, tão vasta lhe foi conferido o epíteto de *Chico Ciência*. Cf. item 5, supra.

poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais” (BRASIL 1941, p. 8). O que Campos identificou como espírito do CPP foi o mesmo do código italiano, explicitado na exposição de motivos lavrada por Rocco. Criticando a legislação processual da Itália de 1913, Rocco disse que a nova codificação tinha a intenção de corrigir o defeito de então, que se pautava em privilegiar os direitos do imputado em relação “ao direito do Estado na punição do réu ...” (ROCCO 1982, p. 90).

Ser mais claro era impossível. A inspiração do espírito do Código de Processo Penal não vinha do movimento liberal que marcou o surgimento da escola clássica, deduzida juridicamente por Carrara, arquitetando o processo criminal como o instrumento mais importante para a proteção dos direitos inerentes à condição humana, servindo, por conseguinte, antes de tudo, como uma forma de limitação à persecução criminal. O ambiente autoritário instaurado com o Estado Novo de Vargas foi o pano de fundo para que o CPP adotasse como guia a matriz fascista de Mussolini e “os códigos elaborados nesse regime de cariz totalitário” (CRUZ 2020, p. 47).

Portanto, na linha de ação das escolas positiva e do tecnicismo jurídico, o processo criminal brasileiro, mais do que nunca, passou a servir de ferramenta qualificada no *combate* à criminalidade, sendo eficiente na punição. Força repressiva passava a ser o norte do novo Código de Processo Penal. Ao invés de um código de processo *criminal* ou estatuto das *liberdades*, editou-se um código de processo *penal* ou estatuto *repressivo*.

Por fim, ainda neste item, é pertinente fazer uma abordagem sobre a técnica legislativa do CPP de 1941. Na época, notadamente em nosso meio, não havia uma dogmática processual sedimentada, seja na seara cível, seja na criminal. No âmbito criminal, mais ainda, sendo o processo penal visto como um mero apêndice do direito penal, um instrumento para a aplicação da pena, sem substância. Era o *direito adjetivo* ou a *lei adjetiva penal*. Ademais, assim como mostrado linhas acima, a comissão revisora, que finalizou o projeto do CPP de 1941, pelo perfil acadêmico e profissional de seus integrantes, tinha mais intimidade com o direito penal material.

O CPP é atécnico tanto em relação a sua estrutura quanto ao conteúdo em si. Quanto às impropriedades técnico-processuais, a título de exemplo, merecem menção:

(a) disse que a polícia judiciária tinha jurisdição (art. 4º, caput)<sup>373</sup>; (b) colocou a busca e apreensão como uma das espécies de prova (Livro I, Título VII, Capítulo XI, arts. 240 a 250); (c) dentre as hipóteses de busca e apreensão, incluiu a necessidade de *prender criminosos* (art. 240, § 1º, alínea *a*); e (d) denominou de processo o que é procedimento<sup>374</sup> e, dado que tratou do rito referente ao tribunal do júri como se fosse um tipo de procedimento comum, quando, em verdade, se assim era no CPCrim, no CPP, por estar restrito ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dogmaticamente, passou a ser um procedimento especial (Livro II, Título I, Capítulos I e II, do art. 394 ao 497)<sup>375</sup>; (e) posicionou o procedimento sumário, que é comum, na parte que trata dos *processos* especiais, quando se trata de procedimento comum (Livro I, Título II, Capítulo II)<sup>376</sup>; (f) a par dos recursos voluntários, estabeleceu que, nos casos expressos em lei, os recursos “deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz” (art. 574, caput), como se ele fosse uma parte; (g) conforme o CPP, o recurso em sentido estrito, cabível das decisões interlocutórias, foi previsto para impugnar a decisão que não recebe a ação penal (art. 581, I), pronunciamento judicial que tecnicamente, é sentença, o mesmo tendo ocorrido em relação à impronúncia e à absolvição sumária (art. 581, VI)<sup>377</sup>; (h) colocou a revisão criminal e o habeas corpus, que são ações autônomas de impugnação, como espécies recursais.

Sem embargo desses senões dogmáticos, o CPP não foi estruturado com a melhor técnica para uma codificação. A estrutura do CPP é a seguinte: (a) Livro I - Do

---

<sup>373</sup> Esse senão do caput do art. 4º do CPP foi corrigido pela Lei nº 9.043, de 9 de maio de 1995, que substituiu a expressão *jurisdições* por *circunscrições*.

<sup>374</sup> Essa anomalia técnica foi criticada por Romeu Barros (1987, p. 3), que classificou de “lamentável a técnica usada pelo nosso legislador. Adotando o Código, no Livro II, a denominação: ‘Dos processos em espécie’ – já se torna aberrante da linguagem técnica, quando deveria referir-se a procedimentos”.

<sup>375</sup> A Lei nº 11.719, de 2008, corrigiu, em parte, esse erro, ao preceituar, corretamente, que o procedimento comum tenha como espécies o ordinário, o sumário e o sumaríssimo (art. 394, § 1º, pelo que, implicitamente, o procedimento relativo ao tribunal do júri passou normativamente a ser considerado especial, muito embora os dispositivos que tratam desse rito, por mero pragmatismo, continuem na parte referente ao procedimento comum. O legislador entendeu que seria traumático, em uma reforma tópica, transferir os 91 (noventa e um) artigos referentes ao rito do júri para o título II do Livro II e trazer os 9 (nove) artigos para o título I.

<sup>376</sup> O procedimento sumário, com a Lei nº 719, de 2009, passou a ser definido como rito comum, porém, continua, topograficamente, dentre os ritos especiais, em razão da explicação que consta da nota de rodapé anterior.

<sup>377</sup> O equívoco quanto às sentenças de impronúncia e de absolvição sumária foi corrigido pela Lei nº 11.689, de 2008, que revogou o art. 581, VII, deu nova redação ao art. 411 do CPP, para definir que “Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação”. No entanto, continua a errônea em relação à sentença que rejeita o recebimento da ação penal.

Processo em Geral: Título I - Disposições preliminares; Título II - Do inquérito policial; Título III - Da ação penal; Título IV - Da ação civil; Título V - Da competência: capítulos I/VIII; Título VI - Das questões e processo incidentes: capítulos I/VIII; Título VII - Da prova: capítulos I/XI; Título VIII - Do juiz, do Ministério Público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da Justiça: capítulos I/VI; Título IX - Da prisão e da liberdade provisória: capítulos I/VI; Título X - Das citações e intimações: capítulos I/II; Título XI - Da aplicação provisória de interdições de Direitos e medidas de segurança; Título XII - Da sentença; (b) Livro II - Dos Processos em Espécie: Título I - Do processo comum: capítulos I/II seções I/V; Título II - Dos processos especiais: capítulos I/VII; Título III - Dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação: capítulos I/II<sup>378</sup>; (c) Livro III - Das Nulidades e dos Recursos em Geral; Título I - Das nulidades; Título II - Dos recursos em geral: capítulos I/X; (d) Livro IV - Da execução: Título I - Disposições gerais; Título II - Da execução das penas em espécie: capítulos I/III; Título III - Dos incidentes de execução: capítulos I/II; Título IV - Da graça, do indulto, da anistia e da reabilitação: capítulos I/III; Título V - Da execução das medidas de segurança<sup>379</sup>; (e) Livro V – (f) Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira: Título Único: capítulos I/III; (g) Livro VI - Disposições Gerais.

Percebe-se da leitura atenta acima, que o título I, que deveria conter a parte geral do código, não tratou dos princípios, dos limites da jurisdição, dos instrumentos de cooperação internacional, bem assim, da disciplina da forma e dos prazos dos atos processuais. A cooperação internacional só foi disciplinada no livro V. As regras referentes à forma dos atos processuais, o lugar das audiências e sessões e a observância da publicidade foram inseridas nas disposições gerais, do art. 791 ao 796 do CPP. Os prazos processuais, quanto ao marco inicial de sua contagem, a não interrupção por férias, domingos ou dias feriados, a prorrogação e as regras específicas quanto aos prazos do juiz, do Ministério Público e do escrivão, também estão disciplinadas nas disposições gerais, do art. 797 ao 803 do CPP. A questão referente ao pagamento das custas, igualmente, está tratada nas disposições gerais. Como se vê, as disposições

---

<sup>378</sup> O Título III do Livro II do CPP foi revogado pela Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993.

<sup>379</sup> A Lei de Execução Penal modificou parte substancial do livro IV do CPP.

gerais foram utilizadas para dispor sobre parte substancial da parte geral do código. O título IV do livro I, intitulado *da ação civil*, ao contrário do que parece, trata dos efeitos cíveis da sentença penal condenatória ou absolutória, o que não parece razoável. O mais adequado, naturalmente, seria que as normas a esse respeito estivessem no título XII, que dispõe sobre a *sentença*. No ponto, a ação penal e a sentença, assim como as provas, foram dispostas no livro I, antes do livro II, que disciplina os ritos processuais. O correto seria tratar da ação penal e da sentença na sequência natural das fases do processo de conhecimento. Não tem sentido expor as regras da sentença, antes de cuidar das fases postulatória e instrutória. Essa incorreção foi acentuada com a lei nº 11.719, de 2008, ao incluir o instituto da absolvição sumária para todos os tipos de procedimento, antes restrito ao tribunal do júri (art.397 c/com o art. 394, § 4º, do CPP), pois, enquanto a sentença está tratada no art. 381 *usque* art. 391, a absolvição sumária, que lhe antecede, está mais adiante, no art. 397.

#### **5.4.1. Escola penal seguida pelo CPP de 1941**

Em ligeira análise do conteúdo político dos Códigos Penal e de Processo Penal, Roberto Lyra (1956, p. 105-106), ante a consideração de que os críticos o consideravam “ora atrasado, ora avançado, ora benévolo, ora rigoroso”, sustentou que, não obstante a *política reacionária que policiava a questão social*, o que de mais substancial tinha o Código de Processo Penal de 1941 não era a técnica, mas o seu “efetivo, minucioso e intransigente respeito às liberdades e às garantias individuais e o seu espírito de justiça social”. Na concepção de Roberto Lyra (1956, p. 108), (a) o tratamento dispensado ao direito de defesa, exigindo-a substancial, não apenas formal; (b) a dispensa do pagamento da fiança pelo réu pobre; (c) a disciplina do habeas corpus, com a permissibilidade de sua impetração por qualquer pessoa e mesmo o seu deferimento de ofício; (d) a prevalência da decisão mais favorável ao réu, no caso de empate, dentre outras normas específicas do novo Código de Processo Penal, deixavam transparecer a sua substância democrática, o seu apreço pela liberdade individual, ressaltando, todavia, que tudo isso não prejudicava, em nada, a eficiência da codificação quanto a sua função de defesa social. Na sua conclusão sobre a ideologia do Código de Processo Penal, deu a última pincelada no quadro por ele imaginado, para dizer que se tratava de “Um

Código que, apesar da mentalidade política imperante à época da elaboração, consulta assim à tradição liberal do país, não poderia conter resíduo antidemocrático” (LYRA 1956, p. 108).

Em que pese a tentativa de Roberto Lyra em evidenciar um pseudoverniz democrático do CPP de 1941, resta mais do que patente a sua concepção à imagem e à semelhança de um autêntico Estado ditatorial. Foi pensado mais como arma poderosa colocada à disposição de um Estado antidemocrático do que como instrumento garantista de limitação ao exercício da persecução criminal. Ainda que a ideia reformista fosse no sentido de conferir ao processo criminal um melhor desempenho de sua função como ferramenta adequada para se obter a condenação das pessoas que põem em estado de insegurança a sociedade, não podia, nem precisava, erigir essa linha como o norte de seu mister. Poderia, sim, corrigir eventuais erros políticos, estratégicos e mesmo práticos da legislação anterior, sem, de toda sorte, desmerecer e relegar a segundo plano a ideologia garantista da lei processual, escrita como conquista histórica da humanidade na Declaração dos Direitos Humanos, como denuncia a leitura harmônica e arejada dos arts. 7º e 8º do referido Diploma Universal.

No pertinente à escola criminal que teria guiado os passos da comissão na elaboração dos Códigos Penal e de Processo Penal em vigor, Roberto Lyra (1956, p. 118), ao rebater as críticas de que teria renunciado ao seu *positivismo*, lembra que o projeto foi obra de uma comissão, da qual ele era o único a seguir aquela corrente de pensamento, sendo nada mais natural, portanto, que, em vários assuntos, fosse vencido pela maioria. Chegou, ainda, citando nominalmente Jimenez de Asúa e Galdino Siqueira, a repelir os que afirmaram ter havido na comissão uma desarmonia, em razão da divergência filosófica entre ele e Nelson Hungria, os dois mais ilustres membros da comissão, em razão do seu indisfarçável positivismo e do ecletismo deste (LYRA 1956, p. 118).

Na compreensão de Roberto Lyra (1956, p. 118), o código “não representa a vitória ou a derrota de qualquer escola, mas a colaboração de homens livres e sinceros” e, dando ênfase ao seu elevado espírito de homem público, sublinha que um código é uma obra de técnica jurídica coletiva, motivo pelo qual há de resultar “da média das soluções práticas e, não, das opiniões doutrinárias”, sendo imprescindível que, em um



ou outro ponto, todos cedam e, em relação a isso, afiançou, em tom retórico, “não foi ao positivista solitário que coube a maior parte”.

Todavia, a leitura mais superficial que se faça dos Códigos Penal e Processual Penal vigentes no Brasil, uma verdade exsurge sem a menor possibilidade de contestação. Muito embora se tenha partido da ideia da culpa, em sentidos lato ou estrito, como elemento subjetivo necessário do crime, com a adoção do pensamento classicista da *actio libera in causa*, afastando, assim, a imputabilidade penal quanto ao incapaz de entender o caráter criminoso de seu comportamento, tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal adotaram várias ideias da escola positiva e do tecnicismo jurídico, sendo suficiente, para não se alongar em questão bizantina, fazer menção à adoção da medida de segurança, mesmo para os imputáveis<sup>380</sup>. Aliás, conforme já foi exposto, partindo da premissa de que, depois do aparecimento das escolas clássica e positiva, tudo o mais que se pensou a respeito da ciência criminal teve de se escorar-se, mais ou menos, no pensamento de uma ou outra, há de se ter em consideração que o CPP de 1941 é, em certa medida, uma posição *eclética* das escolas clássica e positiva, porém, mais positiva do que clássica, ademais da forte influência da corrente do tecnicismo jurídico, até porque, como já se disse, foi inspirado pelo Código de Processo Penal italiano de 1930.

Nada mais correta a posição da doutrina que não identifica a exposição de motivos como elemento interpretativo. De todo modo, senão para outros fins, a exposição de motivos se apresenta como um fragmento histórico de fundamental importância para identificar o perfil ideológico do legislador. Nesse particular, Francisco Campos, com a sua apurada verve literária, com rara felicidade, não só sumariou, com profundidade, os aspectos técnicos da nova codificação, como sublinhou o traço político-ideológico embutido no projeto, deixando clara a afinidade com o pensamento de que o que importa para a legislação criminal é a *defesa social*, sem

---

<sup>380</sup> A medida de segurança, espécie de cautela preventiva, não tinha como base a culpa exteriorizada em um fato concreto, mas sim a demonstração de periculosidade do agente, indício suficiente para presumir-se a sua possibilidade de delinquir. Veja-se que, na versão originária do texto do Código Penal, a medida de segurança era prevista, até mesmo, para os imputáveis (sistema do duplo binário). Só depois, com a grande reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, foi adotado o sistema vicariante, persistindo a medida de segurança, porém restrita aos inimputáveis, aqueles que não possuem condições de entender o caráter criminoso de seu agir.

embargo da referência expressa ao Código de Processo Penal italiano de 1930 e ao pensamento dos baluartes da escola do tecnicismo jurídico.

Para não deixar dúvidas quanto ao verniz punitivista, o desapego ao devido processo legal e a negação do princípio da inocência, e demonstrar que o CPP de 1940 se orientou fundamentalmente em torno do pensamento autoritário e antiliberal das escolas positiva e do tecnicismo jurídico, sendo fiel às palavras assacadas por Francisco Campos na exposição de motivos, podem ser extraídas as seguintes ideias dominantes, que estão em sintonia com o Código de Processo Penal da Itália de 1930<sup>381</sup>: (i) necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, visando maior *eficiência e energia* da ação repressiva do Estado com os que delinquem; (ii) as então leis de processo penal vigentes, especialmente do CPCrim, asseguravam aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pelas evidências das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade; (iii) necessidade de abolir a injustificável primazia dos interesses do indivíduo sobre a tutela social; (iv) não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum; (v) o indivíduo não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social; (vi) eliminação das fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos; (vii) exclusão do processo penal dos excessos de formalismo, sendo joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal; (viii) as nulidades, reduzidas ao mínimo, devem deixar de ser o que eram até então, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça; (ix) restrição da aplicação do *in dubio pro reo*; (x) ampliação da noção do flagrante delito, para efeito da prisão provisória; (xi) decretação da prisão preventiva que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade do juiz, para ser um dever imposto ao julgador, e adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente

---

<sup>381</sup> Cf. item 5.3, supra.

assecuratória da efetivação da justiça penal; (xii) no crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado; (xiii) o prazo da formação de culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus; (xiv) não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitum*; (xv) influência do Código Processo Penal italiano de 1930, especialmente da então recente reforma, com a repetição das palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados poderia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”; (xvi) melhor adaptação das normas processuais à sua própria finalidade, pelo que o projeto não altera o direito atual, senão para corrigir imperfeições apontadas pela experiência, dirimir incertezas da jurisprudência ou evitar ensejo à versatilidade dos exegetas; (xvii) aproveitamento da legislação atual e de várias disposições dos vários códigos de processo penal estaduais; e (xviii) opção pelo inquérito policial, em detrimento do juízo de instrução.

Assim, conforme visto no item 5.4, supra, é estreme de dúvidas que esse conteúdo da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 guarda identidade com as características identificadas no Código Rocco e mesmo com sua exposição de motivos. Foi editado com o explícito afã de desconstruir o que se identifica como viés liberal do CPCrim de 1832, sendo desenhado sob matriz antidemocrática e policialesca, com indisfarçável relativização dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, o que será visto com mais densidade nos subitens abaixo.

Se alguma dúvida ainda persiste quanto à identificação da escola ou escolas criminais que traçaram as diretrizes da comissão que participou da elaboração do CPP de 1941, cabe observar o perfil acadêmico de seus membros. Nesse sentido, note-se que Nelson Hungria, se não foi o maior penalista do Brasil, estreme de dúvidas, foi o que gozou de maior prestígio no âmbito nacional e internacional, a ponto de ser chamado de *o príncipe dos penalistas brasileiros*. Nelson Hungria sempre rejeitou a sua inclusão como filiado a esta ou àquela escola criminal, e eram notórias as suas querelas jurídicas com Roberto Lyra, em crítica à filiação deste ao pensamento da escola positiva, especialmente às obras de Ferri. Todavia, Roberto Lyra, com certa dose de ironia, analisando pronunciamentos, escritos e julgados de Nelson Hungria, pinçava nele *traços*

*positivistas*, devido às homenagens que ele tributava aos aspectos sociológicos (LYRA 1956, p. 98-99). O pensamento eclético de Nelson Hungria é revelado na leitura de sua conferência *Os pandectistas do direito penal*, na qual atribuiu a propagação do positivismo normativo *kelseniano* na seara criminal a Arturo Rocco e a Francesco Carnelutti e, embora reconhecesse que o tecnicismo jurídico era uma diretriz indeclinável para o estudo e a construção sistemática do direito, alertava que não se pode permitir que “se torne um fim em si mesmo ou um abstracionismo insaciável” (HUNGRIA 1958, p. 451). Todavia, ele defendeu o direito penal do Estado Novo, do qual foi um dos principais artífices, rejeitando o liberalismo e a existência de conflito entre os direitos do indivíduo e do Estado, que seria, em seu pensar, fruto das divagações metafísicas do iluminismo, sublinhando que o certo é a lei penal se prestar à proteção dos interesses do Estado, mediante “a afirmação do instinto coletivo à subordinação racional do indivíduo ao interesse geral” (HUNGRIA 1941, p. 268). Sendo mais incisivo ainda, afirmou que “... o Estado, de renúncia em renúncia, de concessão em concessão à liberdade individual, acabara por perder a sua própria autoridade, a sua indispensável eficiência para alcançar os seus supremos fins específicos” (HUNGRIA 1941, p. 266). Não é preciso dizer mais nada sobre a posição contrária ao pensamento protetivo da escola clássica, a inclinação ao tecnicismo jurídico e a centralidade de sua doutrina em torno da ideia da *defesa social*.

Roberto Lyra, por sua vez, também considerado um dos maiores penalistas brasileiro de todos os tempos, e que concentrava as discussões na comissão com Nelson Hungria, ademais de perfilhar a linha da escola positiva, sendo um admirador da obra de Ferri, em verdade, era a maior referência dessa doutrina no Brasil, muito embora ele, em uma de suas últimas obras, tivesse dito que era um positivista em trânsito para o socialismo, em razão de sua crença de que o meio social era o fator determinante da criminalidade (LYRA 1956, p. 139). Para ele, a escola positiva apareceu com o firme propósito de tornar *mais racional, mais eficiente e mais sistemática a defesa social*, todavia desprezava a escola técnico-jurídica quanto ao seu pensamento e a sua originalidade, afirmando que a pregação de que o direito penal deveria se circunscrever à expressão própria e concreta da lei penal, além de não trazer nada de inovador em relação à escola moderna alemã, servia para isolar a ciência penal das demais ciências, especialmente da sociologia criminal (LYRA 1956, p. 245). De mais a mais, Ricardo de

Brito (2002, p. 322), fazendo uma análise dos adeptos da escola positiva, incluía Roberto Lyra dentre os *propagandistas radicais* das ideias positivistas, ressaltando que o seu positivismo era tão implacável, que ele chegou a “censurar Ferri por suas tentativas de conciliação com a escola técnico-jurídica através de concessões”.

Já Narcélio de Queiroz, a despeito de ter defendido – no Segundo Congresso Latino-Americano de Criminologia, sediado em Santiago do Chile, ocorrido em janeiro de 1941 –, o perfil liberal do Código de Processo Penal de 1941, acentuando que nele se *assegurava a mais ampla defesa dos acusados*, fazia citações a Manzini e a Rocco, defendendo as ideias da escola técnico-jurídica e orgulhava-se da liberdade judicial quanto à apreciação da prova, plasmada no CPP de 1941, crente na premissa de que ao juiz cabe *descobrir a verdade* e, desse modo, fazer a justiça (MELCHIOR 2021, p. 138-139), revelando, de soslaio, o verniz inquisitório do novo diploma legal.

Por fim, Antônio Vieira, conquanto fosse mais ligado ao direito cível, tinha estudo aprofundado sobre as escolas penais, afirmando Roberto Lyra (1956, p. 95) que ele nutria certa demonstração de preferência por Manzini, exatamente um dos arautos da escola do tecnicismo jurídico. Assim, embora no estudo aqui feito não se tenha obtido registro a respeito da posição doutrinária de Florêncio de Abreu, que só foi incorporado à comissão que fez a revisão do projeto do Código de Processo Penal concluído em 1938, o que se observa é que os ideólogos do código ainda em vigor eram adeptos das ideias da escola positiva e da escola do tecnicismo jurídico.

#### **5.4.2. Negação do princípio da presunção da inocência e acolhimento da presunção da culpabilidade**

O fenômeno da processualização do exercício da persecução criminal, originado das ideias pinçadas por Beccaria no livro *Dos delitos e das penas* partiu de duas premissas fundamentais, embutidas na concepção de que a atuação estatal nessa área deve obedecer ao princípio da tripartição dos poderes e aos direitos fundamentais da pessoa a quem imputada a prática do crime, máxima inscrita na declaração de direitos da Revolução Francesa, mais precisamente no art. 16 (“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”). Essa é a condição sem a qual não há de falar-se em *Estado de direito* ou

*Estado constitucional.* Tal *verdade axiomática* tem como ponto de partida a presunção de inocência. É pelo fato de se presumir a inocência de todos, independentemente do sexo, raça, gênero, condições sociais, ideologia política etc., que o Estado não pode, sem o devido processo legal, responsabilizar por um crime quem quer que seja. A persecução criminal deve se pautar em consonância com as regras estabelecidas e tendo como pressuposto que, para punir, é preciso provar a culpa de quem é imputado como o autor do crime.

Assim, o devido processo legal tem como recheio fundamental ou existe no ambiente criminal em razão do princípio da presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência é um corolário lógico do devido processo legal e *vice-versa*. Não é por outra razão que a concepção da legalidade beccariana, ou melhor, do devido processo legal, foi irrigada pelo princípio da presunção de inocência.

Coube a Carrara trabalhar com mais afinco o princípio da presunção de inocência, justificando a sua razão de ser. Carrara (2002, p. 292-293) tido como o *príncipe do classicismo*, com a sua perspicácia, construiu a máxima de que para a sociedade é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, se não por outro motivo, em virtude de a condenação do inocente representar um *mal concreto e real*, enquanto a absolvição do culpado tem apenas a potencialidade de causar um perigo de lesão social, complementando com a fórmula matemática: com a absolvição de um culpado se comete *um erro*, qual seja, não se condenar quem deveria, ao tempo que, condenar um inocente gera *dois erros*, pois, além de se condenar quem não deveria, deixa-se impune o verdadeiro culpado.

Não foi por menos que a escola positiva, crítica do viés liberal do classicismo, não podendo se contrapor ao devido processo legal, centrou a sua objeção na desconstrução de sua essência, atacando, exatamente, o princípio da presunção de inocência. Cabe lembrar que Enrico Ferri e Raffaele Garofalo tinham reservas em relação ao princípio da presunção de inocência e achavam que era necessário *relativizá-lo*, a fim de reequilibrar a relação processual, discurso corroborado pela corrente do tecnicismo jurídico e utilizado na exposição de motivos do CPP de 1941. Ferri e Garofalo defendiam, abertamente, que, em certas situações e momentos processuais, como no caso de detenção em flagrante e após a sentença condenatória, não era razoável adotar a regra da presunção de inocência, especialmente em relação aos infratores

identificados como de alta periculosidade (FERRI 1892, p. 195)<sup>382</sup>. Aliás, Ferri defendia que, conquanto aceitável a incidência de uma presunção de inocência no caso de criminoso ocasional, não era razoável que se tivesse como premissa essa cláusula quando se tratava de criminoso por ele classificado como nato, louco ou, em outras palavras, protagonista de uma *forma de criminalidade atávica*. Mas Vincenzo Manzini, um dos mais proeminentes mensageiros da escola tecnicista, indo mais além, era radicalmente contrário à existência de uma tal presunção de inocência, tendo como pressuposto que isso milita contra a própria finalidade da investigação ou do processo, pois não tem sentido instaurar um procedimento contra uma pessoa que *a priori* é tida como inocente. Assim, Manzini pregava que a presunção de inocência fosse *expulsa* do processo penal (GLOECKNER 2018, p. 312). Observe-se a *racionalidade* desse conjunto de ideias positivistas. Se há um procedimento contra uma pessoa é porque se presume que ela seja culpada, ao contrário de inocente. Se a pessoa fosse presumida inocente, não deveria existir a apuração ou o processo. Esse pensamento gera o adágio popular *onde há fumaça, há fogo*, o que reflete a cultura da presunção de culpa, incutida no subconsciente do grupo social, e incorporada em nossa forma de ver as coisas, desde as Ordenações Filipinas<sup>383</sup>.

Ferrajoli (1989, p. 550), fazendo um bosquejo histórico do princípio da presunção de inocência, realça que a cláusula foi germinada do direito romano, posteriormente, desconstruída com as práticas inquisitivas e autoritárias da Idade Média, reconstruída com a escola clássica, notadamente em razão das doutrinas de Beccaria e Carrara, sendo, assim, elevada a *postulado* fundamental da ciência criminal. Entretanto, a partir do século XIX, em sintonia com involução autoritária da ciência criminal patrocinada pela escola positiva sob as autoridades de Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, que consideravam a presunção de inocência *vazia, absurda e ilógica*, esse princípio passou a ser contestado, sendo o golpe final dado pela doutrina de Manzini.

Por isso mesmo, Ferrajoli (1989, p. 551), sem ardeios, afirma que “el código Rocco de 1930 rechazó ‘de plano la absurda presunción de inocência que alguns querrían reconocer al imputado’”. Complementa dizendo que o preceito só foi

---

<sup>382</sup> Cf. item 5.1, supra.

<sup>383</sup> Cf. item 2.2.3, supra.

reinserido no ordenamento jurídico italiano posteriormente, com a nova ordem constitucional instaurada após o fascismo e, ainda assim, sob a ótica, apenas, da *presunção de não culpabilidade*, perdendo, dessa forma, parte de seu conteúdo, quer como *regra de tratamento*, que restringe, ao máximo, a supressão do direito de liberdade, quer na qualidade de *regra de juízo*, que expressa o *in dubio pro reo* (FERRAJOLI 1989, p. 551).

No ponto referente à expulsão do princípio da presunção de inocência do Código de Processo Penal italiano de 1930, Alfredo Rocco (1930), na exposição de motivos do referido código, repudiou a existência desse princípio, e classificou como fruto da doutrina *demo-liberal* a contemplação de regras processuais que, manifestando um *sentimentalismo aberrante e obsessivo*, enfraquecem a repressão e favorecem a expansão da criminalidade. Forte nesse argumento, Rocco esclareceu que a nova codificação italiana eliminou a tendência favorável aos *delinquentes*, de modo que regras em que o indivíduo, “mesmo quando preso em flagrante, é presumido inocente, foram totalmente eliminadas” (GLOECKNER 2018, p. 310).

Essa ideia foi incorporada pela comissão que elaborou o CPP de 1941, como bem evidenciou Francisco Campos na exposição de motivos por ele escrita. De fato, ele (BRASIL 1941, p. 1) disse, com todas as letras, que o CPCrim de 1832 assegurava um *extenso catálogo de direitos*, mesmo quando os réus eram “colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas”, daí por que, no afã de podar o que ele considerava *excessos iluministas* da legislação anterior, disse que a nova codificação restringia a aplicação do *in dubio pro reo*. Isso porque, para restabelecer a ordem, “os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva”. Como já aqui evidenciado, não há a menor dúvida de que Francisco Campos conhecia o documento em referência escrito por Rocco e com os seus termos concordava, chegando mesmo a fazer, nessa parte, uma paráfrase do seu conteúdo, a título de exposição de motivos do CPP ainda hoje em vigor.

Portanto, não é nenhuma aleivosia asseverar que o Código de Processo Penal foi elaborado tendo em alguns momentos e situações processuais como pano de fundo a *presunção de culpa* sufragada por Ferri, Garofalo, Rocco, Manzini e normatizada no Código de Processo Penal italiano de 1930, de índole fascista. Com efeito, trilhando a estrada pavimentada com essa diretriz, o CPP atribuiu ao juiz ampla iniciativa



probatória, complementar ou supletiva, no curso da instrução criminal ou no final, antes de proferir a sentença, sem as limitações na lei civil, de modo que se “houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*” (BRASIL 1941, p. 4). Isto é, sob a acusação de que juiz deveria deixar de ser um espectador inerte da produção da prova – o que não era verdade<sup>384</sup> –, o CPP de 1941 instigou normativamente o juiz a assumir atuação proativa, auxiliando e substituindo o Ministério Público quanto ao ônus de provar os fatos imputados na peça acusatória.

Assim, mesmo ante a dúvida, não caberia ao juiz absolver, mas, sim, determinar as diligências necessárias para tentar comprovar a tese ou teses do órgão acusador, em notória negação do princípio *na dúvida a favor do réu*. Aliás, não só a sociedade em si acredita que a missão do juiz é *combater a criminalidade*, pelo que deve, de fato e de direito, auxiliar o Ministério Público no exercício da pretensão acusatória, no escopo de suprir as suas falhas e omissões na comprovação dos fatos descritos na peça acusatória<sup>385</sup>. Muitos juízes pensam dessa forma, como se viu no comportamento judicial em relação às atuações nas várias operações realizadas no contexto do que se nominou *Lava Jato* e outras tantas mais similares, a ponto de se defender que é *normal* e se situa dentro das quatro linhas do *jogo processual*, o acusador e o julgador, envolvendo ou não a autoridade policial, combinarem e compartilharem estratégias para comprovar os fatos, como se aliados de uma mesma jornada fossem, qual seja, *combater e punir a corrupção*. Juiz e Ministério Público juntos e unidos, no combate à criminalidade, como se irmãos siameses fossem.

Escorado na messiânica missão de descobrir a utópica *verdade real*, o CPP conferiu ao acusado, despido do princípio da presunção de inocência, o *tratamento de coisa*, ou melhor, de mera *prova*, devendo participar do processo de forma obrigatória. Para tanto, na exposição de motivos do CPP foi pontuado que, a fim de suprir a “injustificável omissão da atual legislação processual, o projeto autoriza que o acusado, no caso em que não caiba prisão preventiva, seja forçadamente conduzido à presença da autoridade” (BRASIL 1941, p. 5). O legislador do CPP, além de estabelecer a condução

---

<sup>384</sup> Cf. itens 4.2.1, 4.2.3.1 e 4.23.3, *supra*.

<sup>385</sup> Cf. item 5.4.2, *supra*.

coercitiva (art. 260)<sup>386</sup>, deixou dito, no então art. 186<sup>387</sup> – só revogado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 –, que, embora o acusado não estivesse obrigado a responder às perguntas formuladas, o *silêncio* no interrogatório poderia ser interpretado pelo juiz em seu prejuízo.

Dessa forma, a despeito de conceber o *silêncio* como um *ônus* e não um *direito*, o CPP autorizou o juiz a fundamentar o juízo de culpabilidade na circunstância de o acusado ter preferido ficar calado, permitindo, assim, que se *presumisse a culpa*. Esse ranço cultural punitivista restou consolidado na consciência nacional, por meio do provérbio *quem cala consente*, complementado por outro de igual jaez, de que *quem foge tem culpa no cartório*. Por isso mesmo, para adaptar o CPP ao princípio da presunção de inocência, houve a revogação do texto anterior, sendo assegurado ao acusado o direito de *permanecer calado* no interrogatório, com o esclarecimento de que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003). Contudo, paradoxalmente, a despeito do reconhecimento do direito ao silêncio, não houve a revogação expressa da condução coercitiva, prevista no art. 260 do CPP, pelo que muitos juízes continuaram aplicando o preceito, a despeito da crítica de boa parte da doutrina<sup>388</sup>, e de precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 80.592/PR 2001) e do Superior Tribunal de Justiça (RESP 346677/RJ 2002), evidenciando que o acusado não poderia mais, após a Constituição de 1988, ser obrigado a comparecer a juízo para fins de interrogatório.

Essa inteligência recalcitrante em admitir a revogação da condução coercitiva estava conectada à máxima de que *quem foge tem culpa no cartório*, realçada pela parêmia de que *quem cala consente*. Finalmente, após grande repercussão na mídia

---

<sup>386</sup> “Art. 260. Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

<sup>387</sup> “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

<sup>388</sup> “... a verdadeira essência do direito ao silêncio, como decorrência lógica da cláusula magna da ampla defesa, confere ao acusado o direito de não ser obrigado, forçadamente, a produzir prova contra si, preceito que contempla, igualmente, o direito de o acusado, como forma de estratégia de sua defesa, deixar de comparecer ao interrogatório, razão pela qual se conclui que o art. 260 do Código de Processo Penal encontra-se revogado” (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 998).

quanto à condução coercitiva do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar interrogatório, no julgamento das ADPFs 395/DF e 444/DF, ambas da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, concluído em 14 de junho de 2018, por maioria de 7 a 4 votos –, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988, asseverando, no ponto, ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois “A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção, mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes” (ADPF 444/DF 2018).

Ainda sob a influência dos defensores da escola positiva e do tecnicismo jurídico, o Código de Processo Penal, em sua redação originária, no art. 393, previa como efeito *ipso facto* da sentença condenatória, o recolhimento à prisão (inciso I) e o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados (inciso II). A incongruência desse dispositivo com o princípio da presunção de inocência era patente. No entanto, conforme informa Mirabete (2006, p. 475), a jurisprudência pacificou o entendimento de que o inciso I do dispositivo em causa era compatível com o princípio da presunção de inocência, de modo que, após a Constituição de 1988, apenas o inciso II teria sido alterado, pois “a inscrição do nome do réu no rol dos culpados somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Tourinho Filho (1997, p. 269), entretanto, defendia que também o inciso I do art. 393 do CPP, por preceituar uma *execução provisória*, havia sido revogado, mas pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), lei posterior que passou a exigir o prévio trânsito em julgado para se dar início ao cumprimento da pena. Veja-se, ele não via incongruência do preceito em relação ao princípio da presunção de inocência. Para Tourinho apenas o inciso II do mesmo dispositivo não se coadunava com o princípio da presunção de inocência. Como se vê, a doutrina tradicional sempre se mostrou em consonância com essa restrição ao princípio da presunção de inocência, próprio da cultura conservadora e punitivista da legislação criminal.

Todavia, no ponto, sob a complacência da doutrina tradicional, o legislador brasileiro foi muito mais além do que defendiam Ferri e Garofalo, pois eles sustentavam que a presunção de inocência não deveria subsistir quando proferida a sentença condenatória, ou seja, quando houvesse uma declaração de culpa. Mas o CPP, na versão

primária do art. 408, § 1º, seguindo a ideia do CPCrim de que a presunção de culpa decorria de qualquer decisão judicial, estabeleceu como efeito imediato da mera pronúncia o lançamento do nome do acusado no rol dos *culpados*, com a consequente determinação de seu recolhimento à prisão, salvo se afiançável o crime (§ 2º) – decisão que não passa de um juízo de admissibilidade da acusação perante o tribunal do júri, portanto, destituída de preceito ou juízo condenatório. Mesmo tendo sido suavizada a anomalia pela Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, no sentido de que quando o acusado fosse primário e tivesse bons antecedentes, ele poderia, mesmo não sendo o crime afiançável, ficar em liberdade, a incongruência com o princípio da presunção de inocência persistia, tanto no caso de sentença condenatória quanto no de decisão de pronúncia. Registre-se que o art. 408, § 1º, do CPP, somente foi revogado pela Lei nº 11.689, de 2008.

De outra banda, o art. 594 do CPP, que condicionava o direito ao recurso de apelação ao prévio recolhimento à prisão, que era uma mera complementação da regra estampada no art. 393 do mesmo diploma legal, apesar de seu flagrante atrito com o princípio da presunção de inocência, também foi tido como constitucional, entendimento consolidado por meio da Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”)<sup>389</sup>. De toda sorte, esse dispositivo não era só incompatível com o princípio da presunção de inocência. O descompasso com a Constituição de 1988 era mais acentuado.

Atritava-se, ainda, com o princípio da ampla defesa, pois o prévio recolhimento à prisão se apresentava como *condição objetiva de admissibilidade* do recurso, sem a qual a sentença condenatória transitava em julgado, com consequente negativa do direito do acusado ao duplo grau de jurisdição.

Animado com essa orientação jurisprudencial e a docilidade da doutrina, a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (art. 9º) e a Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006 (art. 59), também condicionaram o direito à interposição do recurso impugnando a sentença condenatória ao anterior recolhimento à prisão – exceto, no último caso, se o acusado

---

<sup>389</sup> No julgamento do HC nº 72.366-7/SP, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Nery da Silveira, por maioria, entendeu que o art. 594 não infringia o princípio da presunção de inocência (1995).

fosse primário e tivesse bons antecedentes. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça avançou em relação à matéria, editando a Súmula 347 (“O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”), ao tempo em que o legislador, respectivamente, pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, e 12.830, de 20 de junho de 2013, revogou o art. 595 do CPP e o art. 9º da Lei nº 9.034, de 1995<sup>390</sup>. Persiste sem revogação expressa o art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006, mas é de todo evidente a inconstitucionalidade desse preceito, ademais do entendimento sumular atual do STJ (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 1.037). A Lei nº 12.403, de 2011, também revogou o art. 393, I e II.

De outra banda, a disciplina da prisão processual, tendo como espécies o flagrante delito e a prisão preventiva, em sintonia com a disciplina conferida pelo CPCrim<sup>391</sup> e a doutrina de Ferri e Garofalo, aqui expendida, desconsiderou a natureza cautelar desses institutos<sup>392</sup>. No caso de flagrante delito, diante da evidência daí decorrente tanto em relação à existência do crime quanto à sua autoria, mesmo que não houvesse necessidade de o acusado ser preso, essa circunstância por si só era suficiente para justificar a manutenção no cárcere, pois, consoante salientado na exposição de motivos do CPP, nesse caso, deveria ser privilegiado o interesse quanto à aplicação da lei penal, que não pode ser *sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos*, prestigiando “a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação a este” (BRASIL 1941, p. 4). O direito de liberdade era tergiversado apenas em razão da existência de provas robustas quanto à prática do ilícito, originada da prisão em flagrante, justificando-se, assim, diante da *presunção de culpabilidade* daí configurada, a antecipação do cumprimento da pena.

Porém, o mais grave não foi ressaltado na exposição de motivos. Exalando toda a influência por uma cultura de *presunção de culpabilidade*, o legislador não se fez de rogado e assim redigiu o art. 596 do CPP: “A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a

---

<sup>390</sup> Em verdade, toda a Lei nº 9.034, de 1995, foi revogada pela Lei nº 12.850, de 2013.

<sup>391</sup> Cf. item 4.2.2, supra.

<sup>392</sup> Cf. item 5.1, supra.

oito anos”. Isto é, nem a sentença absolutória tinha o condão de infirmar a *presunção de culpabilidade*, bastando para tanto a gravidade do crime, inferida pela circunstância de o legislador ter previsto para o fato pena igual ou superior a oito anos. Em outras palavras, o recurso interposto pelo Ministério Público da sentença absolutória tinha efeito suspensivo no sentido de manter incólume a prisão obrigatória imposta. A única exceção a essa regra era nos casos em que o acusado, ciente da existência de investigação ou processo contra si, promovia a sua *apresentação espontânea* à autoridade competente, hipótese em que, nos termos do então art. 318, “não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”.

O art. 596 do CPP era tão despropositado que foi logo revogado pela Lei nº 263 de 23 de fevereiro de 1948. Mas isso denota quão contaminado o legislador estava em relação a uma inegável *presunção de culpabilidade*, especialmente quando se tratava de crimes mais graves. É evidente, ainda, a persuasão do pensamento de Ferri (1988, p. 54), ao defender que para proteger a sociedade era necessário ter interpretação mais favorável à defesa social, nos processos referentes a acusados mais perigosos, cujo critério eleito pelo legislador brasileiro foi a quantidade de pena prevista para o ilícito. Nesses casos, adotou-se a inaceitável *presunção de culpabilidade*, persistente, para efeito de conservação do agente na prisão, até mesmo em caso de sentença absolutória, o que é simplesmente surreal.

Por isso mesmo, Zanoide (2010, p. 158), expõe que o código processual penal brasileiro aceitou de forma muito restrita apenas o *in dubio pro reo*, concluindo que, ademais de rejeitar “em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência, [...] está forjado estruturalmente com base na concepção de que há uma presunção de culpa e sempre um inimigo a ser perseguido e punido”

A relativização do princípio da presunção de inocência e a incidência, em algumas situações, de uma indistigável *presunção de culpabilidade*, teve repercussão direta quanto ao tratamento dispensado ao acusado, que foi *coisificado*, a ponto de ser desconsiderada a sua condição de *sujeito do processo*, tendo em conta que chamado ao feito para servir de *prova* a respeito do crime por ele próprio praticado. De outra banda, restou comprometido severamente o direito de liberdade, visto que a prisão processual, ademais de não ser disciplinada como medida cautelar, passou a ser a regra para os

crimes definidos como inafiançáveis, que era a sua maioria, isso sem falar que, como visto acima, para além das hipóteses de prisão obrigatória, ainda que a sentença fosse absolutória, a mera circunstância de o Ministério Público interpor o recurso de apelação tinha o efeito de manter o acusado recolhido à prisão<sup>393</sup>.

Por fim, cabe lembrar que o CPP de 1941, no pertinente à deliberação do tribunal do júri, também fez *tabula rasa* do princípio da presunção de inocência. No ponto, houve sensível involução, pois, enquanto no CPCrim, em sua redação originária<sup>394</sup>, para a condenação exigia dois terços dos votos dos 12 (doze) jurados e, para a pena de morte, a unanimidade, na disciplina ainda em vigor, ademais de o conselho de sentença ter sido reduzido para 7 (sete) jurados, considerar o acusado culpado, passou a ser bastante a maioria alcançada com um único voto a mais. Desse modo, sendo 4 (quatro) votos a favor da condenação e 3 (três) contra, ainda assim o acusado é considerado culpado, com conseqüente condenação, quando aí fica patente que, pelo menos entre os jurados, havia uma *dúvida razoável* quanto à culpabilidade. Portanto, tem-se que a previsão da condenação pelo tribunal do júri por uma maioria simples de um voto, ainda hoje em vigor, só é possível em um sistema normativo que não guarda obséquio ao princípio do *in dubio pro reo*, não se afinando com o preceito da presunção de inocência, pelo que é inconstitucional.

#### **5.4.3. O indevido processo legal no sistema misto-inquisitivo com prevalência da busca da verdade real sobre as regras processuais**

Conforme visto acima, no início, a persecução criminal era uma mera *atividade administrativa*, em que o Estado, ao assumir o monopólio da persecução criminal na época absolutista, não devia obediência a regras legais, sendo instaurado o procedimento como mero rito, tendo como finalidade comprovar a suspeita de culpa<sup>395</sup>. Para investigar, julgar e executar a pena, adotava, apenas, meros *rituais*, os quais

---

<sup>393</sup> A desconsideração do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento para fins de limitação da prisão processual será explorada no item 5.4.6, infra.

<sup>394</sup> Conforme explicitado no item 4.2.3.2, supra, no ponto, o CPCrim de 1832 foi alterado pela Lei nº 261, de 1841, pelo que a deliberação pela condenação passou a ser admitida pela maioria simples de um voto, enquanto para a aplicação da pena de morte, que exigia votação unânime, passou a ser previsto o quórum de 2/3 (dois terços).

<sup>395</sup> Cf. 2.1, supra.

serviam de parâmetros ou diretrizes para a eficiência da punição. A pessoa acusada não tinha garantias ou direitos em relação ao Estado. Era o *vale-tudo* no propósito de que o Estado fosse *eficiente* na repressão, pois, para todos os efeitos, o que importava em si era a aplicação do *castigo*, não o obséquio a eventuais regras.

As muitas arbitrariedades praticadas pelo Estado a pretexto do exercício do poder de punir deram fôlego aos movimentos humanitários, voltados a impor limites nessa atuação estatal. Nascia aí a ideia da processualização, defendida, com sagacidade, por Beccaria, na sua obra fundamental *Dos delitos e das penas*<sup>396</sup>. O processo, portanto, surgiu como instrumento de defesa. Não foi para *armar* o Estado. Até porque, antes da processualização, o Estado, quando pretendia punir, podia fazer tudo. As ideias beccarianas, de fundo democrático e humanitário, conquanto tenham se espreado, conjuntamente com o ideário iluminista, pelo mundo afora, desde o princípio, por se tratar de um movimento revolucionário e transformador, sofreram muitas resistências, especialmente pelo pensamento arraigado à cultura conservadora e antiliberal.

Com efeito, malgrado ninguém tenha ficado alheio aos ensinamentos da escola clássica, as suas ideias nunca foram hegemônicas, até porque a sociedade em geral, em uma medida ou outra, é formada por *liberais e conservadores*, mais ou menos radicais, com variações para *liberais-conservadores* e *conservadores-liberais*. O pensamento da escola clássica, essencialmente liberal, conquanto tenha sido podado pelo *neoclassicismo*, encontrou o seu efetivo contraponto com o surgimento da *escola positiva* e as *correntes neopositivas*, ocupando posição de destaque a escola técnico-jurídica.

O *núcleo essencial* da escola clássica, azeitado pelas declarações de direitos humanos, residia na *presunção de inocência* e na *legalidade*<sup>397</sup>. Ao contrário do que se pode pensar, essa legalidade, como forma de garantia contra o arbítrio estatal, não foi imaginada apenas para o direito material, muito pelo contrário. A leitura atenta da obra de Beccaria evidencia que as regras do processo representam o estabelecimento da legalidade no exercício da persecução criminal. Controlar o uso da força estatal a título de exercício do *jus persequendi*. Assim, o processo penal não foi alvitado como um

---

<sup>396</sup> Cf. 3.1, supra.

<sup>397</sup> Cf. 3.5, supra.



instrumento colocado nas mãos do Estado a fim de ser manipulado ao seu alvedrio, conforme seja o interesse, a *necessidade passional* da sociedade ou mesmo o *querer* do governo de ocasião, tendo em mira alcançar a *eficiência* na persecução penal.

A legalidade imposta pelas regras do processo submete o Estado ao *império da lei*. Determina que o Estado não *investiga, processa e pune* como quer, mas consoante lhe é *permitido* pela lei e tendo como premissa que todos são inocentes, até prova em contrário. A legalidade da persecução criminal por meio das regras processuais é a afirmação do primado do *Estado de direito*, aquele em que o agente público só pode fazer aquilo que a lei permite, diferentemente do particular, regido pelo preceito de que pode fazer tudo o que não lhe é defeso por lei (art. 5º, II, da Constituição de 1988).

Em outras palavras, essa *legalidade processual* é o *devido processo legal* na persecução criminal. Nessa perspectiva, o processo criminal é garantia do investigado, acusado ou condenado na sua relação com o Estado, que detém o monopólio do *jus perseguendi*. Por conseguinte, tergiversar com as regras processuais criminais é comprometer a garantia do *due process of law*, assegurada desde a primeira normatização dos direitos fundamentais, por obra da Carta Magna inglesa de 1215.

Infelizmente, a cultura autoritária em nosso meio, herdada dos tempos das ordenações portuguesas, ainda que filtrada pelo ideário iluminista da segunda metade do século XVIII, orientou o nosso sistema normativo constitucional e infraconstitucional a não ter maior apreço aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Isso é revelado, objetivamente, com a circunstância significativa de que até a vinda a lume da Constituição de 1988 (art. 5º, LVI), essa cláusula fundamental a todo e qualquer Estado democrático nunca ter sido declarada dentre os direitos fundamentais.

Naturalmente, o devido processo legal não teve guarida nas Ordenações Filipinas. Conforme acentuado, no regime da legislação portuguesa, o que se tinha eram meros rituais a serem obedecidos pelos juízes, que não passavam de *longa manus* do Rei, sendo identificado um *indevido processo legal*, embasado em uma verdadeira *presunção de culpabilidade*<sup>398</sup>. O CPCrim de 1832, cujo propósito seria romper a sistemática anterior, mediante a promoção da efetiva processualização da persecução

---

<sup>398</sup> Cf. item 2.2.3, supra.

criminal, infelizmente, nesse ponto, não cumpriu a sua tarefa<sup>399</sup>. O devido processo legal não foi prestigiado, até porque não estava expresso na Constituição de 1824. As regras processuais foram concebidas como meras formas para a prática dos atos processuais, sem um fim em si mesmas, de modo que a eventual desconsideração da forma não invalidava uma condenação. As regras previstas para os atos processuais não eram garantias, porém, meros ritos. Tínhamos procedimento, não propriamente processo na compreensão do devido processo legal. Tanto que no CPCrim não houve, sequer, a disciplina das nulidades, senão em relação à decisão tomada pelo júri de julgamento, que tinha de obedecer às regras estabelecidas<sup>400</sup>. Como se disse, houve só o esboço de processualização da persecução criminal<sup>401</sup>. Experimentamos o escorço da processualização da persecução criminal em nosso vasto território, marcado por peculiaridades locais e desigualdades inaceitáveis, em todos os aspectos importantes para o desenvolvimento social com esteio na dignidade da pessoa humana.

Sem embargo dessas constatações, a ideia central na elaboração do CPP de 1941 era de que a legislação de então, ou seja, o CPCrim, constituía um *extenso catálogo de direitos*, o quais eram empecilho à eficiência na punição, sendo necessária, portanto, a flexibilização das regras, tendo em conta que o que interessa no processo criminal é descobrir a *verdade material*, atribuição, antes de tudo, da alçada do juiz, *auxiliado* pela polícia e pelo Ministério Público, todos unidos em torno de um único propósito: descobrir quem praticou o crime e puni-lo de forma exemplar. A eficiência da persecução criminal, nessa ótica *punitivista*, escudada nas ideias da escola positiva e do tecnicismo jurídico, se assemelha à da época do Estado absoluto. Naquele momento histórico, o Estado tudo podia e fazia, conforme fosse a sua vontade. Punia *quem e como* queria, no ritmo ou na velocidade que lhe fosse conveniente. Guardadas as devidas proporções, na concepção do CPP de 1941, as regras tinham como fim tornar eficiente a punição, sendo apenas o instrumento para se descobrir a verdade, a utópica *verdade real*, que deveria prevalecer sempre, pouco importando os meios utilizados. Era a aplicação da máxima: os *fins* justificam os *meios*, ou seja, o descobrimento da verdade,

---

<sup>399</sup> Cf. item 4.5, supra.

<sup>400</sup> Cf. 4.2.3.3, supra.

<sup>401</sup> Cf. item 4 e 4.5, supra.

que era o fim, justificava os meios, quais sejam, os atos praticados para tanto, ainda que realizados ao arrepio das regras.

Isso tudo forte na crença de que é possível se alcançar a *verdade real*, o que, segundo a neurociência, não passa de uma vã ilusão (ROSA e WOJCIECHOWSKI 2021, p. 89). A ciência demonstra que a verdade real é inatingível pelo cérebro humano, pois, por questões biológicas, “não vemos as pessoas e as coisas como elas são em todos os seus aspectos, mas sempre em parte (isso quando as percebemos) (TOSCANO JR 2022, pos. 995)<sup>402</sup>. Nesse passo, com razões de sobra, Carnelutti (1995, p. 37) ensina que cada homem é uma parte, pelo que ele não consegue, jamais, alcançar a verdade, de modo que “aquilo que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela”<sup>403</sup>.

Assim, a flexibilização das regras processuais como traço da nossa cultura jurídica, alimentada pelo equivocado pressuposto de que o que se deve levar em conta e importa é a *verdade real*, principiada com o CPCrim, restou fortalecida no Código de Processo Penal de 1941, sendo suficiente para esse diagnóstico a mera leitura da sua exposição de motivos. De fato, assim como o Código Rocco, tendo como norte a busca da verdade real, tergiversou-se com as regras processuais, desconsiderando o devido processo legal ou as garantias, sendo as regras consideradas meras *formalidades*. Formalidades que não podiam se apresentar como entrave à obtenção da verdade, porquanto deveria prevalecer o ajustamento do processo “ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” (BRASIL 1941, p. 1).

Essa intenção política embutida no CPP descaracterizou a figura do juiz, porque o fez assumir uma atuação proativa no processo e mesmo na fase pré-processual, ao

---

<sup>402</sup> Rosivaldo (2022, pos. 1004) explica que, para reconhecer as pessoas e coisas e compreender momentos, o cérebro do *homo sapiens* elege como estratégia a *categorização*, e como forma de *simplificar* essa desgastante tarefa, arbitrariamente, elege determinadas características e elimina outras, o que é precário, porque, com amparo em poucos elementos, “elabora conceitos prévios sobre alguém, alguma coisa ou fato da vida”.

<sup>403</sup> As provas reunidas em um processo possibilitam, apenas, alcançar um certo grau de confirmação ou de probabilidade. Por isso mesmo, não é propriamente correto afirmar-se que *está provado* que algo aconteceu ou não, porém que há *elementos de prova* suficientes de que determinado fato aconteceu (FERRER-BELTRAN 2021, p. 12). Isso não quer dizer, entretanto, que a análise da prova não obedeça a uma racionalidade cognoscitiva. Jordi Ferri (2021, p. 12-13) explica que o exame da prova possui 3 (três) momentos distintos: o primeiro, é a definição do conjunto probatório que precisa ser levado em consideração; o segundo, a valoração da prova, governada pela epistemologia; e a terceira e última, a decisão sobre os fatos provados, com verificação de que o *standard* de prova adotado pelo legislador foi, ou não, atingido. Sobre o *standard* de prova, conferir item 6.2.2.1, infra.

tempo em que o Ministério Público não foi concebido como parte e o acusado – assim como o ofendido, diga-se –, foi tratado como *mera prova*, isto é, *uma coisa*, não como sujeito de direitos na relação processual.

Quando muito, o Ministério Público era uma parte *sui generis*, pois agia em nome do Estado, com a finalidade de buscar a verdade real, que se confundia com a finalidade do próprio processo e a missão do juiz (GLOECKNER 2018, p. 286). O Ministério Público era também um magistrado, ou, em outras palavras, um *juiz de pé*, expressão ainda hoje, aqui e ali, repetida acriticamente.

Rocco não escondia que pensava dessa forma. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal italiano de 1930, sem se fazer de rogado, disse que o tratamento isonômico entre acusador e acusado só é possível em um *processo acusatório puro*, não se aplicando aos sistemas *modernos* em que a acusação é confiada ao Ministério Público, portanto, um órgão do Estado, daí por que, mesmo que este seja considerado parte, isso não significa que se estabeleça uma situação de igualdade em relação ao imputado (A. ROCCO 1930, p. 53).

De outra banda, nesse pensamento inquisitivo de um processo sem partes, o acusado passou a interessar ao processo tanto quanto valia como *prova*, não como *sujeito processual* a quem deve ser assegurada a ampla defesa e possui interesse legítimo a ser defendido no feito, como algo inerente à condição humana. Tratado no processo como *coisa* e não como *sujeito de direitos*, até mesmo a condução coercitiva do acusado foi contemplada, medida de força que até então era possível apenas em relação à *testemunha*. No ponto, a comissão que tratou da elaboração do CPP de 1941, em crítica ao CPCrim de 1832, repudiou a circunstância de ser outorgado ao réu o *privilégio* de não comparecer perante a autoridade processante, “ainda que a sua presença seja (fosse) necessária para esclarecer ponto relevante da acusação ou da defesa” (BRASIL 1941, p. 5). Para remediar o que se entendia como privilégio, foi incluída no CPP, no art. 260, a figura da condução coercitiva do acusado, dispositivo que foi considerado revogado com a edição da Constituição de 1988, no julgamento das ADPFs n°s 444/DF (2018) e 395/DF (2018).

A obrigatoriedade do comparecimento do acusado perante o juiz para ser interrogado se sustentava porque o interrogatório foi colocado no capítulo III do Título VII do Livro I, parte do CPP que trata das provas. O acusado, portanto, foi concebido

como prova, sendo a sua participação no processo justificada como forma de produzi-la. Se o acusado era objeto de prova, para além de sua condução coercitiva, seguindo essa lógica, restou ressaltado, na parte final do art. 186 do CPP, em sua redação inaugural, que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, sufragando a parêmia de que *quem cala consente*.

Não havia, assim, *processo substancial ou efetivo*, simplesmente porque não havia relação processual, porquanto inexistentes propriamente partes: o Ministério Público – até hoje há quem defenda essa anomalia –, não era considerado parte, quando muito, uma parte *sui generis*, e o acusado foi incluído e tratado como uma das espécies de prova (art. 185 e segs. do CPP). Aliás, tratar o acusado como objeto é uma característica ínsita ao sistema inquisitivo (SHINDLER, RAMÍREZ e GALDAMES 2011, p. 23). Seguindo essa diretriz do sistema inquisitivo, O CPP era um *processo sem partes*, sendo considerados como sujeitos processuais principais, apenas, o Ministério Público e o juiz, ambos comprometidos com a persecução criminal, atuando no sentido de *descobrir a verdade*, ou melhor, *comprovar a verdade* contida no inquérito policial e encampada na denúncia oferecida em juízo.

Desse modo, sob a perspectiva do CPP, a missão do juiz no processo criminal, em busca da verdade real ou material, era atuar de forma proativa, no afã de confirmar a imputação feita pelo Ministério Público, só sendo autorizado a absolver caso, determinadas as diligências necessárias para suprir as suas dúvidas, não tivesse prova suficiente para condenar. O juiz atuava no processo irmanado com o Ministério Público, como se irmãos siameses fossem: juiz e Ministério Público juntos na missão de *combater* a criminalidade, focados em tornar o processo criminal *eficiente*. Ambos, na qualidade de integrantes do *sistema de justiça*, tinham o compromisso de *combater* o crime, encontrando os culpados. Nesse passo, o Ministério Público não foi tratado como se fosse parte, porém um integrante do sistema de justiça, que atua para combater o crime, pelo que recebeu tratamento privilegiado na relação processual. Tinha-se um processo de 2 (dois) contra 1 (um), juiz e Ministério Público de um lado, enquanto o réu, de outro. Em verdade, 3 (três) contra 1 (um), cabendo incluir, dentre os atores da persecução criminal, a autoridade policial.

De outra banda, mirando essa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas,

privilegiando-se o *descobrimento da verdade*, sem embargo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da necessidade da demonstração do prejuízo, mesmo nos casos de nulidade absoluta, a fim de escoimar o vício contido no ato processual, sendo mantida até hoje essa tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (ALENCAR 2016, p. 464). De outro lado, a sanha inquisitiva era tão forte, que o Supremo Tribunal Federal teve de editar a Súmula nº 160, para deixar claro que “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Esse entendimento sumular, no entanto, ainda assim, é passível de crítica, pois mesmo sem impugnação pelo Ministério Público, que é o interessado, o juiz poder auxiliá-lo na persecução criminal, substituindo a sua atuação, colocando a defesa em situação inusitada de ser prejudicada no processo com base em *argumento novo* que não foi objeto do recurso<sup>404</sup>. É mais do que patente a ofensa à cláusula do *tantum devolutum quantum appellatum* e, de permeio, a do princípio da não surpresa, enfim catalogado em nosso meio no art. 10 do NCPC, aplicável ao processo criminal (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 272).

Nesse passo, conquanto tenha sido destinado um título específico para tratar das nulidades, foi importada a teoria das nulidades do código civil, contendo como núcleo essencial a demonstração do *prejuízo* para a acusação ou para a defesa (art. 563 do CPP), complementada pela ideia de que o ônus da demonstração do prejuízo recai sobre quem tem o interesse para a invalidação do ato processual, artimanha cujo efeito prático é imputar essa árdua missão, sempre e sempre, à defesa. Tal orientação foi robustecida pela ausência de força normativa dos direitos fundamentais e, ainda, pela inexistência da garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só ingressou em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1988. Tendo em conta essas nuances, a prova ilícita produzida na fase da investigação era toda válida, bastando que a defesa não arguisse e, ainda que assim o fizesse, não conseguisse provar o prejuízo. Para complicar ainda mais a situação, o Supremo Tribunal Federal, seguido dos demais tribunais, firmou entendimento – que perdurou até pouco tempo atrás – de que as

---

<sup>404</sup> Esse entendimento, permitindo que o tribunal conheça de nulidade que não é objeto de impugnação expressa do Ministério Público, é sobremaneira prejudicial à defesa. Cabe lembrar que a concessão de habeas corpus é uma das hipóteses de duplo grau necessário de jurisdição. A defesa, nesse caso, teria de elaborar contrarrazões conjecturando uma eventual nulidade, não conhecida na instância inferior nem, sequer, suscitada pelo Ministério Público para se contrapor à decisão de deferimento do *writ*.

nulidades ocorridas no inquérito policial não *contaminavam* o processo, uma vez que se tratava de um mero procedimento administrativo.

#### **5.4.4. Investigação descontrolada e poderes investigatórios do juiz**

Na redação originária do CPCrim não foi previsto o inquérito policial (item 4.3.3, supra). O instituto da investigação era denominado *formação da culpa*, sob a direção do juiz de paz. Era uma espécie de *juizado de instrução*, pois a apuração do fato criminoso competia a um juiz, muito embora o exercício do cargo de juiz de paz não fosse privativo de bacharel em direito<sup>405</sup>. Em verdade, o juiz de paz, em alguns casos, *investigava, acusava e julgava*, o que era inaceitável. Muitas críticas foram endereçadas a esse arranjo, cujo argumento central era de que o legislador tinha atribuído ao judiciário função policial. Ao invés de resolver essa hipertrofia da competência do juiz de paz, a Lei nº 261, de 1841, transferiu considerável parte dessa competência para a autoridade policial, que em alguns casos, além de investigar, ainda passou a julgar. Enfim, a Lei nº 2.033, de 1871, excluiu essa função anômala da autoridade policial, circunscrevendo a sua atuação à fase de *formação da culpa*, preservando, porém, a competência para proferir a decisão de pronúncia no caso do art. 60 do Regulamento de 31 de janeiro de 1842 (art. 9º, caput e parágrafo único).

Frederico Marques (1977, p. 104) diz que essa lei teria criado o inquérito policial em nosso meio, no entanto, nela não há nenhuma menção expressa a esse respeito. De fato, o art. 10, § 1º, da Lei nº 2.033, de 1871, prescreveu, apenas, que, para fins da formação de culpa, as autoridades policiais deverão cuidar de realizar as diligências que forem necessárias para o “descobrimento dos fatos criminosos e suas circunstancias, e transmitirão aos Promotores Públicos, com os autos de corpo de delito e indicação das testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos coligidos”. Quem de fato criou o instituto do inquérito policial foi o Decreto nº 4.824, de 1871, com a disciplina do art. 42, caput, assim nominando o instrumento no qual deveriam ser reduzidas a escrito as diligências a cargo da autoridade policial no desempenho de sua atividade investigatória (LEAL 1942, p. 79). Por isso mesmo, com razão Rogerio Schietti (2020, p. 47) ao afirmar que o instituto do inquérito policial foi criado pelo

---

<sup>405</sup> Cf. item 4.1, supra.

Decreto nº 4.824, de 1871, “instituído-se uma rotina que, passados mais de 140 anos, é quase idêntica à que atualmente orienta a atividade investigatória policial”.

A comissão que elaborou o projeto do CPP de 1941 debateu o modelo de investigação a ser seguido. Àquela época, já se bradava contra os excessos praticados pelas autoridades policiais na condução dos inquéritos, que não se submetiam ao *controle judicial*. Para obviar o problema, muitos países da Europa Continental começaram a adotar o *juízo de instrução*, atribuindo a um juiz a missão de fazer a investigação pré-processual. Com o passar do tempo, o juiz foi dando lugar ao Ministério Público quanto ao desempenho da atividade investigatória, passando a assumir uma posição de controle quanto aos excessos.

Conquanto a investigação preliminar tenha sido identificada como o *coração* do Código Rocco, ainda assim, para maior controle, era confiada ora ao juiz, ora ao Ministério Público, que possuía função de polícia judiciária, pois detinha competência para promover atos de conservação das provas e investigatórios (GLOECKNER 2018, p. 284-285), inclusive com desempenho de função judicante, pois podia decretar a prisão, sem possibilidade de impugnação (A. ROCCO 1930, p. 52)<sup>406</sup>.

Todavia, em nosso meio, entre o *juízo de instrução* e o *inquérito policial*, deu-se preferência a este, a fim de conferir à investigação o tratamento de atividade eminentemente administrativa, conquanto regulada no Código de Processo Penal. Na exposição de motivos, sob a rubrica *A conservação do inquérito policial*, Francisco Campos disse que “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais” (BRASIL 1941, p. 2), apresentando, em suma, duas justificativas, uma de ordem prática e outra, jurídica. Como justificativa prática foi dito que o *juízo de instrução* “importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só praticável sob a condição de que as distâncias dentro de seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis” (BRASIL 1941, p. 2), o que não seria possível na época atribuir aos juizes, em razão dos precários meios de comunicação, de modo que, mesmo sendo viável a implementação nas sedes das

---

<sup>406</sup> Rocco justificava essa impossibilidade de impugnação perante o juiz, com o argumento de que a instrução sumária era assaz breve, pelo que o investigado poderia, depois da citação, questionar a prisão (1930, p. 52).



comarcas, não haveria condições de estender a todos os distritos.

O argumento jurídico foi a falácia de que o inquérito policial, na qualidade de instrução provisória, seria “uma garantia contra apressados e errôneos juízos”, assegurando “uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena” (BRASIL 1941, p. 2-3). Magalhães Noronha (1976, p. 21) aceitou como válida apenas a primeira justificativa, e foi cirúrgico ao assinalar a grande desvantagem e o problema gerado com a adoção do inquérito policial, por reduzir “a justiça quase à função de repetidor de seus atos”. Por isso mesmo, ele defendia que “paulatinamente o juizado de instrução poderá (ia) ir sendo adotado, a começar pelas comarcas das capitais...” (NORONHA 1976, p. 21). Esse tema será retomado no item 7.1.3, sendo sustentado que na seara judicial, na chamada fase do *processo de conhecimento*, para todos os efeitos, o que se verifica, diante da repetição dos atos da investigação, é um *processo de reconhecimento, de confirmação* do que foi apurado no inquérito policial. Tanto é assim que alguns juízes – talvez o correto seja dizer muitos – possuem o mau vezo de adotar como praxe nas inquirições e nos interrogatórios indagar às testemunhas e aos acusados se confirmam o que já disseram na investigação.

Dessa maneira, no nosso sistema misto de forte *sotaque inquisitivo e policialesco*, a missão investigatória em si foi outorgada à polícia, sem controle judicial ou do Ministério Público. Consoante salientado linhas acima, o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, foi pensado como um *instrumento de força* a ser manejado pelo Estado para *combater* a criminalidade, concebendo o ambiente no qual exercida a persecução criminal, antes ou durante a fase processual, como uma arena, na qual é travada verdadeira *guerra* entre o *bem* e o *mal*. A eficiência do *jus perseguendi* não estava centrada na preservação dos direitos da pessoa investigada ou acusada, mas, sim, em conseguir a punição. O escopo da persecução criminal era descobrir a *verdade*, a chamada *verdade real* – algo que ontologicamente não existe e, ainda que possível fosse, o fim principal do processo não deve ser esse (LOPES JÚNIOR 2010, p. 564.). Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, o responsável em *combater o crime*, é descortinar a verdade, sendo irrelevante o meio empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale-tudo na persecução criminal*, no desiderato de conseguir a punição.

O viés inquisitivo e policialesco do processo penal, com preocupação voltada

para angariar os elementos para a aplicação da sanção, colorido com cores fortes na fase pré-processual, entregou à autoridade policial autonomia alargada para conduzir as investigações, *sem controle judicial*. Ademais da investigação *descontrolada*, a autoridade policial contava com o *auxílio incondicional do juiz*. Nesse modelo, a missão do juiz não era *controlar* a investigação, mas, sim, *auxiliá-la*. Com efeito, a atuação do magistrado nesse momento da persecução criminal foi estimulada apenas no sentido de contribuir com a investigação, sendo-lhe conferidas as tarefas de (a) *requisitar* a instauração do inquérito policial, ou seja, determinar a apuração do fato tido como ilícito pela autoridade policial (art. 5º, II, primeira parte, do CPP); (b) decidir sobre a dilação do prazo de encerramento da investigação (art. 10, § 3º, do CPP); (c) interferir nos rumos da investigação, podendo decidir pela realização de diligências que entender pertinentes (art. 13, II, do CPP); (d) receber a representação do ofendido autorizando a investigação em crime de ação penal pública condicionada (art. 39, caput e § 4º, do CPP); (e) decretar o sequestro (art. 127 do CPP); e (f) determinar, de ofício, a produção de prova (art. 156 do CPP, redação originária), a busca e apreensão (art. 242 do CPP) e a prisão preventiva, na fase do inquérito ou do processo (art. 311 do CPP, redação originária). Enfim, o juiz tinha uma atuação na fase investigatória, em prol da persecução criminal, mais ativa do que o próprio Ministério Público.

Em verdade, a feitura do CPP partiu da premissa de que o juiz, assim como a autoridade policial, estava envolvido e era também interessado no descortinamento da verdade e na punição do infrator. Tanto assim foi que o legislador o escolheu como o destinatário dos autos do inquérito policial (art. 10, § 1º, do CPP), quando, naturalmente, deveria ser endereçado ao Ministério Público, o legitimado para o ajuizamento da ação penal. Aliás, a Lei nº 2.033, de 1871, ao conferir à autoridade policial o papel de realizar as diligências investigatórias preliminares, corretamente esclarecia que os dados relacionados ao descobrimento dos fatos criminosos e suas circunstâncias deveriam ser *transmitidos aos promotores públicos* (art. 10, § 1º), o que foi ignorado pelo CPP de 1941.

O juiz ficava alheio à investigação, salvo quando lhe convinha participar ativamente, com a finalidade de cooperar com a apuração dos fatos. A autoridade policial não necessitava de permissão judicial para os atos de diligência, sequer quando se tratava de busca e apreensão, em razão da dicção normativa do art. 242 do

Ordenamento Processual Penal e a Constituição então vigente – situação que perdurou até a Constituição de 1988. Consoante lembra Câmara Leal (LEAL 1942, p. 99), “A autoridade, quer policial, quer judiciária, poderá determinar a busca e apreensão... desde que tenha conhecimento da ocultação ou existência de objetos a serem apreendidos, ou a requerimento da parte interessada”. Ou seja, sequer quando se tratava de diligência que importava na flexibilização de um direito fundamental da envergadura da inviolabilidade do domicílio, garantida em todas as Constituições brasileiras, não se exigia autorização judicial, podendo o delegado de polícia atuar livremente, sem nenhum controle prévio<sup>407</sup>. Aliás, essa era uma tradição do nosso direito, vinda do CPCrim de 1832<sup>408</sup>, até porque os direitos fundamentais, dado que vazados nas nossas Constituições em forma de princípios, não eram considerados normas, possuindo menos valor do que as regras estampadas na legislação infraconstitucional. Ademais, o Código italiano de 1930, expressamente, no art. 226, deu poderes à polícia judiciária para ter acesso “aos gabinetes ou sistemas telefônicos para transmitir, interceder ou impedir comunicação, bem assim, dela tomar conhecimento ou adquirir outras informações” (A. ROCCO 1930, p. 48).

Quanto a esse aspecto, pontue-se que o Código de Processo Penal, dentre as espécies de medidas cautelares, só tratou das patrimoniais. Como já insinuado no item 5.4.3, supra, e será detalhado no item 5.4.6, infra, a prisão processual não recebeu a feição de medida cautelar, sendo tratada como um instrumento de antecipação do cumprimento da pena futura a ser definida na sentença condenatória. As chamadas medidas cautelares probatórias não mereceram qualquer consideração do legislador do CPP de 1941. Nem mesmo a busca e apreensão, pois esse instituto foi catalogado como mais uma das espécies de prova previstas na codificação. E, de fato, a busca e apreensão era isso mesmo, pois a autoridade policial, ela própria, sem qualquer controle do juiz, podia determinar a expedição da busca e apreensão, não havendo necessidade, sequer, da confecção do mandado, quando a diligência fosse realizada por ela mesma, inteligência extraída da leitura a *contrario sensu* da dicção normativa do art. 241 do

---

<sup>407</sup> Conforme visto no item 3, supra, a inviolabilidade do domicílio foi encartada como direito fundamental na Carta inglesa de 1215, garantia que restou incorporada à Quarta Emenda à Constituição americana (VILE 2001, p. 153).

<sup>408</sup> Cf. item 4.2.1, supra.

CPP (“Quando a própria autoridade policial ou judiciária não realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”). Note-se que, em rigor, a expedição do mandado foi tratada como uma excepcionalidade. Tudo isso com o respaldo da Constituição de 1937, pois, no ponto, restou dito, no art. 122, item 6º, que era garantida “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”<sup>409</sup>. O legislador do CPP disciplinou no ambiente subconstitucional essas exceções da forma como quis, dado que assim autorizado pela Constituição em vigor na época.

E mais, o art. 241 do CPP, acima transcrito, abriu uma brecha para o juizado de instrução, em virtude de alvitrar a possibilidade de o próprio juiz, *pessoalmente*, realizar a diligência, fazendo as vezes da autoridade policial, descaracterizando, ainda mais, a função jurisdicional, autorizando-o a vestir a camisa da acusação por cima da toga. O concreto é que, em um ambiente de investigação sem controle, seria paradoxal disciplinar as medidas cautelares probatórias. A autoridade policial, para investigar, não tinha limites. Se ela precisava ter acesso a documentos, bastava fazer a diligência nesse sentido, ainda que para tanto precisasse entrar, à força, no domicílio ou no lugar de trabalho do investigado. Na condução do inquérito, a autoridade policial era o seu próprio limite, ademais de poder contar com o juiz na qualidade de coadjuvante, no cumprimento de sua espinhosa missão de investigar.

Observe-se que, em praxe oriunda do denominado *termo de bem viver* do CPCrim<sup>410</sup>, dentro desse contexto de superpoderes, era comum a autoridade policial realizar *prisões para averiguações* de bêbados, prostitutas e mendigos, mesmo sem lastro em decisão judicial, a pretexto de manutenção da ordem pública, prática que subsistiu durante a vigência do CPP, muito embora não houvesse nenhuma disposição normativa a respeito. Basileu Garcia abordava *en passant* esse assunto, ressaltando que “Entre os casos de prisão admitidos por lei não se inclui, nem jamais se incluiu, em nossos textos legais, a prisão para averiguações policiais” (1945, p. 13). Todavia, mesmo reconhecendo que, em princípio, não poderia haver a detenção sem ser em situação de flagrante ou em razão de ordem judicial, Gomes Neto (1957, p. 122),

---

<sup>409</sup> C. item 5, *supra*.

<sup>410</sup> Cf. item 4.2.2, *supra*.

embasado em fundamento empírico, defendia que há “casos em que a chamada prisão, então chamada correccional, é necessária”. Essa práxis, alimentada pela cultura da prisão, somente foi eliminada de nosso meio com o advento da Constituição de 1988<sup>411</sup>. Mas essa *detenção* era por curto espaço de tempo, posto que havia a *norma não escrita* de que não poderia perdurar por mais de 24 (vinte e quatro) horas, primacialmente quando se tratava de bêbado, em que o recolhimento ao cárcere se justificava como medida para a manutenção da ordem, ainda que preventiva, diante do estado de embriaguez. Era o que se convencionou chamar prisão para *curar o porre*.

Como esse lapso temporal era muito curto, o legislador do CPP, com o art. 21, caput e parágrafo único<sup>412</sup>, avançou a fim de prever a possibilidade de a autoridade policial determinar a *incomunicabilidade do indiciado*, pelo prazo de até 3 (três) dias, bastando para tanto que, por meio de despacho nos autos, dissesse que a medida se impunha em razão do *interesse da sociedade* ou por *conveniência da investigação*. Em verdade, embora a incomunicabilidade não tenha sido prevista no Código de Processo Criminal, ela era utilizada na prática, mediante a interpretação a *contrario sensu* do art.181 do Código Criminal, que estabelecia como crime próprio da alçada do *carcereiro*, deixar de comunicar, a incomunicabilidade do preso, quando não houvesse ordem escrita da autoridade competente (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 391). Informa Almeida Júnior (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 391) que essa era uma prática antiga, denominada, no sistema francês, *mise en secret*, como espécie de tormento infligido aos presos, mas havia divergência quanto à compatibilidade desse instituto mesmo em relação à Constituição Imperial, que incluiu dentre os direitos fundamentais a entrega da nota de culpa, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (art. 179, § 8º). O legislador de 1941, a fim de espancar dúvida a respeito da legalidade da medida, tratou de deixar expressa a possibilidade da incomunicabilidade, ao tempo em que aproveitou para aumentar o prazo para 3 (três) dias. Cabe lembrar que o infrator foi tratado como objeto,

---

<sup>411</sup> Recordo-me de ter recebido, na qualidade de juiz de direito recém empossado em uma cidade do interior, a visita de um delegado de polícia, logo após a edição da Constituição de 1988, preocupado porque com a notícia de que não seria mais possível a realização de prisões para averiguações, sem ordem judicial. Disse-lhe, na ocasião, que, em verdade, essa prática era ilegal, mesmo antes da Carta de 1988.

<sup>412</sup> “Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir. Parágrafo único. A incomunicabilidade não excederá de três dias”.

não como sujeito processual<sup>413</sup>, motivo pelo qual, para fins de obter a verdade por meio de exaustivos interrogatórios, a autoridade policial podia determinar o seu recolhimento à cadeia, ficando a sua inteira disposição para longos e sucessivos interrogatórios, sem poder se comunicar com ninguém, nem mesmo seu advogado, sendo levado à confissão pelo cansaço físico ou mental. Era o que se pode chamar *tortura normativa*.

É verdade que, não tendo a norma identificado claramente quem poderia determinar a incomunicabilidade, havia divergência na doutrina se era imprescindível ordem judicial, o que para Câmara Leal (1942, p. 128) se apresentava como questão bizantina, pois, na hipótese de prisão em flagrante, situação em que o recolhimento ao cárcere não ficava à mercê da decisão de magistrado, não se podia negar à autoridade policial a *faculdade* de determiná-la. Assim, no seu pensar, “a incomunicabilidade é medida da alçada policial, muito embora também o juiz a possa determinar por ocasião da decretação da prisão preventiva” (LEAL 1942, p. 128). Essa extravagância, de alguma forma, foi reduzida, com a nova redação dada ao parágrafo único no art. 21 pela Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, ao deixar consignado que, para a sua validade, a incomunicabilidade passaria a exigir sempre “despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963)”. Isso foi o bastante para suscitar a ira de Tourinho Filho (1984, p. 191) contra essa iniciativa, tachando-a de mais uma das *inconsequentes atitudes liberais*, que servem para reduzir a *função repressiva do Estado*, tendo ele defendido que, mesmo com a nova regra, “se o indiciado estiver incomunicável e o advogado quiser com ele se avistar, deverá fazê-lo em companhia da autoridade responsável pela investigação”. Esse dispositivo, porém, atualmente, é tido como revogado pelo art. 136, § 3º, inciso IV da Constituição, na medida que a ordem jurídica vigente veda a incomunicabilidade do preso até mesmo na vigência do *estado de defesa*, quanto mais em *situação de normalidade constitucional*.

Para incrementar o *descontrole* da atividade investigatória pré-processual, sob o dogma de que o inquérito policial se constituía em mera peça informativa, a doutrina

---

<sup>413</sup> A esse respeito, Tourinho Filho (1984, p. 188) era incisivo, ao afirmar, com ênfase, que, dado o caráter inquisitório do inquérito, “o indiciado não é um sujeito de direito em face da autoridade policial, e, sim, um objeto de investigação”.

tradicional (SALLES JR. 1986, p. 7)<sup>414</sup>, acompanhada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que as nulidades do inquérito policial não tinham o condão de contaminar o processo. A guisa de confirmação dessa assertiva, veja-se parte da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus relatado pelo Ministro Pedro Aciole, quando ele afirmou, com todas as letras, que “O inquérito policial é mera peça informativa” tratando-se de “simples investigação criminal”, de modo que “mesmo que existissem irregularidades nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal”, sendo esse entendimento tão “pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo” (FRANCO e STOCO 1999, p. 889).

Em contrapartida, nessa senda punitivista e de valorização e confirmação dos achados na investigação, o Ministro Moreira Alves, relator do HC 73.523-4, julgado em 26 de março de 1996, após rememorar várias decisões do Supremo Tribunal Federal, ressaltou que “Continuo convencido do acerto da antiga e reiterada orientação desta Corte no sentido de que os depoimentos colhidos no inquérito policial, especialmente quando testemunha, têm valor probante para a condenação, se não forem contrariados...” (FRANCO e STOCO 1999, p. 1710).

Trilhando essa posição da Suprema Corte, Tourinho Filho (1984, p. 188) afirmava, de forma peremptória, que, dado o caráter inquisitório do inquérito, “o indiciado não é um sujeito de direito em face da autoridade policial, e, sim, um objeto de investigação”, pelo que não lhe era assegurado o direito de defesa, nessa fase. A fora isso, Tourinho Filho (1984, p. 183), sob o argumento de que o *jus accusationis* só tem início com o ajuizamento da ação penal, desenvolvendo raciocínio lógico tendo como verdadeira essa premissa, arrematava que “Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa”. Mesmo sob a batuta da Constituição de 1967, que no § 15 do art. 153, repetindo a Carta de 1946, deu guarida ao princípio da ampla defesa, preceituando que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa”, ainda assim, o autor em referência advertia que o direito fundamental se dirige ao *acusado* “e no inquérito policial não há ‘acusados’ e sim ‘indiciados’” (1984, p. 183), acrescentando que o

---

<sup>414</sup> Cf. Tourinho Filho (2014, p. 27) e Mirabete (2006, p. 63).

Ministério Público, quando intervém no inquérito, age como *custos legis*, de modo que “a sua presença na Polícia é garantia dos interesses do imputado” (1984, p. 185).

Ainda assim, a despeito desse caráter inquisitivo e a ausência de garantia do direito de defesa, o legislador concebeu a possibilidade de o *indiciado* requerer *qualquer diligência*, salientando, porém, que, a despeito do pedido, ela seria “realizada, ou não, a juízo da autoridade” (art. 14 do CPP). Isto é, não se tratou, propriamente, de um direito, pois não se reconheceu ao indiciado o direito de solicitar ao juiz a determinação da realização da diligência, senão de fazer o pleito perante a autoridade policial, que poderia, ao seu talante, indeferir o pedido, sem que fosse alvitado recurso para a impugnação da decisão. Por isso mesmo, Câmara Leal, a despeito de aplaudir a inovação trazida com o CPP, qualificando-a de *acertada*, argumentava que, não tendo sido previsto nenhum recurso da denegação do pedido de diligência, só restava ao indiciado, caso ela fosse tida como arbitrária, “fazer uma representação à autoridade policial hierarquicamente superior, expondo-lhe o pedido, sua importância e a improcedência do indeferimento”.

De outra banda, apesar de o Supremo Tribunal Federal asseverar em reiterados julgamentos que o sistema processual penal brasileiro, mercê do que dispõe a Constituição de 1988, passou a ser o acusatório (HC 193.053/MG 2020), no conhecidíssimo *Inquérito das fake news*, sem embargo de outros questionamentos<sup>415</sup> e da gravidade dos crimes apurados, a Corte tergiversou com essa cláusula, assegurando amplos poderes investigatórios ao ministro relator do inquérito instaurado com suporte no art. 43, caput, de seu Regimento Interno – recepcionado como lei pela Constituição de 1988 –, destinado a coletar informações sobre crime cometido na sede ou dependência do STF (ADPF 572/DF 2020). Na ementa do acórdão redigido pelo relator Edson Fachin restou ressaltada a validade desses poderes investigatórios do ministro condutor do inquérito policial, assegurados pelo Regimento Interno da Corte, podendo tomar iniciativas de ofício, sem provocação do Ministério público, desde que

no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a

---

<sup>415</sup> O Ministro Dias Toffoli, então presidente do STF, determinou a distribuição do Inquérito nº 4.781/2019 diretamente para o Ministro Alexandre de Moraes, violando o princípio do juiz natural.



Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais (ADPF 572/DF 2020).

Em razão dessa cultura inquisitiva, o juiz em nosso meio continua com o seu *protagonismo na investigação*. Além de manter essa atribuição de auxílio na investigação ou mesmo de dirigir a apuração nos casos regulados pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a Constituição de 1988 o juiz adquiriu nova missão institucional nessa fase da persecução criminal, a saber, decidir sobre a flexibilização de direito fundamental, quando necessária a medida para a realização de diligências como busca e apreensão, interceptação de comunicação telefônica e correspondência, quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados etc; ou seja, decidir sobre as medidas cautelares probatórias, não previstas no CPP, sendo algumas delas precariamente disciplinadas em leis extravagantes. O juiz passou a ter tríplice função: (a) auxiliar a investigação; (b) decidir sobre a flexibilização dos direitos fundamentais durante a investigação; e (c) processar e julgar a pretensão acusatória.

De outra banda, o Ministério Público, paulatinamente, assim como verificado em alguns países como a Alemanha, em 1974, Itália, em 1988 e Portugal, em 1995 – que suprimiram a figura do juiz instrutor e colocaram o *parquet* na chamada *instrução preliminar*, criando, assim, a figura do *promotor investigador* – (AMBOS e CHOUKR 2001, p. 22), começou a se imiscuir na apuração dos fatos antes do ajuizamento da ação penal, mudança de paradigma que atingiu o seu apogeu com o aresto do Supremo Tribunal Federal, exarado sob o regime de repercussão geral no RE 593.727/MG (2015), que reconheceu ao órgão ministerial *poderes investigatórios*, sendo, todavia, realçados os seus limites, especialmente quanto às hipóteses de *reserva de jurisdição*. Se em outros sistemas jurídicos o Ministério Público entrou na investigação para assumir a coordenação dos trabalhos, com a consequente saída do juiz por outra porta a fim de assumir uma posição de *controle da legalidade*, no nosso meio os poderes investigatórios foram conservados nas mãos dos juízes. Criou-se o *sistema 3 (três) em 1 (um)*, ou *dos 3 (três) contra 1 (um)*: polícia, promotor/procurador da República e juiz de um lado, enquanto, do outro, o investigado, aqui e ali, assistido por um advogado.

O detalhe importante – para não dizer drástico – é que o *juiz hércules* brasileiro,

nessa fase preliminar destinada para a apuração dos fatos criminosos, desempenha, a um só tempo, a função de *investigador* e de *juiz* dos poderes investigatórios da autoridade policial e do Ministério Público. Em alguns momentos, ele age como investigador, em outros, como terceiro desinteressado na investigação em si. Isso sem falar que lhe cabe, ainda, processar a persecução criminal e julgar o caso. Com o chamado pacote anticrime se tentou resolver esse problema com a criação da figura do juiz das garantias, que ficou em estado latente, pois o Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática exarada em 13 de outubro de 2021, suspendeu, a sua entrada em vigor, o que só restou resolvido com a finalização do julgamento em 24 de agosto de 2023, em que, por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 3º-B, caput, do CPP, fixando o prazo de 12 (doze) meses, prorrogável por mais 12, para que os tribunais promovam a efetiva implementação e funcionamento do juiz das garantias em todo o país, em consonância com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (ADI 6.298, 6.300 e 6.305/DF 2020).

Portanto, enquanto não for implantado o juiz das garantias, em nosso sistema o magistrado persistirá tendo a possibilidade de participar ativamente da fase investigatória, o que compromete sua imparcialidade, e desconfigura o chamado *processo de conhecimento*, que de fato não passa de uma fase processual de *reconhecimento* ou *validação* do que conhecido previamente durante a apuração dos fatos, no *processo* conduzido pela autoridade policial<sup>416</sup>.

Todavia, apesar desse auxílio do juiz, a apuração policial tem se revelado extremamente ineficiente. Os inquéritos policiais são burocráticos, não raro constituídos de vários volumes, mas escassos quando a provas efetivas, especialmente em relação à identificação da autoria, exatamente nos crimes que mais inquietam a sociedade, que são os crimes violentos letais intencionais. Entretanto, conforme os dados coletados pelo Instituto Sou da Paz (2017), em Estados como Pará, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Rondônia, São Paulo e Mato Grosso do Sul, a taxa média de resolutividade dos inquéritos policiais, quando se trata de investigação a respeito de crimes de homicídio, é incrivelmente baixa, alcançando apenas 20,7% dos casos. Em outra perspectiva, isso

---

<sup>416</sup> Cf. item 6.2.2.2.1 e segs., *infra*. Lá estão expostos os fundamentos no sentido de que o inquérito policial, em verdade, ostenta a natureza de *processo administrativo*, submetido, ao controle judicial, desde a sua instauração, mercê da criação do instituto do juiz das garantias.

quer dizer que quase 90% dos crimes de homicídios não são, sequer, objeto de denúncia. Isso sem falar que, pesquisa feita pelo projeto de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, das 9.328 mortes violentas intencionais ocorridas no Rio Grande do Norte no período de 2016 a 2020, a taxa de resolutividade dos inquéritos policiais foi de 17,52%, sendo constatado que resultaram no oferecimento de apenas 6 (seis) ações penais (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2022, p. 57). Esse dado local é corroborado pela realidade nacional, pois, conforme o Atlas da Violência de 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018), tendo ocorrido 62.517 homicídios no ano de 2016, no referido ano ingressaram no Judiciário apenas 27.881 ações penais relativas a crimes da competência do júri, enquanto em 2017, 29.587.

#### **5.4.5. Processo de conhecimento inquisitivo e direito de defesa restrito**

A Constituição de 1937, com o seu caráter ditatorial, teve a ousadia de excluir do rol dos direitos fundamentais o princípio da ampla defesa. Aliás, conforme visto no item 5, supra, não houve previsão expressa sequer ao direito de defesa em si. Apenas indiretamente se tinha por consagrado, dentre os direitos fundamentais, o direito de defesa, desde que o exegeta enxergasse essa garantia no enunciado plasmado no art. 122, item 11, da Carta de 1937, em cuja dicção normativa constava, na parte final, que seriam “asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. Não havia em verdade um direito. Os eventuais espaços para o exercício da defesa deveriam ser concedidos conforme a *necessidade*. O legislador infraconstitucional, assim, ficou livre para prestigiar a ação repressiva do Estado punitivista. Na exposição de motivos do projeto da então nova codificação processual penal, houve a preocupação em conferir um verniz garantista ao sistema inquisitivo proposto, sublinhando que se, de um lado, “os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados” (BRASIL 1941, p. 2). Logo em seguida, a justificativa para essa afirmação se circunscrevia à circunstância de que, com o CPP de 1941, nenhum acusado, *ausente*

do distrito da culpa, foragido ou oculto, e por isso mesmo revel, seria processado sem a intervenção e assistência de um advogado, afastando-se “a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa” (BRASIL 1941, p. 2).

Todavia, como se verá, essa garantia era quanto a uma defesa apenas *formal*. A despeito dessa constatação, a regra da necessidade da existência da *defesa efetiva*, como pressuposto de validade do processo, sob pena de nulidade (art. 564, inciso III, alínea c, do CPP), se conteve apenas a determinados momentos das fases do processo de conhecimento. Com efeito, ademais de não se estender às fases investigatória<sup>514</sup> e executória<sup>515</sup>, não se assegurou propriamente a *ampla defesa*, que não se contenta, com a existência de um advogado falando em nome do acusado, vai além, para exigir que seja *eficiente*, durante todo o percurso processual.

Aliás, na parte procedimental houve significativa alteração em relação ao CPCrim de 1832. No sentido de apagar os poucos traços liberais do CPCrim de 1832, o CPP de 1941, na sua redação inicial, descaracterizou o tribunal do júri e reduziu significativamente a sua competência. Cabe lembrar que no CPCrim, em obséquio ao que dispunha a Constituição Imperial, o tribunal do júri foi definido como um autêntico procedimento ordinário, pois era pertinente para o julgamento de todos os delitos, exceto para os quais prevista pena de prisão de até 6 (seis meses), degredo ou desterro de até 6 (seis) meses (BARROS 1987, p. 226)<sup>516</sup>. Tendo a Constituição de 1934 dito, no art. 72, que era “mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”, não houve alteração no panorama, entretanto, assim foi até o golpe de estado de 1937 e a conseqüente edição da Constituição em 10 de novembro do mesmo ano, que não fez nenhuma referência à instituição do júri e suscitou dúvida quanto a sua permanência no nosso ordenamento jurídico. Coube ao Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, dissipar a *vexata quaestio* e dispor sobre o tribunal do júri, ressaltando que as suas disposições se aplicariam em todo o território da República, comprimindo a sua competência apenas para o julgamento dos crimes definidos nos arts. 294 a 296, 298, caput e parágrafo único, 299, 310, 359 e 360, primeira parte, da Consolidação das Lei Penais, consumados ou tentados, mantendo a tradição de permitir o controle dos

---

<sup>514</sup> Cf. item 5.4.4, supra.

<sup>515</sup> Cf. item 5.4.7, infra.

<sup>516</sup> Cf. item 4.2.3, supra.

seus vereditos, em razão da possibilidade de o recurso de apelação ser admissível para impugnar o mérito da decisão do tribunal popular<sup>517</sup>.

A comissão revisora, basicamente, incorporou ao CPP o texto do Decreto-Lei nº 167, de 1938. Aproveitando-se da oportunidade conferida pelo fato de a Constituição de 1937 não ter feito menção ao tribunal do júri, no art. 74, § 1º, o CPP reduziu ainda mais a competência desse órgão jurisdicional, fixando a sua alçada para julgar apenas os crimes preceituados no art. 121, §§ 1º e 2º (homicídio), e no art. 122, parágrafo único (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio).

Diante da redução da competência do tribunal do júri, o legislador definiu os procedimentos como sendo (a) o ordinário para o julgamento dos crimes punidos com pena de reclusão; (b) o relativo ao tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (c) o sumário para os punidos com pena de detenção; e (c) os especiais para o julgamento dos crimes de falência, de responsabilidade dos funcionários públicos, contra honra e contra a propriedade imaterial.

Porém, ainda assim, atecnicamente, o legislador, certamente influenciado pelo CPCrim, topograficamente, posicionou as disposições do tribunal do júri no capítulo II do título I do Livro II do CPP, que regula o *procedimento comum*, quando ele, restrito ao julgamento de apenas 2 (dois) tipos de crimes, naturalmente passou a ser *especial*. Cometendo o mesmo equívoco, colocou o procedimento sumário no capítulo V do título I do Livro II do CPP, como se especial fosse.

A Lei nº 11.719, de 2008, com a inclusão de um § 1º no art. 394 do CPP, teve em vista consertar o defeito técnico da redação originária, deixando claro que o tribunal do júri não é procedimento comum e muito menos ordinário, até porque, desde então, por ser previsto para apenas alguns crimes, assumiu a feição de lídimo *procedimento especial*. Aliás, diga-se, trata-se de um procedimento *especialíssimo*, não havendo outro paradigma na nossa sistemática processual, por conferir espaço institucional para o exercício direto da soberania popular no âmbito do Judiciário, ser bifásico ou escalonado (juízo da acusação e juízo da causa) e heterogêneo, composto por 1 (um)

---

<sup>517</sup> Romeu Barros (1987, p. 229) afirma que o Decreto-Lei nº 167, de 1938, teria cortado a soberania do tribunal do júri, ao permitir a reforma dos seus julgados por meio do recurso de apelação. Todavia, conforme exposto no item 4.2.3.3, supra, sob a regência do CPCrim, tampouco o tribunal do júri tinha soberania. Até mesmo o juiz de direito, caso não concordasse com o veredito, podia proferir sentença em sentido contrário

juiz de direito e mais 25 (vinte e cinco) jurados, com características específicas esquadrihadas na própria Constituição, consistentes (a) na plenitude de defesa<sup>518</sup>; (b) no sigilo das votações; (c) na soberania dos vereditos; e (d) na competência mínima para julgar os crimes dolosos contra a vida (BADARÓ 2016, p. 651-656)<sup>519</sup>. Mas, a despeito da alteração, por questão pragmática, topograficamente, os artigos referentes ao tribunal do júri continuam na parte do CPP que cuida dos procedimentos comuns.

Ainda em relação ao tribunal do júri, dentre as hipóteses de recurso de apelação dos vereditos, o CPP, orientado pelo CPCrim, manteve a sua admissibilidade em razão da “injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário” (art. 593, III, alínea *b*), permitindo, assim, a reforma do veredito pelo mérito, substituindo a vontade popular pela dos desembargadores do tribunal ao qual competisse o julgamento em segundo grau. Essa disciplina originária do CPP foi afetada com a promulgação da Constituição de 1946. Com o seu viés liberal, a nova Constituição ressaltou a existência do tribunal do júri e, indo mais longe, tratou de especificar que a sua regulamentação infraconstitucional teria de garantir, além do julgamento sempre por número ímpar de jurados e o sigilo das votações, a plenitude de defesa e a soberania dos vereditos. O tribunal do júri com essas características estava garantido dentre os direitos fundamentais, mais precisamente no § 28 do art. 141 da Carta de 1946, constando, na parte final do dispositivo em foco, que seria “obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A previsão da soberania dos vereditos adveio em razão do famoso *caso dos irmãos Naves*, até hoje considerado em nosso meio como um dos maiores erros judiciários. Os irmãos Naves, acusados injustamente do homicídio de um primo, foram duas vezes absolvidos pelo tribunal do júri, porém, ambos os vereditos foram impugnados perante o Tribunal de Justiça mineiro, sendo que, no segundo, houve a

---

<sup>518</sup> Acertadamente, Badaró (2016, p. 653) enxerga a garantia da *plenitude de defesa* no tribunal do júri como um *plus* em relação à ampla defesa, justificando que “Nos processos perante um juiz togado, com conhecimentos técnicos, a defesa deve ser ampla, mas eventuais falhas ou equívocos do defensor podem, muitas vezes, ser corrigidos pelo juiz... Já no júri, por se tratar de um tribunal popular, em que os jurados decidem mediante íntima convicção, com base em uma audiência concentrada e oral, a defesa há de ser plena, isto é, ‘uma defesa acima da média’ ou ‘irretocável’.

<sup>519</sup> Badaró (2016, p. 656) defende que, apesar de o art. 5º, inciso XXXVIII, *d*, encerrar uma garantia, podendo, assim, em tese, ser aumentada, essa forma de julgamento implica na supressão de outras garantias, a exemplo do direito à motivação da sentença e o direito a um recurso amplo.

modificação pelo mérito, de modo que eles foram condenados, quando eram inocentes (BARROS 1987, p. 235). Anos depois, a vítima, que não tinha sequer sido agredida pelos irmãos Naves, foi encontrada viva, residindo em São Paulo (MOURA e ARAÚJO 2007).

Assim, diante dos termos da Constituição de 1946, a Lei nº 263, de 1948, alterou as disposições pertinentes ao tribunal do júri, a começar pelo art. 74, § 1º, do CPP, para incluir na sua alçada, além dos crimes de homicídio e de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, os demais crimes contra a vida tratados no capítulo I do título da parte especial do Código Penal, ou seja, os delitos de infanticídio (art. 123) e aborto (arts. 124, 125, 126 e 127), em todas as suas espécies. No objetivo de consagrar em nosso sistema a soberania do júri, a lei em menção alterou e revogou a alínea *b* do inciso III do art. 593 do CPP, substituindo o seu conteúdo pela regra da alínea *d* incluída no mesmo dispositivo, segundo a qual o recurso de apelação seria cabível quando, no julgamento do tribunal do júri, “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”, complementada pelo § 3º, no sentido de que, nesse caso, o provimento do recurso não teria o condão de alterar o veredito, mas, apenas, de submeter, por mais uma única vez, o acusado a novo julgamento.

Entretanto, quanto aos procedimentos, a grande inovação foi relativamente à disciplina do *rito ordinário*, aplicável para a expressa maioria dos crimes e subsidiariamente aos demais ritos. Em verdade, o rito ordinário era quase inteiramente adotado quanto à primeira fase do tribunal do júri e aos procedimentos sumário e especiais. Mas o procedimento ordinário era extremamente inquisitivo e sem espaço para a ampla defesa. Note-se que, quanto ao processo de conhecimento, que compreende as fases postulatória, instrutória, decisória e recursal, a ampla defesa reclama que a assistência do advogado seja *eficiente e efetiva* a partir da citação, ato processual que representa a comunicação ao acusado da existência de um processo e o seu chamamento para apresentar a resposta ao que lhe é imputado na peça acusatória.

Mas não era o que dispunha o CPP na sua redação primitiva. De fato, orientado pelo sistema misto da codificação italiana, os procedimentos eram anacrônicos e sobremaneira burocráticos, com forte feição inquisitiva. No procedimento ordinário, sumário, da primeira fase do tribunal do júri e da maioria dos ritos especiais, ajuizada a ação penal, o acusado, ao invés de ser chamado para se defender por intermédio de

advogado, era citado para, em dia e hora, comparecer em juízo, de modo a ser interrogado. Como o interrogatório foi catalogado dentre as espécies de prova, em rigor, a instrução do processo se iniciava quando o acusado nem sequer tinha se entrevistado com o seu advogado, até porque, não raro, nem mesmo ainda o havia constituído. Como o Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da Constituição de 1988, adotou o entendimento de que o acusado, sem embargo do direito ao silêncio, podia ser conduzido coercitivamente para o interrogatório e que, nessa audiência, não se fazia necessária a presença de defensor, era comum que o seu depoimento fosse prestado sem assistência jurídica, de modo que o advogado só era constituído depois desse ato judicial. A prova era produzida por meio do interrogatório prestado na esfera judicial e em audiência, sem que necessária, para a validade do ato, da existência de defesa técnica. Essa situação somente foi remediada com a vinda a lume da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que tornou obrigatória, no interrogatório, a presença de advogado constituído ou nomeado (art. 185, caput, do CPP). Antes da referida lei, quase sempre, o interrogatório era um ato solitário entre o juiz e o acusado, porquanto, não sendo obrigatória a presença de defensor e não se admitindo a possibilidade de perguntas pelas partes, o Ministério Público não comparecia, nem muito menos o advogado. Dessa forma, não era raro o Ministério Público, além de não conhecer o acusado, tampouco chegar, pelo menos, a vê-lo pessoalmente. Apenas o juiz tinha esse contato pessoal.

Assim, o primeiro ato de instrução do processo, consistente no interrogatório, era conduzido e feito sozinho pelo juiz, dele não tendo participação o Ministério Público e o advogado. Após o interrogatório, o acusado saía intimado para procurar e constituir advogado. Não sendo apresentada a defesa prévia, como ela era facultativa, presumia-se que o acusado havia preferido não se utilizar dessa oportunidade. Apenas quando o acusado era revel é que o juiz nomeava, para fins de apresentação da defesa prévia, um defensor dativo<sup>520</sup>. Passado o prazo da defesa prévia, com ou sem a sua apresentação, o juiz, por meio de despacho, determinava a intimação dando conhecimento da data da audiência ao Ministério Público, ao defensor, se já houvesse, ao acusado, à vítima, se

---

<sup>520</sup> O acusado, ainda que citado por edital, era julgado à revelia, mediante a nomeação de defensor dativo. A revelia decorrente da citação por edital passou a ser causa de suspensão do processo apenas com a edição da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que alterou o art. 366 do CPP.



fosse o caso, e às testemunhas arroladas pelo Ministério Público. No dia da audiência, se o acusado estivesse sem advogado, o juiz nomeava defensor dativo ou *ad hoc*, o que não era raro. Concluída a audiência, em seguida, os autos eram conclusos ao juiz, para novo despacho, agora para marcar a audiência de inquirição das testemunhas apontadas pela defesa, determinando, novamente, a intimação do Ministério Público, do defensor constituído ou nomeado, do acusado, assim como das pessoas indicadas para depoimento<sup>521</sup>.

O juiz era o grande protagonista da audiência, sendo o principal responsável pelas inquirições, devido à adoção do *sistema presidencial*. Era ele quem primeiro fazia as perguntas às testemunhas. O Ministério Público e a defesa só faziam as perguntas depois que o juiz exauria a produção da prova que tinha em mente obter, a fim de firmar a sua convicção. Ainda assim, diante do sistema inquisitivo nem o Ministério Público, nem a defesa podiam fazer perguntas diretamente às testemunhas. Tinham de fazê-las por intermédio do juiz. Para além de ser burocrático, o problema é que o juiz atuava como *inquiridor*, tendo como norte confirmar a hipótese ou hipóteses delineadas na ação penal.

O juiz se preparava para a audiência estudando o processo para ser eficiente na produção da prova, na medida em que essa era a sua missão. Comumente, o Ministério Público não fazia uma única pergunta, dado que o juiz fora *eficiente* em explorar os depoimentos das testemunhas em tudo aquilo que importava para a denúncia.

Voltando ao rito, encerrada a audiência, mais uma vez, os autos eram conclusos ao juiz, para novo despacho, agora para intimar, primeiro o Ministério Público, depois a defesa, para, no prazo sucessivo de 24 (vinte e quatro) horas, dizer se tinham, ou não, diligências a requerer. Vencida essa etapa, por despacho do juiz, era determinada a intimação do Ministério Público para apresentar as razões finais, no prazo de 3 (três) dias. Em seguida, em outro despacho, o juiz determinava a intimação da defesa, para o mesmo fim, em igual prazo. Só depois de todo esse périplo é que os autos eram conclusos para fins de sentença pelo juiz<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> Alguns juízes, para evitar a renovação das intimações, determinavam a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa na própria audiência prevista para as testemunhas indicadas pelo Ministério Público.

<sup>522</sup> Alguns juízes, porém, evitavam toda essa burocracia e faziam um gerenciamento do processo menos ortodoxo e mais inteligente, tendo como orientação os princípios da concentração e da economia dos atos

Outro aspecto chama a atenção. Como a defesa prévia era facultativa e tendo sido estabelecido como praxe o advogado não se manifestar nessa oportunidade, salvo apenas para arrolar as testemunhas, o processo, até as razões finais, transcorria contendo apenas uma versão dos fatos, aquela apresentada pelo Ministério Público, quando da propositura da peça acusatória. O juiz interrogava o acusado e fazia as inquirições das testemunhas, tanto arroladas pelo Ministério Público quanto pela defesa, apenas sob a ótica do que continha no inquérito policial e na denúncia oferecida pelo Ministério Público. Em outras palavras, a defesa *efetiva* só era assegurada depois da produção de todas as provas, o que, convenhamos, não satisfaz o princípio da ampla defesa (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 244). Era um devido processo legal manchado pela ausência da ampla defesa, ademais de o juiz produzir provas tendo como referência apenas o inquérito policial e a denúncia. Porém, quanto à ausência de defesa efetiva durante boa parte do transcurso do processo, isso não é de se admirar, até porque, a Constituição de 1937, com o seu caráter ditatorial, não assegurou propriamente o direito à ampla defesa<sup>523</sup> nem muito menos garantiu o direito à assistência judiciária, cláusulas que constavam da Carta de 1934.

Mesmo diante de todas essas evidências, Frederico Marques (1963, p. 25), conquanto não pudesse esconder o viés ditatorial do estado novo varguista, sustentou que isso não se traduziu no Código de Processo Penal que, na sua visão, era muito mais *acusatório e anti-inquisitorial* do que toda a legislação nacional anterior, pois o acusado “entra na relação processual contrariando a acusação, arrolando testemunhas de defesa, requerendo provas, sem passar assim pelo antigo sumário de culpa, inquisitório e unilateral”. A comparação e, mais ainda, a constatação, não foram felizes. Como foi mostrado, a defesa efetiva não existia, quando muito, apenas a partir das razões finais. E o acusado não *entrava na relação processual contrariando a acusação*, pois, cabe insistir, ele *entrava* sem assistência jurídica, sendo chamado para prestar o

---

processuais. Dessa forma, ao invés de no despacho inicial apenas tratar de designar a data do interrogatório e determinar a citação do acusado e a notificação do Ministério Público, desde logo, no mesmo ato, o juiz designava a data para a inquirição das testemunhas. Assim, com o mesmo ato com o qual o acusado e o Ministério Público eram cientificados do interrogatório, eram intimados, outrossim, da data da audiência. O advogado, caso comparecesse ao interrogatório, era intimado, na própria audiência, não apenas para a defesa prévia, como igualmente para a audiência de inquirição de testemunhas

<sup>523</sup> Na Carta de 1937, o direito de defesa era inferido do direito de representação ou de petição, encartado no seu art. 122, item 7º (“O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral”). Cf. item 5, *supra*.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

interrogatório, que era um meio de prova, no qual ele não tinha o direito ao silêncio, arcando com o ônus de ficar calado, como se admitisse o conteúdo acusatório da pergunta não respondida. Vale repetir: o acusado não era tratado como parte. A participação dele no processo era como meio de prova.

De mais a mais, não era assegurado o duplo grau de jurisdição, pois, no caso de condenação, não sendo o crime afiançável, para ter direito ao recurso, o acusado tinha de se recolher à prisão, pois tal era *pressuposto objetivo de admissibilidade* do recurso de apelação<sup>524</sup>. Não se apresentando para ser preso, o recurso de apelação não era admitido, acarretando, *ipso facto*, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ainda que, para fins de admissibilidade do recurso, o acusado se entregasse para ser preso, caso no curso da apelação ele empreendesse fuga, essa circunstância ocasionava a deserção da apelação, gerando como consequência a formação de coisa julgada da sentença condenatória.

Com a Reforma Tópica de 2008, houve profunda alteração dos procedimentos, no propósito de adequá-los à presunção de inocência e o consequente direito à ampla defesa. Com as alterações promovidas pela Lei nº 11.719, de 2008, o interrogatório, que era tratado como prova e, por isso mesmo, era prestado no início do processo, antes da defesa técnica, passou a ser concebido no contexto do princípio da ampla defesa, oportunidade na qual o acusado tem o direito a voz e de se fazer ouvir pelo juiz responsável pelo seu julgamento, exercendo a autodefesa, independentemente da manifestação por meio do advogado<sup>525</sup>. Para a eficiência desse autêntico *direito de audiência*<sup>526</sup>, o momento do interrogatório foi transferido para depois da fase instrutória

---

<sup>524</sup> Cf. item 5.4.3, supra.

<sup>525</sup> O direito de audiência do acusado com o juiz restou reforçado com a normatização do princípio da identidade física do juiz, pois não tem sentido dizer que é direito fundamental do acusado ser ouvido pelo juiz, senão que seja pelo magistrado responsável pelo seu julgamento (2022, p. 257). Esse direito de audiência, posteriormente, recebeu uma segunda dimensão, consistente no direito de a pessoa detida em flagrante ou presa por ordem judicial de se explicar em *audiência de apresentação*, impropriamente tratada pelo CPP como *audiência de custódia* (art. 3º-B, § 1º, art. 287 e art. 310, caput, todos com a redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019).

<sup>526</sup> O direito de audiência não está expresso na Constituição de 1988. Mas, em uma visão transconstitucionalista, tem-se que ela decorre do art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Todo homem tem direito (...) a uma audiência justa e pública...”), do art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”), do art. 103 da Constituição Alemã (“Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais”. Pode ser invocado, ainda, o art. 61º, 1, b, do Código de Processo Penal português, que assegura ao acusado “Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete”).

do processo, sendo assegurado ao acusado o direito de se manifestar após ter conhecimento de todas as provas contra ele produzidas, ademais de estar assistido por advogado. Ainda no sentido de desfigurar o tom inquisitivo da sistemática procedimental anterior, foi estabelecido um efetivo contraditório, com a exigência da defesa efetiva consistente em resposta à acusação como ato subsequente ao recebimento da peça acusatória, dotando a fase postulatória de conteúdo contraditório, permitindo o *julgamento antecipado (absolvição sumária)* apenas no sentido de reconhecer a inocência do acusado (art. 397, incisos I a IV, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

No desiderato de desburocratizar o trâmite processual, tendo em conta o princípio da duração razoável do processo, a reforma adotou a sistemática da *audiência una*, ainda que, devido ao número de pessoas a serem ouvidas, necessário o desdobramento em dias sucessivos. Informado pelos princípios da oralidade e da concentração dos atos processuais, as razões finais e a sentença, de regra, devem ser produzidas na própria audiência, ainda que, quanto à decisão, seja exigida a sua redução a escrito (art. 403, caput e § 3º, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Por fim, cabe mencionar que, em prol da oralidade e do sistema acusatório, restou abandonado o sistema presidencial de inquirição das testemunhas, com a aplicação do *cross examination*, cabendo às partes fazer as perguntas diretamente aos depoentes, sendo recomendada a documentação por sistema audiovisual, no escopo de assegurar mais fidelidade quanto ao ocorrido em audiência (art. 405, § 1º, do CPP, incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

O procedimento relativo ao tribunal do júri também sofreu alterações, merecendo destaque a simplificação, com a eliminação do *libelo* e a redução dos quesitos submetidos ao corpo de jurados. Manteve-se, porém, o sistema bifásico. Entretanto, conforme visto no item 1.1, supra, mesmo em relação aos Estados nos quais os processos da competência do tribunal do júri possuem uma duração menos demorada, a morosidade é patente. Dos 27 (vinte e sete) Estados da federação, em diagnóstico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2019), apenas Paraná (2a9m), Santa Catarina (4a), Minas Gerais (4a2m), Distrito Federal (4a10m), Amapá (4a11m) e Rio Grande do Sul (4a11m), tiveram tempo médio de duração do processo inferior a 5 (cinco) anos. Essa questão não foi considerada pelo legislador.

Ademais, conquanto tenha havido a simplificação a respeito da quesitação e tenha sido introduzido, com esteio na presunção de inocência e na garantia da *plenitude de defesa* no julgamento pelo júri (art. 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição), como quesito obrigatório, a pergunta “Se o jurado absolve o acusado?” (Art. 483, § 2º, segunda parte, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008), foi mantida a possibilidade de a condenação ocorrer pela maioria constituída por apenas um voto a mais (art. 489 do CPP), o que é incompatível com a presunção de inocência.

#### **5.4.6. Prisão como regra e direito de liberdade como medida provisória**

Na história do direito criminal, a prisão apareceu como medida necessária para a aplicação da pena. A esse respeito, para não ser repetitivo, vide o expandido acima, no item 2.2.2.<sup>527</sup>. Aqui cabe lembrar, apenas, que a prisão era o instrumento necessário para a aplicação das penas corporais infamantes e cruéis, tais como, açoites, castigos corporais, mutilações e execuções capitais. Na qualidade de pena, a prisão só foi aparecer, como forma de humanização do direito criminal, sob o influxo do pensamento liberal do movimento iluminista, encabeçado, nessa parte, por Beccaria, na segunda metade do século XVIII. De fato, no afã de “humanizar as punições, a prisão passou a ser utilizada como pena, em substituição às mutilações, açoites, banimentos e mesmo à execução capital” (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 39).

Atualmente, parece despropositado defender ou constatar que a *lei de talião* e a *prisão como pena* foram etapas significativas do processo de humanização do direito criminal<sup>528</sup>. É de se lamentar que, devido ao seu mau uso e à banalização da sua aplicação, a prisão, de *pena do futuro*, se transformou em ferramenta para proporcionar sofrimento aos presos. A prisão em si, em razão das más condições dos estabelecimentos penais e do tratamento cruel dado aos presos, os quais são submetidos a humilhações e às mais diversas agressões físicas e mentais, ao longo da história, em todos os

---

<sup>527</sup> Cf., ainda, item 5.4.7, *infra*.

<sup>528</sup> Com efeito, “Se a Lei de Talião representou um passo para a humanização da punição, na medida em que a limitou com a ideia da proporcionalidade, a substituição das penas cruéis e infamantes pela prisão, no final do Século XVIII para o início do Século XIX, até os dias de hoje, também foi na mesma direção” (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 20).

quadrantes, também tem se apresentado como desumana, independentemente de aplicada como medida processual ou em forma de pena<sup>529</sup>.

O sistema penitenciário, delineado do final do século XVIII para o início do século XIX, a despeito de todas as reformas de que se tem notícia (desde 1820), não tem logrado êxito quanto a transformar o ambiente carcerário no melhor lugar para evitar crimes ou recuperar os infratores. Entretanto, sem embargo das teses abolicionistas<sup>530</sup>, agora incrementadas com a possibilidade de amplo monitoramento por meio eletrônico, não se conhece um só país que tenha experimentado abolir a prisão<sup>531</sup>.

Conquanto o recolhimento à prisão, como medida preventiva ou pena, possa, em alguns casos, ser substituída por outros métodos, como a monitoração eletrônica, em certas situações só o recolhimento à prisão se apresenta como solução (ROXIN 2006, p. 6). Há de se convir que a prisão, ainda que necessária, assim como o próprio direito criminal, é um *mal em si*, devendo ser uma exceção, mesmo como pena<sup>532</sup> e, especialmente, como medida processual. Aliás, na qualidade de *medida processual de ordem pessoal*, como consequência do princípio da *subsidiariedade* do direito criminal, a prisão há de ser a *exceção da exceção* (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 43).

---

<sup>529</sup> A humanização perquirida com a mudança de direção do direito criminal não surtiu o efeito esperado, pois “A crueldade da punição permanece, agora revestida com as paredes e grades das prisões. Os cárceres se tornaram ambientes propícios para a prática dos crimes mais torpes e hediondos de que se tem notícia. Mortes atrozias são praticadas no interior dos presídios, com a decapitação e esquartejamento de detentos por companheiros de cela, com a exibição de várias cenas pelos meios de comunicação e mídias sociais” (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 20).

<sup>530</sup> Angela Davis reconhece que a solução para o problema do aprisionamento de camadas por preconceito de gênero, raça e condições sociais em geral, não é a substituição do cárcere por medidas alternativas como a prisão domiciliar associada à vigilância eletrônica, mas o desenvolvimento de políticas no sentido de promover o desencarceramento em si (DAVIS 2003, pos. 1371).

<sup>531</sup> Até porque, a humanidade ainda não encontrou outra solução melhor do que a prisão para casos de tentativa de homicídio passional, *serial killers* e líderes de organizações criminosas, por exemplo. Ademais de a substituição da vigilância física pela eletrônica não ser apropriada para esses casos, um monitoramento eletrônico mais invasivo não é desejável, pois isso teria como efeito negativo vulnerar “o direito à privacidade de pessoas que não praticaram crimes, que seriam identificadas apenas pelo fato de ter mantido algum contato com aquele (monitorado), isso no cenário menos alarmante, porque a situação seria mais delicada, caso implantado um sistema de escuta ou câmeras na residência de quem estivesse sob custódia” (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 38).

<sup>532</sup> Claus Roxin, no provocativo texto *O direito penal tem futuro?*, responde que, sim, mas desde que se adote como política criminal reservar a prisão, ainda que na qualidade de pena, aos crimes mais graves e se e quando essa espécie de sanção for absolutamente necessária, pois “a justiça criminal é talvez um mal necessário e que, por isso, se deve promover...”, porém, “estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações” (ROXIN 2006, p. 2).

Essa verdade foi escancarada nos primeiros passos promovidos pela escola clássica quanto aos rumos que deveriam ser tomados pelo direito criminal. Nesse passo, Beccaria, a par de levantar a voz contra as penas cruéis, a tortura e os tormentos infligidos, não concebia como se permitia a possibilidade de “tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos e, por conseguinte, de deixar livres os que eles protegem, mau grado todos os indícios do delito...” (BECCARIA 1979, p. 44). De outra banda, dizia que a eventual prisão, quando depois reconhecida a inocência do cidadão, não deveria deixar nenhuma nota da infâmia no então acusado (BECCARIA 1979, p. 45). Daí por que o acusado não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, pois a sociedade só pode retirar a proteção do direito de liberdade quando não se tem mais dúvida de que ele é culpado, pois, “não se deve atormentar um inocente, porque, segundo as leis, assim é considerado o homem cujos delitos não estão provados” (BECCARIA 1979, p. 55).

Em que pese a lucidez dessas palavras, a prisão, mesmo antes de ser concebida como espécie de pena, sempre foi largamente utilizada para possibilitar o descobrimento da verdade por meio da confissão, obtida mediante exaustivos interrogatórios e pelo emprego da tortura, servindo, ainda, para punir antecipadamente. Sem abstrair tudo o que foi dito sobre o encarceramento, nesse caso, a prisão, para o culpado, era a antecipação da pena. No entanto, e para o inocente? No mínimo do mínimo, uma injustiça. Beccaria utilizava essa lógica para dizer que, para o *culpado*, a prisão como meio para o descobrimento da verdade mediante o emprego da tortura findava sendo *benéfica*, em razão de esse suplício, invariavelmente, ser mais leve do que a pena corporal prevista.

Assim, para escapar da pena mais grave, bastava suportar a mais leve, aplicada durante o tempo da prisão. Mas, para o inocente, suportar a prisão, com ou sem tortura, já era pagar uma pena indevida, pelo que, nesse caso, o acusado sempre teria tudo a perder (BECCARIA 1979, p. 57). Para sustar esse estado de coisas, em que a prisão era a regra, Beccaria defendia que a lei estabelecesse de maneira fixa, em razão de quais indícios de delito um acusado pode ser punido *com a prisão* (1979, p. 44), mas reconhecia que isso era um tanto quanto utópico, porquanto os nossos costumes e as nossas leis bárbaras estavam bem longes das luzes dos povos (1979, p. 45).

O esboço histórico do nosso sistema processual criminal evidencia essa cultura da sociedade, identificada por Beccaria, no sentido de utilizar a prisão como instrumento de força para, a um só tempo, investigar e punir os crimes. O exame da legislação brasileira, das Ordenações Filipinas até o CPCrim, revela que as nossas leis, refletindo os nossos costumes, tem como regra impor a prisão do acusado, desde a fase da investigação, anterior mesmo ao ajuizamento da ação penal. Essa praxe foi passada de geração em geração, tendo como pano de fundo a nossa cultura conservadora e autoritária, gerando o que se pode identificar como *cultura da prisão*. A prisão, ainda que antes de uma sentença condenatória, aos olhos do grupo social, é uma forma de *punir*, com o condão de qualificar a atuação estatal como *eficiente*. Sob outra perspectiva, a garantia do gozo do direito de liberdade do acusado durante o transcurso do processo, primordialmente nos crimes mais graves ou que são explorados pela mídia, é sinônimo de prevalência de *direitos individuais egocêntricos*, em detrimento da preservação dos interesses da sociedade, ademais da configuração da impunidade. Assegurar o direito de o acusado permanecer solto durante o processo é vista como uma benesse, um privilégio. Isto é, uma concessão do Estado.

A Constituição de 1937, de índole ditatorial e policialesca, ademais de afinada com essa cultura nacional da prisão como expressão de eficiência na repressão, exalou toda essa ideia da utilização do cárcere, mesmo na qualidade de medida processual, como forma de obter a *verdade real* e antecipar a punição. Essa diretriz ficou evidenciada na segunda parte do item 3º do art. 72 da Carta em foco. Na primeira parte, em tom garantista, de certo modo em sintonia com o pensamento de Beccaria, o preceito em causa insculpiu, dentre os direitos fundamentais, que ninguém seria preso, senão depois da *pronúncia*, mas, na segunda parte, esvaziou a salvaguarda, ressaltando que assim seria, “salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. Nem sequer reserva de jurisdição foi assegurada, pois falou em determinação da *autoridade competente*, que podia ser qualquer uma, não necessariamente um juiz, tudo a depender da escolha do legislador. E mais, para além da ordem judicial, ainda conferiu ao legislador a possibilidade de inscrever hipóteses em que a prisão poderia, mesmo não sendo caso de flagrante delito, ser feita independentemente de decisão da autoridade competente, bastando que a lei, ela própria, determinasse. Conferiu a possibilidade da prisão por *força da lei* ou, em outras



palavras, pela *vontade do legislador*, que recebeu a denominação de *prisão obrigatória*. No mesmo passo, no art. 122, item 11, conquanto tenha asseverado, inicialmente, que ninguém poderia permanecer na prisão sem *culpa formada*, escancarou as portas de entrada dos estabelecimentos prisionais, ao salientar que assim era, porém, “salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

Como se percebe, a garantia constitucional do direito de liberdade ficou condicionada à forma como o legislador ordinário dispusesse a respeito. Ou seja, o direito de liberdade, que se confunde com o próprio direito à vida, ficou à mercê da forma como fosse disciplinado na legislação penal e processual penal. Banalizou o direito de liberdade, direito fundamental para lá de essencial à vida humana.

E se é correto asseverar que, desde que o mundo é mundo, o direito à vida se apresenta como o postulado mais importante, não é menos certo afirmar que a vida, sem liberdade, não tem muito sentido. Em outras palavras, “*Fundamentalmente debemos luchar por nuestra libertad porque sin ella no hay derechos*” (CARRIÓN 2014, pos. 160), daí por que, na história dos povos, muitos preferiram preservar a sua liberdade, ainda que isso importasse no sacrifício do direito à vida, do que permanecer existindo, mas sem dignidade ou identidade. De fato, em sintonia ainda com o pensamento de Carrión (2014) “*sin libertad no hay humanidade, sino coisidad. Las cosas no son libres; el hombre, que no es una cosa, deve serlo*”. Portanto, adverte Carnelutti (2015, pos. 289), se a liberdade vale mais que a vida, como bem sabe “quem por aquela recusa a vida”, o processo criminal, que põe em jogo o direito de liberdade, desperta a atenção de todos.

Nesse ponto, o legislador, tratando o acusado como coisa, carregou nas tintas na redação do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal de 1941, definindo as hipóteses de prisão sem pena em compasso com o *sistema inquisitorial e punitivista* desenhado na Constituição de 1937 de perfil ditatorial. Assim, seguindo a nossa tradição legislativa representada pelas Ordenações Filipinas e pelo Código de Processo Criminal de 1832, estabeleceu a prisão processual como regra. *A contrario sensu*, a liberdade do acusado, a exceção.

E mais. Incorporou o fascismo para substituir a máxima liberal da *sociedade para o indivíduo* pelo dogma do *indivíduo para a sociedade*, devendo o investigado ficar à disposição do *Estado investigador*, isso implicando na subordinação dos seus

direitos, inclusive o da liberdade, aos interesses da investigação. Nessa ordem de ideias, o Código Rocco tinha o entendimento de “que o direito à liberdade era um direito concedido pelo Estado” (GLOECKNER 2018, p. 291). Como esclarece Gloeckner (2018, p. 292), para Manzini, “a custódia preventiva não possui natureza jurisdicional, mas administrativa-processual, assim como as medidas de segurança previstas na lei”, de modo que o investigado, apenas em razão dessa situação jurídica, não deve possuir o *direito de liberdade*, mas, apenas, ao *benefício da liberdade provisória*, reconhecida “pela lei, e aplicado(a) discricionariamente pelo juiz dentro destes limites” (2018, p. 293).

Por isso mesmo, além de o CPP italiano não reconhecer o direito de liberdade, disciplinando, apenas, a *libertà provvisoria*, esse tratamento normativo da legislação italiana se fazia sentir desde a etapa investigatória, daí por que, no Código Rocco, a disciplina sobre a prisão estava disposta no título referente aos atos preliminares de investigação (GLOECKNER 2018, p. 291-292). Nessa fase, ademais de o Ministério Público poder determinar a prisão do investigado, este não podia impugná-la, seja porque a investigação sumária era breve e o assunto poderia ser impugnado na fase processual<sup>533</sup>, seja porque, nas palavras de Rocco (1930, p. 52-53), não é razoável reconhecer ao investigado o poder de avaliar se a medida, imposta por um agente público, é, ou não, necessária, cabendo-lhe, apenas, obedecer. A regra, portanto, era a pessoa ficar presa desde a investigação, sendo possível a concessão da liberdade apenas em caráter provisório ou precário, impregnada da cláusula *rebus sic stantibus*, pois, a todo e qualquer momento, no curso da investigação ou do processo, podia ser decretada a prisão.

A esse respeito, a exposição de motivos redigida por Francisco Campo denota que as lições de Rocco e o CPP italiano de 1930 serviram para sinalizar a diretriz tomada pelo CPP. No documento em referência, não se fala em *direito de liberdade*, mas, apenas, no *direito à liberdade provisória*. Embora tenha destinado um tópico com o nome *A liberdade provisória*, nessa parte da exposição de motivos não se explica o instituto, pois o item serviu apenas para discorrer sobre o instituto da fiança. O Código de Processo penal de 1941, tampouco, reconheceu o direito de liberdade, não havendo

---

<sup>533</sup> Cf. item 5.4.4, supra.

nenhum dispositivo a respeito. Tanto foi dessa maneira que a epígrafe do Título IX do Livro I do CPP ficou assim redigida: “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”.

Veja-se, a rubrica deveria ser “DO DIREITO DE LIBERDADE, DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”. Isso revela que, na mente do legislador, a liberdade para o infrator foi concebida como uma concessão outorgada pelo Estado. A única coisa que se assegurou foi o direito à *liberdade provisória*, conforme definido em lei, com aplicação discricionária pelo juiz, e, ainda, o direito ao relaxamento da prisão, para os casos de ilegalidade.

Escancarando essa visão, o legislador, no Título IX, nominou o capítulo (a) I, *das disposições gerais sobre as formalidades da prisão*; (b) II, *da prisão em flagrante*; (c) III, *da prisão preventiva*; (d) IV, *da apresentação espontânea do acusado*<sup>534</sup>; (e) V, *da prisão administrativa*; e, por fim, (f) VI, *da liberdade provisória, com ou sem fiança*. Perceba-se a lógica do legislador. A liberdade provisória foi tratada por último e como *exceção*, devido à circunstância de a prisão no curso da investigação ou do processo ser a regra.

Parece evidente que o legislador brasileiro não importou essa expressão do direito italiano acriticamente. Até porque o tratamento normativo seguiu o pensamento político-criminal conservador e antiliberal que, no ponto, se traduz na *cultura da prisão*, de modo que, além de colocar a prisão como a *pena-mor* do sistema criminal, passou a utilizar a prisão processual no escopo de antecipar o cumprimento da pena ou, então, diante da *presunção de culpabilidade* gerada pela mera existência da persecução criminal, como uma consequência natural da investigação ou da admissibilidade da ação penal pelo Judiciário.

Para todos os efeitos, sem utilizar concretamente a nomenclatura, e com emprego de redação defeituosa, o direito à liberdade, indiretamente, somente foi

---

<sup>534</sup>A *apresentação espontânea* não se tratava propriamente de uma das espécies de prisão processual. O legislador inseriu esse assunto no Título I do Livro I apenas para ressaltar que essa forma de *colaboração* não impedia a decretação da prisão preventiva (art. 317 do CPP, na redação originária). Aproveitou, ainda, para no art. 318 conceder o *benefício* ao acusado preso preventivamente de ser colocado em liberdade, no caso de o Ministério Público interpor o recurso de apelação da sentença absolutória (“Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”). Cf. item 5.4.2, supra.

reconhecido para as hipóteses em que o acusado se *livrava solto*, independentemente do pagamento de fiança, quais fossem, (i) no caso de infração para a qual não cominada pena privativa de liberdade; e (ii) quando o máximo da pena privativa de liberdade não excedesse a 3 (três) meses (art. 321 do CPP, na redação originária). Aqui se sente a influência, ainda, do art. 133 do CPCrim<sup>535</sup>. Ou seja, a regra era que, salvo pouquíssimas hipóteses, havia uma situação de *estado coercitivo* em relação ao investigado ou acusado, “coerção *in actu* ou coerção simplesmente potencial (MARQUES 1977, p. 126). Nessa perspectiva, Basileu Garcia (1945, p. 213) lista as 3 (três) situações distintas em que era cabível a liberdade provisória do acusado: (a) quando está na *iminência* de ser preso preventivamente; (b) presos preventivamente; (c) quando a prisão preventiva *juridicamente é impossível*.

Esse tratamento normativo, alimentado pelas lições de Manzini, animaram Frederico Marques (1977, p. 128) a dizer que a liberdade provisória era uma espécie de *medida cautelar em prol do réu*. Ele via a liberdade provisória como uma medida de *contracautela* admissível apenas “para evitar danos ao *status libertatis*, em caso de prisão cautelar”. Em outras palavras, o que se quer dizer é que, para Frederico Marques a liberdade provisória tinha como pressuposto, antes de mais nada, a ocorrência de uma prisão válida do acusado ou a possibilidade concreta da sua decretação. A liberdade provisória, por conseguinte, seria a contracautela ao *estado coercitivo*, com o condão de dar à pessoa o direito de permanecer em ou retornar a gozar da liberdade. De outro lado, quando a prisão é ilegal, o que o acusado tem direito é ao relaxamento da prisão, e não propriamente à liberdade provisória. Essa distinção, na época, era importante, visto que, como se verá a seguir, em se tratando de crime inafiançável ou para o qual prevista a prisão preventiva obrigatória, conquanto a pessoa não tivesse o direito à liberdade provisória, poderia, na hipótese de a prisão ter sido processada ilegalmente, recuperar a liberdade, por meio do pedido de relaxamento da prisão.

Essa forma como foi construída a sistemática processual da prisão levou o legislador a usar a expressão *liberdade provisória*, pois a ideia punitivista aliada ao fato de em regra o acusado responder o processo *preso*, implicava na consideração de que a liberdade era, além de uma benesse, meramente *provisória*, sendo o encarceramento só

---

<sup>535</sup> Cf. item 4.2.2, *supra*.

uma questão de tempo. Isso denota como a expressão *liberdade provisória*, adotada acriticamente pela Constituição de 1988, é incompatível com uma ordem constitucional edificada sob os auspícios da vedação da *pena de caráter perpétuo* (art. 5º, XLVII, b, da Constituição).

Há de se observar que a norma constitucional vazada em forma de princípio não veda apenas a prisão perpétua, mas a prisão que, devido ao seu tempo de duração, seja considerada de *caráter perpétuo*. No entanto, paradoxalmente, o próprio constituinte de 1988, ao tempo em que vedou a prisão de caráter perpétuo, de outra banda, mantendo a nossa tradição constitucional, assegurou, no inciso LXVI, o direito à *liberdade provisória*, com ou sem fiança.

A incongruência do *nomen juris* liberdade provisória com a vedação da prisão de caráter perpétuo é evidente. Ora, a prisão, mesmo aquela decorrente de condenação transitada em julgado, devido a expressa previsão constitucional, não pode ter *caráter perpétuo*, sendo necessária a limitação de sua duração. Por conseguinte, toda e qualquer prisão, a qualquer título que seja, não pode, sequer, possuir *caráter perpétuo*, daí por que, sob esse ângulo de visão, a privação do direito de liberdade, a título de prisão preventiva ou de cumprimento da pena aplicada, tem de ser, sempre e sempre, provisória ou temporária, ou melhor, por um tempo determinado, não podendo ser indeterminada. A liberdade, sim, é que é permanente, admitindo-se, todavia, a sua supressão apenas por determinado lapso temporal, que não tenha caráter perpétuo (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 608).

A provisoriedade do direito de liberdade, por conseguinte, quer dizer mais com a precariedade como era concebida a soltura do agente na redação originária do CPP, em virtude da possibilidade de que, logo depois, viesse a ser determinada, durante o curso da persecução criminal, outra ordem de prisão, não raro, em razão da sentença condenatória que, por si só, de regra, implicava ordem para a prisão do condenado. Dessa forma, insista-se, *provisória* é, isso, sim, a *prisão*, não a *liberdade*. E mais, se a pessoa, presa preventivamente, é solta, o que se se reconhece, sem subterfúgios, é o seu *direito de liberdade*.

Nesse passo, o legislador previu 3 (três) espécies de prisões processuais: (a) prisão em flagrante; (b) prisão preventiva; e (c) prisão administrativa. Isso sem falar que, no curso da investigação, era admissível a decretação da *incomunicabilidade* do

investigado, com esteio no art. 21, caput e parágrafo único, do CPP, que, concretamente, era mais uma espécie de prisão, pois o texto normativo falava na incomunicabilidade do *investigado*, não, do *preso*. Câmara Leal (1942, p. 126), de qualquer sorte, conquanto fizesse essa observação, defendia que a incomunicabilidade só poderia ser decretada em relação a quem já estivesse recolhido à prisão, pois “Dificilmente seria possível a incomunicabilidade de um indiciado solto”. Entretanto, parece claro que a forma como redigida, a norma estimulou delegados de polícia a deter investigados sem ordem judicial, até porque a investigação era conduzida sem controle judicial<sup>536</sup>. Na prática isso ocorria, como informa Eduardo Espínola (1980, p. 317), em resenha sobre o acórdão do então Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, por sua 3ª Câmara, datado de 6 de abril de 1942, que, na apreciação do RHC 134, decidiu pela ilegalidade da incomunicabilidade determinada pela autoridade por meio de despacho nos autos do inquérito policial, ao argumento de que, “Na espécie o paciente não foi prêso em flagrante, nem por mandado de autoridade competente, sendo, conseqüentemente, ilegal a prisão que estava sofrendo”.

Na exposição de motivos, sem nenhuma menção à incomunicabilidade, restou reconhecido que as hipóteses de prisão em flagrante e preventiva foram “definidas com mais latitude do que na legislação (então) em vigor” (BRASIL 1941, p. 4). No ponto, além de salientar que o texto apresentado continha a previsão de outras situações de flagrante delito além das que estavam gizadas no CPCrim, esclareceu que a prisão preventiva se desprende “dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade...” (BRASIL 1941, p. 5) para, mais a frente, finalizar que, “Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória...” (BRASIL 1941, p. 5).

O tom forte no tratamento do instituto da prisão processual foi dado exatamente mediante a concepção da *prisão preventiva obrigatória*, prevista no art. 312 do CPP<sup>537</sup>. O só fato de a pena estipulada para o crime ser igual ou superior a dez anos era o bastante

---

<sup>536</sup> Cf. item 5.4.4, supra.

<sup>537</sup> Na sua redação originária, o art. 312 do CPP assim dispunha: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

para impor, obrigatoriamente, a decretação da prisão. A pessoa era levada para o cárcere, independentemente de decisão judicial.

Era a lei quem *decidia*. O legislador, além de editar a norma, com argúcia, substituía a vontade e a independência judicial pela sua. Isso mesmo, por meio dessa regra, o parlamentar *legislava e julgava*. Entretanto, cabe lembrar que, quando da edição do CPP, o Legislativo estava fechado e que foi o próprio Executivo, por meio do Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, quem elaborou e aprovou o código. Assim, em verdade, o Executivo editou a norma de forma *imperativa*, de modo a substituir o pronunciamento judicial pelo seu. O leitor, inteligente, já entendeu: o Executivo enfeixou nas suas mãos o poder de *legislar, decidir e executar a prisão*. Eufemisticamente, Francisco Campos, com sagacidade, ao redigir a exposição de motivos, deu a essa espécie de prisão processual o *nomen juris* de *prisão preventiva obrigatória*, quando, para todos os efeitos, era tipo de prisão determinada pelo Executivo, por meio da edição da norma jurídica. Ainda que assim fosse, a doutrina tradicional, sob a pena de Câmara Leal (1942, p. 267), comemorou a inscrição dessa figura esdrúxula de prisão no nosso sistema processual, qualificando-a como “uma grande inovação no capítulo da prisão preventiva”.

Mas essa não era a única prisão imposta de forma cogente pela norma jurídica. Conforme o então art. 393, inciso I, do CPP, a decretação da prisão era efeito necessário da sentença condenatória, ainda que passível de recurso, sendo admissível a obtenção do direito de liberdade apenas se e quando o crime fosse afiançável, mediante o pagamento do valor estipulado pelo juiz. O mesmo se dava quando era o caso da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º). Assim como ressaltado, em verdade, o juiz não decretava a prisão, não havendo a necessidade de qualquer fundamentação a respeito na sentença condenatória ou na decisão de pronúncia. A prisão era efeito *ipso facto* do pronunciamento judicial.

Mesmo que o juiz quisesse, ele não tinha base legal ou poder para decidir em contrário, pois a decretação da prisão era determinada pela lei, sem nenhuma interferência judicial. Esses dispositivos, carregando embutida uma efetiva *presunção de culpa*, de todo incompatível com o princípio da presunção de inocência, com a vinda a lume da Constituição de 1988 foram considerados revogados, mas somente foram

expressamente eliminados do direito positivo pelas Leis nºs 12.403, de 2011; e 11.689, de 2008, respectivamente<sup>538</sup>.

O regramento do flagrante delito também padecia do vício de conter no seu âmago uma *presunção de culpabilidade*. Dentro daquela concepção de Manzini de que a privação do direito de liberdade do investigado ou do acusado era uma espécie de medida administrativa-processual, conferiu-se ao flagrante o *status* de uma das espécies de prisão. Tourinho Filho (1997, p. 423), reconhecia que a detenção em flagrante, assim como as demais espécies de prisões provisórias, era uma coerção pessoal, uma força imanente ao Estado para assegurar o império da lei penal, servindo, ainda, para tornar “mais fácil a colheita das provas a respeito da materialidade e autoria”, no propósito de atingir a *verdade material* e, a despeito do crivo do juiz não perde o *colorido* de ato administrativo, pois, nesse caso, para ele, o juiz exerce “uma função administrativa e não jurisdicional” (TOURINHO FILHO 1997, p. 424). Assim, caso o agente fosse preso em flagrante, cuidando-se de crime inafiançável, isso, por si só, significava que ele iria responder todo o processo encarcerado, sendo-lhe negado o direito de liberdade.

Por isso mesmo, verificada a prisão em flagrante, salvo na hipótese em que considerada ilegal ou então houvesse elementos probatórios de que a ação tivesse sido praticada acobertada por uma das excludentes de criminalidade, o direito de liberdade somente era reconhecido quando o crime fosse afiançável e isso se o juiz não quisesse decretar a prisão preventiva facultativa. No caso de a prisão em flagrante ter sido ilegal, como foi ressaltado acima, o detido tinha o *direito ao relaxamento da prisão*. Nesse contexto, a detenção em flagrante tinha não apenas a finalidade da *captura* de quem era surpreendido praticando o ilícito ou logo após ou depois da prática do delito, como servir, igualmente, de *medida acautelatória* para a produção da prova e antecipar o cumprimento da pena, diante da *presunção de culpabilidade* que ela gerava, assim como ensinavam Ferri e Garofalo<sup>539</sup>. O flagrante, por si só, constituía justificativa para a pessoa ser mantida no cárcere.

Em outras palavras, a um só tempo, o flagrante era ato de *captura e de prisão*, exceto se o crime fosse afiançável ou do auto de flagrante houvesse elementos de que o

---

<sup>538</sup> Cf. item 5.4.3, supra.

<sup>539</sup> Cf. item 5.1, supra.



fato tivesse sido praticado sob o escudo de uma das excludentes de criminalidade (art. 310 do CPP, na redação originária). Por conseguinte, na expressa maioria dos casos de prisão processual — prisão preventiva obrigatória, prisão em flagrante, prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia —, a restrição do direito de liberdade era *compulsória*, não havendo necessidade de o juiz, sequer, expor os motivos da sua determinação, sendo utilizada a prisão processual como uma forma de antecipação do cumprimento de pena, não havendo dúvidas, assim, de que esses institutos foram redigidos tendo como matriz a *presunção de culpabilidade*.

Nem mesmo a chamada *prisão preventiva facultativa* teve natureza cautelar. Em consonância com a redação exordial do art. 311 do CPP<sup>540</sup>, que ditava as regras pertinentes a essa medida, para determinar o recolhimento à prisão do investigado ou do acusado, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, bastava que houvesse a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Ou seja, exigia-se, apenas, a prova da existência do crime e dos indícios de autoria, que formam o que se convencionou denominar *fumus comissi delicti*<sup>541</sup>. O juiz não precisava fundamentar quanto à necessidade da decretação da prisão preventiva (*periculum libertatis*). A mera probabilidade condenatória gerada pela prova quanto à materialidade e os indícios de autoria contidos no flagrante delito justificavam a prisão, antecipando o cumprimento de uma mais do que provável pena a ser imposta com a sentença condenatória.

Só posteriormente, com a Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que transferiu a disciplina da prisão preventiva para o art. 312 do CPP, passaram a ser

---

<sup>540</sup> O art. 311 do CPP assim estava redigido: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”.

<sup>541</sup> A esse respeito, José Frederico Marques (1977, p. 60), ocupando-se do assunto, ao discorrer sobre o instituto da prisão preventiva, tal como consignado na redação originária do Código de Processo Penal, acentuava que “Existe a prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos” (, p. 60), enquanto “... há indícios suficientes de autoria quando o réu é o provável autor do crime” (MARQUES 1977, p. 60).

exigidos os *fundamentos* para a imposição dessa medida – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal<sup>542</sup>.

Portanto, quando o acusado escapava de ser preso obrigatoriamente, pelo fato de não ser crime cuja pena máxima fosse superior igual a 10 (dez) ano, não ter sido detido em flagrante e ainda não ter sido condenado ou pronunciado, ele ficava à mercê da vontade do juiz, sendo suficiente para a decretação da sua prisão por ordem judicial, a sua *culpa formada*, isto é, que houvesse prova da existência do crime e indícios de autoria. O poder do juiz quanto à decretação da prisão preventiva era em tudo discricionário, até porque, a despeito de a autoridade policial e o Ministério Público poderem pedir a prisão, ele tinha a prerrogativa de decretá-la de ofício.

Como se não fosse suficiente, o Código de Processo Penal de 1941 previu ainda a prisão administrativa<sup>543</sup> que era, conforme ensinava Câmara Leal, “imposta em virtude de lei civil ou administrativa e pela autoridade civil ou administrativa”. Esse tipo de prisão não constava no Código de Processo Criminal Imperial. Mas, conforme Câmara Leal (1942, p. 292), os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal (arts. 105 e 106), da Bahia (arts. 1.664 e 1.965) e de Santa Catarina (arts. 1.964, 1.965 e 1.966) tratavam da prisão administrativa. Lembra Basileu Garcia (GARCIA 1945, p. 198-199), porém, que esse instituto já constava nos arts. 262, 264 e 265 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939), muito embora registre que não existe instituto similar no Direito Comparado, o que revela ter sido uma criação da inteligência autoritária nacional. Tratava-se de uma prisão *sui generis*, plasmada na versão originária do CPP, ao conferir à autoridade administrativa decretá-la “contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam” (art. 319, I). De outra banda, o cônsul do país a que pertencia o navio tinha o poder de requisitar à autoridade policial a prisão “contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional” (art. 319, II).

---

<sup>542</sup> Posteriormente, por meio da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, ao lado da garantia da *ordem pública*, foi acrescentada expressão *ordem econômica*.

<sup>543</sup> Com a Constituição de 1988, o entendimento dominante foi firmado no sentido de que a prisão administrativa prevista no Código de Processo Penal restou revogada, porém, à míngua de alteração normativa, permaneceu constando do Capítulo IV do IX do CPP. A Lei nº. 12.403, finalmente, revogou, expressamente, a referida modalidade de prisão e, em seu lugar, trouxe, como novidade, as medidas cautelares diversas da prisão, assunto aqui tratado no item 6.3 e seguintes, infra.

Como se vê, o figurino originário do CPP exalou, em toda a sua magnitude, a *cultura da prisão*. O legislador, ciente da advertência de Pedro Aragoneses (1986, p. 246), no sentido de que o grande nó górdio das medidas cautelares de ordem processual “consiste em que sí no se adoptan, se corre el riesgo de la impunidad, y si se adoptan, se corre el peligro de la injusticia”, com o seu verniz autoritário, declaradamente fez a opção em assumir o risco quanto a eventuais injustiças, em prol de um sistema repressivo e eficiente quanto à prisão dos investigados e acusados, reservando o direito ao gozo de liberdade para situações excepcionais.

Essa regência rigorosa, ao longo do tempo, foi sendo abrandada, mediante várias intervenções legislativas tópicas. Conquanto a Constituição de 1967 também tivesse caráter ditatorial, durante a sua vigência foi promovida substancial reestruturação de todo o sistema prisional na órbita do processo criminal. A guinada na orientação política teve início por obra da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou todo o Capítulo II do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, merecendo destaque especial a revogação da inaceitável prisão preventiva obrigatória. No particular, Romeu Pires de Campos Barros, crítico ferrenho da prisão preventiva obrigatória, lamentou pela circunstância de esse instituto ter persistido em vigência durante a Constituição de 1946, somente revogado posteriormente (BARROS 1982, p. 178). A par disso, essa lei, enfim, conferiu caráter de medida cautelar à prisão preventiva facultativa, ditando no art. 312, ao lado dos requisitos, os fundamentos para a decretação da prisão com ordem judicial, que consubstanciam o denominado *periculum libertatis*.

Nada obstante, remanesce, nessa área, o caráter ditatorial do Código de Processo Penal (REALE JÚNIOR 1983, p. 107), tendo em vista que impunha a prisão do acusado nos processos da competência do tribunal do júri até o seu julgamento em plenário, não permitia a interposição do recurso de apelação em liberdade e, o que era mais absurdo, mesmo nos casos em que a sentença era absolutória, o incriminado, caso interposto recurso pelo Ministério Público, deveria permanecer na prisão, quando a pena máxima prevista para o delito fosse igual ou superior a oito anos, conforme era previsto no art. 596. Malgrado esse dispositivo já houvesse sido alterado pela Lei nº 263, de 1948, ainda assim, persistiu prevendo o efeito suspensivo do recurso de apelação da sentença absolutória das decisões do tribunal do júri, salvo quando unânime o veredito dos jurados (art. 596, § 2º). Note-se como se tinha como orientação a *presunção de*

*culpa*, a qual, para ser desconstruída, não bastava a absolvição pelo júri, era preciso que não houvesse recurso pelo Ministério Público, afora se o veredito fosse unânime.

Para alterar essa moldura punitivista, editou-se a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, também denominada *Lei Fleury*. Mas o motivo para o abrandamento da legislação não foi nobre ou fruto de uma visão mais liberal e menos conservadora. Foi por conveniência, como é a marca registrada da porção liberal da elite política, na área criminal. Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte, símbolo da repressão imprimida pela ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias em razão de ter comandado sessões de tortura e levado à morte vários presos políticos, para evitar a prisão do então delegado, que seria recolhido à prisão com a mera *pronúncia*, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. O juiz de primeiro grau havia proferido a sentença de impronúncia, mas, ao apreciar o recurso em sentido estrito, o Desembargador Antônio Alves Braga do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à impugnação, com conseqüente pronúncia e determinação do recolhimento à prisão (P. d. SOUZA 2000, p. 319). Para evitar que isso ocorresse, em tempo recorde, a Lei Fleury alterou as regras do jogo<sup>544</sup>, modificando os arts. 408, § 2º, e 594, caput, do Código de Processo Penal, estabelecendo que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente haveria de ser decretada nas hipóteses em que o acusado fosse considerado de maus antecedentes ou *reincidente*.

A regra, que era da prisão processual obrigatória quando prolatada a decisão de pronúncia ou a sentença condenatória, deu lugar a outra diametralmente oposta, que privilegiava o direito de liberdade mesmo nesses casos, desde que o acusado possuísse bons antecedentes e fosse primário. Complementando a obra, a lei em referência revogou o então § 2º do art. 596, ficando como ressalva ao caput do dispositivo em referência (“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”) apenas a consideração de que a apelação, mesmo no caso

---

<sup>544</sup> Ao tempo em que se tentou modificar o acórdão por meio de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, o Governo encaminhou à Câmara Federal projeto de lei, a fim de modificar as regras do processo e, com isso, beneficiar o Delegado Fleury. Relata Percival de Souza (2000, p. 319) que, “... em recordista velocidade legislativa”, o projeto se transformou na Lei 5.941, de 1973 ou, mais propriamente, na Lei Fleury.

de decisão absolutória, não teria o condão de suspender a execução imediata da medida de segurança aplicada provisoriamente.

Esse fato real que motivou o arrefecimento do autoritarismo da legislação processual penal revela ainda que o legislador do CPP se pautou pela ótica do *direito penal do inimigo* (JAKOBS e MELIÁ 2003), reputando como tais aqueles que não faziam parte do governo ou do círculo do poder. Acontece que Fleury não era um *inimigo* do Estado, mas, sim, um dos atores mais proeminentes da repressão política experimentada nos anos 1960 e 1970. Ele sendo processado era como se o próprio Estado estivesse sentado no banco dos réus. Preso, então, era uma situação muito vexatória. Era preciso protegê-lo e tantos outros que, eventualmente, viessem a ser processados criminalmente<sup>545</sup>.

Todavia, sem embargo de a lei em referência ter sido editada com o claro propósito de beneficiar o então todo-poderoso Delegado do DOPS paulista, Sérgio Fleury, há de se reconhecer que representou um notável avanço na nossa legislação processual, porquanto, a partir daí, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes do seu trânsito em julgado, se não decretada a prisão preventiva, para a pessoa ser levada à prisão haveria a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era primário (SIQUEIRA 1980). Não há nada de paradoxal na constatação de que esse avanço liberal foi fomentado pelo autoritarismo, sendo suficiente recordar que, ao longo da nossa história cultural, política, social e jurídica, quando muito, tivemos um *liberalismo-conservador*, aquele que não se pauta no brocardo *direitos para todos*, mas no que se expressa na máxima *direitos para mim e para os meus*<sup>546</sup>. Falta, propriamente, arraigada no âmago da sociedade brasileira em geral, a cultura humanística.

Nada obstante, outra modificação significativa quanto ao sistema prisional do Código de Processo Penal viria menos de 5 (cinco) anos depois. De fato, a alteração fundamental do instituto da prisão processual se materializou com o enxerto do

---

<sup>545</sup> O interessante é que a decisão do Tribunal de Justiça foi dada em 22 de outubro de 1973 e, logo um mês após, estava em vigor a Lei Fleury. *O tempo exíguo para uma providência dessa envergadura*, anota Percival de Souza (P. d. SOUZA 2000, p. 319), “soou como uma advertência. Fleury e o Sistema que encarnava eram capazes de fazer o que entendesse fosse preciso em qualquer esfera de poder. O cano das armas era mais poderoso, e que não se tivesse nenhuma dúvida a respeito, do que qualquer toga. Que todos saibam, que todos percebam, que todos compreendam quem é o poderosíssimo doutor Fleury”.

<sup>546</sup> Cf. item 4.2, supra.

parágrafo único ao art. 310 do CPP<sup>547</sup>, operada pela vinda a lume da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Essa mutação no Código de Processo Penal teve considerável repercussão no tratamento da matéria, pois a partir daí o instituto do flagrante delito perdeu a grande importância que detinha, ao passo que todo o tratamento dispensado à fiança, em sua parte mais significativa, por força dessa modificação, foi derogado. Note-se que, consoante a disciplina inicial do Código de Processo Penal, quando a pessoa era detida em flagrante, caso o crime não fosse afiançável, de regra, ela, independentemente de presentes, ou não, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estampados no art. 312 do referido diploma legal, respondia todo o processo recolhida ao cárcere. O juiz, ao tomar conhecimento do flagrante, tinha o compromisso, apenas, de examinar a legalidade da medida, caso em que, atendida a formalidade estabelecida no CPP, deveria manter o então detido na prisão, mediante simples *decisão homologatória*, exceto quando se tratava de crime afiançável ou do qual o preso se livrava solto.

Malgrado na época houvesse a constatação do aumento progressivo da criminalidade violenta – os rigores da lei não serviam à prevenção, pelo contrário –, o Executivo, atendendo a insistentes reclamações da doutrina, acertadamente, resolveu modificar a legislação processual, tendo em mira diminuir as hipóteses de encarceramento, de modo a reservar a prisão processual apenas para os casos em que ela fosse de imperiosa necessidade.

No escopo de abrandar essa disciplina e reformular a política legislativa então vigente, por meio da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, o legislador enxertou um parágrafo único ao art. 310 do CPP, a fim de deixar expresso que, em todos os casos de flagrante delito, ao receber a devida comunicação, o juiz, caso não sentisse a presença de nenhum dos fundamentos que autorizavam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 5.349, de 1967), deveria, após ouvir o Ministério Público, conceder, independentemente de pagamento da fiança, a liberdade

---

<sup>547</sup> O conteúdo dessa do art. 310 foi modificado pela Lei nº 12.403, de 2011, restando mais claro, ainda, que a prisão/detenção em flagrante, por si só, não é motivo para que a pessoa fique encarcerado, devendo o magistrado, de qualquer sorte, em decisão fundamentada, dizer se é hipótese, ou não, de conversão (decretação em) prisão preventiva, consoante o disposto no art. 312 do CPP, isso se não for *adequada e suficiente* a imposição de medida cautelar diversa da prisão (art. 310, II, do CPP). Cf. itens 9.6.5.2 e 9.6.5.2.1, *infra*.

provisória ao detido.

A ideia, confessada na exposição de motivos da Lei nº 6.416, de 1977, era diminuir, seguindo a orientação doutrinária moderna<sup>548</sup>, a prisão processual, deixando-a apenas para os casos em que fosse demonstrada a sua necessidade (COSTA JÚNIOR e GRINOVER 1979, p. 125), pelo que, com a nova lei em referência, a prisão provisória em geral foi “reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública”. Em verdade, a Lei nº 6.416, de 1977, foi editada em razão das constatações e recomendações contidas no Relatório da CPI de 1975 sobre a situação das unidades prisionais brasileiras, elaborado pelo então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, especialmente no ponto em que ele ressaltou que “O problema da superlotação dos estabelecimentos penais foi colocado na posição de relevo que merece, pois dele decorre, principalmente, a grande dificuldade de obter-se sucesso com a aplicação de qualquer terapia penal” (BRASIL. Ministério da Justiça 1980, p. IV). Isso foi reconhecido por Manoel Pedro Pimentel (BRASIL. Ministério da Justiça 1980, p. IV), ao dizer que “Muitas das sugestões e recomendações contidas no Relatório (da CPI de 1975) foram acolhidas e tornadas realidade com a edição da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, da qual muitos benefícios poderão ser colhidos, se aplicada corretamente”.

Com essa inovação legislativa, a legalidade da prisão em flagrante deixou de ser fundamento para a manutenção da pessoa no cárcere, servindo propriamente apenas para a validade da *captura* de quem era pego no momento da prática do ilícito. Daí em diante, o flagrante passou a ter apenas *natureza de detenção*, deixando de ser uma das espécies de prisão provisória. O flagrante em si perdeu a condição de motivo para a pessoa permanecer na prisão, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, passou a ser dever do juiz examinar não só a legalidade da medida, que era o que bastava anteriormente, como ainda analisar se havia algum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Não cabia mais *homologar* o flagrante, mas, sim, para todos os efeitos, decretar, se fosse o caso, a prisão preventiva ou, então, a contrário senso, conceder a liberdade provisória.

---

<sup>548</sup> Professor Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Assim, com esse novo tratamento dado à matéria pela legislação de regência, estabeleceu-se que a prisão processual, fosse decorrente de prisão preventiva ou de flagrante, possuía caráter eminentemente acautelatório, de modo que, doravante, toda e qualquer limitação do direito de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, passou a exigir decisão fundamentada da autoridade judicial, com esteio nos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>550</sup>.

Essa alteração legislativa operou significativa mutação normativa para a fiança. Na principiologia inicial do Código de Processo Penal, a fiança, prevista para os crimes menos graves, servia para excepcionar os casos em que, nada obstante tivesse sido detida em flagrante ou tivesse sua prisão decretada em virtude de sentença condenatória passível de recurso, ou de decisão de pronúncia, a pessoa pudesse obtivesse a liberdade provisória e, assim, responder ao processo em liberdade, enquanto não houvesse o trânsito em julgado. Com a inserção do parágrafo único no art. 310 do Ordenamento Processual Penal, daí em diante o agente detido em flagrante delito, para ter o direito à liberdade provisória, deixou de depender da eventualidade de o crime ser afiançável. Isso porque, sendo o crime afiançável ou inafiançável, em compasso com o então parágrafo único do art. 312 do CPP, desde que não houvesse nenhum dos motivos para a decretação da prisão preventiva, o juiz deveria conceder a liberdade provisória<sup>551</sup>. Infelizmente, a expressa maioria dos juízes, diante da *cultura da prisão*, permaneceram com a praxe de apenas *homologar* o auto de flagrante, com isso mantendo a pessoa presa, sem apresentar nenhuma fundamentação para tanto.

Sem embargo das muitas e profundas mudanças, o sistema prisional do CPP, ademais de desarticulado, permaneceu com um grave e irremediável defeito. Embora o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1998, tenha incorporado diversas alternativas à pena de prisão, não havia sido promovida, ainda, a incorporação dessas

---

<sup>550</sup> O juiz pode decretar a prisão com a sentença ou com a decisão de pronúncia, mas, em ambos os casos, tem de ser com suporte em um dos fundamentos do art. 312, caput, do CPP, tal como consta do art. 413, § 3º, do CPP (redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008), e art. 387, §1º, do CPP (incluído pela Lei nº 12.726, de 2012).

<sup>551</sup> Antes, no caso de flagrante delito, era de primordial importância saber se o crime era, ou não, afiançável. Se inafiançável, a pessoa não tinha o direito de obter a liberdade provisória. Quando muito, ela poderia obter, mediante o relaxamento da prisão, a liberdade pelo fato de ter ocorrido alguma ilegalidade na sua captura.

Por isso mesmo, a fiança era estabelecida apenas para os crimes menos graves – além de outros requisitos, quando a pena mínima cominada não fosse superior a dois anos (art. 323, I, do CPP).



medidas substitutivas quanto à prisão preventiva. O que o legislador infraconstitucional providenciou foi a criação de outra espécie de medida cautelar prisional, denominada *prisão temporária*, cuja intenção, confessada na própria exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, era suprir a lacuna deixada pela revogação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, da *incomunicabilidade* prevista no art. 21, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal, em virtude do art. 136, §3º, IV, da Constituição<sup>552</sup>.

Nessa parte, reafirmou-se, apenas, a lógica anterior: *ou o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade*<sup>553</sup>. Em certa medida, essa postura reafirma a persistência da *cultura da prisão*. Não havia solução intermediária. Muitas vezes, à falta de alternativa, o juiz decretava a prisão, enquanto, em outras, exatamente por isso, tendo em conta ser excessivo o envio para o cárcere, o juiz não aplicava nenhuma medida. Com isso, de um lado, tínhamos prisões processuais demais e desnecessárias e, de outro, devido à falta de medidas menos drásticas do que a prisão, casos em que o juiz findava sem fazer qualquer restrição ao direito de liberdade.

Essa *lógica* foi desconstruída com a Lei nº 12.403, de 2012, que finalmente incluiu no Código de Processo Penal alternativas à prisão processual. As novas espécies de medidas cautelares de ordem pessoal diversas da prisão seguem a tendência moderna de contornar a morosidade na resolução definitiva das questões por meio do processo com medidas que sirvam para acautelar a persecução criminal, sem que necessário se utilizar da prisão. Não foi propriamente nenhuma novidade em nosso sistema, pois várias medidas alternativas, com a denominação de *medidas protetivas de urgência*, já haviam sido introduzidas pela Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha). A bem da verdade, algumas medidas diversas da prisão ingressaram em nosso sistema criminal há bastante tempo, pelo Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Estatuto da Magistratura), que preveem o afastamento do exercício de função pública.

---

<sup>552</sup> Cf. item 6.2.6, *infra*.

<sup>553</sup> Dependendo da perspectiva com que seja examinada a questão, a parêmia pode ser diferente: ou o tudo, a liberdade, ou o nada, a prisão. Com certeza, para o agente, a liberdade é o tudo. Ou melhor, para um sistema democrático, preocupado com a tutela dos direitos fundamentais, dentre eles o direito de liberdade, a liberdade não pode ser considerada o nada, mas o tudo.

A Lei nº 12.403, de 2011, trouxe avanços significativos em relação às medidas cautelares de ordem pessoal, prevendo alternativas à prisão, mediante a especificação das medidas cautelares diversas, a par de deixar expressa a subsidiariedade da prisão processual, admitindo o encarceramento como medida processual apenas quando não se mostrarem *suficientes e adequadas* aquelas (art. 282, § 3º, do CPP). Ademais disso, tendo em conta o sistema acusatório, vedou a decretação da prisão de ofício, na fase da investigação e, malgrado não tenha estabelecido um prazo limite para a prisão preventiva, estabeleceu a necessidade de sua revisão quando proferida a sentença condenatória.

Nada obstante essas alterações, o ex-Presidente Jair Bolsonaro foi eleito empunhando a bandeira do enrijecimento da legislação criminal, razão pela qual, logo após a sua posse em 2018, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, elaborou o chamado *Pacote Anticrime*, aprovado pela Lei nº 13.964, de 2019. Ainda que a ideia inicial fosse no sentido de endurecer a legislação penal, em relação à prisão processual, devido às muitas modificações promovidas pelos parlamentares durante o processo legislativo, foram inseridas diversas modificações de cunho garantista, a ponto de se dizer, com razão, que o referido diploma legal padece de *dupla personalidade*, refletindo um comportamento normativo *bipolar*. De forma elegante, escreve Rogério Schietti (2020, p. 349) que se trata de uma *lei sem identidade*<sup>554</sup>.

Mas, para todos os efeitos, o chamado *Pacote Anticrime* ou *Lei Anticrime* ofereceu inovações quanto ao sistema prisional processual que merecem elogios, a saber: (a) vedou a decretação de medidas cautelares de ofício mesmo na fase do processo, negando, assim, pelo menos nesse âmbito, o poder geral de cautela do juiz; (b) determinou a necessidade da *prorrogação* (na fase da investigação) e da *renovação* (na fase do processo) da prisão preventiva; (c) delimitou aspectos importantes sobre a fundamentação da decretação da prisão preventiva; (d) disciplinou a audiência de apresentação (custódia); e (e) reforçou a subsidiariedade da prisão, devendo o juiz, no limite, quando presentes os fundamentos para a medida cautelar de ordem pessoal,

---

<sup>554</sup> Rogério Schietti (2020, p. 349) observa que, a despeito de a *Lei Anticrime* ter sido motivada pelo interesse do Executivo em enrijecer a legislação criminal, mercê de alterações promovidas no Parlamento, restou promulgada uma “lei sem identidade, carente de sistematização, com contradições internas e equívocos de redação.”

conferir preferência às medidas cautelares diversas. Pontue-se que a audiência de apresentação (custódia) era até então obrigatória no nosso meio por força da Resolução do CNJ nº 213, de 4 de maio de 2011, editada com fulcro no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (art. 9º, item 3) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (do art. 7º, item 5). Com a Lei nº 13.964, de 2019, foi incorporada ao estatuto processual penal.

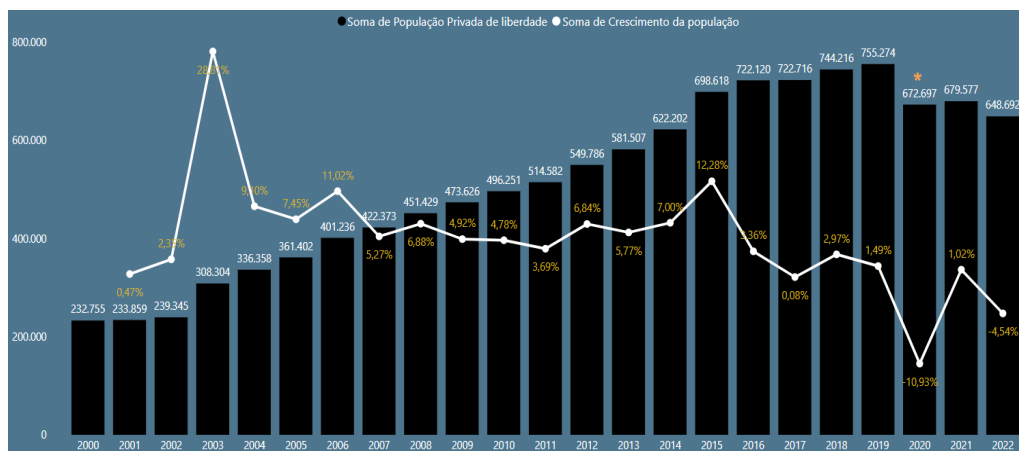
Esse ideário punitivista do CPP de 1941, orientado pela cultura da prisão, que ainda persiste, gerou como consequência o aumento exponencial da população carcerária brasileira, não tendo sido suficiente para modificar essa tendência de crescimento as muitas alterações promovidas no sistema prisional da legislação processual e mesmo do Código Penal, com a inclusão das penas alternativas, antes mesmo das medidas cautelares diversas da prisão. Esse é o passado que explica o que experimentamos nos dias de hoje.

O Brasil, conforme dados estatísticos expostos no item 1.1, em números absolutos relativos à taxa de encarceramento, ocupa a terceira posição no ranking mundial, ficando atrás, apenas, dos Estados Unidos, que ocupa o primeiro lugar, e da China. De acordo com os números divulgados pelo ex-DEPEN, em 2017, o Brasil possuía 722.120 pessoas privadas do direito de liberdade, caracterizando um crescimento de 150%, tomando como parâmetro o ano de 2002.

O problema é que essa visão punitivista, infelizmente, em nada diminuiu a criminalidade. Muito pelo contrário. A despeito de ser um dos países no mundo que mais prende, o Brasil é um dos países mais violentos, contendo uma altíssima taxa de 63,21 homicídios por 100 mil habitantes, conforme informação do *Consejo ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal* (2023). O Brasil tem 10 (dez) cidades entre as 50 (cinquenta) mais violentas do mundo, sendo Mossoró/RN, no ranking mundial, a segunda mais letal, com uma taxa de 63,21 homicídio por 100 mil habitantes.

O mais significativo, no entanto, é que tanto a taxa da população carcerária (PC) quanto a de mortes violentas intencionais (MVI) observaram tendência de crescimento até o ano de 2017, mas começaram a descer a partir daí. Veja-se, abaixo, a variação da taxa de encarceramento, entre os anos de 2000 a 2022, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2023), atualizado até dezembro de 2022:

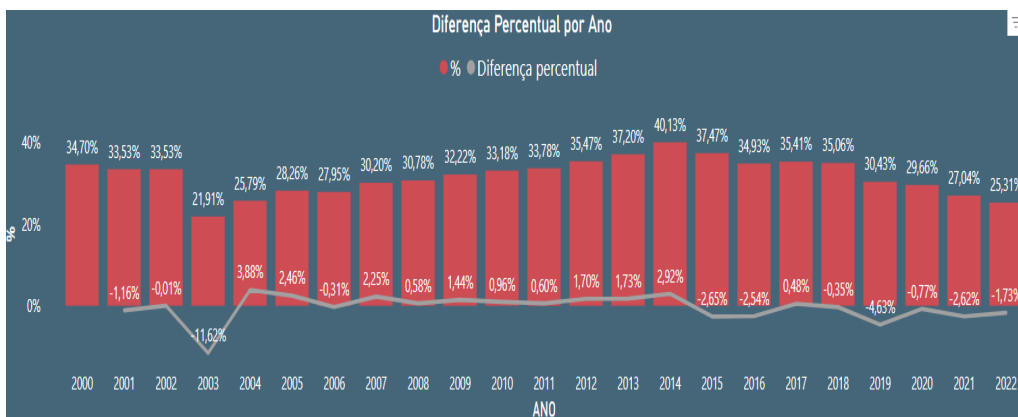
fig. 1



Como se vê, em 2000 havia 232.755 presos, enquanto em 2015, 689.618 presos, com uma taxa média de crescimento em torno de 5,5 ao ano, para então começar a descer, com uma taxa média próxima a 2% de 2016 a 2019, com uma queda acentuada de -11% em 2019, pequeno crescimento de 1% em 2021, para no ano de 2022 voltar a diminuir em -4,54%. É verdade que a série histórica do censo a respeito da população residente no Brasil revela que houve uma explosão demográfica. Se nos anos 1970 tínhamos pouco mais de 90.000.000 (noventa milhões) de habitantes, em 2000 já eram mais 165.000.00 (cento e sessenta e cinco milhões), em 2010, mais de 190.000.00 (cento e noventa milhões) e em 2020, mais de 203.000.00 (duzentos e três milhões) (IBGE 2012). Mas a taxa de crescimento populacional entre os anos 2000 e 2010 foi de apenas 1,17%, enquanto entre 2010 e 2020 foi menor ainda (0,52), ou seja, menos da metade (IBGE 2012). Portanto, o crescimento do encarceramento foi muito acima do aumento da população brasileira.

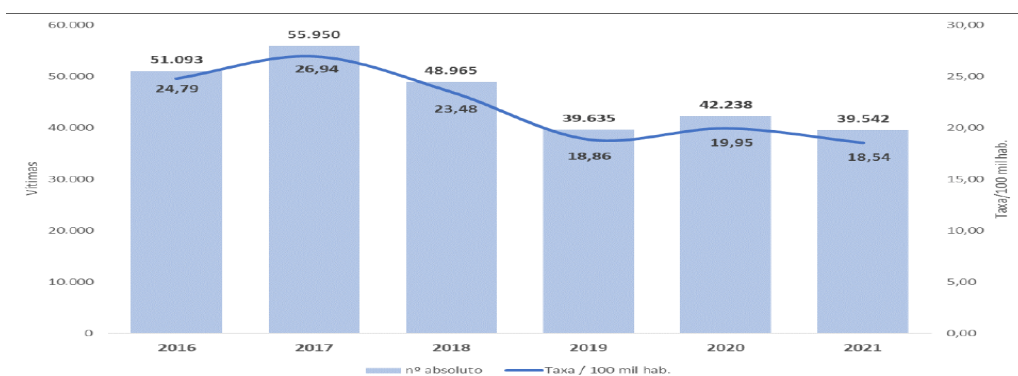
No mesmo passo da população carcerária em si, após taxas sempre crescentes, estamos experimentando a diminuição de presos provisórios. O maior percentual de presos provisórios alcançado foi em 2014 (40,13%), quando passamos a ter nos anos seguintes uma tendência de queda consistente, até atingir 25,31%, em 2022. Observe-se o gráfico abaixo:

fig. 2



Na mesma sintonia, de acordo com pesquisa do Anuário Estatístico do Ministério da Justiça (2022), tendo como ano-base 2021, a taxa de homicídios no país, entre 2016 a 2021, apresentou o pico em 2017 (26,94) para iniciar uma tendência de diminuição, a despeito de discreto crescimento em 2020 (19,95) em relação a 2019 (18,86), alcançando, no período analisado, uma diminuição da taxa de homicídios em -25%. Veja-se a figura abaixo:

fig. 3



Os dados acima, coletados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, são corroborados, com pequena diferença entre os números, pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com a publicação do Anuário Brasileiro de Segurança Pública referente ao ano-base 2021. Observe-se, abaixo, a curva decrescente acentuada da taxa de MVIs:

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

fig. 4

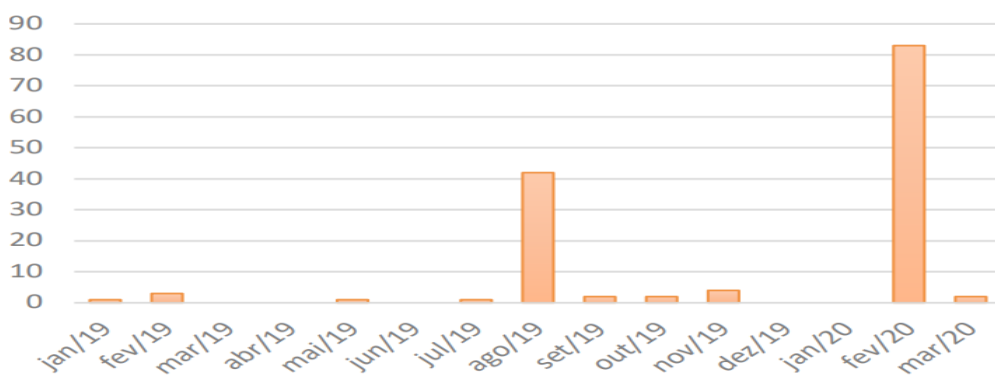


A leitura dos dados acima confirma que, mesmo se referindo a outros crimes letais além dos homicídios, também em relação às MVI havia uma tendência de evolução dos números de MVIs até o ano de 2017, passando a descer de forma firme daí em diante, representando uma variação da taxa de -9,3% no período.

Mas, a que se deve a diminuição do encarceramento e, conseqüentemente, do número de mortes violentas? Em relação à diminuição da prisão provisória, não há dúvidas, a audiência de apresentação (custódia) tem grande contribuição. Antes, como se disse acima, os juízes tinham o mau vezo de apenas homologar o auto de flagrante, como se a legalidade dessa detenção em si fosse suficiente para decretar a prisão preventiva. Com a audiência de apresentação, ademais de o detido ter a oportunidade de se fazer conhecer pelo juiz, há um prévio contraditório para a decretação da prisão preventiva ou mesmo temporária, com a oportunidade de manifestação da defesa técnica. Outro fator preponderante foi a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF (2015), que, diante das condições desumanas, potencializadas pela superlotação carcerária, declarou o *estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro* e recomendou aos juízes que, quando possível, impusessem medidas e penas alternativas à prisão.

Todavia, não há de se negar, o fator decisivo para a diminuição das prisões preventivas foi a revisão nonagesimal da prisão preventiva, introduzida com a adição de um parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 2019. Os números revelam essa realidade. O Projeto de Extensão intitulado Grupo de política e pesquisa do sistema criminal, criado no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em estudo realizado pelo aluno Gabriel Emídio Guerra Cabral (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 233) na análise dos dados coletados pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF-5ªR, referentes ao mês de fevereiro de 2020, evidencia que, diante da exigência de reanálise da permanência dos fundamentos da prisão preventiva, 83 (oitenta e três) prisões preventivas foram revogadas pelas varas federais com competência criminal no Estado do Rio Grande do Norte, sendo esse número superior à soma de todas as prisões processuais revogadas desde 2018. Veja-se o gráfico abaixo:

fig. 5



De mais a mais, em relação às prisões definitivas, a linha decrescente da taxa de encarceramento se explica pela própria ADPF 347/DF e, ademais, pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no *RE 641.320/RS (2016)*, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, e na Súmula Vinculante 56, salientando que o interno não pode permanecer em regime de pena mais gravoso, em razão da ausência de estabelecimento prisional adequado por falta de vaga, ademais de determinar que, no caso de superlotação, para diminuir o número de internos, devem ser adotadas como estratégias (a) a determinação da saída antecipada; (b) a concessão de liberdade com monitoração eletrônica; e (c) a determinação do cumprimento de penas restritivas de direito.

#### 5.4.7. Execução penal sem garantia de direitos

No item 2.2.2, supra, foi demonstrado que a prisão como sanção surgiu em substituição das penas corporais e bárbaras, a partir da segunda metade do século XVIII<sup>555</sup>. Como já se disse aqui, foi uma forma de humanização da punição, sendo propagada na esteira do movimento criminal ensaiado com suporte no pensamento *beccariano*. Todavia, a execução da pena restou prevista como uma atividade administrativa, de modo que, sem regras ou limites, os presos ficaram submetidos à força do Estado *vingador e cruel*. A crueldade da punição transmudou para o interior das paredes e grades das prisões, realizada longe dos olhos da sociedade. Registre-se um fenômeno interessante. O processo criminal, que se resumia a mero rito ou procedimento, era secreto, mas a execução das penas corporais, no propósito de incutir o medo, era realizada em praça pública. Com a jurisdicionalização da persecução criminal, ou melhor, do processo de conhecimento, a execução, que era pública e feita no *pelourinho*, passou a ser secreta, no interior dos cárceres. Longe da vista da sociedade e de controle, as prisões se transformaram em verdadeiras *casas de horrores*, com os internos submetidos a tratamento desumano, mediante a aflição de humilhações e as mais diversas agressões físicas e mentais. Nos estabelecimentos penais ocorreram os crimes mais torpes e hediondos de que se tem notícia. Torturas as mais variadas, maus tratos e mesmo mortes praticadas por guardas penitenciários, sem falar em episódios de decapitações e esquartejamentos de detentos por companheiros de cárcere, em lutas internas renhidas pelo domínio do espaço prisional.

Coube a John Howard (1726-1790), após exercer o cargo de supervisão do estabelecimento penal do Condado de Bedfordshire, na Inglaterra, e empreender viagem pela Europa para conhecer as prisões na França, Holanda, Escócia, Irlanda, Alemanha e Suíça, lançar em 1776 o livro *The state of prisons in England and Wales* e defender a humanização e a racionalização do cumprimento da pena de prisão, dado que o preso não perde a sua condição humana (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 47). Ele foi o precursor da chamada *escola penitenciária*, sendo considerado o grande *filantropo do século XVIII*, por criticar o *sofrimento humano* por meio da pena privativa de liberdade

---

<sup>555</sup> Cf., ainda, o item 5.4.6, supra.



(CHAVES 2015, p. 19). Observa Bitencourt (2001, p. 43) que John Howard tinha a consciência de que a administração da prisão se constituía em função da mais alta importância, não podendo ser abandonada “completamente aos cuidados de um carcereiro”, pelo que defendia a necessidade do “controle jurisdicional sobre os poderes outorgados ao carcereiro”. Jeremy Bentham (1748-1832), seguindo a toada de John Howard, além de outras obras, editou o livro *Teoria das penas legais* em 1770. A par de defender a humanização das prisões, denominando como *penas acessórias* as que eram impostas devido aos abusos praticados na execução da pena, ressaltou a importância da atuação do juiz no controle do ambiente carcerário, a fim de preservar os direitos dos prisioneiros (BENTHAM 2002, p. 80-81).

A partir dessas manifestações, passaram a existir 3 (três) modelos de execução penal: (a) sistema administrativo; (b) sistema jurisdicional; e (c) sistema misto (S. d. CARVALHO 2001, p. 178). Entretanto, o CPCrim de 1832 sequer se ocupou da execução penal<sup>556</sup>. Resta acrescentar que, embora o CPCrim não contivesse nenhuma regra de competência conferida aos juízes em relação à execução da pena, que foi tratada como uma mera atividade administrativa, o Código Criminal de 1830, ao tempo em que previa a pena de morte materializada com a utilização da força, ao definir o ritual solene a ser obedecido, atribuía ao magistrado o papel de *presidir* o espetáculo autoritário e de propósito intimidatório. Em compasso com o regramento a respeito, o réu, no dia do cumprimento da pena de morte, que não poderia ser executada na véspera de domingo, dia santo, de festa nacional ou, no caso de mulher, se ela estivesse grávida, deveria ser conduzido pelas *ruas mais públicas* até a força, com seu *vestido ordinário*, acompanhado do juiz criminal, a quem cabia presidir a execução, do escrivão e da força militar, tendo à frente o *porteiro*, incumbido de caminhar fazendo a leitura da sentença em voz alta (arts. 39, 40, 41 e 43 do CCrim). Realizado o enforcamento, mercê de pedido feito ao juiz criminal encarregado de presidir a execução, o corpo do réu era entregue aos parentes ou amigos, sendo proibido o enterro com *pompa*, sob pena de prisão por um mês a um ano (art. 42 do CCrim).

Sem embargo de criticar o fato de cada Estado da federação, sem a coordenação uniforme do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, fazer a execução da pena ao seu

---

<sup>556</sup> Cf. itens 4.2 e 4.5, *supra*.

bel-prazer, João Chaves (2015, p. 155) identificava que o pior residia na constatação de os juízes, que deveriam ser os verdadeiros executores das penalidades, não darem *a menor importância* à execução. Com antevisão, em obra escrita no ano de 1911, Chaves contestava a dualidade de competência na execução penal, competindo ao juiz a condenação e à administração o seu cumprimento, razão pela qual defendia a necessidade da *especialização* dos juízes no pertinente à fiscalização relacionada à aplicação da pena fixada na sentença. Tempos depois, mais precisamente no ano de 1929, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária expediu diretriz contemplando as normas básicas quanto ao tratamento a ser dispensado aos presos, prevendo o indispensável *controle* pelo Judiciário, aprovada em 1937, pela então Liga das Nações Unidas. Em seguida, no ano de 1937, no Congresso Internacional de Direito Penal, ocorrido em Paris, restou consignado que o controle jurisdicional ou o devido processo legal na execução penal era imprescindível para a preservação da legalidade.

O germe da criação do sistema penitenciário nacional e a sua conseqüente processualização se deu apenas com o Decreto nº 24.797, de 1934, cuja edição se verificou em cumprimento à Constituição de 1934 (art. 5º, XIX, “a”), que conferiu à União o poder de legislar a respeito de *normas fundamentais sobre o regime penitenciário* (CASTILHO 1988, p. 39). Esse comportamento normativo seguiu as diretrizes fixadas em 1929 pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 52). Não se tinha ainda a concepção em nosso meio quanto à existência de um *direito penitenciário*, muito menos de uma *ciência penitenciária*, tal qual preconizado no X Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, realizado em Praga, no ano de 1930<sup>558</sup>. O conceito internacional de direito penitenciário apareceu mais tarde, no III Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado na cidade de Palermo, na Itália, em 1933 (MIOTTO 1971, p. 94).

Infelizmente esse movimento de adoção do devido processo legal na execução penal também padeceu de sensível retrocesso com a Constituição de 1937<sup>559</sup>, pois, com o seu caráter ditatorial, não deu trela às diretrizes internacionais de cunho humanitário,

---

<sup>558</sup> João Chaves (2015, p. 19) científica que o primeiro Congresso Penitenciário Internacional ocorreu na cidade de Londres, em julho de 1872. Seguiram-se os de Estocolmo, em 1878; o de Roma, em 1885; o de S. Petersburgo, em 1890; o de Paris, em 1895; o de Bruxelas, em 1900, o de Budapeste, em 1905; e o de Washington, em 1910 (CHAVES 2015, p. 19).

<sup>559</sup> Cf. item 5, *supra*.

pelo que deixou de fazer referência à *questão penitenciária*, o que só veio a ser remediado com a Constituição de 1946. Essa omissão do constituinte de 1937 e, mais ainda, do legislador do CPP de 1941, revela que o forte *nacionalismo* da época fez com que se fizesse *tabula rasa* à diretriz firmada no Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Paris, no período de 26 a 31 de julho de 1937, no qual foi definido que o princípio da legalidade torna imperativa a jurisdicionalização da execução penal (CASTILHO 1988, p. 40).

Embora ciente dessas recomendações internacionais, o legislador do CPP de 1941, conquanto tenha escrito no Livro IV o epítáfio *Da execução*, não cuidou propriamente de processualizar ou jurisdicionalizar essa fase processual. Esse livro estava dividido em 5 (cinco) títulos, assim estruturados: (i) Título I, *disposições gerais*; (ii) Título II, *da execução das penas em espécies*, subdividido no capítulo I, *das penas privativas de liberdade*, capítulo II, *das penas pecuniárias* e capítulo II *das penas acessórias*; (iii) Título III, *dos incidentes da execução*, subdividido no capítulo I, *da suspensão condicional da pena* e capítulo II *do livramento condicional*; Título IV, *da graça, do indulto, da anistia e da reabilitação*, subdividido no capítulo I *da graça, do indulto e da anistia* e capítulo II, *da reabilitação*; e Título V, *da execução das medidas de segurança*.

A inserção de disposições normativas sobre a execução, no afã de processualizar essa fase processual, que seria a grande inovação em relação ao direito anterior, não mereceu uma linha sequer na exposição de motivos escrita por Francisco Campos. Mas, diante do cariz punitivista do CPP não era de se esperar que na fase da execução prevalecesse o cunho garantista, até porque, se a gênese da nova legislação era tornar eficiente a punição, não seria na fase da execução da pena que a alça de mira seria desviada para focar na recuperação ou ressocialização. De fato, o infrator, tratado desde a investigação como mera prova, não iria ser na execução da pena, quando ele já considerado culpado, que seria tratado como sujeito de direitos<sup>560</sup>.

As disposições gerais, mais precisamente no art. 668, caput e parágrafo único, do CPP, serviram para definir como competente para a dirigir a execução o juiz especialmente designado para essa atividade jurisdicional ou, onde não houvesse essa

---

<sup>560</sup> Cf. item 5.4.2, supra.

designação, ao juiz da sentença, no caso de decisão do tribunal do júri, ao seu presidente e, quando se tratasse de processo da competência originária de tribunal, ao respectivo presidente (LYRA 1944, p. 40). Definiu, ainda, a incidência do seu regramento aos presos provisórios (art. 669, incisos I e II, do CPP).

Todavia, no art. 671, o Código de Processo penal circunscreveu a atividade jurisdicional à resolução dos incidentes à execução, que se resumiam às questões relacionadas à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional. A graça, o indulto e a anistia, na disciplina do CPP, eram matérias extrajudiciais, cabendo ao juiz, apenas, se fosse o caso, declarar a extinção da pena (art. 742 do CPP). Em outro passo, a reabilitação, embora tratada no código no livro referente à execução, não se tratava de matéria referente à fase executória, pois, assim como hoje, pressupõe o término do cumprimento da pena imposta, ademais de ter sido definido que a petição sobre o tema deveria ser direcionada para o juiz da condenação (art. 743 do CPP).

Roberto Lyra, um dos integrantes da comissão que elaborou o projeto do CPP de 1941<sup>561</sup>, em alentado estudo, procurou enaltecer essa parte do código, afirmando que, dessa maneira, foi estabelecida a *relação jurídica executiva*, afastando a ideia de que o cumprimento da pena fixada na sentença se tratasse de uma mera atividade administrativa. Para ele, a nova codificação estava em sintonia com o Estado de direito, substituto do Estado de polícia, consolidando “o chamado direito subjetivo do sentenciado, estendendo-se o princípio da legalidade, também à fase executiva da pena” (LYRA 1944, p. 42). Porém, sem embargo do esforço doutrinário de Lyra, a regulamentação à execução penal empregada no CPP se prestou mais para disciplinar procedimentos, não para estabelecer uma efetiva relação processual, ou melhor, o efetivo devido processo legal da execução penal. A legislação foi omissa, até mesmo, em esclarecer qual seria a finalidade da aplicação da pena. Não houve a preocupação, sequer, de especificar os direitos dos internos, não atingidos pela pena fixada na sentença, nem muito menos tratou do direito às assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social e mesmo religiosa, indispensáveis para quem se encontra em um regime totalitário, inerente a qualquer estabelecimento penal (THOMPSON 1991, p. 22).

---

<sup>561</sup> Cf. item 5.4, *supra*.

Para todos os efeitos, a atuação ou intervenção judicial na execução penal, assim como delimitado no art. 671 do CPP, ficou restrita aos incidentes pertinentes à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional. Forte nessa prescrição normativa, Eduardo Espínola (1980, p. 319-320) salientou que “não se justifica a interferência da autoridade judiciária em fatos da economia interna dos presídios, pois só à direção destes é imprescindível uma unidade de orientação, que seria sacrificada, se se tolerasse a ação, nunca uniforme, de várias autoridades...” O próprio Roberto Lyra (1944, p. 93) reconheceu que é propriamente no incidente de execução penal que, nos termos do art. 671, se desenvolve “a relação jurídica executiva penal promovida pelo Ministério Público ou pelo sujeito passivo durante a execução de sentença transida em julgado”. Na prática, realmente, o juiz e o Judiciário ficaram equidistantes da execução, atuando apenas pontualmente, quando dos incidentes à execução, restritos à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional.

A Carta Política de 1946, embalada pelo movimento democrático e humanístico do pós-Segunda Guerra Mundial e afinada com as diretrizes internacionais, restabeleceu a competência da União para legislar sobre *normas gerais de regime penitenciário* (art. 5º, XV, letra “b”). Na esteira dessa previsão constitucional, o legislador trouxe a lume a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957<sup>562</sup>, preceituando normas gerais do regime penitenciário, contemplando um vasto catálogo de direitos mínimos dos presos, o que representou uma mudança normativa de significativa relevância, conquanto ainda muito incipiente em relação ao diploma legal que lhe sucedeu, a Lei nº 7.210, de 1984. A Constituição Militar de 1967, a despeito de seu caráter ditatorial, manteve a previsão da competência da União para elaborar normas gerais sobre o regime penitenciário (art. 8º, XVII, alínea c, parte final).

Nesse ínterim, em razão do que discutido no IV Congresso da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, realizado em Kioto, no ano de 1970, a Assembleia Geral, por meio da Resolução nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971, recomendou aos Estados-membros a incorporação

---

<sup>562</sup> A lei em referência seguiu o padrão das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, aprovadas em 1934 ainda pela Liga das Nações Unidas, e ratificadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente, que teve lugar em Genebra, no ano de 1954.

no âmbito interno das *regras mínimas dos presos* na execução penal. O compromisso com a ordem internacional instigou a Câmara dos Deputados a instaurar, em 1975, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), destinada a apurar as alarmantes notícias sobre as péssimas condições dos estabelecimentos penitenciários no Brasil. O conteúdo do relatório apresentado no final dos trabalhos da comissão revelou um cenário de caos nos cárceres. No ponto que aqui interessa, o relator, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ao fazer o histórico sobre os trabalhos desenvolvidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, instaurada em 1975 pela Câmara dos Deputados para apurar as graves violações aos direitos humanos nos ambientes carcerários, alertou que um dos fatores para os horrores do sistema penitenciário brasileiro era a circunstância de a execução da pena ser realizada sem o *controle judicial*, pelo que “a proteção dos direitos do recluso, não alcançados pela sentença condenatória, está a exigir a elaboração de lei ordinária de força dogmática e eficácia jurisdicional” (1980, p. 11).

Como se vê, a omissão da jurisdicionalização da execução penal pelo CPP de 1941 justificou a edição da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, mais conhecida como Lei de Execução Penal ou, simplesmente, LEP. Já na qualidade de Ministro da Justiça, ao redigir a exposição de motivo da LEP, Ibrahim Abi-Ackel fez colocações que, pelo valor histórico, merecem reprodução, *ipsis litteris* (BRASIL. Exposição de motivos 1983):

8. O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação Direito Penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como Direito Penal Executivo por Roberto Lyra ("As execuções penais do Brasil", Rio de Janeiro, 1963, pág. 13) e Direito Executivo Penal por Ítalo Luder ("El principio de legalidad en la ejecucion de la pena", in Revista del Centro de Estudios Criminológicos, Mendoza, 1968, págs. 29 e seguintes).

9. Em nosso entendimento pode-se denominar esse ramo Direito de Execução Penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (cf. Cuello Calón, "Derecho Penal", Barcelona, 1971, vol. II, tomo I, pág. 773; Jorge de Figueiredo Dias, "Direito Processual Penal", Coimbra, 1974, pág. 37).

10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal (Os grifos constam do original).

A LEP promoveu a *jurisdicionalização* da execução penal, atribuindo ao juiz o dever de exercer o *controle de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade* dos atos de execução praticados pelos policiais penais e pelo corpo diretivo da administração penitenciária, ademais de estabelecer a *reserva de jurisdição* quanto a certo temas, que só podem ser decididos com o crivo do Judiciário, a exemplo da progressão de regime e da inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 49). Isso sem prejuízo de realçar os direitos dos presos e prescrever, na qualidade de dever do Estado, prestar as assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

O *processo de jurisdicionalização* da execução penal, promovido pela LEP, submeteu o cumprimento da pena ao controle de legalidade, mediante a obrigação de observação do princípio do *devido processo legal* (CARVALHO 2008, p. 63), competindo ao juiz, por meio dos incidentes, preservar os direitos dos internos, assim como aplicar sanções mais graves, como a inclusão do interno no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e da transferência para presídio federal. Aliás, toda e qualquer questão afeta ao cumprimento da pena pode ser questionada pelo interno por meio do incidente à execução penal, tendo o legislador o cuidado de esclarecer que “O procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução” (art.194 da Lei nº 7.210, de 1984). Ou seja, a fim de dirimir eventuais dúvidas, a lei foi peremptória em dizer que a atuação do juiz se dá por meio do exercício de atividade jurisdicional típica.

De toda sorte, essa jurisdicionalização, conquanto tenha representado significativo avanço em relação ao modelo anterior da execução administrativa (S. d. CARVALHO 2001, p. 187), não se prestou para debelar a crise penitenciária. As imagens, ao vivo e a cores, repetidas à exaustão pelas redes sociais, de massacres como os ocorridos nos presídios do Carandiru, em São Paulo (1991), de Pedrinhas, no Maranhão (2010 e 2013), de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte (2017), e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no Amazonas (2017 e 2019), continuam muito vivas na memória da sociedade brasileira. A situação alcançou estágio tão crítico, que o Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/DF 2015), em 9 de setembro de 2015, deferiu liminar, declarando o *estado de coisas inconstitucional* do Sistema Penitenciário Nacional, devido ao diagnóstico de “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas...”, sendo urgente a adoção de medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Diante da inaceitável e crônica superlotação carcerária, das precárias instalações dos estabelecimentos penais e dos maus tratos, aliados ao descompromisso quanto à prestação das assistências asseguradas em lei como direitos mínimos para o tratamento humano dos internos, a impressão gerada é de que as unidades prisionais não passam de meros depósitos de pessoas, verdadeiras masmorras medievais.

As causas para esse *estado de coisas inconstitucional*, não há de se negar, decorrem de diversos fatores, dentre elas da superlotação carcerária, fruto da cultura da prisão<sup>563</sup>. Mas a responsabilidade do Judiciário não se exaure com a circunstância de abrir a porta dos cárceres para colocar as pessoas, sem melhor critério, a ponto de os números revelarem que se prende muito e muito mal<sup>564</sup>. Para além disso, há visão distorcida do Judiciário, que não enxerga a Lei de Execução Penal como um plexo de normas de direito administrativo/penitenciário e processual penal. As palavras de Ibrahim Abi-Ackel ficaram no vazio, pois não se construiu em nosso meio um Direito de Execução Penal. Isso contribui para a tensão entre o que é jurisdicional ou

---

<sup>563</sup> O rompimento com essa cultura da prisão é o mais difícil. Adverte Salo de Carvalho (2010, P. 167) que, “no âmbito das agências punitivas não basta a publicação de leis que garantam direitos ampliando os espaços de liberdade, como ocorreu no Brasil com o aumento das possibilidades de aplicação de penas alternativas (Lei 9.714/98) e a criação de alternativas ao processo penal (Lei 9.099/95). A centralidade do carcerário, como visto, provocou o aumento da rede de controle não prisional sem diminuir os níveis de encarceramento”.

<sup>564</sup> Cf. item 1.1, supra.



administrativo, polêmica similar à discussão se determinado modelo é garantista ou antigarantista, acusatório ou inquisitório, fazendo com que o Judiciário seja permissivo, sem se adequar ao modelo garantista instaurado com a Constituição de 1988, a fim de exercer o efetivo controle dos atos administrativos/penitenciário, no sentido de efetivar o respeito aos direitos fundamentais, sem aceitar as omissões e desinteresse das administrações carcerárias em resolver os problemas crônicos (CASTILHO 1988, p. 114) que são do conhecimento de todos, seja em razão de iniciativas como os *mutirões carcerárias* promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seja devido à ampla divulgação de notícias pelos mais diversos meios de comunicação.

Sem falar que o legislador foi sobremaneira descuidado ao tratar do incidente à execução, a forma de intervenção jurisdicional na execução. Como chama a atenção Salo de Carvalho (2001, p. 189), a LEP possui 204 (duzentos e quatro) artigos, porém, apenas 4 (quatro) deles foram destinados para regular o procedimento judicial pertinente aos incidentes, não cuidando de temas importantes, a exemplo da garantia do *efetivo direito de defesa*. Aliás, da forma como redigida a norma estampada no art. 196, caput, da LEP, independentemente da questão submetida à apreciação do juiz, o interno deveria ser ouvido, sempre, antes do Ministério Público, ainda que a iniciativa tenha partido deste, o que é um contrassenso e revela que foi concebida uma sistemática processual que não tem como premissa a existência de partes, recebendo o Ministério Público tratamento privilegiado, como se uma espécie de *juiz de pé* fosse.



## **6. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição de 1937, no sentido de validade formal, teve vigência curta – pouco mais de 9 (nove) anos. Encerrada a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com a derrocada do nazismo e do fascismo, assim como se verificou na Alemanha e na Itália, houve a necessidade da elaboração de nova Constituição, compromissada com o renascimento do movimento humanístico. De fato, o fim da Segunda Guerra Mundial foi decisivo para a derrocada do Estado Novo de Vargas, pois era uma flagrante contradição que o Brasil, embora inicialmente tivesse adotado uma posição inclinada às potências do Eixo, permanecesse sendo regido por uma Constituição de inspiração fascista, depois de ter entrado em guerra com as tropas aliadas para combater nos campos de batalha regimes totalitaristas (SOUZA NETO e SARMENTO 2012, p. 285).

Antecipando-se à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), foi promulgada a Constituição de 1946, em 18 de setembro do referido ano. A Carta de 1946 restaurou a tradição constitucional brasileira de declarar, de forma exaustiva, os direitos fundamentais. Exibindo a sua face liberal-democrática, talhou minuciosamente a declaração de direitos nos 38 (trinta e oito) parágrafos do art. 141, agregando, ainda, no art. 144, a clássica cláusula aberta quanto ao reconhecimento de “outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Merecem menção os princípios de que (i) “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 141, § 2º); (ii) “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 141, § 3º); (iii) “É inviolável o sigilo da correspondência” (art. 141, § 6º); (iv) “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, ... nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer” (art. 141, §15); (v) “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei” (art. 141, § 20); (vi) “Ninguém será levado à prisão ou nela

detido se prestar fiança permitida em lei” (art. 141, § 21); (vii) “A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previsto em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora” (art. 141, § 22); (viii) “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, ... a nota de culpa... será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória” (art. 141, § 25); (ix) “É mantida a instituição do júri, ... contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos...”, com competência obrigatória para “o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (art. 141, § 28); (x) “A lei penal... só retroagirá quando beneficiar o réu” (art. 141, § 29, segunda parte); (xi) “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente” (art. 141, § 30); (xii) “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo” (art. 141, § 31, primeira parte); e (xiii) “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados” (art. 141, § 35). A nota de destaque foi a volta da proibição da pena de morte, que havia sido reintroduzida em nosso sistema com a Constituição de 1937, para os crimes definidos como de motivação política.

A Constituição de 1946, embalada pela segundo onda constitucional, cuja primeira havia sido experimentada na segunda metade do século XVIII com o movimento iluminista, era democrática e liberal demais para a cultura social, política e jurídica conservadora e autoritária da elite brasileira, identificada como *liberal conservadora*<sup>565</sup>. Assim, ademais de ter vida curta para uma Constituição, apenas pouco mais de 20 (vinte) anos, não conseguiu desconstruir o ranço autoritário da legislação penal originada das Ordenações Filipinas e incrementada pelo CPP, editado em concordância com a Carta ditatorial e policialesca de 1937<sup>566</sup>. A Norma Ápice de 1946 não resistiu ao golpe militar de 1964, pois perdeu a sua *autoridade* com o Ato Institucional nº 1º de 9 de abril de 1964 – originariamente, não foi numerado –, tratando-se de uma espécie de Constituição, uma *Carta troica*, imposta por um triunvirato militar,

---

<sup>565</sup> Cf. item 5, supra.

<sup>566</sup> Além do rol dos direitos fundamentais, a Carta de 1946 manteve o concurso organizado pelo Tribunal de Justiça como forma de ingresso na magistratura de primeiro grau, ressaltando o certamente seria de *provas*, contando com a participação da Ordem dos Advogados.

conferindo “poderes ao governo para alterar as leis, a Constituição, cassar mandatos, suspender direitos políticos de cidadãos e aposentar, compulsoriamente, qualquer pessoa que não estivesse alinhada com o regime” (ALMEIDA NETO 2022, p. 124)<sup>567</sup>. A Constituição de 1946, desde a sua edição, não passou de uma *Carta de boas intenções*, um instrumento hábil apenas para satisfazer a ordem externa, até ser formalmente substituída por outra Lei Fundamental, isto é, teve vigência meramente simbólica.

A Constituição de 1967, que a substituiu, foi editada com a missão de revestir de legalidade o golpe militar de 1964 e servir de lastro ao regime de força implantado<sup>568</sup>. Foi a Constituição mais simbólica de nossa história constitucional, isso se tomado como ponto de observação para essa afirmação o entendimento de que “A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz” (NEVES 2011, p. 51). Porém, como adverte Marcelo Neves, se tomado como parâmetro o Estado constitucional, arquitetado em torno dos direitos fundamentais e na limitação do poder estatal, observado que esses princípios basilares não são cumpridos, tem-se que, em verdade, na esteira do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sem embargo de sua *faceta* simbólica, a Constituição de 1967 não se tratou efetivamente de uma Constituição, senão de *instrumento* manipulado pelos *donos do poder*, pelo que se cuida, mais propriamente, de *Constituição instrumentalista* (2011, p. 61-62 e 177). De fato, a Constituição de 1967, além de conter uma declaração de direitos de fachada, serviu de instrumento para a legitimação de um golpe militar<sup>569</sup> e o exercício do poder ilimitado por meio de atos institucionais, que valiam mais do que a própria Carta. A guisa de respaldo a essa afirmação, basta ter presente que a Constituição de 1967, em sua redação originária, dentre os direitos fundamentais, vedava a pena de morte e a prisão perpétua, salvo quanto a crime tipificado na legislação militar e desde que em período de guerra

---

<sup>567</sup> Manuel Carlos de Almeida Neto (2022, p. 123) diz que o Ato Institucional nº 1º de 9 de abril de 1964 foi redigido pelo jurista Carlos Medeiros Silva, que havia sido o *datilógrafo* de Francisco Campos, na elaboração da Carta de 1937.

<sup>568</sup> A Constituição de 1967 também deixou expresso que a seleção dos juizes de primeiro grau seria por meio de concurso, acrescentando que seria constituído de *provas e títulos* e que a lei poderia exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura. Essa previsão era tanto para os juizes federais, que haviam sido recriados (art. 118, caput), quanto para os juizes de direito (art. 136, I).

<sup>569</sup> O art. 173, I, da Constituição de 1967, aprovou e excluiu da apreciação do judiciário todos os atos praticados pelo *Comando Supremo da Revolução* de 31 de março de 1964, os Atos Institucionais de nº 1, 2, 3 e 4, que tiveram prevalência em relação à Constituição de 1946, no período de 9 de abril de 1964 a 6 de dezembro até a sua revogação formal.

externa (art. 150, § 11). Mas o Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, atribuiu nova redação ao dispositivo em causa, para permitir tanto a pena de morte quanto à prisão perpétua, “nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar”. Mas como é possível um Ato Institucional alterar uma Constituição, ainda mais para suprimir um direito fundamental? Sim, é possível, em um regime ditatorial e quando a Constituição, para além de simbólica, é instrumentalista.

Segundo destaca Bonavides (1993, p. 145), depois do primeiro ato institucional, o governo militar institucionalizou esse instrumento como forma de usurpar o poder constituinte e que o segundo golpe militar, em verdade, ocorreu com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que, ao fim e ao cabo, subordinou o texto constitucional aos seus ditames, passando nessa vereda aberta mais 12 (doze) Atos Institucionais, “até culminar com o terceiro golpe de Estado, desferido a 31 de agosto de 1969, quando um triunvirato militar tomou o poder, negando a posse legítima e constitucional do Vice-Presidente da República”<sup>570</sup>. Ademais, a nova redação do § 11 do art. 150 da Constituição de 1967, abriu a porta para que o Decreto-Lei nº 898, de 1969, ao definir os crimes contra a segurança nacional, preceituasse a prisão perpétua como pena mínima e a pena de morte como pena máxima para vários tipos penais<sup>571</sup>. Não é preciso dizer mais nada em relação aos direitos fundamentais na Carta de 1967, que não passavam de meras declarações, esvaziados de *eficácia normativa* e manipulados pelo regime de força.

A tragédia institucional era tão intensa que o *triumvirato militar* empossado ousou, por meio da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969<sup>572</sup>, editar novo texto da Constituição, empurrando ainda mais os direitos fundamentais para a rabeira da Carta, transferindo a declaração dessa classe de direitos para o art. 153. Como se não bastasse, incluiu o famigerado art. 154, como uma espécie de *espada de Dâmocles*, para dizer que, mesmo sem a declaração de estado de exceção, o abuso de

---

<sup>570</sup> Para Bonavides (1993, p. 145), a Constituição de 1967 foi “a mais efêmera das nossas Constituições”, pois passou a ser subordinada ao AI-5.

<sup>571</sup> A pena de morte só voltou a ser abolida em nosso meio com a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que alterou o § 11 do art. 153, que, com pequena modificação redacional, restaurou o texto originário da Constituição de 1967.

<sup>572</sup> Em verdade, foi outorgada uma nova Constituição.

direito individual ou político, no desiderato de subverter o regime democrático ou de *corrupção*, implicaria na suspensão das garantias constitucionais e políticas, durante 2 (dois) a 10 (dez) anos, determinada pelo Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador Geral da República. Quem assim enquadrado passava a viver como um *pária*, um *inimigo* formal do regime, *sem direito aos direitos fundamentais*, enfim, sem dignidade humana.

A ditadura militar só perdeu força no final dos anos 1970, encurralada pelo movimento de (re)democratização do país (GASPARI 2017). Mas o marco regulatório da redemocratização é a Constituição de 1988. A nova ordem instaurada representou uma *virada copérmica* (STRECK 2002), fazendo chegar ao Brasil, enfim, a *segunda onda* constitucional, já sedimentada no ambiente internacional. Em verdade, logo após a Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades praticadas contra a humanidade, o positivismo normativo foi colocado no banco dos réus, mediante a renovação do humanismo sob a formatação de outro modelo de Estado. O paradigma do Estado constitucional, em que os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios nas constituições e em diplomas internacionais, representam a espinha dorsal do sistema jurídico, exercendo força normativa, pois a Constituição não é apenas *ser*, mas também um *dever ser* (HESSE 1991, 15)<sup>573</sup>. Representa o pós-positivismo, em que a legalidade não se contenta com o aspecto formal, a fim de alcançar a nuance substancial, suporte do resgate do *jusnaturalismo* como escudo contra a barbárie praticada no período que permeou os dois grandes conflitos mundiais (SOUZA NETO e SARMENTO 2012, p. 472).

Esse é o segundo movimento constitucionalista ou *neoconstitucionalismo*, que forja o aparecimento do *Estado constitucional*, assim identificado o modelo de organização estatal que se pauta pela proteção dos direitos fundamentais, os quais passam a ocupar posição hegemônica em relação a todo o ordenamento jurídico, subjugando aos seus ditames a validade das regras jurídicas.

---

<sup>573</sup> Hesse (1991, p. 15) explica que a eficácia da norma constitucional não pode ser confundida nem subordinada às condições sócio-políticas e econômicas, não sendo adequada a concepção de uma *Constituição jurídica* distinta da *Constituição real*, pois, em verdade, embora uma condicione a outra, existe elas uma relação de coordenação, mas não de *dependência*.

Nessas pegadas, Luigi Ferrajoli (2003, p.) salienta que o primeiro movimento constitucionalista se deu com o surgimento do Estado moderno, subordinado ao império da lei, enquanto o novo paradigma, não menos radical, do pós-guerra, se caracteriza por uma legalidade embasada em Constituições rígidas, com hierarquia que se traduz na validação, ou, não das leis infraconstitucionais. A referência central do novo constitucionalismo é a Lei Fundamental alemã de 1949, em resposta à crise do *positivismo jurídico* com o final do segundo conflito mundial. Barroso (2006, p. 45) agrega que “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”, países que até então estavam contaminados, respectivamente, pelo nazismo e pelo fascismo, ditando a *reconstitucionalização* da Europa ao longo dos anos 1960 e 1970, ou melhor, o resgate do jusnaturalismo em novo paradigma jusfilosófico, chamado de *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*.

Entretanto, assim como pontuado por Barroso (2006, p. 49), o *neoconstitucionalismo* tardou a ser incorporado em nosso ambiente jurídico, até porque, se com a Constituição de 1946 era possível que ele vicejasse, qualquer pretensão nesse sentido foi soterrada, mercê do golpe de 1964 e da Constituição outorgada de 1967, sem embargo da dificuldade natural de implantação desse modelo diante da nossa cultura conservadora e autoritária. Por isso, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, ao contrário dos países europeus e dos Estados Unidos, o Brasil persistiu sob o pálio do Estado de direito, paradigma sob o qual os preceitos constitucionais eram materializados pela legislação infraconstitucional<sup>574</sup>. Imperava a ideologia *positivista-normativa*, segundo a qual o alcance dos princípios e normas constitucionais era alvitado pelas normas ordinárias, de maneira que a eficácia do conteúdo principiológico daquelas somente se fazia sentir nos *vazios* infraconstitucionais, vale dizer, a força normativa da Constituição se restringia ao exercício de uma *função de complementaridade* do sistema jurídico. Ou seja, permanecemos regidos sob a primeira versão de constitucionalismo inspirada na matriz francesa, em que a Constituição era considerada uma carta de intenções enviada ao Legislativo, cabendo ao parlamento realizar a missão de

---

<sup>574</sup> Ferrajoli (2000, p. 35) observa que Estado de direito não é apenas Estado legal ou regulado por leis, significa um modelo de organização em que o agir estatal é regido pela legalidade e pela publicidade, sob o duplo controle, o jurisdicional, realizado por juízes independente, e político, da alçada dos parlamentares.



concretizá-la, ou não, por meios das leis e, especialmente, dos códigos (SOUZA NETO e SARMENTO 2012, 176).

Efetivamente, e de maneira consistente, “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis” (BARROSO 2006, p. 49). Pouco a pouco foi sendo sedimentada a ideia de que os princípios constitucionais não se prestam a colmatar as lacunas do sistema normativo infraconstitucional, mas para estruturar, estabelecer diretrizes para a interpretação das regras jurídicas e conferir, ou não, validade a estas. Sumariando com rigor a distinção entre o Estado de direito e o Estado constitucional, gerado pelo movimento transformador da segunda metade dos anos 1940, evidencia Ferrajoli (2003, p. 18) que, no primeiro, o império da lei, com consequente validade, se contentava com a forma de produção das regras jurídicas, enquanto, no segundo, antes de tudo, “*las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos com los principios Constitucionales*”, de modo que uma norma formalmente produzida e, por conseguinte, válida e vigente, “*sea substancialmente inválida por el contraste de su significado com normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales*” (FERRAJOLI 2003, p. 18). Isso porque,

en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativo sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciência jurídica tiene el deber de constatar pra que sean eliminadas o corregidas.

Alexy (2003, p. 31-36), em exame do fenômeno neoconstitucionalista incorporado na Constituição alemã de 1946, prefere utilizar a nomenclatura *Estado democrático-constitucional*, assim qualificando o Estado ambientado sob os valores democráticos, focados na proteção dos direitos fundamentais, com 4 (quatro) características basilares: (a) são as normas de maior grau no sistema, de modo que as demais lhe devem conformação; (b) possuem a máxima força jurídica, no sentido de que vinculam não apenas o Executivo e o Judiciário, mas igualmente o Legislativo, o que implica dizer “que cada juez debe tener en cuenta em cada decisión los derechos fundamentales”; (c) têm como objeto bens jurídicos da mais

alta importância para o grupo social, não só do ponto de vista individual como coletivo; e (d) alto grau de indeterminação, o que exige acurado trabalho interpretativo, pois o seu conteúdo somente é possível de ser identificado caso se some ao enunciado normativo a jurisprudência consolidada sobre os mais diversos aspectos pertinentes a sua abordagem.

A esse respeito, inspirada nas constituições europeias, a Constituição de 1988 proclama que a República Federativa do Brasil tem o formato de Estado democrático de direito que não se trata apenas de uma reunião formal dos elementos constitutivos dos Estados de direito e democráticos. Mais do que isso, *Estado democrático de direito* exprime um conceito novo, correspondente ao clássico Estado de direito, porém, visto sob o prisma constitucional, com a consequente eleição das cláusulas constitucionais na qualidade de normas efetivas e de orientação para a interpretação de todo o sistema jurídico, aliado à ideia democrática. Em outras palavras, é “um Estado orientado pelos preceitos constitucionais” (J. A. SILVA 1991, p. 99), daí por que é mais próprio denominar *Estado democrático de direito constitucional* ou mesmo, de forma mais concisa, *Estado democrático constitucional* (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 181).

Nessa nova configuração, conquanto esses direitos sejam anunciados sob a forma de princípios, nem por isso eles deixam de possuir força normativa, pelo contrário, são considerados normas de grau mais elevado do que aquelas que compõem o *direito infraconstitucional*. A fim de ressaltar a mudança de paradigma, os direitos fundamentais, que até então eram posicionados na rabeira das Constituições brasileiras, foram catalogados logo no início do texto constitucional, mais precisamente nos incisos do art. 5º. Destacam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 398) que, enquanto as Constituições anteriores sempre iniciaram expondo a estrutura do Estado para só depois cuidar dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 inverteu a equação para, primeiramente, consagrar os direitos e garantias fundamentais, inversão topológica que não foi gratuita, uma vez que “indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas”. Ainda assim, do art. 1º ao 4º foram preceituados os *valores* que devem nortear a compreensão dessa classe de direitos. Nesses dispositivos estão plasmados os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, valores que formatam o arcabouço jurídico dentro do qual devem ser concebidos os direitos fundamentais.

Os arts. 1º a 4º se prestam para definir qual é o sistema jurídico (o democrático), e quais são os seus respectivos valores (fundamentos e objetivos), estrutura dentro da qual os direitos fundamentais devem ser contextualizados. Nesse arcabouço delineado nos primeiros artigos da Constituição, os direitos fundamentais foram alçados à categoria de espinha dorsal do sistema jurídico, a partir do reconhecimento de que possuem não apenas força normativa como hierarquia superior às demais normas jurídicas. Deixaram a função subalterna de colmatação das *lacunas* das regras jurídicas para desempenhar *função hegemônica, estruturante e interpretativa* de todo o sistema normativo, servindo para dar concretude à dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição, como um dos princípios fundamentais.

A dignidade humana possui um *valor específico*, por mais difícil que seja a filosofia identificá-lo, inerente à própria condição humana, independentemente de quem seja a pessoa ou das condutas que tenha praticado, por mais hediondo que tenha sido o delito, mesmo após ser considerado culpado, impedindo as penas bárbaras. Em verdade, assim como pontua Rabenhorst (2001, p. 44-45), a dignidade humana constitui o fundamento da moralidade democrática, e mesmo os párias, patifes e criminosos merecem ser tratados com respeito, pois o máximo que o Estado pode fazer é puni-los de acordo com as regras, nos limites pretraçados pelos direitos fundamentais. Sob outro enfoque, a dignidade da pessoa humana é o *limite dos limites* dos direitos fundamentais, ou seja, ele é o mínimo existencial, pelo que impõe a efetividade dessa classe de direitos, pelo menos na sua porção mínima, tendo por sentido o seu *antropocentrismo*, pois emana do *ser indivíduo*, e não do *dever ser normativo* (GURGEL 2018, p. 91).

Como se verá mais adiante, a Carta Política de 1988 manteve a tradição verificada no âmbito do direito comparado de conferir atenção especial aos direitos fundamentais como forma de assegurar o tratamento do acusado tendo em conta a sua dignidade humana, mediante o *regramento* do exercício da persecução criminal estatal do Estado. E, nesse passo, ciente de nosso passado, o constituinte foi cioso. A Constituição vigente encartou o rol mais extenso dessa classe de direitos. São nada mais nada menos do que 79 (setenta e nove) incisos, nos quais estão catalogados os direitos fundamentais, sendo que, em alguns incisos, há mais de um direito fundamental

declarado<sup>580</sup>. Merece consideração, ainda, que exame mais atento revela que, da mesma forma como as Constituições brasileiras anteriores e mesmo as de países como Alemanha, França, Espanha, Itália, Portugal e dos Estados Unidos, o maior número dos direitos fundamentais declarados em forma de princípios na Constituição de 1988 expressam garantias processuais penais.

Além da manutenção das garantias na seara criminal que já constavam das Constituições anteriores, foram acrescentadas outras que nunca tinham sido proclamadas com *status* constitucional, tais como, os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do direito ao silêncio, da inviolabilidade da intimidade em geral, da publicidade dos atos processuais e, como sanção à violação das garantias estampadas no texto, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Depois, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, veio a garantia da duração razoável do processo. Dos 79 (setenta e nove) incisos, 41 (quarenta e um) deles são pertinentes ao direito criminal<sup>581</sup>, apenas 5 (cinco) são estritamente de direito penal (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII), enquanto 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de direito processual penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVII, LIX, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV)<sup>582</sup>.

O conjunto desse extenso catálogo de direitos fundamentais inerentes ao sistema processual criminal, diante da força normativa e da posição hegemônica emprestada pela Constituição de 1988, exige que se faça uma releitura do Código de Processo Penal. O certo é entender que, diante da força normativa dos direitos fundamentais, o CPP de 1941 foi reescrito em 1988, com a edição da Constituição em vigor. Todos os seus dispositivos, elaborados sob o contexto de uma Constituição ditatorial que flertava com o fascismo, precisam passar pelo *teste de validade* frente aos preceitos normativos da Constituição de 1988, notadamente os que expressam os direitos fundamentais.

---

<sup>580</sup> Por exemplo, no inciso X, além da intimidade em geral, ainda consta a garantia da *vida privada* e da *imagem* das pessoas, ao passo que o LXIII, além de assegurar o direito ao silêncio, garante que, no âmbito do processo penal, a assistência jurídica será prestada, independentemente de o acusado ter condições financeiras para contratar advogado.

<sup>581</sup> Isto é, referentes ao Direito Penal e/ou ao Processual Penal.

<sup>582</sup> Exclusivamente de processo civil são apenas 7 (sete), mais precisamente os incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV do art. 5º da Constituição.

Mas, ainda se nota um certo *fetichismo autoritário e conservador* de se procurar adaptar a Constituição às leis ordinárias – no caso, a Constituição ao CPP –, sem enxergar que a força normativa dos preceitos postados na Norma Fundamental impõe o *filtro constitucional* na interpretação da legislação subconstitucional. Identificando essa visão deturpada, Lenio Streck (2002, p. 30) reclama porque “Há um fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho...”. Essa alteração de postura é especialmente cara em relação ao Código de Processo Penal que, para além de ter sido arquitetado sob o pálio da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional e de cariz ditatorial, durante a maior parte do tempo de sua vigência e a conseqüente construção doutrinária e jurisprudencial a seu respeito, os direitos fundamentais estruturantes do ordenamento jurídico vazados nos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal não eram sequer previstos. Isso sem falar que, conforme visto, sob o pálio da Carta de 1937, não era assegurada nem mesmo a ampla defesa, inexistindo preceito específico a respeito<sup>583</sup>.

O *valor-mor* é de que o novo sistema jurídico arquitetado pela Constituição de 1988 é o democrático constitucional, pois, tal como asseverado no art. 1º, o Brasil é um Estado democrático de direito. Assim, o sistema jurídico em si deve ser o *democrático constitucional*, o que implica dizer que o processo criminal, a partir de então, passou a ser o democrático, consubstanciado, em sua essência, pelos seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V e parágrafo único) e objetivos (art. 3º, incisos I a IV) explicitados na Constituição, que servem de valores na exegese a ser conferida às demais normas contidas em seu texto. É de mister, assim, a desconstrução do perfil ditatorial e policialesco do CPP, editado sob inspiração da ideologia fascista, embutida na Carta de 1937.

De primeiro, a reconstrução do CPP há de ser realizada mediante a sua releitura, tendo como premissa a função *hegemônica, estruturante e interpretativa* dos direitos fundamentais. Em outras palavras, há de se entender que o CPP de 1941, sob a batuta da força normativa da Lei Fundamental de 1988, é outro diametralmente oposto ao que sobreviveu mesmo após revogação da Constituição de 1937. O reconhecimento da força

---

<sup>583</sup> Cf. itens 5 e 5.4.5, *supra*.

normativa dos direitos fundamentais encartados na Carta de 1988 tem o condão de reescrever o Código de Processo Penal vigente.

Todavia, há uma crítica à Constituição de 1988, que é quanto à parte que tratou do Judiciário. A Constituição de 1988 tratou do critério geral para o ingresso na magistratura de primeira instância, confirmando que seria por via de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, deixando expresso que as nomeações deveriam obedecer à ordem de classificação, ressaltando, ainda, que podem ser previstos cursos oficiais de preparação de magistrados como requisito para a seleção de juízes. Porém, infelizmente, não mexeu na estrutura política do Poder Judiciário, especialmente quanto ao mecanismo de recrutamento para os tribunais e a forma *autocrática* de sua gestão. Conquanto independente no recrutamento, a judicatura de primeira instância é controlada administrativa e financeiramente pelo respectivo tribunal ao qual vinculado. A estrutura organizacional do Judiciário brasileiro revela tratar-se de uma instituição hermética, vertical, hierarquizada e escalonada em carreira, com administração autocrática. Os membros dos tribunais se autoelegem para os órgãos diretivos dos tribunais, sem que os juízes inferiores, os administrados, tenham direito a voz ou voto no processo de escolha. Há de se concordar com Dalmo Dallari (1996, p. 147), quando afirma que não pode ser considerada democrática uma instituição “cujos dirigentes, pelo modo como são escolhidos e por seu relacionamento com os níveis inferiores da hierarquia administrativa, comportam-se como aristocratas privilegiados”.

Assim, não há democracia interna no Judiciário brasileiro, cuidando-se de órgão com perfil *técnico-burocrático*, dessa forma tipificado por Zaffaroni, sob a justificativa, dentre outras, de que a governança interna não é *horizontal* (1995, p. 125). Esse estado de coisas faz com que a *independência funcional* mediante o recrutamento inicial por meio de concurso de provas e títulos seja comprometida pelo modelo de progressão funcional com a adoção do critério de merecimento, por estimular o juiz *carreirista* a se preocupar mais em agradar aos seus *superiores* do que com a *justiça* de suas decisões, quando a sua atenção central, notadamente na área criminal, tem de ser com a pauta de valores exalada da dignidade da pessoa humana, concretizada com o respeito aos

direitos fundamentais<sup>584</sup>. Esse controle interno da independência vulnera a proteção dos direitos fundamentais que, a despeito de qualquer outra consideração, para poder valer, reclama a imparcialidade judicante (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 281).

## 6.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO

O clima de beligerância entre as grandes potências no período em torno da Primeira Guerra (1915-1918) e a Segunda Guerra (1939-1945), relatado acima, influenciou a adoção pelos países de políticas de proteção do Estado, de caráter nacionalista e extremista (ROBSBAWN 1995), o que se apresentou como campo fértil para a propagação das ideias das escolas positiva e neopositivas. Entretanto, o positivismo normativo criminal encampado na Alemanha, tendo como âncora a *escola moderna*, e na Itália, a *escola do tecnicismo jurídico*, foi colocado no banco dos réus no *juízo de Nuremberg* (GONÇALVES 2004)<sup>585</sup>. Em resposta, após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), diante das atrocidades vivenciadas nesse período, deu-se o ressurgimento do movimento humanístico criminal, experimentado anteriormente com a época das luzes. Essa primeira reação foi orientada pela *escola da nova defesa social*, fundada por Marc Ancel<sup>586</sup>, ainda no ano de 1954, mediante a publicação de livro com esse título<sup>587</sup>. Logo a obra foi traduzida para o espanhol (1961), servo-croata (1963), inglês (1965), italiano (1966), japonês (1969), alemão (1970) e russo (1970). Para o público brasileiro, a primeira edição só apareceu em 1979 (ANCEL

---

<sup>584</sup> Zaffaroni (1995, p. 158) alerta que o modelo tecno-burocrático gera no juiz “uma reação defensiva que permite sobreviver na dependência interna e externa, gerada através da ameaça de sanções, de bloqueio de ascensões e promoções, de remoções arbitrárias, de campanhas difamatórias internas, de pressões policiais e de agências administrativas etc.

<sup>585</sup> De fato, “O positivismo-normativo serviu de escudo para amparar muitos abusos e desrespeitos aos direitos fundamentais. Até mesmo juízes alemães chegaram a ser condenados no *Juíço de Nuremberg*, não sendo aceita a escusa de que a condenação a penas como a esterilização estava amparada na lei, à qual deviam obediência” (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 86).

<sup>586</sup> Foi presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social, Conselheiro da Corte de Apelação de Paris e secretário-geral da Sociedade de Legislação Comparada e do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris. Bastante conceituado, tem vários trabalhos sobre direito comparado, área na qual também é referência de dimensão internacional.

<sup>587</sup> Embora a teoria tenha sido publicada pouco mais de 9 (nove) anos do final da Segunda Guerra Mundial, Marc Ancel (1979, p. XII) informou que a primeira edição foi o resultado de 15 (quinze) longos anos de estudos e reflexões, mas a sua doutrina, tendo em conta a grande repercussão que teve em vários países, foi aprimorada e finalizada com a segunda edição, publicada em 1966. A segunda edição francesa foi a traduzida no Brasil, por Heleno Fragoso.

1979). O título da doutrina e da obra com a expressão *nova* foi com o propósito de diferenciar o seu conteúdo da teoria da *defesa social*, de concepção *abolicionista*, criada por Filippo Gramática, professando o entendimento da eliminação da ideia de sanção ou punição, com a conseqüente reforma do sistema penitenciário, mediante a substituição das penas por *medidas educativas e curativas* (LYRA 1956, p. 76). Conquanto Marc Ancel (1979, p. 114-115), como carta de seguro, tenha evidenciado que a escola da defesa social se pautava no desiderato de reencontrar a tradição humanística do direito penal e, com base nela, repensar o problema criminal, marcando o retorno ao estado de direito que age em consonância com a legalidade, não negou que a noção de defesa social foi inaugurada pela escola positiva e que se trata de “uma consequência indireta, e de certa forma em segundo grau, da doutrina positivista” (ANCEL 1979, p. 87). Essa inspiração positivista do pensamento de Marc Ancel vulnerou a doutrina da nova defesa social, que foi alvo de azedas críticas. Giuseppe Bettioli (1973, p. 254), um crítico da escola da nova defesa social, que, para ele, em verdade, de *nova* não tinha nada, argumentava que, a despeito dos esforços de Ancel, não foi desconstruído o *ranço autoritário* inerente ao pensamento do direito criminal como uma forma de defesa social, afastando-se, assim, da visão liberal, de modo que, mesmo contestando algumas afirmações do *velho positivismo*, se escorava nos alicerces da escola positiva. Entretanto, a despeito da ideia da defesa social, “a doutrina da Nova Defesa Social se concilia com o pensamento democrático *classicista*, posto que redireciona a função mais evidente do sistema criminal para a proteção do indivíduo e o respeito dos direitos fundamentais” (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 91).

Esse ensaio inicial experimentado pela escola da nova defesa social preparou o terreno para a sedimentação de outra corrente de pensamento, corolário lógico do Estado democrático constitucional: o *garantismo*. No ambiente criminal, o Estado constitucional, arquitetado sob a órbita da força normativa dos direitos fundamentais, vai desaguar na concepção da corrente de pensamento denominada *garantismo*. Em certo sentido, o *garantismo* é a renovação dos ideais liberais da escola clássica, que deram suporte ao surgimento do processo criminal como instrumento de legalização ou processualização da persecução criminal, submetendo o Estado ao império da lei. Esse pensamento de contenção da força do Estado havia sido desfeito pela escola positiva e



depurada pela escola do tecnicismo jurídico, que serviram de farol na feitura do Código de Processo Penal de 1941, de mentalidade antidemocrática e policialesca.

Com a teoria do garantismo penal, Ferrajoli retorna ao direito criminal concebido pelo movimento iluminista, fundado nos valores do humanismo e da razão. Ferrajoli elaborou a *teoria do garantismo penal* em 1989, mas o neologismo *garantismo* no campo criminal surgiu na Itália na segunda metade dos anos 1970, como pauta da *esquerda*, em resposta à legislação de emergência que malferiu o *giusto processo* (FERRAJOLI 2016, p. 15)<sup>588</sup>. Ferrajoli (2016, p. 15) confidencia que, posteriormente, formulou a sua teoria de direito penal em torno dessa expressão como pano de fundo a sua tese do *direito penal mínimo*, que foi um contraponto às correntes abolicionistas.

Consoante o garantismo, a legalidade da persecução estatal por meio dos direitos inerentes à condição humana é revigorada e adquire substância no modelo do Estado democrático de direito, Estado constitucional ou neoconstitucionalismo, concebido em torno do respeito incondicional aos direitos fundamentais, com o diferencial do atributo da força normativa dos preceitos constitucionais que veiculam essa classe de direitos. Se as ideias de Beccaria se adequam ao Estado de direito, em que a lei parametriza o agir estatal e vale sem contestação pelo fato de ter sido produzida pelo parlamento, o garantismo avança para exigir o escrutínio crítico da lei no escopo de investigar a sua conformação com os direitos fundamentais. Em outras palavras, a legalidade preconizada até então era infraconstitucional, ao passo que a legalidade abraçada pelo garantismo é a constitucional, em decorrência da força normativa dos direitos fundamentais.

O garantismo também se escora na assertiva de que o direito em si, para além mesmo dos direitos fundamentais, pode ser definido como “*la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de derecho*” (FERRAJOLI 2000, p. 67). Ferrajoli (2000, p. 72) diz que essa função do direito serve de contenção ao que ele denomina, forte em Kant, *poderes selvagens* para, em seguida, arrematar que o garantismo compreendido no contexto do Estado constitucional de direito “*representa el único remedio para los poderes salvajes*”. As garantias constitucionais, assim, se

---

<sup>588</sup> Ferrajoli (2016, p. 14) admite que “*a palabra garantismo ha sido desacreditada por el uso instrumental que de ella há hecho la derecha, fundamentalmente para apoyar la impunidad de los poderosos*”.

apresentam como a sustentação do *constitucionalismo rígido*, instrumento operado por todas as democracias nas suas mais diversas dimensões (política, econômica e social) ou níveis (estatal e internacional) para vencer o desafio de refrear *las tentaciones absolutistas que caracterizan a todos los poderes*” (FERRAJOLI 2000, p. 75). A perspectiva garantista, como paradigma teórico, supõe a sujeição de todos os poderes, públicos e privados, aos direitos fundamentais, distinguindo-se porque, enquanto no Estado de direito a submissão aos ditames da lei é uma forma de controle da força ou violência estatal, o garantismo próprio do Estado democrático de direito impõe, no limite, a solução dos conflitos sem o uso da violência, com política criminal orientada sob a bandeira da paz (FERRAJOLI 2000, p. 50).

A teoria garantista se apresenta em consonância com 3 (três) acepções (FERRAJOLI 1989, p. 851-853)<sup>589</sup>: (a) *modelo de direito* embasado na legalidade como forma de contenção da força do Estado em proteção dos direitos fundamentais, que não se contenta com o Estado legal ou regado pela lei, mas um Estado democrático de direito, que submete a validade normativa ao teste de constitucionalidade; (b) *teoria jurídica crítica* que distingue entre existência ou vigência da lei e validade normativa, separa o *ser* do *dever ser* dos direitos, modelos normativos, ainda que formalmente garantistas, de práticas antigarantistas, revelando a divergência entre normatividade e realidade ou efetividade, enfim, entre legalidade formal e legalidade substancial; (c) *filosofia política crítica* do direito e da persecução criminal, que impõe a necessidade de justificação da norma e do agir estatal com a finalidade de tutelar bens e interesses legítimos, o que significa uma doutrina *filosófico-política* que abre espaço para a crítica do direito positivado conforme a rígida separação entre direito e moral ou entre validade e justiça ou a ideia de autojustificação do direito como valor em si (autopoiese) ou a atuação de valores ontológicos e metajurídicos (heteropoiese).

Para o garantismo, *dispositivo* não se confunde com *norma*, de modo que a *legalidade formal* não é suficiente para atestar a sua *validade*, sendo de mister a sua

---

<sup>589</sup> Ferrajoli (1989, p. 854) chega a defender que essa teoria do garantismo não se comprime no ambiente do direito criminal, espraia o seu alcance teórico e filosófico ao ambiente cível, pois “El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser, en los múltiples sentidos...”, em todo o seu alcance – epistemológico, teórico e político. Assim, o garantismo não se contenta com a proteção dos direitos de liberdade, mas, igualmente, a todos os direitos previstos na Constituição, desde os direitos políticos aos civis e sociais (FERRAJOLI 2016, p. 14).

filtragem constitucional, em verificação crítica quanto a sua adequação aos direitos fundamentais, para fins de obtenção do certificado de *norma dotada de validade* ou de *legalidade substancial*. Ferrajoli (1989, p. 862) reconhece que o garantismo dá um passo além da ideia liberal do Estado de direito, pois não se restringe em ditar proibições, mas igualmente em estabelecer prestações ou obrigações positivas do Estado, direcionadas a satisfazer direitos sociais necessários ao viver com o mínimo de dignidade, como o direito à subsistência, ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação etc.<sup>590</sup>

O garantismo como forma de maximização dos direitos fundamentais e submissão do ordenamento infraconstitucional a essa classe de direitos dá *substância à democracia*, que, no plano axiológico, supera um regime consagrado pelo atendimento da vontade das maiorias, por se preocupar com a satisfação dos interesses e das necessidades vitais de todos (FERRAJOLI 1989, p. 865), com base no axioma *justiça para todos*. Essa assertiva mostra-se lógica, pois com suporte nela pode-se dizer que uma democracia substancial não admite que uma pessoa inocente ou um grupo discriminado por alguma característica, seja privado dos direitos fundamentais, em razão da vontade da maioria. Essa dimensão do garantismo leva à identificação da *ilegitimidade jurídica* quando a normatividade subconstitucional não se afina ou não atende as garantias expandidas no texto da Lei Fundamental, sendo esta uma *aporia* inata, latente e estrutural, de todo Estado democrático constitucional, “*desconocida em el estado absoluto, donde no existen promesas o deberes que vinculen juridicamente a los poderes público y validez y vigor coniciden*” (FERRAJOLI 1989, p. 867).

Tem-se, assim, que o garantismo está intrinsecamente ligado ao *positivismo jurídico*, porquanto reclama a tutela dos direitos inerentes à condição humana no direito posto, nos níveis superior e inferior da cadeia normativa. Até porque, a partir do movimento iluminista, com o monopólio estatal da produção normativa em sintonia com a tripartição dos poderes e da existência de direitos imanentes à condição humana, “*el principio de legalidade viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna*” (FERRAJOLI 1989, p. 869). Porém, o que se cuida

---

<sup>590</sup> Ferrajoli (2016, p. 14) concebe que os direitos fundamentais possuem duas dimensões, uma primária, consistente em proibições e obrigações, e outra secundária, que se traduz na garantia de intervenções jurisdicionais para reparar ou sancionar as violações às garantias primárias. Essas obrigações ou prestações decorrentes da dimensão primária correspondem o direito à vida, em razão da proibição de matar, o direito à assistência sanitária, por causa do direito à saúde.

agora é de uma *legalidade substancial* que, conquanto a lei carregue embutida uma presunção de legitimidade, essa nota não se basta na existência ou vigência da norma jurídica, exige o exame crítico quanto a sua validade como condição para a sua aplicação. Nesse panorama, conforme Ferrajoli (1989, p. 870), a legalidade se apresenta como um *postulado jurídico* do juspositivismo, “*um postulado metacientífico de la ciencia jurídica sobre le que s□rocesla posibilidad de su control empírico e intersubjetivo*”. A teoria do garantismo diferencia o *juspositivismo dogmático* do *juspositivismo crítico*, direito como norma e direito como fato, ou melhor, normativismo e realismo, os dois pontos de vista “*parciales y complementários, desde los que puede contemplarse todo fenómeno jurídico normativo*” (FERRAJOLI 1989, p. 871).

- 6) A teoria garantista parte da distinção entre a vigência da norma e a sua validade, de modo que a estrutura normativa do Estado democrático de direito é assim caracterizada: *) por la pertinencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico em relación com el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplina la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otros, no obstante su invalidez; d) por la consiguiente ilegitimidade jurídica que em alguna medida afect siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuando más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamento.*

Um alerta há de ser feito. Ferrajoli não enxerga ou extrai dos direitos fundamentais obrigações positivas que confirmam legitimidade à persecução criminal na qualidade de um dever estatal de proteção. Aliás, nesse ponto, o garantismo de Ferrajoli se afasta do neoconstitucionalismo defendido por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza e outros, por não concordar que os princípios constitucionais provocam conflitos que devem ser resolvidos pela técnica da ponderação (FERRAJOLI 2016, p. 10). Chega a criticar os *neoconstitucionalistas*, no ponto em que defendem a aplicação da *técnica da ponderação* como solução para o conflito entre direitos fundamentais nos casos concretos, sob o argumento de que a ponderação de valores é feita no âmbito da produção da norma ou na tomada de decisões administrativas, tendo em mente que a única ponderação judicial admissível é quanto aos traços singulares e irrepetíveis do fato submetido a julgamento (2016, p. 77). Mas, de qualquer sorte, ele não nega a

existência de conflitos entre os direitos fundamentais, porém, adverte que muitas situações assim caracterizadas não passam de limites imanentes, necessários para a coexistência sistêmica e que as normas são sempre as mesmas, ostentando sempre o mesmo peso, pelo que elas não são ponderadas, mas, sim, as circunstâncias fáticas do caso concreto submetido a exame (FERRAJOLI 2016, p. 75).

Ferrajoli elaborou a teoria do garantismo tendo como foco reconstruir o sistema normativo criminal sob a perspectiva da *proteção*, diante do momento histórico em que ele construiu o seu pensamento. A sua intenção era desmanchar de vez os traços do direito criminal italiano estabelecido por Rocco no período do fascismo, daí a sua precaução em reforçar o garantismo sob o prisma da proteção contra a força punitiva do Estado. Resta esclarecer que Ferrajoli (2016, p. 39) confessou que teve uma formação teórica de caráter jurídico □ processo fco-analítico adquirido na *escola* de Bobbio. Ademais, ele mesmo informou que ingressou na magistratura italiana em 1967, 5 (cinco) anos após a graduação, e foi a experiência que teve como juiz pretor, umna figura absurda de juez monocrático, (...) como instructor y al mismo tempo como juez em matéria penal (...) que me hizo experimentar la divergência entre el modelo normativo y constitucional del derecho y su prática concreta” (FERRAJOLI 2016, p. 39). Esse conhecimento empírico adquirido como magistrado o fez polemizar com o próprio Bobbio, ao questionar a teoria *kelseniana* e sustentar a distinção entre *norma vigente* e *norma válida*<sup>591</sup>.

No ponto, Bobbio (FERRAJOLI 2002, p. 8), na apresentação que fez da primeira edição do livro *Direito e razão: teoria do garantismo penal* de Ferrajoli, admoestou que para a compreensão do seu conteúdo, necessário ter em mente que a obra foi inspirada na filosofia iluminista e na política liberal, tendo como pressuposto que “o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos os demais”.

Talvez por isso Ferrajoli não tenha feito referência à perspectiva objetiva que aparece na visão moderna dos direitos fundamentais. Os mesmos direitos fundamentais que proibem o Estado de maltratá-los, impõe ao Estado o deve □ processo tegê-los por

---

<sup>591</sup> Para Kelsen (1986, p. 3) não havia diferença entre norma vigente e válida. Para ele, norma existente é norma válida, que deve ser *cumprida* ou, no caso de descumprimento, *aplicada* mediante a sanção.

meio de ações eficientes desenvolvidas pelas 3 (três) esferas do poder, sendo a persecução criminal um dos instrumentos a ser utilizado, daí por que, malgrado os direitos fundamentais, no ambiente criminal, tenham surgido no escopo de limitar o exercício do dever-poder de punir do Estado, o *jus persecuendi* encontra lastro, igualmente, nos direitos inatos ao ser humano, protegidos com a tipificação de condutas que, direta ou indiretamente, atingem o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, bens jurídicos protegidos no caput do art. 5º da Constituição.

Por isso mesmo, Lenio Streck e Rafael de Oliveira (2012, pos. 674) chamam a atenção para a necessidade de superação da visão clássica do *garantismo negativo*, decorrente da leitura *unilateral* das garantias processuais, pois a dupla face dos direitos fundamentais impõe a posição do Estado protetor, uma espécie de *garantismo positivo*, o que se aplica ao ambiente do processo criminal. Adverte Ingo Sarlet (2015, pos. 3437) que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais apareceu na doutrina ainda no primeiro pós-guerra, porém, salienta que foi com o advento da Lei Fundamental alemã de 1949 que ocorreu o *impulso decisivo* nesse sentido, muito embora tradicionalmente se faça a referência à decisão proferida pela Corte Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) em 1958, no famoso caso *Lüth*, que impôs ao Estado, em suas três esferas de poder, o dever de ações positivas para fins de proteção dos direitos fundamentais.

Aliás, o próprio Ferrajoli alicerçou a ideia do *direito penal mínimo* com base na afirmação de que o direito criminal deve se conter a incriminar condutas que arranham os direitos mais caros do ser humano. Assim, no paradigma do garantismo, a *ratio essendi* dos bens jurídicos tutelados pelo direito criminal é o cumprimento do mandamento constitucional no sentido de que cabe ao Estado garantir os direitos fundamentais, de modo que a especificação dos ilícitos é a forma de o Legislativo cumprir a sua missão constitucional de salvaguardar os direitos fundamentais no enfoque objetivo, cabendo ao Executivo, quando ocorrida a infração, exercer a persecução criminal e ao Judiciário, com esteio na lei válida, julgar os casos, mediante a prestação jurisdicional.

Esse dever estatal quanto à persecução criminal pelo Estado-administração fica mais explícito na primeira parte do caput do art. 144 da Norma Maior, ao dizer que a

segurança pública é dever do Estado<sup>592</sup>. Isso evidencia que, longe de o Estado ter o poder ou o direito de punir, o que ele tem é o *dever de proteção*, o *dever-poder* de exercer a persecução criminal. Cuida-se mais de um *dever* do que de um *poder*. E dever aqui não se há de confundir com *obligatoriedade* de propor a ação penal. O dever não é de *acusar* ou oferecer a ação penal, mas de exercer a persecução criminal, isto é, de tratar do problema criminal, visto que, diferentemente do âmbito cível, ainda quando se cuide de autocomposição, necessariamente, há um devido processo legal a ser seguido, o que implica, para além da fase administrativa, a judicial, diante da imprescindibilidade da homologação do acordo pelo juiz.

Por conseguinte, ao lado da concepção liberal clássica dos direitos fundamentais como garantia da esfera de liberdade da pessoa contra as intervenções do Estado, em contrapartida, os direitos fundamentais expressam “*derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluídas em el status posiumvo en sentido stricto*” (ALEXY 1993, p. 419). Agrega Alexy (1993, p. 439) que, para além do direito à vida e à saúde, “*son bienes posibles de protección, sino todo aquello que, desde aspecto iusfundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidade, la libertad, la familia y la propiedad*”<sup>593</sup>. Por isso mesmo, o conceito de bem jurídico, a despeito da crítica de parte da doutrina quanto a sua *imprecisão*, ainda persiste como farol para nortear a tipificação dos ilícitos, tendo como suporte a Constituição, no escopo de proteger “bens e valores individuais (vida, patrimônio, honra, liberdade sexual) ou coletivos (meio ambiente, ordem econômica), mas sempre de uma perspectiva *antropocêntrica...*” (BADARÓ e BOTTINI 2013, p. 50-51), isto é, mirando salvaguardar o gozo do direito à vida com a dignidade inerente à condição humana.

---

<sup>592</sup> A bem da verdade, “A missão que decorre do *dever de proteção* não é confiada unicamente ao Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas, sim, a *todos*, sejam órgãos estatais, pessoas jurídicas e até mesmo aos indivíduos, por meio de ações coletivas ou individuais, pois essa *obrigação* está implícita no caput do art. 5º da Constituição, ao dispor que ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...’, e expresso, de modo cogente, no caput do art. 144, ao preceituar, em sua primeira parte, que a segurança pública é ‘... dever do Estado, direito e *responsabilidade de todos...*’, (grifos acrescentados), devendo ser “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 224). Para o particular se apresenta como um *dever de solidariedade social*, a exemplo do dever de testemunhar e dizer a verdade, sob pena de multa pelo não comparecimento e caracterização do crime de falso testemunho, não apenas no caso de mentir, mas também de se negar a dizer o que sabe.

<sup>593</sup> Com essa visão, Rodrigo Telles (2013, p. 299) enxerga o dever estatal de investigar nos artigos 5º, inciso XLI, 6º, 144 e 37, caput, da Constituição de 1988.

A ótica subjetiva é a exegese dos direitos fundamentais na qualidade de normas que limitam o exercício do dever de punir. Na outra dimensão, os direitos fundamentais se traduzem no *dever de proteção*, ou seja, na obrigação legada ao Estado de promover ações eficientes no sentido de proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos, em cumprimento ao que prescrevem o arts. 5º, caput, e 144, caput, primeira parte, ambos da Constituição de 1988. Não sem razão, Baltazar Júnior (2010, p. 63) realça que o legislador é o destinatário principal do dever de proteção, sendo de sua alçada gizar o caminho da legalidade, conferindo legitimidade para o agir do Executivo e do Judiciário no sentido de responsabilizar a ofensa aos direitos fundamentais, “reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção”.

Conforme a arguta observação de Luciano Feldens (2012), o “Estado Constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, (...) destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais”, isso nas dimensões subjetiva e objetiva, de modo que a “ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”. Jorge Novais (2010, p.65), também partindo dessa dupla face dos direitos fundamentais, sustenta que resulta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a garantia jurídica de que o Estado tem o dever positivo de materializar o usufruto dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, Américo Bedê e Gustavo Sena (2009, p. 25) sustentam que modernamente, sem embargo do *garantismo negativo*, há de ser ter atenção também para o *garantismo positivo*, que tutela a segurança pública, “enquanto direito fundamental de segunda dimensão, essencial para a garantia da qualidade de vida da população e, portanto, para a tutela da própria dignidade da pessoa humana”.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal chancela a concepção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, reconhecendo o dever de proteção estatal. Esse entendimento foi sufragado no julgamento da ADI 3.112/DF (2007), relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Acompanhando o relator, o Ministro Gilmar Mendes, com suporte em precedentes do Tribunal Constitucional alemão, afirmou que, nessa acepção, há diversas normas constitucionais que ditam *um mandato*



*de criminalização expresso*, ou seja, “Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional”. O Ministro Gilmar Mendes (ADI 3.112/DF 2007), ainda no seu voto, classificou o dever de proteção em (a) *dever de proibição (verbotspflicht)*; (b) *dever de segurança (sicherheitspflicht)*; e (c) *dever de evitar riscos (risikopflicht)*, o que compreende, ainda, o dever de exercitar a persecução criminal.

Segundo Leonardo Martins (2016, p. 177), o Tribunal Constitucional Federal alemão construiu o dever de proteção por meio de prestações positivas ao direito à vida e à incolumidade física ainda sob o impacto das atrocidades nazistas, fundamentando o dever estatal de tutela no art. 2 II 1 c/c o art. 1 I 2 da Constituição da Alemanha. O autor faz referência aos 2 (dois) julgados do TCF que lançaram as bases da dogmática jurídica do direito fundamental à vida como dever de proteção pelo Estado, merecendo referência a decisão no BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I), no qual foi declarada a inconstitucionalidade da Lei de Reforma do Direito Penal de 1974, por descumprimento do dever constitucional de proteger o direito à vida do nascituro, que deve prevalecer durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizado por um prazo determinado (MARTINS 2016, p. 177)<sup>594</sup>.

No mesmo sentido tem se pronunciado a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à condenação de países pela violação dos direitos humanos em razão do dever de proteção. Na apreciação do *Caso Márcia Barbosa*, ocorrido em 7 de setembro de 2021, a CDHI, após considerações no sentido de que a violência contra a mulher é um problema estrutural e generalizado, apresentando alta taxa de feminicídio associada à impunidade, com a identificação de que a vitimização das mulheres negras no país é 66 (sessenta e seis) vezes superior à de mulheres brancas, condenou o Brasil por ter violado o *prazo razoável na investigação e no curso do processo* quanto à punição e responsabilização dos autores do crime de homicídio, dentre eles de um deputado estadual, que faleceu de infarto antes do fim do processo, ficando, assim, impune (OLIVEIRA e GURGEL 2021, p. 3-4). Ainda no julgado, o Brasil restou responsabilizado pela *aplicação desproporcional e arbitrária da imunidade*

---

<sup>594</sup> No caso, dentre outras disposições, a lei tinha legalizado o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante, desde que não ultrapassadas 12 (doze) semanas da concepção.

*parlamentar*, que impediu a tramitação do processo por quase 5 (cinco) anos, violando as garantias judiciais e o acesso à justiça dos familiares da vítima, não levando em conta a gravidade do crime, ainda mais porque não havia relação entre a atividade parlamentar e o homicídio praticado. No mesmo sentido, no processo referente ao *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, apreciado em 2017, o país foi condenado, dentre outras falhas, “pela ‘violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável [...] violação do direito à proteção judicial e às garantias judiciais [...] violação do direito à integridade pessoal’”, o que resultou na ineficácia quanto à investigação e à responsabilização dos policiais envolvidos na *Chacina de Nova Brasília*.

Também em relação ao âmbito do direito internacional, André de Carvalho Ramos (2001, p. 72) chama a atenção que o art. 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quando estabelece como missão do Estado zelar pelo respeito dos direitos humanos, a um só tempo, faz exsurgir uma *obrigação de não fazer*, de um lado, e uma *obrigação de fazer*, de outro, “que consiste na organização pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana”, de modo que, “Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional”, ficando passível de sanção.

### **6.1.1. Direitos fundamentais como princípios e colisão entre direitos fundamentais**

A normatização dos direitos fundamentais se deu sob a forma de declaração de princípios. Por isso mesmo, as Constituições, quanto aos direitos essenciais à condição humana, se apresentavam como meras cartas de intenções, dirigidas ao legislador, de modo que só adquiriam a feição de norma jurídica se e como disciplinados nas leis e nos códigos. Nessa forma torta, a legislação de piso valia mais do que a própria Constituição. Preponderava o pensamento kelseniano de *norma jurídica*, em que o princípio não ostentava essa qualidade, destituído, por conseguinte, de força normativa. Isso porque, segundo Kelsen (1986, p. 117), na essência, norma jurídica se qualifica como um *dever ser* para fins de cumprimento espontâneo do que nela está prescrito, ou imposto como sanção mediante a aplicação da norma, de modo que sempre contém a

determinação de uma conduta comissiva ou omissiva, sendo, portanto, a conduta o seu objeto<sup>595</sup>.

À vista disso, para Kelsen (1986, p. 149), os princípios, que são proposições fundamentais da moral, da política ou do costume, não são normas jurídicas, mas motivações para as tomadas de decisão pelo legislador, pelo juiz ou pela administração. Nessa toada, a positivação da proposição contida no princípio depende da vontade do legislador, com a formulação da norma ou, então, pela circunstância de o juiz ou o administrador reconhecer que o preceito normativo, ainda que implicitamente, abriga o princípio. Os princípios, e os direitos fundamentais a reboque, ficavam subordinados à vontade do legislador, se prestando na interpretação a preencher as brechas das regras jurídicas. Os princípios, portanto, detinham uma função subalterna no ordenamento jurídico.

Esse estado de coisas foi desconstruído com a teoria do direito elaborado em consonância com o Estado constitucional, gerado pelo movimento neoconstitucionalista, arquitetado em torno dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, escritos em forma de princípios, passaram não apenas a possuir força normativa, como a exercer *função hegemônica, estruturante e interpretativa* do sistema jurídico. A teoria do garantismo, inerente ao Estado constitucional, gerou uma mutação significativa, promovendo o salto dos princípios dos códigos para as Constituições (ESPÍNDOLA 1999, p. 60). Essa concepção normativa da Constituição quer dizer que todos os seus preceitos constituem normas jurídicas, sendo, portanto, os princípios uma de suas espécies (BARCELLOS 2002, p. 31). Para todos os efeitos, não há distinção entre norma e princípio, mas, sim, entre princípios e regras jurídicas. As normas são o gênero, do qual são espécies os princípios e as regras, em que aqueles, dentro do sistema jurídico, são as normas jurídicas em sua potência máxima. Os princípios, em primeira nota, se diferenciam das regras por possuírem um grau maior de generalidade, mas, para muito além desse aspecto, eles “*son normas que ordenan que algo sea reaumzado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*” (ALEXY 1993, 86).

---

<sup>595</sup> Esclarece que “A conduta pode ser uma ação ativa ou – o que significa o mesmo – uma ação que, por sua vez, pode ser uma omissão passiva” (KELSEN 1986, p. 116).

Ademais, também há uma distinção ontológica entre *colisão de regras e colisão de princípios*, diante da constatação de que as regras são válidas à maneira do *tudo-ou-nada*<sup>596</sup>, de modo que é válida ou não, enquanto quando se trata de colisão entre princípios, a solução do caso concreto se faz levando em consideração a *dimensão de peso* de cada um deles, em consonância com o caso concreto, a fim de definir qual deles, diante das peculiaridades da situação, deve prevalecer em sacrifício do outro (DWORKIN 2002, p. 42-43)<sup>597</sup>. Nessa perspectiva, Alexy (2019, p. 129) alerta que as regras são *comandos definitivos*, prestam-se a emitir comandos, proibindo ou permitindo algo de forma imperativa, enquanto os princípios são *comando de otimização*, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta tanto as *possibilidades fáticas*, quanto as *possibilidades jurídicas*. A construção dos direitos fundamentais como normas principiológicas se dá por se tratarem de comandos de otimização, o que atrai a sua conexão com a *máxima da proporcionalidade* (ALEXY 2019, p. 131).

A colisão de direitos fundamentais nos casos concretos, uma das questões mais candentes, forma o que Dworkin (2001, p. 109-113) denomina *hard case*, cuja solução se faz com argumento de princípio, e não de política, pois “a prestação jurisdicional substantiva do Direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos...”.

Para além da diferenciação entre princípios e normas, há, ainda, a distinção entre essas duas espécies de normas jurídicas e os postulados. Ensina Humberto Ávila (2010, p. 124) que os postulados são normas que orientam a aplicação de outras, diferentemente dos princípios e das regras, que são normas de objeto de aplicação. Os

---

<sup>596</sup> Conquanto admitam que, geralmente, as regras devam ser aplicadas sob a forma do *tudo ou nada*, citando o julgamento do Habeas Corpus nº 89.417, verificado em 2006, em que o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a observância da imunidade parlamentar, naquele caso, implicaria na afronta a diversos princípios constitucionais relevantes, como a República, a moralidade e a democracia, resolveu não aplicar a regra constitucional estampada no art. 27, § 1º, c/c o art. 53, § 2º, da Constituição. O exemplo, porém, não parece suficiente para justificar a afirmativa. Nesse caso, a decisão do STF merece ser criticado. Ou a regra vale para todos, ou não vale. Não se pode reconhecer o direito a uns parlamentares e negar a outros, a partir de princípios ou postulados tão abertos, como a República, a moralidade e a democracia.

<sup>597</sup> A Constituição da Alemanha, no art. 19, 2, conquanto admita expressamente o sacrifício de um direito fundamental com a prevalência de outro em caso de colisão, ressalta que, “Em caso algum poderá ser afectado o conteúdo essencial de um direito fundamental”, esclarecimento que consta, igualmente, das Cartas espanhola e portuguesa. É certo que a Constituição brasileira não contém dispositivo similar, como adverte Suzana Toledo, mas não é razoável que o legislador, ao editar uma norma prestigiando um direito fundamental, aniquile o núcleo essencial de outro.

postulados, portanto, estão em posição superior ao dos princípios e das normas, e constituem normas metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas (princípios e regras), situadas em grau inferior, no plano do objeto da aplicação. Dessa forma, os postulados são *metanormas* ou *normas de grau superior*, não se confundindo com os sobreprincípios, tais como o Estado de direito e o devido processo legal, pois estes estão situados no mesmo nível das normas que são objeto de aplicação (ÁVILA 2010, p. 137). Os postulados seriam normas de segundo grau, que não resolvem conflitos normativos, pois cuidam de estabelecer apenas critérios para a aplicação de outras normas, como a proporcionalidade e a *razoabilidade*.

Souza Neto e Sarmento (2012, p. 919), ademais de vislumbrarem a existência na própria Constituição tanto de princípios quanto de regras, advertem que no sistema normativo eles exercem funções distintas e essenciais, ressaltando que os princípios, em razão de sua plasticidade, fazem com que a Constituição se comunique melhor com os fatos, possibilitando maior amplitude interpretativa e ajustes em consonância com as peculiaridades de cada caso<sup>598</sup>. Porém, negam que os postulados normativos se manifestem como um *tertius* em relação aos princípios e às regras, tal como sustentado por Ávila. Defendem que, na estrutura normativa, os postulados, assim como os princípios, se prestam para dirimir as colisões entre normas constitucionais e infraconstitucionais, como é o caso, por exemplo, do postulado normativo da supremacia da Constituição ou da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, este expressamente previsto no art. 5º § 1º, da Constituição.

Como se observa, o neoconstitucionalismo erige a interpretação constitucional a respeito dos direitos fundamentais como o núcleo central para a efetiva compreensão do alcance de seus enunciados. Carlos Maximiliano (1981, p. 304) já chamava a atenção para a circunstância de a técnica de interpretação quanto aos preceitos constitucionais ser diferente em relação às regras legais, tanto em razão do seu objetivo quanto da forma plástica como são redigidos os seus dispositivos, enquanto Bonavides (1993, p. 297) conferiu destaque aos *planos jurídico e político* nos quais se move a interpretação

---

<sup>598</sup> Os autores citam como exemplo o princípio republicano e a regra que fixa o mandato de presidente da República em 4 (quatro) anos. Essa regra é tão essencial quanto o princípio, pois, sem isso, haveria um caos político-jurídico para definir o lapso temporal de um mandato que se confortasse com a ideia republicana (SOUZA NETO e SARMENTO 2012, p. 921).

constitucional. David Diniz (2004, p. 206-227), precatando-se em advertir que, na atualidade, a *teoria da interpretação* é o núcleo central da própria *teoria da Constituição*, diz que ocupa relevância destacada a denominada *interpretação principialista*, pois a exegese constitucional não se compraz em revelar a mera *validade formal* das normas, direcionando-se a perquirir a *validade axiológica*, em caráter *evolutivo e aberto* do texto constitucional, a fim de comportar leituras legítimas, passíveis de adaptações às mudanças sociais, o que fomenta a *discricionariedade exegética* e mesmo certa *criatividade judicial*<sup>599</sup>.

Ante a consideração de que os dispositivos constitucionais ostentam a posição de *ordenamento-marco*, expressando *parâmetros e procedimentos* para o agir político estatal, tem-se que o exame constitucional não se contém na interpretação feita pelo *método clássico*, que não foi pensado para esse fim, sendo de mister, ao lado do *método científico-espiritual*<sup>600</sup>, a adoção do *método da tópica*, segundo o qual a Constituição precisa ser compreendida “como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa” (MENDES e BRANCO, Curso de direito constitucional 2017, p. 93), tendo como foco o *problema*, “servindo as normas constitucionais de catálogo de múltiplos e variados princípios, onde se busca argumento para o desate adequado de uma questão prática” (MENDES e BRANCO, Curso de direito constitucional 2017, p. 93). Aplica-se, ainda, o *método hermenêutico concretizador*, exatamente porque o texto normativo da Norma Ápice “não constitui a norma jurídica, mas apenas constitui o ponto de partida para a sua construção ante o caso concreto (ADEODATO 2006, p. 214), ou melhor, a norma constitucional é

---

<sup>599</sup> Luís Roberto Barroso (2004, p. 370) explicita que, diante da posição de superioridade jurídica, para além dos critérios clássicos da interpretação em geral, o alcance da exegese de norma principiológica deve obedecer a *princípios instrumentais de interpretação*, quais sejam: (1) da supremacia da Constituição; (2) da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; (3) da interpretação conforme a Constituição; (4) da unidade da Constituição; (5) da razoabilidade ou da proporcionalidade; e (6) da efetividade. Esses princípios instrumentais pinçados por Barroso são ampliados para 8 (oito) espécies: princípios da (1) unidade da Constituição; (2) concordância prática ou da harmonização; (3) correção funcional; (4) eficácia integradora; (5) força normativa da Constituição; (6) máxima efetividade; (7) interpretação conforme a Constituição; (8) proporcionalidade ou da razoabilidade (MENDES e BRANCO, Curso de direito constitucional 2017, p. 94-97).

<sup>600</sup> Conforme esse método, a Constituição deve ser enxergada “... como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição (MENDES e BRANCO, Curso de direito constitucional 2017, p. 93)

efetivamente “produzida no decorrer do processo de concretização” (NEVES 2011, p. 85)<sup>601</sup>.

A par disso, o *novo constitucionalismo* fomentou a *abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos*. Essa tendência, porém, já se fazia notar em Constituições europeias, como as Cartas alemã e portuguesa, posto que a primeira estabelece a integração com supremacia ao *direito federal* das normas gerais do Direito Internacional Público (art. 16, 1 e 2) e a segunda, a necessidade de que as cláusulas pertinentes aos direitos fundamentais sejam *interpretadas e integradas* em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25). No ponto, Flávia Piovesan (2000, p. 61) assegura que “a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos...”, o que “invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN 2000, p. 61). Esse sentimento é compartilhado por Cançado Trindade (1997, p. 404), que revela ter sido ele o autor da proposta de inserir a segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, regra que “se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”, ideia que foi complementada pelo enxerto do § 3º no mesmo dispositivo pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Como observa Marcelo Neves (2009, p. 26-27), a *sociedade moderna* não se contém nas organizações políticas territoriais, revelando-se mais propriamente como uma *sociedade mundial* que se constitui “como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade”, daí a necessidade da construção de *pontes de transição* ou da promoção de *conversações constitucionais* entre as várias ordens jurídicas, fenômeno cunhado por ele como *transconstitucionalismo*, “modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas”, critério mais conveniente para a solução de problemas constitucionais.

---

<sup>601</sup> Adriano Pedra leciona que “toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa e que a norma é constituída pelo intérprete no processo e concretização do direito” (2017, p. 65)

Nos dois itens seguintes, antes da abordagem sobre a *teoria constitucional do processo*, será feita a exposição das regras de hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais importantes para eliminar a *vexata quaestio* proveniente da colisão entre as suas perspectivas objetiva e subjetiva, que é o ponto de equilíbrio do processo criminal, assim como, tratará da utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, que tem como limite a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sopesados no caso concreto (FARIAS 2000, 118-119).

#### 6.1.1.1. Regras de hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais em conflito no processo criminal

Na doutrina clássica, capitaneada por Savigny, os métodos de interpretação são o (a) gramatical; (b) lógico-sistemático; (c) histórico; e (d) teleológico. Conquanto esses critérios de interpretação também sejam pertinentes para as normas constitucionais em geral, a maioria dos doutrinadores defende que as peculiaridades inerentes às normas constitucionais permitem que se estabeleça uma efetiva *hermenêutica constitucional*. David Diniz (2004, p. 206-227), fulcrado nessa doutrina clássica, sublinha 3 (três) elementos diferenciadores da interpretação constitucional: (i) o primeiro deles é o *caráter evolutivo e aberto* do texto constitucional, pelo que o intérprete deve observar o direito não apenas do ponto de vista da *atualidade*, mas, igualmente, tendo em conta que o enfoque não pode ser estático, mas evolutivo e, ademais, para ser mantida a unidade da Constituição, é preciso que a leitura das normas seja *aberta e diferente*, a fim de comportar leituras legítimas, passíveis de adaptações às mudanças sociais, fomentadas pelos mais diversos fatores, inclusive, pelo avanço da tecnologia; (ii) o segundo é o *caráter político*, o que fomenta a *discricionariedade exegética* e mesmo a *criatividade judicial* (iii) por fim, o *caráter axiológico*, porque o processo interpretativo tendo como escopo a concretização de princípios constitucionais reclama a *compreensão dos valores* contidos nas normas constitucionais.

Já José Alfredo Baracho (1984, p. 360) enfatiza que a análise das assertivas consagradas na doutrina e na jurisprudência do direito comparado permite que sejam preconizadas as seguintes regras de hermenêutica constitucional: (a) prevalência do conteúdo teleológico da Constituição; (b) adoção de sentido geral e comum das



palavras, sem a limitação do alcance técnico-jurídico; (c) visão como um conjunto anômico; (d) adaptação ao tempo e às circunstâncias; (e) alcance restrito de privilégios e exceções; (f) presunção de constitucionalidade dos atos públicos. Sobre a interpretação e a aplicação da Constituição, Luís Roberto Barroso (2010, p. 340-341) frisa que na condição de normas jurídicas, os princípios se servem dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral, todavia, em razão das suas peculiaridades, superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, eles próprios possuem *princípios instrumentais de interpretação*, quais sejam: (1) princípio da supremacia da Constituição; (2) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; (3) princípio da interpretação conforme a Constituição; (4) princípio da unidade da Constituição; (5) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e (6) princípio da efetividade. Barroso (2004, p. 379) explica que esses princípios instrumentais de interpretação constitucional, apesar de não catalogados no texto constitucional, são reconhecidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, constituindo premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta, apresentando-se como fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet (2007, p. 113) ampliam esses princípios instrumentais para 8 (oito) espécies: princípio da (1) unidade da Constituição; (2) concordância prática ou da harmonização; (3) correção funcional; (4) eficácia integradora; (5) força normativa da Constituição; (6) máxima efetividade; (7) interpretação conforme a Constituição; (8) proporcionalidade ou da razoabilidade.

Essas regras hermenêuticas, por se aplicarem a todas as normas constitucionais, naturalmente incidem em relação aos direitos fundamentais que se prestam à fundamentação teórica do processo criminal, exposta no item 6.2, *infra*, tendo em conta, ainda, o princípio da reserva do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, que possui como lastro o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, além dessas premissas interpretativas, há outras específicas para a colisão de direitos fundamentais e o atrito destes com o Código de Processo Penal e as leis extravagantes, presente em todo e qualquer processo criminal, diante da tensão entre o exercício da persecução criminal pelo Estado e os direitos do infrator, que há de ser solucionada sob a regência da presunção de inocência. Sob esse aspecto, para além das regras de hermenêuticas em

geral, as diretrizes interpretativas no âmbito do processo criminal pode ser condensadas em 7 (sete) categorias, quais sejam, (i) *os direitos fundamentais são limitações ao dever-poder de exercício da persecução criminal*; (ii) *os direitos fundamentais são relativos*; (iii) *os direitos fundamentais são sistêmicos*; (iv) *os direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado*; (v) *direitos fundamentais com função hegemônica no sistema jurídico*; (vi) *direitos fundamentais além-fronteiras*; e (vii) *os direitos fundamentais em colisão e a solução pela técnica da ponderação* (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 201-237).

A seguir, resumidamente, as considerações sobre cada uma dessas diretrizes, que devem ser compreendidas dentro do contexto do princípio-mor do sistema criminal, o qual é a presunção de inocência.

- (6) (i) *os direitos fundamentais são limitações ao dever-poder de exercício da persecução criminal*: as garantias constitucionais, em primeira nota, representam limitações ao exercício da persecução criminal, no que diz respeito à investigação criminal, ao processo de conhecimento e à fase da execução da pena, preceituando o devido processo legal. São instrumentos de patrulhamento da força do Estado, quando este, mediante a atuação de seus órgãos, notadamente da polícia e do Ministério Público, se encontra no exercício da persecução criminal. Por conseguinte, como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, as cláusulas encartadas na Lei Fundamental e que perfazem, sob uma perspectiva abrangente, o devido processo legal criminal, são contempladas para o acusado, a fim de que este possa ter reconhecidos os direitos que são inerentes a sua condição humana, mesmo quando o Estado esteja no legítimo exercício da persecução criminal. O Estado *não pode tudo* na persecução criminal, por mais legítima que seja a busca pela responsabilização de quem praticou o delito, independentemente da gravidade do caso. Ferrajoli (1989, p. 549) diz que essa é uma opção civilizatória, como forma de proteger os inocentes, ainda que ao custo, em algumas situações, da impunidade de alguns culpados, pois “*la presunción de inocência noum sólo una garantía de libertad y de verdade, sum también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social*”.

(ii) *os direitos fundamentais são relativos*: os direitos fundamentais, por mais essenciais que sejam à condição humana, não são absolutos, sequer o direito à vida está fora de limites, pois, em determinadas situações, é lícito sacrificar a vida de uma pessoa, como a legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito (art. 23 do Código Penal). Fernando Barcellos (1996, p. 63), tendo em conta esse aspecto, chega a afirmar que, no limite, em razão da legítima defesa, há um *direito de matar*, que é uma medida extrema, mas justificada, diante da colisão do direito à vida entre duas pessoas. Indo mais além, tem-se que aquilo que se traduz para o particular em um direito de matar, “para o poder público, observadas as circunstâncias que justificam o uso da força extrema, apresenta-se como *dever de matar* (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 204), como na hipótese em que um policial, se defrontando com uma situação em que uma pessoa está prestes a matar outra, tem de agir em proteção ao direito à vida de quem está sendo agredido, ainda que isso importe em sacrificar a vida do agressor<sup>602</sup>. Entretanto, a despeito de serem relativos, a regra é que eles sejam preservados ao máximo, com o menor sacrifício possível, exigindo fundamentação idônea para serem flexibilizados, com a preservação, em todo caso, do seu núcleo essencial. No ponto, Yara Gurgel (2018, p. 93) ensina que a dignidade da pessoa humana, além de se apresentar como *fundamento valorativo* dos direitos fundamentais, desempenha o relevante papel de *limite aos possíveis limites* desses direitos. A flexibilização de um direito fundamental, portanto, trata-se de uma exceção, que precisa ter a justificativa, mediante prévia decisão judicial ou de comissão parlamentar de inquérito, salvo nos casos de *reserva de jurisdição estrita*, em que só o juiz, no exercício de atividade jurisdicional, pode flexibilizar o direito que ostenta esse *status*<sup>603</sup>, ademais de possuir limite.

(iii) *os direitos fundamentais são sistêmicos*: não existem isoladamente, pois além dos limites expressos na própria constituição e em leis infraconstitucionais,

---

<sup>602</sup> Merece reflexão, ainda, a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, a denominada *Lei do Abate*, que prevê de forma imperativa o dever de matar, caso uma aeronave em situação irregular no espaço aéreo brasileiro, esgotados os meios coercitivos, após classificada como hostil, após a autorização do presidente da República ou por autoridade por ele delegada, deve ser alvejada. Por mais críticas que se possa fazer à lei em menção e a esse *dever de matar*, a experiência negativa com os ataques terroristas no solo americano em 11 de setembro de 2001, justificam atuação tão extremada.

<sup>603</sup> Os casos de reserva de jurisdição estão expressos na Constituição: a determinação de busca e apreensão (art. 5º, XI) e a interceptação telefônica (art. 5º, XII, parte final) e a decretação da prisão (art. 5º, LXI).

possuem limitações imanentes ou implícitas, diante da necessidade da coexistência sistêmica de todos os direitos, que possuem múltiplos titulares, o que reafirma a impossibilidade lógica de se pensar em um direito de caráter absoluto. Com efeito, os direitos fundamentais são muitos e convivem em interrelação entre eles, de modo que essa coexistência sistêmica implica, no final das contas, que eles se autolimitam. Dessa forma, os direitos fundamentais possuem autolimitações que são imanentes ao sistema jurídico por eles criado. Daí é certo dizer que a relatividade desses direitos essenciais sobressai, naturalmente, da autolimitação por eles mesmos imposta. O direito à intimidade de *A*, em certa medida, impõe restrições ao direito de defesa (produzir prova) de *B* e assim sucessivamente. Tal ocorre, até mesmo, em relação a direitos fundamentais de mesma espécie, pois o mesmo direito de liberdade de um, em contranota, serve para limitar o que é conferido a outro. Vigem entre esses direitos o que Canotilho (1991, p. 615-616) denomina *cláusula da comunidade, dos limites originários ou primitivos*.

(iv) *os direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado*: na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais atribuem ao Estado o dever de proteção eficiente dessa classe de direitos (vida, liberdade, intimidade, honra, patrimônio e a segurança em geral), mediante ações preventivas e de persecução criminal, com a utilização de instrumentos hábeis e eficazes pelo Estado em suas 3 (três) esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Cabe alertar, uma vez mais, que, conforme explicitado no item 6.1, supra, o dever de exercício da persecução criminal, dimanado da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se confunde com o que se convencionou denominar como *princípio da obrigatoriedade* da ação penal de iniciativa pública. O dever é da persecução criminal. Verificada a existência do crime de iniciativa pública, o Ministério Público, diante do monopólio da capacidade postulatória, tem o dever de tratar da questão, seja propondo a solução pela via consensual (transação, suspensão do processo ou acordo de não persecução penal)<sup>604</sup>, seja mediante a propositura da denúncia, agir limitado pelos direitos fundamentais na dimensão subjetiva.

(v) *direitos fundamentais com função hegemônica no sistema jurídico*: a força normativa dos direitos fundamentais transmutou o sistema jurídico, pois passou a

---

<sup>604</sup> Cf. item 6.2.2.2.1, *infra*.

ocupar posição hegemônica, deixando de desempenhar o papel subsidiário de completar as brechas ou espaços vazios existentes na legislação subconstitucional. Agora exercem função fundamentadora, interpretativa e supletiva do ordenamento jurídico. O Código de Processo Penal de 1941, elaborado sob a direção de um regime antidemocrático e fascista, precisa ser visto e entendido sob as lentes dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

(vi) *direitos fundamentais além-fronteiras*: os direitos fundamentais, como normatização dos direitos humanos, não permitem uma visão tupiniquim, não sendo correto negar a interlocução da Constituição com outras declarações de direitos essenciais<sup>605</sup>. O novo constitucionalismo pós-guerra, como avisa Cançado Trindade (1997, p. 404), forjou a abertura à *internacionalização da proteção dos direitos humanos*, já consagrado na Norma Fundamental brasileira no § 2º do art. 5º e foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a inclusão do § 3º no mesmo dispositivo. Assim como defende Marcelo Neves (2009, p. 131), os desafios lançados pela *sociedade moderna ou sociedade mundial* não concebem que se procure solucionar problemas relacionados a direitos fundamentais com suporte no direito local, sendo necessária a construção de espaço constitucional além-fronteiras, a fim de que seja oferecido ambiente mais largo e saudável para o trânsito dialogado e transversal entre ordens jurídicas diferentes, em busca de maior aprendizado e da melhor solução para questões desse nível, que interessam a toda a humanidade. No ponto, Rodrigo Sánchez (2010, pos. 549), forte em Roxin, alerta que, até mesmo em razão da globalização e da maior expansão dos crimes transnacionais, na atualidade, um dos desafios significativos da ciência criminal está na “superação de uma leitura estritamente nacional desta ciência”, de modo que qualquer reforma da dogmática penal e da política criminal precisa estar em sintonia com as *bases supranacionais*.

(vii) *os direitos fundamentais em colisão e a solução pela técnica da ponderação*: a colisão de direitos fundamentais é da essência do processo criminal, no qual o dever-poder do exercício do *jus perseguendi* é extraído da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, enquanto os limites a essa missão estão gizados na dimensão

---

<sup>605</sup> Badaró (2016, p. 37-38) defende que “No contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais, devem ser incluídas como incidentes ao modelo processual penal brasileiro as garantias constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)...”

subjetiva dessa mesma classe de direitos, conflito a ser resolvido mediante o método da ponderação, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, com o adequado balanceamento dos bens, interesses e valores tutelados pelos direitos fundamentais envolvidos, tendo como *background* o princípio da presunção de inocência. Sem embargo disso, deve-se adotar como premissa que o ponto ótimo da ponderação é alvitar solução de modo que se obtenha como resultado o maior grau possível do cumprimento do dever estatal de proteção, afetando o menos possível a vida, a liberdade física e, enfim, todos os direitos fundamentais na perspectiva subjetiva (ALEXY 1993, p. 91).

#### 6.1.1.2. Princípio da proporcionalidade e a ponderação como técnica para dirimir a colisão entre direitos fundamentais

É comum na colisão de direitos fundamentais confundir-se a *proporcionalidade* com a técnica da *ponderação*. Mas, para o âmbito dogmático, são coisas distintas. Em verdade, a proporcionalidade é critério de controle da conduta do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judiciária, com a finalidade de proteger a integridade dos direitos fundamentais e limitar o sacrifício de seu usufruto. Como explica Suzana de Barros (2000, p. 35), o princípio da proporcionalidade acompanha, *pari passu*, a própria história da defesa dos direitos humanos, como forma de controlar o denominado *poder de polícia*, isto é, trata-se de um instrumento de controle do *excesso de poder*. A sua construção dogmática se deu entre os alemães, mas corresponde ao *princípio da razoabilidade*, desenvolvido mais de meio século antes pela doutrina judicial estadunidense, germinada da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade (S. T. BARROS 2000, p. 57).

Portanto, a proporcionalidade pode ser definida como um *princípio de proibição do excesso*, norma constitucional não escrita que cuida “de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais” (MENDES 1999, p. 43), que possui como subprincípios ou elementos a (i) *adequação* ou *idoneidade*; (ii) *necessidade* ou *exigibilidade*; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito* (S. T. BARROS 2000, p.

75)<sup>606</sup>. E aqui há de se fazer uma observação importante. O princípio da proporcionalidade e o problema da colisão de direitos fundamentais, via de regra, diz respeito à validade de uma lei editada pelo legislador. Mas, no ambiente do processo criminal essa colisão vai além, pois, em muitos casos, não se está questionando a validade da lei em si, mas, apenas, se é razoável ou proporcional utilizar, diante do caso concreto, uma medida de força autorizada pela lei, como são os casos, por exemplo, de uma diligência em domicílio, interceptação telefônica, prisão preventiva etc. Quando se trata de exame da adequação da lei com os princípios constitucionais, há de se ter como válida a premissa de que o juiz deve resolver o problema como uma questão de princípio, não devendo “substituir os juízos políticos do legislador pelos seus próprios valores, sob pena de transformar o poder judicial numa réplica ilegítima do Parlamento” (NOVAIS 2010, p. 884).

Consoante o primeiro elemento ou *subprincípio da proporcionalidade*, questionada determinada medida estatal em razão da restrição ou sacrifício de direito fundamental, deve-se verificar se o agir estatal está guiado por um fim constitucionalmente legítimo e se o meio escolhido é hábil para que o objeto perquirido seja alcançado. Nesse caso, deve ser inquirida a validade em si do ato, se detém legitimidade constitucional, mediante a verificação se possui fim constitucionalmente legítimo e se o meio é expedito para a proteção dos direitos fundamentais, na perspectiva objetiva, a exemplo do que ocorre em um pedido de decretação de prisão preventiva, quando o juiz deve examinar se efetivamente essa medida servirá para evitar a reiteração da prática de crimes, viabilizar a persecução criminal, quanto à produção das provas, ou assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312, caput, do CPP.

A segunda regra, consubstanciada na necessidade ou exigibilidade, estabelece como diretriz observar se o meio adotado é o que causa o menor dano ou sacrifício possível aos direitos fundamentais, uma vez que não há medida menos restritiva tanto ou mais eficiente para alcançar o fim constitucionalmente legítimo. Pegando o mesmo exemplo utilizado acima, pedida a prisão preventiva para evitar a reiteração da prática

---

<sup>606</sup> Olavo Hamilton (2019, 67-68), em interessante estudo sobre a política de drogas, acrescenta mais um elemento quando se trata da verificação da validade da lei segundo a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), consubstanciado no “postulado da menor ofensividade social”.

de crimes, por necessidade para a instrução e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, o juiz deve examinar se é suficiente e adequada para a situação a imposição, apenas, de medidas cautelares diversas da prisão, que sacrificam em menor grau o direito de liberdade.

Por fim, consoante o terceiro elemento, denominado proporcionalidade em sentido estrito, o sacrifício de um direito fundamental precisa estar justificado pela maior relevância do fim que se pretende alcançar ou do direito fundamental que se pretende proteger. Aqui, é realizada uma *ponderação dos bens, interesses, valores* contidos nos direitos fundamentais em colisão, a fim de, diante das circunstâncias relevantes do caso concreto, estabelecer dentre eles qual ou quais devem prevalecer e em que medida. *A* tem o direito de liberdade e *B* o de que *A* não o mate, o que gera, como consequência, o dever de *C* em proteger o direito à vida de *B*, ainda que, para tanto, tenha de prender *A*. Ainda em consonância com a proporcionalidade, em princípio, salvo circunstâncias excepcionais, não é razoável decretar a prisão de alguém como meio para viabilizar a apuração dos fatos relativos a um crime de furto simples, em que, mesmo no caso de condenação, a pena fatalmente será apenas restritiva de direitos.

A *proporcionalidade stricto sensu* corresponde à técnica da ponderação, elemento pertinente para equacionar situações mais complexas em que, *a priori*, há dificuldade em concluir qual ou quais direitos fundamentais devem preponderar, o que exige sopesar os valores em jogo para tentar encontrar uma solução plausível.

Ainda assim, registre-se que a ponderação não é a única técnica avalizada para servir como terceiro elemento para o juízo de proporcionalidade. De fato, com suporte na assertiva de que os critérios clássicos adotados para a solução das antinomias surgidas no ordenamento jurídico, consistentes na (i) hierarquia; (ii) cronologia; e (iii) especialidade, não se mostram adequados para equacionar a problemática da colisão de direitos fundamentais, a doutrina criou 3 (três) orientações técnicas, assim denominadas: (a) a *categorização*; (b) a *hierarquização*; e, enfim, a (c) a *ponderação*.

Habermas (1997, p. 313-322), ao tempo em que se apresenta como um dos expoentes na crítica ao procedimento da ponderação, defende que seja adotada a *técnica da categorização*, de modo que os direitos fundamentais sejam vistos como regras que tutelam um bem jurídico determinado e específico. A dificuldade dessa técnica é que as



Constituições modernas, notadamente a brasileira, são essencialmente principiológicas, possuindo, assim, texto aberto, no qual há extensa gama de preceitos plasmando valores, de modo a inviabilizar que se pretenda da atividade interpretativa a definição da norma adequada dentre as aplicáveis, pertinente para solucionar outros casos.

Por sua vez, o *método da hierarquização* tem como premissa a definição, a priori e em tese, de uma *tabela hierárquica* entre os bens, interesses e valores tutelados pela Constituição. O grande problema é que, para fins de definição dessa *pauta de prioridades*, ter-se-ia de levar em consideração uma extensa gama de variações: (a) hierarquia entre normas constitucionais e de direito suprapositivo; (b) hierarquia entre diferentes normas constitucionais, conforme um critério de classificação dos bens tutelados; (c) hierarquia entre direitos fundamentais de cunho *individual* sobre metas econômicas, sociais ou políticas; (d) hierarquia entre bens, interesses e valores coletivos ou comunitários e direitos fundamentais individuais. Isso sem falar que essa hierarquização não se conforta com a visão moderna dos direitos fundamentais, que se guia pela premissa de que a prevalência de bens, interesses ou valores constitucionalmente protegidos em normas constitucionais deve ser definida conforme as circunstâncias do caso concreto.

Ademais dos aspectos acima, é de todo procedente a observação feita por Jorge Novais (2010, p. 683), no sentido de que essa hierarquização dependeria do reconhecimento de um *plus de legitimação* ao legislador ordinário, que teria a missão de estabelecer as regras gerais e abstratas traçando as relações de preferência entre os direitos fundamentais, quando isso se mostra inviável, dado que ele “não dispõe dos critérios nem da possibilidade de decidir previamente, de forma abstracta, as colisões de bens tal como elas ocorrem na prática da vida cotidiana...”

O que parece pertinente é o estabelecimento de uma categorização *soft* ou não absolutista (NOVAIS 2010, p. 670) a qual, em que pese formulada abstratamente, possibilita que, tendo em consideração as circunstâncias fáticas, não seja seguida. Em verdade, essa hierarquização comedida se aproxima da própria técnica da ponderação. Ameaçar alguém é um crime considerado de menor gravidade, porém, em determinadas situações, notadamente nos casos de violência de gênero, envolvendo casais, quando não adotadas medidas coercitivas que podem até mesmo resultar na prisão, é bastante

elevada a possibilidade de que a agressão seja consumada e que a vítima importunada seja morta.

Assim, a *técnica da ponderação*, entre as concebidas pela doutrina, é a mais aceita e utilizada na prática, mostrando-se pertinente para orientar o intérprete na solução do conflito entre direitos fundamentais, os quais, declarados em forma de princípios, por conseguinte, vazados em textos polissêmicos, trazem embutidos valores que precisam ser sopesados segundo a situação concreta. Aliás, após esmiuçar as discussões encetadas nos Estados Unidos da América e na Alemanha, sobre a forma de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, Novaes (2010, p. 692) faz duas procedentes assertivas: (i) a primeira é de que, nesses casos, é inevitável se recorrer a metodologias de valoração e ponderação de bens; e (ii) a segunda, é quanto aos riscos, diante da ausência de critérios seguros que devem ser sempre seguidos para a solução dos problemas e mesmo da insuficiência em si da ponderação para determinadas situações.

A ponderação tem como premissa que os eventuais conflitos das normas constitucionais, em verdade, são apenas *aparentes* ou um *campo de tensão*, pelo que admitem resoluções em consonância com as circunstâncias de cada caso concreto, exigindo do intérprete o adequado balanceamento dos bens, interesses e valores tutelados pelos direitos fundamentais.

Uma primeira crítica que se faz à ponderação como procedimento para solucionar, no caso concreto, a colisão de direitos fundamentais, é que, por meio dela, o juiz, não raro, ao fazer exame dos valores contidos nas normas constitucionais, inova no ordenamento jurídico, como se fora legislador, sem que tenha legitimidade para tanto (HABERMAS 1997, p. 313-322)<sup>607</sup>. Mas essa é uma consequência natural do neoconstitucionalismo e da força normativa dos direitos fundamentais, que eleva o Judiciário a última trincheira para o debate sobre a solução de casos difíceis, envolvendo a colisão de direitos.

---

<sup>607</sup> Essa afirmação, sem embargo de outras considerações, não se sustém, uma vez que o juiz, embora não ingresse na magistratura por meio de eleição direta, é escolhido mediante processo seletivo democrático, ademais de no exercício da atividade jurisdicional, exercer um poder que não lhe pertence, mas, sim, ao povo, tal como preconizado no art. 1º, parágrafo único, c/c o art. 2º, ambos da Constituição.

A outra crítica é que a técnica da ponderação, para fins de concretização de preceitos constitucionais, é sobremaneira *aberta e subjetiva*, de forma a permitir que o julgador apresente solução sem marcos objetivos e de racionalidade, impossibilitando, assim, o seu controle. Todavia, conquanto a ponderação seja campo aberto e fértil para que o magistrado faça o balanceamento entre os direitos fundamentais em conflito, ela é uma técnica com lastro na *razão prática*, sendo possível, por meio de regras relativas à *argumentação*, a definição de marcos regulatórios.

Até porque, tal como preconizado na lição de Alexy, a ponderação obedece a um rito argumentativo, não se efetivando em um ato só, cuidando de estabelecer fases próprias do desenvolvimento do *raciocínio ponderativo*, de maneira a permitir a *compreensão e explicitação da estrutura* em si dessa técnica de solução de conflito. Tem como premissa que essa colisão deve ser resolvida de forma que, de um lado, haja o cumprimento da *“obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por outra, de la obligación de afectar lo menos posible la vida y la integridade física del acusado”* (ALEXY 1993, p. 91). Com isso, a técnica da ponderação adquire maior *objetividade e racionalidade*, possibilitando melhor controle e exame crítico da argumentação desenvolvida pelo intérprete, minimizando a crítica que lhe é feita por parte da doutrina.

De fato, a partir da concepção de uma estrutura para a *argumentação ponderativa*, a decisão judicial apresentada como o resultado do método só encontra amparo “em uma justificação racional se explicitar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a racionalidade da ponderação” (GAVIÃO FILHO 2011, p. 260). Serve para evitar que o caráter normativo dos princípios se apresente como a via para a indesejável discricionariedade judicial, de modo que se há de estabelecer *padrões hermenêuticos* que assegurem que a decisão “não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata da resposta adequada à Constituição...” (STRECK 2013, pos. 2298).

Para a doutrina, a estrutura da ponderação compreende 3 (três) fases lógicas e necessárias, sendo que as duas primeiras não se tratam, propriamente, da ponderação, mas, apenas, de etapas preparatórias para a formulação do juízo de ponderação. Na primeira fase, deve-se fazer a identificação dos direitos fundamentais em conflito, o que compreende o exame dos bens, interesses ou valores tutelados constitucionalmente,

elementos que compõem o *âmbito de proteção* da norma constitucional. Essa é uma etapa lógica, pois só há de recorrer-se à técnica da ponderação quando houver conflito entre direitos fundamentais, daí que, no primeiro momento, exige-se a identificação correta de todos os preceitos normativos que precisam ser ponderados em uma determinada situação, sob pena de comprometida a validade da argumentação emprestada para equacionar o caso.

Na fase seguinte, a segunda, cabe ao intérprete identificar as circunstâncias do caso concreto em compasso com as suas *repercussões sobre os elementos normativos* (BARCELLOS 2005, p. 115). Assim, para além de identificar as particularidades da situação fática, impõe-se que sejam especificadas aquelas que, efetivamente, são as mais importantes, que determinam se deve ser conferida maior ou menor satisfação ao objeto tutelado pelas normas jurídicas em conflito. Deve-se levar em conta, ainda, que há direitos fundamentais que não se sujeitam à ponderação, diante de seu caráter estruturante, como a dignidade da pessoa humana e os direitos incluídos em seu conteúdo, razão pela qual Yara Gurgel (2018, p. 191) defende que a identificação dos direitos em conflito se presta, ainda, para ser atribuído maior peso àqueles que mais se aproximam do núcleo essencial da dignidade humana.

Esses dois estágios antecedentes, conforme se disse linhas acima, representam a etapa de preparação da ponderação propriamente dita, servindo para munir o intérprete dos elementos que devem ser sopesados na última e terceira fase, o momento da *decisão*. Esse *momento decisório* representa, propriamente, a *ponderação* e, mercê de sua complexidade, também ela própria obedece a um processo racional de justificação, que compreende 3 (três) outros estágios. Primeiro, é preciso verificar, no caso concreto, a intensidade do sacrifício dos bens, interesses ou valores tutelados por um dos direitos fundamentais em conflito. Nessa etapa deve-se observar para não ser atingido o núcleo essencial do direito fundamental, critério expresso na Constituição da Alemanha, cujo art. 19, 2, esclarece que “Em caso algum poderá ser afectado o conteúdo essencial de um direito fundamental”. Suzana Barros (2000, p. 98) chama a atenção que, assim como a Carta alemã, as Constituições portuguesa (art. 18.3) e espanhola (art. 53.1), seguindo

o mesmo passo, preceituam que, em todos os casos, deve ser respeitado o *conteúdo* essencial dos direitos fundamentais<sup>608</sup>.

Segundo, deve ser avaliado o grau de importância da concretização dos bens, interesses ou valores embutidos no outro direito fundamental. Terceiro, proceder à comparação entre a intensidade da restrição ou sacrifício de um direito fundamental e o grau de concretização ou satisfação do outro direito fundamental, fazendo, a partir daí, relação de prevalência condicionada entre eles, conforme a seguinte equação: (a) intensidade da restrição ou sacrifício do direito fundamental *Y* maior do que o grau de concretização ou satisfação do direito fundamental *X*, prevalece *Y*; (b) intensidade da restrição ou sacrifício do direito fundamental *Y* menor do que o grau de concretização ou satisfação do direito fundamental *X*, prevalece *X*; (c) intensidade da restrição, sacrifício do direito fundamental *Y* igual ao grau de concretização ou satisfação do direito fundamental *X*, não há prevalência de *Y* sobre *X* ou de *X* sobre *Y* (ALEXY 1993, p. 92-95).

A estrutura da formação da técnica ponderativa é esmiuçada por Alexy (1993, p. 96) a partir do estudo dogmático de aresto do Tribunal Constitucional alemão, com o qual se decidiu o caso *Lebach*. Na hipótese, ante a intenção de uma rede de televisão alemã em exibir um documentário sobre *o assassinato de soldados em Lebach*, um dos condenados pelo crime, que estava prestes a encerrar o cumprimento da pena, tentou impedir que o programa fosse veiculado, ao fundamento de que isso violava o seu direito à preservação da intimidade e comprometia a sua ressocialização, pelo que, diante dessas circunstâncias, haveria um *direito ao esquecimento* quanto ao episódio do passado. A súplica, desacolhida tanto perante o Tribunal Provincial quanto pelo Tribunal Provincial Superior, chegou à Corte Constitucional alemã.

Para solucionar a colisão entre os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade e à liberdade de informação, a Corte Constitucional desenvolveu a sua argumentação em 3 (três) graus: primeiro, identificou os preceitos constitucionais em conflito. A partir daí, teve em consideração que, considerado isoladamente, o princípio da inviolabilidade da intimidade veda a exibição do programa, ao passo que, em sentido

---

<sup>608</sup> As Constituições da Turquia e da Suécia também possuem dispositivo determinando a preservação do núcleo essencial do direito fundamental (BARAK 2012, p. 496).

contrário, sem a tensão, o princípio do direito à informação permite a veiculação do documentário. Portanto, os dois princípios, considerados isoladamente, conduzem a resultados contraditórios e conflitantes, ao mesmo tempo em que as duas cláusulas constitucionais são válidas, nenhuma possui precedência determinada. Na segunda operação discursiva, o Tribunal Constitucional alemão concluiu que há uma relativa precedência da liberdade de informação em relação à inviolabilidade da intimidade, quando trata de *“una información actual sobre hechos delictivos”* (ALEXY 1993, p. 97). Note-se que, nas circunstâncias do caso concreto, a informação contida no documentário era a respeito de crimes que, conquanto considerados graves, não eram atuais, uma vez que praticados fazia algum tempo, o que foi levado em consideração, por se tratar de peculiaridade de alta relevância para a solução da *vexata quaestio*. Na terceira etapa da argumentação, referente à efetiva ponderação, o Tribunal Constitutionum asseverou que

*en caso de la “repetición de una información sobre un delito grave, q□roceso fponde ya a intereses actuales de información” que “pone en peligro la ressocialización de□roceso f□), tiene precedencia la protección de la personalidad (P1), frente a la libertad de inforunción (P2), lo que en el caso que hay que decidir significa que esta última está prohibida”* (ALEXY 1993, p. 97).

Atente-se que isso não quer dizer que, sempre e sempre, quando se tratar de informação sobre fatos ocorridos em um passado distante, deve preponderar o direito à inviolabilidade da intimidade. Mesmo aqui, a prevalência estabelecida não é absoluta, mas adequada às circunstâncias do caso concreto, em que se levou em consideração que a veiculação da matéria prejudicaria a ressocialização do infrator.

Em circunstâncias diferentes, porém, girando em torno igualmente do *direito ao esquecimento*, e certamente inspirado no precedente alemão, familiares da vítima de um crime ocorrido no Rio de Janeiro nos anos 1950, que teve alta repercussão na mídia, pediram indenização contra a emissora de televisão que veiculara matéria sobre o caso. O Supremo Tribunal Federal (RE 1010606/RJ 2021), em repercussão geral, sufragou a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

O julgado merece crítica, pois não se pode, *a priori*, fixar o entendimento de que a divulgação de fatos antigos afronta o direito à intimidade quando balanceado com o direito à livre informação. Isso vai depender do caso concreto. Note-se que no caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, ainda houve a ponderação sobre uma peculiaridade, qual seja, o prejuízo que o documentário produziria no *processo de ressocialização* do infrator. É certo que a Constituição brasileira, a par de prever como princípio a publicidade dos atos processuais, preceituando que a restrição só se mostra legítima se e “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX), contempla regra específica sobre os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, expandindo a publicidade em relação a esse aspecto, definindo que, nesse caso, a limitação quanto à divulgação do seu conteúdo apenas pode ocorrer para fins de preservação do *direito à intimidade* e, mesmo assim, quando tal não “prejudique o interesse público à informação” (art. 93, IX, parte final, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Como se vê, o próprio constituinte estabeleceu uma categorização entre os direitos fundamentais à preservação da intimidade e o interesse público à informação, conferindo *regra de prevalência* a este, uma *categorização soft*, portanto, quando se trata da veiculação do conteúdo de decisões judiciais.

De fato, perceba-se a diferença. Quanto aos julgamentos, o sigilo em relação ao seu conteúdo não é cabível sob o argumento de que necessário para preservação do interesse social. Só é admissível em situação que se impõe a restrição para resguardar a intimidade, ainda assim, caso isso não comprometa o direito à informação (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 473). Todavia, ainda assim, em um caso concreto é possível que se apresentem outras circunstâncias com reflexos em determinados direitos fundamentais, a exigir que sejam levadas também em consideração na ponderação, a fim de definir qual deve ser a resposta. E aqui impõe fazer eco à crítica de Marcelo Neves (2013, p. 103), no ponto em que censura a postura dos tribunais brasileiros de nos julgamentos dos casos concretos não fazer um diálogo de harmonização entre as posições defendidas por cada um dos membros, sendo o resultado da mera consequência da maioria dos votos.

Por fim, cabe ainda salientar que Aharon Barak desenvolve interessante raciocínio sobre o balanceamento de direitos fundamentais, a fim de se contrapor ao ensinamento de Alexy de que nesses casos de colisão a solução do problema implica na prevalência de um direito em detrimento do sacrifício de outro. Ele pondera que, nesses casos de limitações dos direitos constitucionais versados em forma de princípios, em verdade, não há afetação quanto ao alcance de nenhuma das cláusulas em conflito, senão a criação de uma *nova norma constitucional* derivada do equilíbrio proporcional entre elas (BARAK 2012, p. 39).

## 6.2. TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CRIMINAL: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL

No capítulo 3, supra, demonstrou-se que o *devido processo criminal* é um marco civilizatório recente, ínsito ao Estado moderno, fulcrado na declaração de direitos inerentes à condição humana e na tripartição dos poderes, forma de materializar a garantia da presunção de inocência. Assim, nem sempre a persecução criminal se fez por meio do processo. De fato, à época do Estado absoluto, a persecução criminal não conhecia ou reconhecia regras normativas e a punição de alguém ficava à mercê da vontade do Executivo, que enfeixava em suas mãos a função de legislar, exercer a *persecutio criminis* e, igualmente, de julgar e executar as penas cruéis e infamantes. Para atingir esse fim, o Estado se guiava, apenas, por meio de meros ritos e tinha como pressuposto a ideia de que o suspeito era culpado. Portanto, não havia, propriamente, processo judicial, mas um *ritual ou mero procedimento* voltado para *simplificar* a aplicação da pena. Ainda que a missão de *punir* fosse confiada ao Judiciário, ademais de não se garantir a independência judicial, não havia *regras de contenção*, mas, sim, procedimentos ou rituais para viabilizar a *punição*, em uma atuação embasada em uma presunção de culpa. Evidenciando essa assertiva, Frederico Marques registra que, mesmo quando se atribuiu, na época do absolutismo monárquico, a um juiz a missão de julgar os casos, não havia propriamente atuação jurisdicional nem muito menos existia o processo, pois “O que nele se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse...” (MARQUES 1977, p. 28).



O arremedo de processo, ou melhor, os rituais estabelecidos eram engendrados como instrumento para dotar o Estado de *armas* contundentes para comprovar a *verdade* gerada da suspeita de que a pessoa tinha praticado a conduta ilícita e aplicar as penas aos infratores que não eram, aos olhos do soberano ou Rei, considerados *pessoas de bem*<sup>609</sup>. Com o movimento revolucionário iluminista, tendo em conta ser de mister a limitação dos poderes do estado, nos sentidos horizontal e vertical, a *jurisdição penal* saiu da esfera administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial. Operou-se a *processualização* da persecução criminal (MARQUES 1977, p. 28), ou seja, a efetiva *jurisdicionalização* dos julgamentos. Assim, conquanto o Estado-administração, no exercício do *poder de polícia*, tenha persistido com o monopólio de realizar as atividades preventivas e ostensivas de manutenção da ordem, gozando de autoexecutoriedade nesse espaço institucional, deixou de poder aplicar a punição, mesmo quando constatada a ocorrência de um crime previsto em lei criada pelo Legislativo, pois lhe restou reservado, apenas, o *dever-poder* de exercer a persecução criminal perante o Judiciário. Ou seja, quanto à aplicação da sanção criminal passou a vigor o princípio *nulla poena sine iudicio*, o que significa dizer que, sempre e sempre, “o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário” (JARDIM 1999, p. 83).

A processualização da persecução criminal guarda dimensão ímpar, pois, se na seara cível, desde que o réu concorde com a pretensão do autor, o assunto pode ser resolvido com a aplicação da lei ao caso concreto, mediante acordo, ainda que informal, ajustado entre os envolvidos, sem a necessidade, sequer, de passar pelo crivo do Judiciário, tal fato não ocorre no âmbito criminal, ainda quando o agente confessa e mesmo quer cumprir a pena prevista em lei: o devido processo legal, necessariamente, terá de ser desenvolvido, ainda que seja para homologar eventual acordo, quando adotados instrumentos negociais. O processo criminal foi concebido para controlar e estabelecer regras quanto ao exercício da punição pelo Estado. Com as regras do processo, a persecução criminal, que era *ilimitada*, passou a conhecer *limites*, ficando o Estado impedido de fazer a *autoexecução* da norma criminal.

---

<sup>609</sup> Ainda hoje, como retórica de discursos punitivistas, é frequente a utilização da expressão *pessoas de bem*.

Diante das regras do processo, no caso da ocorrência do crime, para que o Estado possa punir o infrator tem de ajuizar a ação penal na qualidade de parte, a fim de pedir ao juiz que a sanção seja imposta (MIRABETE 2006). Sem embargo de ter de utilizar-se do processo para pedir e conseguir obter a permissão para punir o infrator, o Estado tem de obedecer às normas basilares estabelecidas para a validade dos atos processuais, cujas principais são aquelas que resguardam os direitos fundamentais da pessoa acusada de ter perpetrado o ilícito.

Tourinho Filho dá atenção a esse detalhe, ao lembrar que a jurisdição surgiu, por um lado, para impedir a autodefesa descomedida e imoderada e, ao mesmo tempo, para garantir a liberdade contra os excessos praticados pelo Estado na pretensão de punir. Aclara que, com a determinação de que a jurisdição criminal deve ser exercida em compasso com as regras do processo, “o Estado autolimitou o seu poder repressivo” (MIRABETE 2006, p. 53). Em rigor, o Estado não se autolimitou, isso foi imposto em razão dos movimentos humanitários, mais precisamente o que foi fomentado pelos iluministas, que trouxe como consequência o surgimento da primeira escola criminal – a clássica – e, com ela, um amplo movimento reformista, cuja tônica era a humanização da apuração e julgamento dos crimes. Realçando esse aspecto, o Ministro Celso de Mello (HC 73338/RJ 1996), ao exortar a importância do processo criminal no contexto dos direitos fundamentais, asseriu que esse ramo do direito “não é um instrumento de arbítrio do Estado”, pois “A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, fórmula de salvaguarda da liberdade individual”, de modo que restringe o *absolutismo estatal*.

A missão do Judiciário no processo criminal é de *controle da força do Estado*, cabendo-lhe cuidar para que os preceitos normativos sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos direitos fundamentais. Prima patrulhar a *legalidade da persecução criminal*. No processo instaurado perante o Judiciário por meio da provocação do Ministério Público, aquele não está vinculado a este, visto que possui independência e zela para que a pretensão invocada se pautas as formalidades estabelecidas em lei, com a plena observância das mais diversas garantias que são pertinentes à pessoa a quem é imputada a prática da ação delituosa, algumas sob a nomenclatura de direitos fundamentais e outras tantas de qualquer forma destes decorrentes. A processualização da punição, ao tempo em que regula a jurisdição, no

âmbito criminal, consoante entendimento sufragado pela Suprema Corte, em voto da lavra do Ministro Celso de Melo, torna a *persecutio criminis* “juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao *dever-poder de punir* do Estado” (HC 73338/RJ 1996).

Tem-se, assim, repita-se, que a persecução criminal, que era uma atividade *fundamentalmente administrativa*, gozando da *característica da autoexecutoriedade*, em que o Estado tudo podia e devia fazer para punir, com o devido processo legal, passou a ser processualizada, sob a direção de um *juiz independente e imparcial*, a fim de garantir o cumprimento das regras, consubstanciadas nos direitos fundamentais. Em suma, o “princípio da jurisdicionalidade do procedimento penal” veda a administração de exercer coação direta sobre os imputados (ALMEIDA JÚNIOR 1972, p. 92).

Esse aspecto distingue, ontologicamente, a teoria do processo criminal da que é própria para a seara cível, de modo que uma não se confunde com a outra. De fato, a *ratio essendi* do processo civil é a composição de litígios quanto às relações intersubjetivas travadas na sociedade, enquanto a do processo criminal é a contenção da força do Estado na persecução criminal em relação a quem é imputada uma conduta ilícita. A ação cível é a forma de o particular acionar o Estado-juiz para que este preste a tutela jurisdicional, no escopo de resolver um problema jurídico com outrem, que não pôde ser equacionado por ele com o uso das suas próprias mãos, razão pela qual é pensado para o tratamento de litígio envolvendo interesses intersubjetivos envolvendo pessoas físicas e/ou jurídicas. Portanto, a ação é o direito de o particular acessar o Judiciário, quando demonstrada a necessidade e se, e somente se, ele quiser levar o assunto à discussão na esfera judicial. Trata-se, assim, de um *direito público subjetivo*.

No âmbito criminal, a situação é diferente. Carnelutti (1950, p. 149), ao definir a natureza jurídica da jurisdição criminal, alerta que “*que yo he llamado a proceso es el poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar*”, razão pela qual “*poder de castigo o poder de jurisdicción quieren decir, pues, la misma cosa*”. Por isso mesmo, ao extremar a distinção entre a jurisdição penal e a civil, Leo Rosenberg (1955, p. 70), anota que a primeira “*sirve para la resolución sobre el derecho perteniente al Estado de imponer una pena (criminal), fijada para um delito, y para su ejecución*”, enquanto a segunda “*se trata de la declaración y realización de derechos y relaciones jurídicas (entre las partes) de derecho privado, a veces también de derecho*

*publico*”. Atento a esse aspecto, em reforço ao que aqui vem de ser sustentado, assevera que o que fundamenta e explica “*la distinta □roceso ción de ambos procesos y la vigência em ellos de principios procesales distintos*” é a circunstância de a jurisdição penal regum o “*interés público en el castigo del culpable*”, ao passo que a civil o *umnterés del particular en la imposición de su derecho*”.

Se o fim precípua do processo civil é a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, no processo criminal o que se disciplina é o *dever-poder* de exercício da persecução criminal do Estado, que somente pode aplicar a lei sob o crivo do Judiciário. O processo criminal, por conseguinte, limita o exercício da persecução criminal, devido a sanção não poder ser imposta senão mediante autorização judicial, formada em um processo no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares, exigência estabelecida devido ao pressuposto de que todos são inocentes. E mais. Ainda quando possível o acordo entre as partes, necessariamente, o ajuste tem de passar pelo crivo do Judiciário.

Por isso mesmo, a teoria do processo criminal, em verdade, se confunde com a teoria dos direitos fundamentais, pois esse ramo do direito se explica conforme a *multifuncionalidade* dessa classe de direitos: na época do seu surgimento, na segunda metade do século VIII, escorado na legalidade pretraçada pelo legislador infraconstitucional, enquanto no seu ressurgimento, por meio do Estado democrático de direito, forjado no movimento *neoconstitucionalista*, regido pela legalidade exalada da força normativa dos direitos fundamentais.

Ademais, o processo penal é decorrência lógica do princípio da tripartição dos poderes. Sem tripartição de poderes, não há de se falar em processo penal. Isso explica a razão pela qual o processo criminal – o direito criminal em si –, só surgiu propriamente a partir da Revolução Francesa, com a ideia da separação dos poderes Executivo e Judiciário. O processo criminal é o instrumento do qual o Estado-administração, servindo-se do Ministério Público, solicita ao Estado-juiz a autorização para aplicar a lei penal em um caso concreto, por meio da aplicação de *pena* ou *medidas alternativas*<sup>610</sup>.

---

<sup>610</sup> Cf. item 6.4, *infra*.

O Estado-administração, para cumprir a missão que lhe é outorgada diante do monopólio da persecução criminal, precisa da autorização do Judiciário para responsabilizar o infrator pela violação da norma penal, questão discutida dentro do processo criminal, principal ou incidental, como os casos de busca e apreensão, quebra dos mais diversos sigilos e interceptações telefônicas, assegurada a ampla defesa contra quem se pede a aplicação da lei penal. Enquanto no processo civil quem pede é o particular, no criminal a pretensão é veiculada pelo próprio Estado<sup>611</sup>.

Se no processo civil tecnicamente a ação é proposta pelo autor contra o Estado-juiz, e não propriamente contra o seu devedor, no processo criminal tem-se o Estado-administração propondo a ação contra o Estado-juiz. No primeiro, o Estado-juiz tutela o direito do autor, em decorrência do monopólio da força pelo Estado, enquanto no segundo, o próprio monopólio da força do Estado-administração é submetido ao crivo e controle do Estado-Juiz, como forma de assegurar ao acusado o devido processo legal. Por meio do processo, se faz o controle de um Poder, o Executivo, por outro, o Judiciário, ambos agindo em sintonia com a legalidade, ou seja, em consonância com a lei ditada por outro Poder, o Legislativo. Os Poderes constitucionais atuam na persecução criminal, cada um no seu quadrado, observando os direitos fundamentais, em ambas as dimensões.

Dessa forma, enquanto o processo civil gira em torno do *direito de ação*, no criminal a situação é invertida, pois a razão de ser do processo criminal é o *direito de defesa*, no contexto do princípio da presunção de inocência. Ou melhor, o devido processo legal substancial, o qual é a própria *plenitude* de defesa<sup>612</sup>, constitui o processo criminal efetivo ou substancial, irrigado e compreendido no ambiente do princípio da presunção de inocência, o *coração* do sistema, mas sem descuidar da proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva.

De outra banda, a dualidade de significados das garantias do processo criminal formatam o que se pode chamar de o *justo processo*, de modo que para a correta atuação jurisdicional no processo é preciso observar a proteção dos direitos fundamentais nas

---

<sup>611</sup> Cf. item 6.2.2.2.1, *infra*, em que se defende a incompatibilidade da ação penal de iniciativa privada com um sistema criminal arquitetado sob a imagem e a semelhança do Estado democrático de direito, ademais de ser dispensável, quando a instrumentos negociais como o acordo de não persecução penal.

<sup>612</sup> Cf. item 6.2.2.1, *infra*.

suas duas perspectivas, o que quer dizer, na objetiva, o cumprimento do dever de proteção (PEREIRA 2020, p. 193-194) e, na subjetiva, os direitos do acusado. Por isso mesmo, Joshua Dressler (2002, p. 23) ao assinalar os 4 (quatro) elementos que conferem legitimidade ao sistema processual criminal dos Estados Unidos da América, menciona que é levado em consideração o “grau em que o sistema judicial limita o poder do Estado em relação aos acusados no processo criminal e a eficiência do processo”.

Aliás, a ação penal, pelo menos a de iniciativa pública, não pode ser considerada um direito, assim como se tem no âmbito civil, simplesmente porque não existe uma relação jurídica penal-material entre o infrator e o ofendido, uois “*El jus puniendi se ha assumido com exclusividade por el Estado (no como derecho, sino como deber) y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal*” (AROCA, REDONDO e VILAR 2013, pos. 80). Acrescenta Geraldo Prado (2005, p. 184) que, até mesmo nos modelos de ordenamentos jurídicos nos quais o Ministério Público possui margem mais alargada para decidir entre acusar ou não, a *liberdade* ou *faculdade* conferida ao órgão ministerial é diferente da liberdade ou faculdade quanto ao ajuizamento pelo particular no âmbito cível, pois a opção daquele é feita com suporte no princípio da *legalidade*, imprescindível para que o ofendido e a sociedade em geral seja protegida em relação a decisões pessoais de cada membro do *parquet*. No ponto, Jürgen Baumann, embora admitindo que o *jus perseguendi* seja um *direito* estatal reconhece que é “*también un deber del Estado*” (BAUMANN 1986, p. 6).

Dessa maneira, enquanto no processo civil a ação é um direito subjetivo de provocar o Judiciário que detém o monopólio da atividade jurisdicional, no processo criminal a ação penal, quando de iniciativa pública, cuida-se de um dever, o dever-poder de exercício da persecução criminal, decorrente do dever de proteção exalado da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>613</sup>. Marco Aurélio da Silveira (2014, p. 230), em estudo denso sobre as teorias da ação, chega à conclusão de que o binômio *jus-actio* do direito processual civil não se presta para explicar satisfatoriamente a ação penal, pelo que “por seu conceito e natureza jurídica, deve-se entender a ação processual

---

<sup>613</sup> A ação penal de iniciativa privada é uma incongruência, especialmente com o advento do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, pois a titularidade da ação nas mãos do Ministério Público é evitar que a persecução penal sirva de amparo à manifestação de *vindita* da vítima (SILVA JÚNIOR 2021, p. 449-451).

penal, no Brasil, como poder, conferido ao Ministério Público [...] de provocar a jurisdição em relação a um caso penal”. Assim, ele afirma que não se trata de um direito, mas de um poder. Em certa medida, há de se concordar com o autor em menção, porém, em verdade, sob a perspectiva da teoria do garantismo, a ação penal trata-se mais de um dever.

Com efeito, a expressão *dever-poder* é mais adequada, pois o monopólio da persecução criminal advém do poder de polícia, pelo que, em princípio, o exercício da ação pelo Ministério Público decorre desse poder. Porém, em um sistema de cariz garantista, a persecução criminal é mais um dever do Estado do que um poder. Portanto, embora não deixe de ser *um poder*, a persecução criminal é, antes de tudo, *um dever*, decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (dever de proteção) e pelo fato de o ofendido e a sociedade em geral não terem, de regra, o direito de realizar essa função.

Repita-se que a expressão *dever* está muito distante do que se conhece como *princípio da obrigatoriedade* da ação penal. O dever não é específico de ajuizar a ação penal, senão de exercer a persecução criminal, o que é mais amplo, e compreende a *obrigatoriedade* de o Ministério Público buscar a solução da questão penal da forma menos gravosa possível, com a utilização, quando admissível, dos instrumentos de descriminalização, como a transação, suspensão do processo e o acordo de não persecução penal. O Ministério Público tem o dever de exercer a persecução criminal, sendo a ação penal um dever quando, presente a justa causa<sup>614</sup>, consistente na prova da existência do crime e dos indícios de autoria, não existir a possibilidade de resolução do caso por um dos instrumentos de descriminalização.

Tem-se, portanto, que o Ministério Público não pode ficar omissivo. Chegando ao seu conhecimento a ocorrência de um crime e presente a justa causa, tem de agir, ainda que para fazer o acordo de não persecução criminal, sob pena de prática de falta funcional, passível de sanção na seara administrativa. Veja-se que, em razão disso, para além do prazo prescricional, o Ministério Público tem prazo estabelecido em lei para ajuizar a ação penal, de 5 (cinco) dias, no caso de acusado preso, e de 15 (quinze) dias,

---

<sup>614</sup> Gabriel Divan (2015, p. 323) sublinha que a justa causa, albergada no início apenas para o habeas corpus, mas transplantada como requisito da ação penal, guarda similitude com a *boa causa* ou *good case* “do direito inglês, que revela ares de análise de um critério concreto de justo para a apreciação”.

se solto (art. 46 do CPP), sob pena de responsabilidade funcional, mercê da atuação da corregedoria do órgão ministerial. E isso ocorre porque, antes de tudo, a atuação do Ministério Público na persecução criminal se trata de um dever.

A ação penal, para todos os efeitos, é uma das formas de exercício da persecução criminal. Por isso mesmo, a expressão *dever-poder de exercer a persecução criminal* é mais adequada tendo em vista a existência de institutos negociais (transação, suspensão do processo e acordo de não persecução penal), com os quais a solução do problema criminal pode se dar pela via da negociação, sem a imposição de pena ou mesmo condenação. Aliás, nos casos da transação e do acordo de não persecução penal, inclusive, sequer há o ajuizamento da ação penal. Há a persecução criminal, porém, sem ajuizamento da ação penal, entendida a persecução criminal como forma de solução do problema criminal, com ou sem o ajuizamento da ação penal, de forma autocompositiva ou heterocompositiva.

Aqui merece destaque o acerto da locução acordo de não persecução penal. O que resta acordado entre o Ministério Público, a defesa e o investigado é que ação penal não será ajuizada, uma vez que a persecução criminal existe, solucionando-se o problema com a imposição de medidas restritivas, cujo cumprimento traz como consequência a extinção da punibilidade, declarada em sentença que, para efeitos legais, tem natureza absolutória, em interpretação por analogia do art. 397, IV, do CPP. Assim, as tratativas para o acordo e o acordo em si, homologado na via judicial, são materializados por meio da persecução criminal, não havendo, porém, exercício da pretensão acusatória nem muito menos condenação ou aplicação de pena.

A ação penal se constitui, em verdade, uma espécie de *class action*, pois o Ministério Público não age em nome próprio, senão em nome do povo ou da sociedade, aí incluída a vítima, que tem interesse na persecução criminal, como forma de proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva. Isso é o que justifica o fato de a titularidade da ação penal não ser outorgada ao particular ou à vítima, mas, sim, a um órgão estatal, no caso, a polícia judiciária, na fase investigatória<sup>615</sup>, e ao Ministério Público, na processual. O dever do Ministério Público na persecução criminal, quando

---

<sup>615</sup> A investigação, porém, não é exclusiva da polícia, podendo ser feita por outros órgãos estatais, além do Ministério Público. Cf. item 6.2.2.2.2, infra.



não possível a solução consensuada, é perquirir a condenação *do culpado* e não a *de um culpado*, pelo que, mesmo quando oferecida a ação penal, caso convencido da inocência do acusado, deve pedir a absolvição<sup>616</sup>.

Em resumo, quanto à natureza jurídica da ação penal, tem-se que se cuida de um dever-poder – mais de um *dever* do que de um *poder* – de exercer a persecução criminal, isto é, de tratar do problema criminal, na medida em que, diferentemente do âmbito cível, ainda quando se cuide de autocomposição, necessariamente, há um devido processo legal a ser seguido, o que implica, para além da fase administrativa, a judicial, diante da imprescindibilidade da homologação do acordo pelo juiz.

Assim, se é certo definir a ação no processo civil como o direito público subjetivo de provocar a atuação do Poder Judiciário na proteção a uma lesão ou ameaça de direito, no ambiente criminal *a ação penal de iniciativa pública é o dever-poder reconhecido ao Ministério Público para, em nome da sociedade, promover a persecução criminal na defesa dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, pertencentes ao grupo social, aí incluída a vítima direta e a sua família*. A ação penal, portanto, dimana do *dever de proteção eficiente* do estado que exala da compreensão dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva. Tendo em consideração esse *distinguish*, o processo civil pode ser conceituado como o conjunto de atos levados a efeito para compor a lide relacionada a direitos intersubjetivos, discutidos entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas e, em alguns casos, entre particulares e entes estatais e, até mesmo, entre órgãos públicos.

De outra banda, tem-se que o processo criminal é o instrumento com o qual há a composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representadas, de um lado, pelo dever-poder de exercício da persecução criminal, germinado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, de outro, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o devido processo legal, notadamente quanto à ampla defesa, o direito à liberdade e à preservação da honra e da imagem da pessoa acusada, sob a regência da presunção de inocência. A dupla face dos

---

<sup>616</sup> Cf. item 6.2.2.1.2, *infra*, que explica melhor atuação do Ministério Público com base nos princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade.

direitos fundamentais implica em que o processo criminal encerra um conflito entre as suas perspectivas subjetiva e objetiva.

Portanto, em verdade, o processo criminal não encerra um conflito entre a efetividade da punição, de um lado, e as garantias constitucionais, do outro. O direito processual criminal moderno, quando muito, compreende uma colisão entre direitos fundamentais, o que não passa de uma antinomia aparente, pois “o garantismo há de ser visto tanto sob o ponto de vista dos direitos subjetivos das partes e, sobretudo, da defesa, como enfoque objetivo da tutela do próprio processo, configurando o principal meio de legitimação do exercício da jurisdição” (BOTTINI 2008), sendo essa a *efetividade* processual. Trilhando esse entendimento, Richard Vogler (2013, p. 937), após análise crítica de *processo* finições sobre o *due process of law* criminal, conclui que, na sua visão, tendo em conta o sentido de proteção dos direitos fundamentais nas perspectivas do infrator e da vítima, ele é melhor entendido como um fórum no qual o conflito entre esses *interesses fundamentais* deve ser *debatido e resolvido*. Ou, na esteira do entendimento de Roxin (2000, p. 121), todo direito processual penal legalmente instituído tem como necessidade *harmonizar* esses dois interesses, consistentes na busca da comprovação do fato criminoso e de sua autoria e na salvaguarda dos direitos do acusado.

Atento à questão do ponto de tensão no processo criminal entre o *garantismo negativo* e *garantismo positivo*, Fábio Ataíde (2010, p. 32) observa “que a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa não deve ser resolvida pela preponderância de nenhum dos elementos”, pois “Tanto interessa ao Estado punir os culpados como absolver os inocentes”<sup>617</sup>. Isso é verdade em termos, pois essa colisão entre direitos fundamentais tem de ser resolvida sem perder de vista a força do princípio da presunção

---

<sup>617</sup> Indo mais adiante, Ataíde questiona se existiria mesmo uma saída para a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa ou se seria possível alcançar um equilíbrio sustentável, a ponto de se atingir um alto grau de eficácia punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar a absolvição dos inocentes. O autor salienta que, “Numa primeira vista, a resposta a qualquer dessas questões se torna mais difícil, porque nem mesmo o Estado consegue cumprir satisfatoriamente a promessa de punir os culpados e absolver os inocentes” (ATAÍDE 2010, p. 32)

de inocência, presente em todas as fases da persecução criminal, quais sejam, investigatória<sup>618</sup>, do processo de conhecimento<sup>619</sup> e executória<sup>620</sup>.

O processo criminal é a forma de assegurar a *legalidade da persecução criminal* ou *jurisdicionalização* da *persecutio criminis*, apresentando-se o fenômeno da processualização como o germe do *princípio do devido processo legal* e um corolário lógico da cláusula universal da presunção de inocência. Nessa ordem de ideias, o processo no âmbito criminal pode ser definido como o instrumento com o qual se exerce a jurisdição, para fins da composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representados, em uma de suas duas faces, pelo dever-poder de exercício da persecução criminal, germinado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, na outra, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o devido processo legal *lato sensu*, que implica na observância dos direitos fundamentais, regados pela cláusula da presunção de inocência (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 83).

Observa-se, por conseguinte, a identidade entre o processo criminal e a própria teoria dos direitos fundamentais e da tripartição dos poderes, conforme vem sendo sustentado ao longo deste estudo. De nada valem as regras protetivas contra o arbítrio, caso o Judiciário, o tutor dos direitos fundamentais, não seja exercido por juízes imparciais. Por conseguinte, ao lado da premissa do juiz natural (art. 5º, LIII, da Constituição), em que o julgador do caso é selecionado conforme as regras de competência (*competência objetiva*), há a exigência de que o magistrado seja imparcial (*competência subjetiva*), não esteja impedido (art. 252 do CPP c/c o 144 do NCPC) e não seja considerado suspeito (art. 254 do CPP c/c o 145 do NCPC), pois a “*la verdad del juicio y la libertad del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidade de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder* (FERRAJOLI 1989, p. 545)<sup>621</sup>.

---

<sup>618</sup> Cf. itens 6.4.1.1, 6.4.1.2 e 6.4.2.1, *infra*.

<sup>619</sup> Cf. itens 6.4.1.4 e 6.4.2.1, *infra*.

<sup>620</sup> Cf. itens 6.4.1.4 e 6.4.2.3, *infra*.

<sup>621</sup> Ferrajoli assim explica a *verdade* e a *liberdade* como as duas fontes de legitimação da jurisdição penal: “*la verdad, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la invstigación de lo verdadero;*

Tem-se, assim, que o sistema processual criminal garantista detém seus alicerces na teoria dos direitos fundamentais. Mas, tendo em conta a sua multifuncionalidade, não se contém, apenas, na sua perspectiva subjetiva, vai além, para albergar, ainda, a dimensão objetiva. Em suma, na perspectiva da teoria constitucional do processo criminal, a processualização da persecução criminal detém a função de *instrumentalidade constitucional*. O respeito aos direitos fundamentais se apresenta como a espinha dorsal dos estados democráticos, de modo que o sistema processual penal não pode se transformar em arma para fins de perseguição política, como se arena fosse para o desenvolvimento de *guerra jurídica*, situação que tipifica o denominado *lawfare* ou *guerra judicial com fins políticos*, fenômeno muito presente na América Latina (SILVINA 2019), expressão composta das palavras *law* (direito) e *wafare* (guerra). Esse cenário tem sido identificado no Brasil em alguns momentos, notadamente em alguns processos pertinentes à operação denominada *Lava Jato* (RODRIGUES 2020), e em vários países da América Latina<sup>622</sup> e mesmo da Europa, como no caso recente de Portugal, descrito por José Sócrates (2021) no processo contra ele instaurado<sup>623</sup>. Nesse caso, a *justiça*, que é o equilíbrio, fica em segundo plano, sendo o processo criminal, assim como na guerra e no jogo, o ambiente para se buscar egoisticamente a vitória (A. M. ROSA 2013, pos. 226).

### 6.2.1. Necessidade de novo código de processo criminal

Essa teoria constitucional do processo criminal é incompatível com o modelo original do CPP de 1941 e, igualmente, com os resquícios de *presunção de culpabilidade* e *conteúdos inquisitoriais*, patentes em várias de suas regras, a despeito

---

*las libertades – de la libertad personal a la de pensamiento, de los derechos de defensa a las libertades políticas – porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría”* (1989, p. 545).

<sup>622</sup> São citados como exemplos dessa tensão política desenvolvida tendo como pretexto a *guerra contra a corrupção*, o impeachment de Dilma Rousseff e o encarceramento de Lula, no Brasil, a persecução criminal contra ex-Presidenta Cristina Kirchner, na Argentina, o encarceramento do ex-vice-presidente Jorge Glas e a denúncia contra o ex-presidente Rafael Correa, no Equador (SILVINA 2019, p. 12).

<sup>623</sup> No prefácio do livro, Dilma Rousseff, diante da situação inusitada vivenciada por José Sócrates, ex-Primeiro Ministro de Portugal (2005-2011), que foi preso e teve a sua reputação vilipendiada e execrada no *pelourinho* da imprensa, em pleno século XXI, faz um comparativo com o drama ilustrado no livro *O processo*, de Franz Kafka (SÓCRATES 2021, p. 5).

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

das muitas alterações tópicas pelas quais passou ao longo desses anos. O problema em si não se trata do fato de ter sido editado em 1941, há mais de 80 (oitenta) anos. A questão é o modelo antidemocrático e policialesco, fincado em bases que negam os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, tal como foi evidenciado nos itens 5.4 a 5.4.7, supra. É fato que o CPP passou por várias e variadas reformas pontuais, notadamente a partir da Constituição de 1988, no escopo de adaptá-lo à nova moldura jurídica, mas essas modificações não lograram eliminar os principais vícios estruturais do CPP: (a) o perfil antidemocrático e policialesco; (b) forte influência do sistema inquisitivo; (c) dispositivos desorientados da presunção de inocência; (d) regras processuais como forma e não garantia, que é a ideia do devido processo legal substancial; (e) tratamento do juiz, junto com a polícia e o Ministério Público, como interessado na persecução criminal, cabendo-lhe a gestão da prova. Isso tudo tendo como gênese a atribuição de *argumento de autoridade* às conclusões do inquérito policial, ainda mais quando reforçadas pela voz do Ministério Público, que passa a ser *verdade*, submetida a mera confirmação do juiz, sugerindo que o processo gire em torno de uma *presunção de culpa subliminar*, alimentada pela ideia de que tanto a polícia quanto o Ministério Público são órgãos públicos que têm como missão *combater* a criminalidade, missão também confiada ao juiz.

Aliado a tudo isso, o CPP é um código assistemático, com graves erros técnicos, muitos deles próprios dos estágios iniciais da ciência processual, notadamente em âmbito criminal, que até então não tinha experimentado o desenvolvimento dogmático que, em verdade, só apareceu com pujança após a redemocratização do país, mais especialmente a partir do marco regulatório estabelecido pela Constituição de 1988. Em verdade, o movimento reformista nacional em relação à edição de um novo Código de Processo Penal se encontra em estado latente desde os anos 1970. Com efeito, no ano de 1975, o Executivo encaminhou para o Congresso Nacional um anteprojeto de Código de Processo Penal da autoria de José Frederico Marques, transformado no Projeto de Lei nº 633, de 1975. Logo depois, em razão das resistências quanto a sua aprovação, foi nomeada nova comissão integrada por Francisco de Assis Toledo (Coordenador), José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci. O Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, chegou a ser aprovado pela Câmara Federal, em 26 de junho de 1984, mas não foi votado pelo Senado.

Se mesmo antes da edição da Constituição de 1988 já se sentia a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, após a sua promulgação essa iniciativa ficou inadiável. Lembre-se que, no ambiente cível, o Código de Processo Civil de 1939 –a despeito de todos os defeitos, era considerado, em termos *metodológicos e dogmáticos*, muito mais avançado do que o CPP – foi revogado já no ano de 1973, com a aprovação do então novo Código de Processo Civil. Isso sem falar que, editada a Carta Política vigente, houve a necessidade de ser editado o NCPC de 2015. Enquanto isso, o CPP ainda é aquele de 1941.

De outra banda, no cenário do direito comparado, começou amplo movimento *reformista criminal* cuja preocupação, sem perder de vista a maior *eficácia e duração razoável do processo*, tem sido a construção de sistema com foco nos direitos fundamentais, a partir do modelo acusatório, com a efetiva aplicação da oralidade. As reformas do processo criminal na Europa não foram apenas os reflexos das *mudanças políticas* de democratização ocorridas no Sul e no Leste do continente europeu do final dos anos 1980. Estenderam-se a países como Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, França e Portugal, devido à jurisprudência formada pela Corte de Estrasburgo e pela Corte de Justiça de Luxemburgo. Para Delmas-Marty (1992), esse movimento revela como esse ramo do direito “está ligado – mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização” e à maturidade constitucional, experimentada ao longo da sedimentação das ideias basilares do neoconstitucionalismo.

No final dos anos 1990 para os anos 2000, a reforma dos Códigos de Processo Criminal foi inserida, também, no movimento de (re)democratização da América Latina. A Comissão formada por Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio Mayer, com suporte na Convenção Americana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais catalogados nas Constituições dos Países, apresentou, em 1988, o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, modelo adotado nas reformas processuais penais na Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e, ainda, nas reformas tópicas no Brasil (AMBOS e CHOUKR 2001).

Diferentemente dos outros países, inclusive da América do Sul, como Chile, Argentina e Uruguai, o Brasil, ao invés de editar um novo Código de Processo Penal,

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

fez a opção por reformas tópicas. Todavia, cabe observar que na exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Penal, a qual deu origem às Leis nºs. 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, e 12.403, de 2011, Ada Pellegrini, na qualidade de presidente da Comissão de juristas criada pelo Ministério da Justiça, esclareceu que o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América orientou os trabalhos do grupo e reconheceu que a escolha pela *reforma tópica* não foi técnica, mas *pragmática*, dentro da ótica da *política do possível*, levando em consideração a impossibilidade de edição de um novo CPP, diante da ausência de condições políticas favoráveis para a discussão de iniciativa tão abrangente.

Essa foi a justificativa em razão da qual a Comissão de Reforma, instituída pelo Poder Executivo, no afã de promover uma modificação ampla e estrutural do CPP em vigor, ao invés de encaminhar ao Congresso Nacional uma proposta de novo código, enviou 7 (sete) anteprojeto, transformados nos seguintes projetos de lei: (a) PL 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (b) PL 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792, de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação; (c) PL 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (d) PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação); (e) PL 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos); (f) PL 4.208/2001, transformado na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade); e (g) PL 4.209/2001 (Investigação criminal)<sup>624</sup>.

---

<sup>624</sup> Merecem destaque entre as leis processuais editadas após a Constituição de 1988 e antes da Reforma Tópica de 2008: Todavia, foi com a edição da Constituição de 1988 que veio o maior número de alterações para o Código de Processo penal, merecendo destaque: Lei nº 8.038, de 1990, regulou as ações originárias e os recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; Lei nº 8.658, de 1993, estendeu a aplicação da Lei nº 8.038/2001 aos processos perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais; Lei nº 9.061, de 1995 (alterou o art. 80 do CPP que trata dos dados estatísticos criminais); Lei nº 9.113, de 1995 (deu nova redação ao inciso III do art. 484 do CPP, em relação à forma dos quesitos no julgamento pelo tribunal do júri); Lei nº 9.271, de 1996 (alterou do art. 366 ao 370 do CPP, para incluir a suspensão do processo, em caso de revelia de acusado citado por edital e estabelecer, como regra, a citação por meio do órgão incumbido da publicação oficial dos atos judiciais); Lei nº 10.792, de 2003 (revogou o art. 194 e modificou as regras do interrogatório — arts. 185 a 196, 261 e 360 — a fim de assegurar a defesa efetiva nessa fase); Lei nº 11.101, de 2005 (nova Lei de Falências, revogou os arts. 503 a 512 do CPP); Lei nº 11.113, de 2005 (alterou as redações do caput e do § 2º do art. 304 do CPP, modificando as formalidades da prisão em flagrante); Lei nº 11.449, de 2007 (com as alterações ao art. 306, determinou que a comunicação da prisão em flagrante ao juiz seja imediata e que o auto de prisão em flagrante, dentro do prazo de 24 horas, seja encaminhado, também, ao advogado ou, sendo o caso, à Defensoria Pública).

Essas considerações demonstram ser mais do que necessária a edição de um novo Código de Processo Penal, não sendo suficientes as reformas tópicas que estão sendo implementadas, a despeito da edição da Lei nº 13.964, de 2019, que teve o condão de introduzir importantes inovações no nosso ordenamento jurídico, sedimentando o sistema acusatório, com a incorporação do denominado modelo processual adversarial estadunidense, no qual há amplo espaço para que as partes busquem a solução do problema criminal por meio da negociação, sem imposição de pena<sup>625</sup>. Essa nova faceta legada pelo chamado *Pacote Anticrime* se concentra na vedação da decretação da prisão sem prévio requerimento, não podendo o juiz, de ofício, decretá-la, e na criação dos institutos do juiz das garantias e do acordo de não persecução penal<sup>626</sup>.

Mas é estreme de dúvidas que já passou da hora da edição de um novo Código de Processo Penal. Aliás, a mudança de paradigma deveria iniciar com a própria nomenclatura do código, com a denominação *Código de Processo Criminal*. A forma ilegítima como editado o código atual, por si só, evidencia que o projeto de novo Código de Processo Penal, aprovado no Senado e pendente de votação na Câmara dos Deputados, merece chancela definitiva, a despeito da designação de caráter punitivista. A leitura de sua exposição de motivos revela que o projeto está alinhado ao perfil da Constituição de 1988, o que é facilitado pelo esclarecimento, expandido na sua exposição de motivos, de que se tem em mira valorizar a proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer o justo equilíbrio com o dever de proteção (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), de modo que não reste inviabilizada a duração razoável e a eficácia do processo criminal.

Nos itens a seguir, será feita a exposição sobre esses princípios que devem formar os alicerces do novo código de processo, a partir da consideração de que os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, em verdade, se não são postulados, apresentam-se como sobreprincípios, possuindo posição de domínio e influência sobre os demais princípios ou, como quer Humberto Ávila (2010, p.17), atuam “como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido

---

<sup>625</sup> No sistema processual criminal americano há uma cultura de protagonismo das partes, e não do juiz, cabendo a elas produzir as provas, de modo que o julgador tem uma atuação mais reativa e atua no processo para conhecer as questões e provas postas pelas partes, sem se imiscuir na investigação ou produção da prova (CACHO 2014).

<sup>626</sup> Outro ponto de destaque, sem dúvidas, foi o disciplinamento da cadeia de custódia.



às normas hierarquicamente inferiores”. Ávila, expressamente, reconhece o devido processo legal, ao lado do Estado de direito, como um sobreprincípio.

No ambiente do processo criminal, como será exposto adiante, a presunção de inocência, ademais de se tratar, igualmente, de um *sobreprincípio*, por ter repercussão na compreensão dos demais princípios que formam a teoria ou os fundamentos do processo criminal, apresenta-se como um antecedente lógico do próprio devido processo legal. É a presunção de inocência que fundamenta o devido processo legal como pressuposto para a responsabilização penal, diante da imposição ao Estado do dever de provar a culpa para ser possível a aplicação da lei penal, como forma de cumprir a obrigação de proteger os direitos fundamentais na dimensão objetiva.

### **6.2.2. Princípios da presunção de inocência e do devido processo legal como sobreprincípios do sistema processual criminal**

A origem do devido processo legal como limitação constitucional ao poder executório do Estado advém da Carta Magna de 1215<sup>627</sup>, que erigiu o devido processo legal à categoria de direito fundamental do cidadão para protegê-lo contra o absolutismo do poder de punir. O devido processo legal recebeu o *status* de garantia contra os abusos praticados sob o manto do exercício do poder de punir, tendo em conta que, até prova em contrário, todos devem ser considerados inocentes. E, nesse aspecto, a Magna Carta foi explícita. No seu art. 39 consta que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> Cf. item 3, *supra*.

<sup>628</sup> No original em inglês, o art. 39 da Carta Magna de 1215 estava assim redigido: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*”. A bem da verdade, a Magna Carta, em sua primeira redação, foi escrita em latim. Anota Carlos Roberto de Siqueira Castro, em citação a Celso Albuquerque Melo, que a Carta Magna de 1215 foi redigida em latim com a intenção deliberada de impedir que a maioria da população tivesse conhecimento dos seus direitos (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 9).

Note-se. O texto inglês, acertadamente, tratou dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal em um mesmo dispositivo, exatamente nessa ordem. Ou melhor, exigiu o devido processo legal, ainda que implicitamente, em razão da presunção de inocência, tratando do instrumento para a materialização da primeira garantia. A presunção de inocência restou esboçado com a exigência de um *juízo legal* para que a pessoa fosse detida ou presa, privada dos seus bens, banida ou exilada. Não há de se negar que apenas posteriormente, no século XVIII, primeiramente na Constituição do Estado da Virgínia e, depois, na declaração de direitos da Revolução Francesa, foi que a presunção de inocência passou a constar de forma mais expressa<sup>629</sup>. Mas isso não quer dizer que não tenha sido prevista na Magna Carta, muito embora a doutrina confira mais destaque, quando aborda a cláusula em foco, ao disciplinamento do devido processo legal.

Orientado por essa visão, Comparato considerada o devido processo legal o coração da Magna Carta, muito embora, como visto, a expressão utilizada não tenha sido *due process of law*. A locução utilizada foi *law of the land* (lei da terra), cujo embrião dimana do vetusto brocardo romano *nemo debet inauditus damnari*, isto é, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido. Conforme explica Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989, p. 10), no século seguinte, mais precisamente no ano de 1354, no reinado de Eduardo III, o Parlamento inglês editou uma lei, na qual houve a substituição da expressão *law of the land* pela frase *due process of law*. O autor em referência escreve que várias decisões da Suprema Corte Americana reconhecem que a expressão *due process of law* é sucessora e guarda identidade com a locução inglesa *law of the land*.

Muito embora essa garantia tenha sido acolhida na Constituição da Virgínia com a mesma terminologia adotada na Carta Magna de 1215, na declaração de direitos enxertada na Constituição dos Estados Unidos por meio da aprovação das 10 (dez) primeiras emendas, o termo usado já foi *due process of law*. Realmente, a Quinta Emenda americana, ao assegurar, na primeira parte, que ninguém será considerado réu sem a deliberação do grande júri e, na segunda parte, que ninguém poderá ser julgado

---

<sup>629</sup> Maurício Zanoide (2010, p. 77) defende que a expressão presunção de inocência só foi incluída na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789.

pelo mesmo crime duas vezes, na última, deixou expresso que ninguém responder nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal<sup>630</sup>. Observe-se a inteligência dos federalistas. O princípio de tudo é a presunção de inocência, sendo o devido processo legal o meio para assegurar a aplicação dessa garantia. Ademais, as duas garantias estão, assim como na Magna Carta, em um mesmo dispositivo<sup>631</sup>.

Portanto, é vero que o devido processo legal foi a fórmula imaginada para *regrar* a persecução criminal e evitar que continuasse a ser um instrumento de arbítrio do Estado, sendo meio eficiente de *contenção e delimitação* do poder punitivo. Trata-se de um mecanismo inibitório da opressão estatal, que condiciona a persecução criminal a parâmetros ético-jurídicos. No entanto, não se pode perder de vista que o *due process of law* parte do axioma da presunção de inocência. A sua *ratio essendi* encontra suporte na presunção de inocência. Esse era o pano de fundo da preocupação contra as prisões arbitrárias e punições de ordem criminal, levadas a efeito pelo próprio monarca, sem a observância de regras.

Ainda que o fato de a Magna Carta ter mencionado a vedação à privação dos bens leve a pensar-se que se estaria com isso estendendo a cláusula do devido processo legal também à área cível, em verdade, assim não foi. Na sua origem, o devido processo legal foi desejado e concebido como um requisito para validação da jurisdição penal, isto é, como uma forma de estabelecer a *legalidade do processo criminal* e, dessa forma, proteger os inocentes contra os excessos praticados pelo Estado sob o pretexto de exercer o legítimo direito de punir, o que ocorria com frequência e acentuada intensidade naquela época (CASTRO 1989, p. 34), e abrangia, sempre, o confisco dos bens, expropriados para usufruto do soberano ou da Coroa, como se dava nas guerras travadas com os povos inimigos<sup>632</sup>. Afinal, a punição era tratada como uma *guerra* ou *batalha* do *bem* contra o *mal*, sendo o procedimento a *arena* na qual travado o

---

<sup>630</sup> A Quinta Emenda tem a seguinte redação: “No person shall be held to answer for a capital crime, or other infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury ... nor will be deprived of life, liberty property, without due process of law”.

<sup>631</sup> Cf. item 3.2, supra.

<sup>632</sup> Para Carlos Roberto, com o avanço do instituto, “Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também o processo civil” (1989, p. 38).

*combate*<sup>633</sup>, com a eliminação do inimigo e a usurpação de seus bens. Aliás, as Ordenações Filipinas eram implacáveis nesse sentido<sup>634</sup>.

Voltando ao desenvolvimento do tema, de conformidade com a redação adotada na Carta Magna de 1215, o devido processo legal, tendo como ponto de partida a presunção de inocência, era uma garantia apenas no sentido excessivamente genérico, qual seja, de que o julgamento fosse feito por um juízo que não poderia ser exercido pelo próprio monarca ou por alguém sob a sua delegação e, de outra banda, que fosse levado a efeito segundo a disciplina imposta pela lei. O que se queria era que o poder de punir do Estado fosse disciplinado por meio da lei, editada para conferir *legalidade* à ação estatal e que, de permeio, houvesse a separação entre aquele que detém o poder de *querer a condenação* e a pessoa a quem é conferida a *missão de julgar*. Isso revela, que a ideia do devido processo legal é inerente também à teoria da tripartição dos poderes, notadamente a independência judicial em relação ao Executivo.

Porém, ao ser inserida no texto constitucional americano, a cláusula do *due process of law* ganhou um conteúdo indeterminado. Como ao lado da presunção de inocência e do devido processo legal vários outros valores foram adicionados ao rol dos direitos fundamentais do cidadão americano, esse princípio passou a ter um conteúdo constitucional explícito e implícito, colhido da compreensão das garantias processuais catalogadas na Constituição. Dessa maneira, o devido processo legal passou a ser um *superprincípio* de conteúdo aberto, que compreende, em *ultima ratio*, a exigência no sentido de que o exercício da persecução criminal estatal, para a sua validade substancial, seja pautado por meio de um processo no qual observadas todas as garantias processuais estampadas na Constituição, notadamente sob a categoria dos direitos fundamentais.

Nesse passo, Alexandre de Moraes (2011, p. 279) anota que o devido processo legal possui *double-face*, ostentando, de um lado, o material, feição de força protetiva ao direito de liberdade e de propriedade, e, de outro, o formal, configuração de “paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser

---

<sup>633</sup> Alguma semelhança com o discurso punitivista de hoje não é mera coincidência. É o ranço cultural, muito forte no ambiente brasileiro: guerra às drogas, combate ao crime organizado etc.

<sup>634</sup> Cf. item 2.2.2, supra.

processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável)”. Outrossim, se a primeira visão sobre o devido processo legal era *individualista*, como proteção a um interesse individual da pessoa, mais adiante, passou a ser encarado como uma *garantia* “não apenas das partes, mas também do *justo processo*, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral da justiça da decisão” (GRINOVER 1990, p. 2).

Em decorrência dessa *face formal* do princípio do devido processo legal, o dever-poder de exercer a persecução criminal atribuído ao Estado tem de valer-se das normas do processo criminal, sendo este uma garantia do cidadão que se opõe contra o *jus puniendi*, laborando na conservação do seu *jus libertatis*. O processo criminal, segundo essa cláusula, antes de ser instrumento hábil para a repressão, é a garantia ao acusado de uma trincheira legítima para resistir à pretensão punitiva. Nesse contexto, percebe-se que o devido processo legal regula o conflito entre o poder político de punir do Estado e a defesa do direito de liberdade do acusado e a inviolabilidade da sua honra e da sua imagem.

Por essa razão, as declarações dos direitos fundamentais do homem e a correspondente normatização por meio das Constituições foram tão pródigas na enunciação de normas constitucionais processuais penais, de modo que esse “corpo principiológico da CR representa o modelo constitucional de processo brasileiro, podendo falar-se em um ‘devido processo constitucional’” (BADARÓ 2016, p. 37). Percebe-se, sem esforço maior, que o processo criminal é o ramo que possui o maior número de princípios constitucionais que lhe são destinados especificamente, justamente porque eles foram, e continuam a ser, germinados da preocupação em estabelecer os limites do *dever-poder de exercício da persecução criminal*. Até porque, com a processualização, não há punição sem processo, ou melhor, não há qualquer medida que restrinja direito fundamental sem processo. Portanto, não apenas a punição em si, como qualquer medida como busca e apreensão, quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados em geral, interceptação de comunicação telefônica, prisão, ainda que processual etc., sem o respectivo devido processo legal. Tem-se, desse modo, que por mais punitivo que o direito material criminal seja, ele precisa das regras do processo a fim de ser aplicado.

Esses princípios constitucionais contemplam aquilo que se denominou, no item anterior, *Direito Constitucional Processual Penal*, *legalidade constitucional*, *tipicidade constitucional* ou *devido processo legal*. São enxergados sob a ótica de limitações ao direito de punir do Estado, de modo que servem mais para a proteção à vida e à liberdade dos cidadãos do que à outorga de poderes ao Estado para viabilizar o desempenho da atividade com a qual ele busca a aplicação da responsabilidade penal.

O devido processo legal, em sua dimensão ampla, quer dizer a necessidade de que todos os direitos fundamentais sejam respeitados quando do exercício da persecução criminal, quer na fase investigatória, quer em relação à demanda judicial, nas fases dos processos de conhecimento e de execução da pena. O devido processo legal é a forma de assegurar a legalidade na *persecutio criminis*. Em *ultima ratio*, todo o devido processo legal garante o exercício *pleno da defesa*. É a efetiva *plenitude de defesa* em sentido lato, que vai além da plenitude de defesa referente ao tribunal do júri e da ampla defesa, respectivamente estampados nos incisos XXXVIII, *a* e LV, ambos do art. 5º da Constituição. Assim, em termos dogmáticos, pode-se dizer que a *plenitude de defesa*, no sentido lato, é o próprio devido processo legal substancial, ou seja, a observância de todas as garantias constitucionais.

Conquanto não se possa deixar de concordar com as assertivas acima, observa-se que o devido processo legal ficou mais ligado à ideia do direito de defesa, desconectando-se do princípio da presunção de inocência como seu antecedente lógico. É preciso resgatar a noção de que o princípio da presunção de inocência é a razão de ser do devido processo. Aliás, essa desconexão ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Nesse documento histórico francês, só há 3 (três) artigos dispendo sobre questão criminal, sendo 2 (dois) deles sobre matéria de ordem processual. Os dois preceitos processuais, conforme lembra Aury Lopes (2016, p. 94), dizem respeito, exatamente, ao princípio da presunção de inocência (art. 9º)<sup>635</sup> e o da jurisdicionalidade da persecução criminal (art. 7º)<sup>636</sup>. Por que será? Qual a razão, por exemplo, para a elite

---

<sup>635</sup> “Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

<sup>636</sup> “Artigo 7º- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude de lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistências”.

intelectual francesa, ao estabelecer os direitos inerentes à condição humana, não ter dado atenção para o princípio da ampla defesa, tido, por muitos, como o coração do processo criminal? É porque a presunção de inocência carrega embutida as outras cláusulas e confere substância ao devido processo legal, estando aí incluída a ampla defesa.

Isso reforça que a presunção de inocência e o devido processo legal se apresentam como sobreprincípios em relação aos demais princípios processuais de base constitucional. De fato, não fosse a presunção de inocência, o Estado, em rigor, não precisaria do processo criminal para impor a pena. Bastaria aplicar a sanção e, quem se sentisse prejudicado, poderia reclamar perante o Judiciário, com o ônus de comprovar o erro da punição, pelo fato de ser inocente. O infrator é que teria de comprovar a inocência, enquanto seria presumida a legitimidade do Estado em aplicar a pena, notadamente quando dispusesse de elementos probatórios robustos, como a documentação audiovisual do ilícito. O controle judicial não seria prévio, mas posterior. Afranio Silva Jardim (1999, p. 83) parece concordar com esse argumento, quando diz que com a exigência de que pretensão acusatória seja submetida ao crivo processual faz-se uma sábia opção em prol da segurança e da justiça, pois “Sem dúvida nenhuma, seria mais eficaz a repressão penal se a pena fosse aplicada administrativamente”.

Portanto, o princípio da presunção de inocência se manifesta como um *sobreprincípio*, que confere singularidade ao próprio devido processo legal e, por consectário, a todos os *princípios* do processo criminal, extraídos dos direitos fundamentais. Aliás, é a cláusula da presunção de inocência que acentua o *status* de garantia do processo criminal. Essa percepção é revelada por Ferrajoli (1989, p. 549), quando ele assegura que o princípio da presunção de inocência é um “*corolário lógico del fin racional assignado al proceso (...) primera y fundamental garantia que el procedimiento assegura al ciudadanos...*”. Daí por que o que precisa ser comprovada “*es la prueba de la culpa – y no la de la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto del juicio*” (FERRAJOLI 1989, p. 549).

Comungando com esse pensamento, Antônio Machado (2009, p. 47) sustenta que, sob a inspiração do garantismo, o processo criminal deve funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, nas dimensões da defesa social e dos direitos de liberdade, “em que a presunção de inocência assume foros de verdadeira cláusula pétrea do processo penal”. Dworkin com o seu raciocínio lógico, também vai

na mesma linha. Para ele (2001, p. 116), se a pessoa tem o direito de não ser condenada senão por um crime que tenha cometido, não se pode negar-lhe o direito a um processo criminal que *ponha à prova a sua inocência*. O investigado ou acusado, por conseguinte, nas palavras de Dworkin, tem o direito ao *processo mais exato possível*, ou melhor, ao devido processo legal substancial. Se não houvesse a presunção de inocência, não haveria necessidade do devido processo legal, instrumento legítimo quando se pretende provar a culpa de alguém.

Essa percepção restou de forma lapidar sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça no voto da lavra do Ministro Ribeiro Dantas (AgRg no RE 1.740.921/GO 2018), merecendo reprodução literal a seguinte parte da ementa:

No Estado Democrático de Direito, a força argumentativa das convicções dos magistrados deve ser extraída de provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque o mínimo flerte com decisões despóticas não é tolerada e a liberdade do cidadão só pode ser restringida após a superação do princípio da presunção de inocência, medida que se dá por meio de procedimento realizado sob o crivo do devido processo legal.

O processo, nesse sentido, existe porque é necessário, diante da presunção de que todos são inocentes, até prova em contrário. No ponto, Eugênio Pacelli (2004, p.173-174), após argumentar que não há como nem por que iniciar qualquer abordagem “sobre os princípios fundamentais do processo senão a partir do exame da norma segundo a qual ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não passar em julgado a sentença penal condenatória”, agrega que “o princípio da inocência é, efetivamente, *estrutural*, tendo em vista que se localiza na raiz de qualquer modelo processual com pretensões garantistas”. Aury Lopes (2016, p. 95-96) aprofundando essa constatação, sustenta que a presunção de inocência é o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”.

E assim é. Como veremos mais adiante, as demais cláusulas constitucionais, do devido processo legal, da ampla defesa, da inviolabilidade da intimidade, da liberdade, incidem no processo criminal sob a moldura do princípio da presunção de inocência<sup>637</sup>. Em primeira nota, o princípio da presunção de inocência abrangente se caracteriza na máxima de que para o indiciamento, o ajuizamento e a admissão da ação penal é

---

<sup>637</sup> Cf. item 6.2.2.1, *infra*.



necessária a demonstração, pelo menos, de *justa causa*, ao passo que o acusado não precisa provar a sua inocência, recaindo sobre os ombros do Ministério Público a carga processual, ônus ou dever de provar<sup>638</sup> a culpabilidade indene de dúvida razoável (*reasonable doubt*). Nesse passo, a ampla defesa assegurada ao acusado lhe exime do dever de provar a inocência ou de refutar cabalmente a imputação feita na peça acusatória, sendo suficiente para o seu sucesso, lançar dúvida razoável sobre o fato criminoso em si ou a autoria.

Em outra nota, o princípio da presunção de inocência serve para estabelecer a *paridade de armas* (*par conditio*) no processo criminal. O Estado, por meio dos seus mais diversos órgãos, tais como, polícias militar e judiciária, Receita Federal, Banco Central – BACEN, Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, Tribunais de Contas, Ministério Público e outros, possui uma inegável posição de domínio ou vantagem em relação ao acusado. O *in dubio pro reo*, por conseguinte, é o meio de estabelecer a *paridade de armas*. Confere equilíbrio às partes, deixando claro que o processo criminal é de partes, de modo que o juiz, no caso de dúvida, não pode tomar iniciativa probatória para auxiliar o Ministério Público, cabendo-lhe absolver o acusado. É o princípio da presunção de inocência que exige a prova da materialidade e dos indícios de autoria, ademais da necessidade da medida, para autorizar a prisão processual, medidas restritivas diversas da prisão e a flexibilização de direitos fundamentais em geral durante a persecução criminal.

Daí que as normas processuais criminais, geradas diretamente do arcabouço constitucional ou dele decorrentes, que formam o *devido processo legal*, devem ser encaradas como instrumento de proteção, com o condão de *vincular e limitar* a persecução criminal, tendo como norte a presunção de inocência. Se o devido processo

---

<sup>638</sup> Badaró faz a distinção entre ônus, obrigações e deveres, a despeito da semelhança entre eles. Com apoio em Goldschmidt, o autor em referência sustenta que “os deveres são imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou de comunidade, enquanto os ônus são um imperativo do próprio interesse” (G. H. BADARÓ 2003, p. 175). Nessa distinção, o dever, quando descumprido, acarreta a quem lhe era atribuído uma sanção moral ou de intimidação, enquanto o ônus, como imperativo do próprio interesse, “estão situados no campo da liberdade, pelo que representam posições jurídicas lícitas, mesmo quando há o seu descumprimento” (G. H. BADARÓ 2003, p. 176). A tese aqui sustentada é de que a ação penal não é um *direito*, mas um *dever* que exsurge da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. O Ministério Público, com a ação penal, assume o dever de provar a culpa, desde que constatada a existência do crime. Naturalmente, esse dever de provar a culpa se dá em relação a quem o Ministério Público imputa a prática do crime (Cf. item 6.2.2.1.2, *infra*).

legal, em sua essência, controla o exercício da persecução criminal quanto à aplicação da pena, à primeira vista, ele somente se faria sentir como freio à atuação do Ministério Público, que se refere à persecução criminal em juízo. Todavia, não é assim.

O devido processo legal também é reclamado ainda no momento da apuração feita na fase pré-processual. Isso ocorre especialmente toda vez que a atividade investigatória, feita por meio do inquérito policial ou de processo administrativo investigativo, entra em colisão com um direito fundamental plasmado na Constituição. O devido processo criminal, tendo como esteio a presunção de inocência, se aplica à *persecução criminal*, independentemente de ser a fase investigatória, a de conhecimento ou a de execução. Por exemplo, para que a autoridade dirigente da apuração investigatória possa ter acesso à prova ou a elementos probatórios, em que é preciso flexibilizar um direito fundamental, faz-se necessário pedir autorização judicial. Assim, para flexibilizar um direito fundamental nessa fase da investigação, a autoridade policial ou quem estiver à frente da missão precisa, necessariamente, de título judicial autorizando a diligência, salvo quando se trata de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito e que não haja a *reserva de jurisdição*<sup>639</sup>, ou quando é o caso de atuação da polícia ostensiva e de proteção à ordem social feita em situação de flagrante delito (SILVA JÚNIOR 2021, p. 210-212).

A despeito de tudo o que foi considerado acima, registre-se que, sem embargo de na história das constituições brasileiras, desde a imperial de 1824<sup>640</sup>, todas elas terem se ocupado de declarar os direitos fundamentais, a maioria deles referentes ao processo criminal, nunca havia sido proclamada, expressamente, a cláusula da presunção de inocência nem a do devido processo legal. De fato, na Constituição Imperial, esse princípio estava apenas implícito, como derivação das várias garantias processuais de ordem criminal previstas nas Magnas Cartas. A introdução de forma expressa em nosso

---

<sup>639</sup> São 3 (três) as hipóteses em que há cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, em que a flexibilização do direito fundamental exige prévia decisão de juiz no exercício de atividade jurisdicional, a saber, prisão, busca e apreensão em ambiente classificado como *casa* para fins constitucionais e a interceptação de comunicação telefônica. Nesses casos, a despeito do que prescreve o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito não podem decidir pela flexibilização da garantia constitucional.

<sup>640</sup> Isso é mais inquietante ainda quando se observa que há doutrinadores que colocam a Constituição Imperial brasileira como a primeira Carta Constitucional a elencar, em seu texto, uma declaração de direitos.

meio do princípio da presunção de inocência e, ainda, da cláusula do *devido processo legal*, foi obra da Constituição de 1988.

A circunstância de a Carta Imperial não ter se ocupado de consignar explicitamente o princípio do devido processo criminal e da presunção de inocência, conferiu ensanchas para que o CPCrim de 1832 tergiversasse com essas garantias, não cumprindo a missão de efetivamente processualizar a persecução criminal. O mesmo se diga em relação à Constituição de 1937 e ao Código de Processo Penal de 1941, o que explica a circunstância de não se ter em nosso ambiente jurídico uma cultura sólida sobre os dois princípios estruturantes do sistema processual criminal.

Outro aspecto digno de nota é que, mesmo no cenário do direito comparado, inicialmente, o fenômeno da *processualização* da persecução criminal, materializado na segunda metade do século XVIII, se fez sentir apenas quanto ao processo de conhecimento, persistindo a investigação e a execução penal como meras atividades administrativas. Nada obstante inicialmente a atenção do devido processo legal tenha tido como foco a processualização do julgamento, há de ter-se em conta que a persecução criminal é o gênero da qual sobressaem as *persecuções (a) investigatória; (b) condenatória; e (c) executória*. Pode-se dizer, assim, que tivemos mais de um movimento de processualização ou implantação do devido processo legal. Esse do século XVIII foi a *primeira onda do devido processo legal*, que alcançou, apenas, o processo de conhecimento.

Somente no século seguinte, diante da transformação da prisão como sanção penal e não mero instrumento para a execução das penas corporais, houve a preocupação em processualizar, igualmente, a execução penal, com a atribuição ao juiz da missão de controlar e fiscalizar o cumprimento da sanção imposta. Essa foi a *segunda onda do devido processo legal*. Posteriormente, a jurisdicionalização se estendeu para a fase investigatória, primeiramente para intervenções pontuais, quando necessária a autorização para a flexibilização de um direito fundamental, e posteriormente para o efetivo controle dessa fase da persecução criminal, mediante a criação do instituto do juiz das garantias, sendo complementado, assim, o que se pode denominar *ciclo completo* do devido processo legal na seara criminal. Essa última iniciativa é aqui identificada como a *terceira onda do devido processo legal*.

Nos tópicos seguintes será feita digressão sobre os alicerces sob os quais deve ser concebido o novo Código de Processo Criminal, que dizem respeito aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, sendo o primeiro o princípio regente e a razão de ser do segundo.

#### 6.2.2.1. Princípio da presunção de inocência

Ao fundamentar a sua indignação quanto ao estado de coisas dos processos no século XVIII, Beccaria chamou a atenção para a circunstância de o acusado, mesmo quando inocentado, ainda assim, persistia com a nódoa lançada a sua honra. Ele atribuía essa situação a dois fatores. O primeiro residia no fato de o acusado ser misturado no cárcere aos condenados, recebendo tratamento similar. O segundo, e mais importante, pois tem reflexos no primeiro, era porque a prisão antes da condenação se confundia com a própria pena de prisão, não se tratando de uma mera custódia do réu, assemelhando-se a um verdadeiro *suplício* (BECCARIA 1979, p. 45). A prisão de quem ainda iria ser julgado, ou seja, antes de ser declarado culpado, parecia um paradoxo para o pensamento *lógico-filosófico* do Marquês. Identifica-se, aí, o embrião do princípio da presunção de inocência.

No entanto, para uma época em que não se assegurava, sequer, o direito de defesa, sendo admitida a ampla utilização da tortura como meio de obter a confissão, ademais de criticar essa situação pregando a abolição dessas práticas medievais, Beccaria, nessa toada, defendeu o direito ao silêncio. Sendo mais incisivo quanto à forma como a pessoa havia de ser tratada durante o processo, não se fez de rogado e bradou: “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada” (BECCARIA 1979, p. 45)<sup>641</sup>. Por isso mesmo, para ele, só a força, e não o Direito, pode autorizar o juiz a aplicar a pena a um cidadão<sup>642</sup>, “enquanto ainda se duvida que ele seja réu ou inocente” (BECCARIA 1979, p. 55). Mas, assim como advertira Beccaria, de que talvez

---

<sup>641</sup> Beccaria utilizou a palavra *réu* como sinônimo de *condenado*.

<sup>642</sup> Em uma época em que o agente não era respeitado nem muito menos possuía direito contra a pretensão punitiva do Estado, é impressionante verificar que BECCARIA o qualificasse como cidadão.

o mérito maior de seu livro fosse o de revelar o que algumas nações já tinham como verdades escritas (1979, p. 37), havia um *insight* desse princípio tanto na Magna Carta quanto na *Bill of Rights* inglesa de 1689, esta ao proclamar “Que todas as aplicações ou cominações de multas e penas sem culpa formada são ilegais e nulas” (COMPARATO 1999, p. 82). Note-se que a norma em destaque, já àquela época, exigia *culpa formada* para a aplicação das penas, ou seja, a flexibilização da presunção de inocência.

12 (doze) anos depois da edição do livro de Beccaria, mais precisamente em 1776, esse princípio da presunção de inocência foi albergado com maior clareza e na dimensão expressada por Beccaria, no art. 8º das *Declarações dos Direitos do Homem da Virgínia*, com a dicção vazada nos seguintes termos: “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”. A última parte destacada do art. 8º da Declaração de Direitos da Virgínia denota que se assegurou ao acusado o direito de *não ser considerado culpado*, senão por meio de uma decisão tomada à unanimidade pelo tribunal do júri. A ausência de unanimidade no pensamento dos jurados sobre a culpa, só por só, era suficiente para suscitar dúvida razoável, com a conseqüente impossibilidade de condenação, por força da presunção de inocência<sup>643</sup>.

Seguindo essa orientação, na Quarta Emenda enxertada à Constituição dos Estados Unidos da América, restou plasmado que todas as pessoas seriam protegidas, inclusive quanto ao “domicílio, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias, sendo que nenhum mandado judicial nessa matéria (buscas e apreensões) será expedido sem razão plausível fundada em juramento ou declaração solene...”. A garantia foi complementada com a Quinta Emenda, ao assegurar que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”<sup>644</sup>.

Sem embargo do que sobressai a uma interpretação literal do texto, John Ville (2001, p. 157) esclarece a essência do dispositivo em destaque e anota que, a despeito

---

<sup>643</sup> Na redação originária do CPCrim de 1832, para a condenação pelo júri com aplicação da pena de morte, necessária unanimidade dos votos dos jurados. Cf. item 4.4.2, *infra*.

<sup>644</sup> No original: “No person shall be held to answer for a capital, or other wise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury”.

de estabelecer o sistema acusatório “é baseado na presunção de que uma pessoa é legalmente inocente até que seja provada a sua culpa e que é melhor ter vários culpados livres do que um inocente condenado”. Por conseguinte, mesmo sem a mesma clareza redacional, continuou prestigiado o princípio de que ninguém pode ser declarado culpado sem embasamento em uma determinada certeza.

Percebe-se que se assegurou o direito de a pessoa *não ser declarada culpada*, senão pela sentença de um juiz ou decisão de um júri, de modo que a pessoa, ao ser investigada ou durante o curso do processo, *não pode ser considerada culpada*, pois há uma presunção de que ela *é inocente*, porque não existe, ainda, um *juízo de culpa*. Essa cláusula foi acolhida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 9º, com uma redação um pouco diferente: “todo homem deve ser presumido inocente até que declarado culpado...” Com a declaração francesa, empregou-se, pela primeira vez, a expressão *presumido inocente*, daí por que, nesse sentido, procede a afirmação de Grandinetti Carvalho (1992, p. 70), segundo a qual foi na célebre declaração de direitos francesa que apareceu, em um texto legal, o princípio com essa expressão. Porém, nada obstante se tenha feito referência à expressão *presumido inocente*, a vigência dessa presunção foi delimitada para *até se e quando* a pessoa fosse *declarada culpada*. Aliás, o texto é suficientemente explícito, pois a garantia de o agente ser *presumido inocente* vigora e se mantém hígido até a sua *declaração de culpado*.

Do mesmo modo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, ou seja, logo após o último conflito mundial, realçou, no art. 11, 1, que “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Com a mesma limpidez, restou plasmado nessa declaração que a garantia se traduz em uma presunção de inocência, mas se cuidou de deixar patente que essa cláusula tem um limite, ou seja, *presume-se (a pessoa) inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada*.

Seguindo a mesma diretriz, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela ONU, em 16 de dezembro de 1966, está preceituado no art. 14, 2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Note-se o limite da garantia:

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

*enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*. Ainda no mesmo passo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), editada em 22 de novembro de 1969, no art. 8º, 2, primeira parte, reafirma, com ênfase, que “Toda pessoa acusada tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Aqui, mais uma vez, restou delimitado o alcance essencial do princípio: *enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

Como se vê, os textos internacionais, ao tempo em que consagram a presunção de inocência como cláusula fundamental na arquitetura de todo e qualquer sistema normativo criminal, estabelecem um marco normativo em que essa garantia resta flexibilizada, a saber: enquanto não houver, conforme o devido processo legal, a declaração da culpa, que só pode e há de ser feita por um órgão julgador.

O tratamento normativo conferido pelas declarações internacionais, mais do que uma escolha política para fins de delimitação do alcance ou limite da garantia, obedece a um *imperativo lógico*. Ora, ao julgar o processo, o juiz ou o júri, necessariamente, tem de fazer um juízo que implica em absolver, reconhecendo ou não a inocência, que é presumida, ou em condenar, reconhecendo a culpabilidade, que precisa ser provada.

Sem rodeios, a decisão condenatória criminal, qualquer que seja, tem o condão de emitir uma *declaração de culpa*, conquanto não seja definitiva, por ser passível de alteração com a eventual procedência de pretensão recursal. Em outras palavras, a presunção de inocência exige a existência de prova suficiente para que a pessoa seja *considerada culpada*. O juiz não pode condenar quem quer que seja, *considerando-o inocente*. O juiz só pode condenar se considerar o acusado culpado. Em síntese, diga-se com ênfase: o juiz, ao condenar, faz *juízo de culpabilidade*.

Se no cenário internacional o princípio da presunção de inocência é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem, como já dito e repetido aqui, no nosso sistema jurídico, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse preceito somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (LIMA 2017, p. 43), como acentuado em julgado do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Celso de Mello (HC 67707/RS 1989). Esse é um dado importante, que serve para explicar, mas, claro, não justificar, a circunstância de haver em nosso meio uma patente resistência normativa e cultural quanto a aceitar esse princípio.

Por conseguinte, a consagração desse princípio dentre os direitos fundamentais é uma das inovações da Constituição de 1988, o que tem a propriedade de promover profunda alteração em nosso sistema. Consoante a redação do art. 5º, LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Parte dos doutrinadores identifica, aí, a chancela do que se convencionou chamar de princípio da *presunção de inocência*; outros acreditam que, em verdade, o dispositivo constitucional anuncia o princípio da *presunção de não culpabilidade*.

Antes de mencionar os argumentos utilizados pelos doutrinadores na defesa da terminologia mais correta, cabe fazer referência à pesquisa feita nos textos constitucionais estrangeiros. Em consonância com a análise das Constituições alienígenas, observa-se o seguinte: (a) na dos Estados Unidos da América, está dito que “ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação ...; (b) na da Espanha, a Constituição, na qualidade de direito fundamental, assegura que “todos têm direito... à presunção de inocência” (art. 24, 2); (c) na de Portugal que “Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação...”; e (d) na da Itália que “O acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”<sup>645</sup>. Merece anotação que a Constituição portuguesa estabelece como limite da presunção de inocência *o trânsito em julgado da sentença de condenação*, enquanto a italiana diz que ninguém pode ser considerado culpado *senão após condenação definitiva*.

Conforme visto, inicialmente, seja no pensamento defendido por Beccaria, seja nas Constituições do Estado da Virgínia e dos Estados Unidos, não se utilizou a expressão *presunção de inocência*, muito embora a doutrina enxergue essa cláusula na exegese da Quinta Emenda<sup>646</sup>. Só a partir da declaração de direitos esculpida na Revolução Francesa essa nomenclatura exsurtiu com ênfase, sendo agasalhada nas Constituições da França, da Espanha e de Portugal. Por outro lado, a Itália preferiu a rubrica *presunção de não culpabilidade*, no que foi acompanhada pelo constituinte brasileiro de 1988.

---

<sup>645</sup> No original da Constituição italiana, o preceito assim está redigido “*L'imputato no è considerato colpevole sino allá condanna definitiva*”.

<sup>646</sup> Cf. itens 2.2.2 e 2.2.4, *supra*.



Por fim, saliente-se que essa cláusula jurídica universal, imanente a todo e qualquer sistema criminal de cunho democrático, é de difícil assimilação pela sociedade. Trata-se de uma questão cultural que não prescinde de sólida formação humanística e, notadamente, de sentimento de solidariedade e de crença no próximo. Mesmo países que possuem esse preceito na raiz da formação de seus sistemas, experimentam rejeição social quanto à razão de ser dessa orientação normativa. Especialmente nos dias atuais, em que o comportamento e o pensamento de boa parte da sociedade são formatados conforme os assuntos são explorados nos meios de comunicação e nas mídias sociais.

Quando alguém é apontado como o responsável por um crime pelos meios de comunicação e são feitas as entrevistas coletivas pelas autoridades policiais e membros do Ministério Público, o investigado ou acusado está irremediavelmente *condenado* pela maioria da sociedade. A equação se inverte. Para a sociedade a pessoa já é considerada culpada até prova em contrário, sendo essa a maior das *provas diabólicas*. Para evitar esse estado de coisa, na Inglaterra, a fim de preservar o princípio da presunção de inocência, não pode haver pronunciamento dessa natureza pelas autoridades públicas (SPENCER 2004, p. 91)<sup>647</sup>.

Não sem razão, Casara (2013, p. 29) diz que, em nosso meio, a presunção de inocência/não culpabilidade é uma *ilustre desconhecida*, não servindo de freio para formação da opinião da sociedade a respeito dos fatos criminosos. O mais drástico é que essa situação tem levado o Judiciário e o *mundo do direito* para o centro das atenções dos meios de comunicação, diante do interesse quanto às questões criminais, o que de um lado é positivo, mas, de outro, serve para alimentar elogios ou críticas pela *opinião pública* às instituições ou aos operadores jurídicos em geral, conforme as posições adotadas sejam favoráveis ou desfavoráveis às respostas simplistas que não se confortam com as garantias constitucionais, guiadas por “pautas emocionais ou imediatas, distintas do tempo e dos critérios do direito...” (BOTTINI 2023).

---

<sup>647</sup> John Spencer, explicando a proteção conferida ao princípio da presunção de inocência no sistema processual penal inglês, ele contou o seguinte caso, que implicou na anulação do julgamento: “Num caso recente, três foram acusadas de conspiração de atentado contra a casa de um ministro. Durante a audiência, eles exerceram o direito de ficar calados. Quando a audiência ainda estava em vias de acontecer, o ministro deu uma entrevista no rádio e na televisão sobre um projeto legislativo e expressou a opinião de que aqueles que fazem uso do direito ao silêncio são geralmente culpados. A condenação foi suspensa pelo tribunal de recursos” (SPENCER 2004, p. 91).

É de fundamental importância que o novo Código de Processo Criminal, a despeito da denominação adotada, em seu texto, deixe expresso que se fundamenta no princípio da presunção de inocência. Isso deve ser sublinhado como princípio geral entre os primeiros dispositivos, ao lado do devido processo legal. Essa providência, certamente, não irá desconstruir o ranço cultural da *presunção de culpabilidade*, gerada pela *verdade sabida* explorada para a formação da opinião pública, mas serve para reforçar o compromisso do exegeta quanto à interpretação da norma processual criminal. Na proposta da Câmara dos Deputados (PL 8.045 2010), mantendo o que foi aprovado no Senado (PLS nº156, de 2009), está ressaltado, apenas, que o NCPP terá a regência dos “princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil” (art. 1º do PL 8.045, de 2010). É dito que as *garantias processuais* consagradas no código deverão ser observadas, “com estrita obediência ao devido processo legal constitucional” (art. 2º do PL 8.045, de 2010), com a complementação de que “Todo o processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa”.

Como se observa, no projeto do NCPP não se faz nenhuma referência ao princípio da presunção de inocência, equívoco inaceitável e que contribuirá para a desconsideração da função estruturante desse preceito e, pior, para que, em razão da forma como redigido o inciso LVII do art. 5º da Constituição (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), permaneça a discussão se em nosso sistema ele está efetivamente expresso, ou se há apenas a garantia da *presunção de não culpabilidade*. No ponto, Maurício Zanoide (2010, 217-219) lembra que, durante os trabalhos constituintes, chegou a ser aprovada a proposta de que a redação do preceito fosse *presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória*, sendo esse o texto entregue à comissão de sistematização. Porém, o Deputado José Ignácio Ferreira, com a preocupação de eliminar a cultura da presunção de culpa existente, propôs a substituição da expressão *presume-se a inocência* pela locução *não consideração prévia de culpa*. No entanto, a redação final findou alterada para *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (M. Z. MORAES 2010, p. 2019-2020). Essas nuances revelam ter os constituintes identificado uma sinonímia entre as expressões *presunção de inocência e de não culpabilidade*, pelo que, em consonância com a *mens*

*legislatoris*, para todos os feitos, o constituinte tratou do princípio de forma abrangente, abrigando ambas as conotações decorrentes dos vocábulos (M. Z. MORAES 2010, p. 2020).

Para além da concordância com essas colocações de Zanoide, nos itens a seguir será defendido que, a despeito da expressão utilizada pelo constituinte brasileiro, o diálogo com os tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil força o entendimento de que o nosso sistema jurídico contempla o princípio da presunção de inocência *lato sensu*, que tem como espécies (a) o princípio da presunção de inocência *stricto sensu* e (b) o princípio da presunção de não culpabilidade, distinção que se faz em consonância com os *standards de prova*, compreendido como o *sistema de padrão de prova* que revela diferentes graus de convicção para se estabelecer a comprovação de um fato, com o nível mais baixo, reclamado para o indiciamento, o ajuizamento da ação penal e a sua admissibilidade pelo juiz (*preponderance of the evidence*), para algumas decisões como a decretação da prisão preventiva e a pronúncia (*clear and convincing evidence*) e o que se exige para um juízo de culpabilidade (*proof beyond a reasonable doubt*). Nos dois primeiros graus temos o princípio da presunção de inocência estrito senso, enquanto no último, o princípio da presunção de não culpabilidade.

#### 6.2.2.1.1. Princípio da presunção de inocência: princípio da presunção de inocência *stricto sensu* e princípio da presunção de não culpabilidade

Não há convergência doutrinária quanto à expressão mais correta para expressar o princípio que consagra o *in dubio pro reo* como cláusula imanente a todo o sistema criminal. Carlos Rubianes (1985, p. 77), com apoio em doutrina de Manzini, aponta ser paradoxal, senão irracional, defender a incidência do princípio da presunção de inocência nas investigações e nos processos criminais, pois tal seria empecilho para a tomada de qualquer decisão contrária ao investigado ou acusado com suporte apenas em indícios de autoria. Ora, indícios de autoria, conquanto apontem para a possibilidade de que a pessoa tenha praticado uma determinada conduta, expressa uma *incerteza*, nunca uma *certeza* apta a desconstruir uma *presunção normativa*. Para o doutrinador em menção, parece incongruente aceitar que, nada obstante a presunção de inocência, o

juiz possa decretar uma prisão preventiva, partindo do pressuposto de que contra a pessoa há prova da ocorrência do crime e indício suficiente de que foi ela a autora do fato.

Assim, não haveria, propriamente, a consagração de uma presunção de inocência, mas de um *estado jurídico*, segundo o qual, para todos os efeitos, o acusado é considerado inocente durante o transcurso de todo o processo, situação jurídica que só se modifica após a declaração final da culpabilidade por meio da sentença, porém, sem que isso impeça que “*en forma más o menos intensa, aparezca em el proceso una presunción de culpabilidad, que justifique medidas em su contra*” (RUBIANES 1985, p. 79) Essa tese, porém, além de extremada, se aproxima do pensamento de Ferri e Garofalo, que não aceitam a vigência do princípio da presunção de inocência em certas situações, a exemplo do flagrante delito e crimes que apontam na direção de tratar-se de comportamento habitual<sup>648</sup>.

Na tentativa de rebater a crítica de que esse entendimento sufraga uma efetiva e inaceitável *presunção de culpabilidade*, gerando para o infrator o encargo de desconstruir essa *certeza*, Rubianes (1985, p. 79) objeta que, de qualquer forma, a acusação é quem teria o dever de transformar aquela presunção de culpabilidade em certeza de responsabilidade penal, sob pena de o estado de inocência continuar incólume.

Referindo-se ao princípio da inocência declarado como direito fundamental do homem por diplomas internacionais, Londoño Jiménez (1989, p. 18) defende que, à medida que o processo judicial vai se aprofundando em provas contrárias ao acusado, na mesma intensidade vai diminuindo a presunção de inocência. Ele diz que o princípio em referência vai se destruindo gradualmente, “por la situación de captura em estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por una orden de captura escrita, por la indagatoria, por el auto de privación de la libertad, por el enjuiciamiento, por la comparecencia en la calidad de procesado a la audiência pública, por el veredicto condenatório, etc.” (JIMÉNEZ 1989, p. 19). Apoiando-se no ensinamento de Eugenio Florian, Jiménez (JIMÉNEZ 1989, 19) aponta que, em muitas situações, devido à robustez da prova contra o acusado, em consonância com a lógica dos fatos, não se pode afirmar que exista

---

<sup>648</sup> Cf. item 5.1, supra.

ou persista existindo uma presunção de inocência, muito pelo contrário, porque esses elementos probatórios, evidenciados desde o início da apuração do fato criminoso, descortinam *um estado de fato desfavorável ao infrator*, daí por que se pode afirmar que “*Aquí la presunción de inocencia está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se vê rápidamente eliminada por elementos adversos*”. Entretanto, o próprio Florian (1934, p. 322) critica a discussão a favor e contra a presunção de inocência, “*pues la realidad es que la prueba es obligatoria siempre, y sería una vana objeción argüir que em ciertos casos (flagrância, reincidencia, habitualidade, etc.) tal presunción no se podrá admitir sin caer en el absurdo o la ingenuidade*”.

Refutando a existência do princípio da presunção de inocência como cláusula reitora do processo criminal, Giovanni Leone (1963, p. 21) adverte que isso comporta uma inversão do sentido lógico e jurídico do sistema em si, daí que, em seu pensar, é mais apropriado dizer que “*Mientras hay um procedimiento en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino unicamente indiciado: solo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente*”. De outra banda, Giuseppe Bettiol (1973, p. 265), com foco no sistema italiano, chama a atenção para a circunstância de a Constituição da Itália, no art. 27, ter feito referência ao princípio da presunção de não culpabilidade, ao contrário da expressão utilizada no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Perquirindo a exegese do mesmo dispositivo constitucional, Francesco Carnelutti (1960, p. 254), com abordagem sagaz, sustenta que não se consagrou, propriamente, o princípio do *favor rei*, mas, tão-só, o *favor innocentiae*, residindo a diferença no fato de este operar “*precisamente cuando las pruebas de las cuales el juez dispone no son tales que lo convenzan ni de la existência ni de la inexistência del delito*”. Em aguçada observação, Ernst Beling (200, p. 21) leciona que, não sendo possível, *a priori*, estabelecer quem é culpado ou inocente, deve-se partir “*de la idea de que el culpable puede ser inocente, es decir, garantizar el respecto a la inocencia*”, de modo que o processo criminal se apresente como a *magna carta* do indivíduo.

Na doutrina nacional, a discussão também é acirrada. Fabbrini Mirabete (2006, p. 23), defende que não existe propriamente uma presunção de inocência, mas apenas uma tendência de presunção de inocência, “ou, mais precisamente, um estado de

inocência”, chegando mesmo a concordar com Carlos Rubianes, quando o autor argentino afirma que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade penal. Marcelo Fortes Barbosa, partindo do pressuposto de que a fonte de nosso princípio advém da Constituição da Itália, defende que o princípio é o da não culpabilidade. Tourinho Filho (2010, p. 73)<sup>649</sup> sustenta que a nossa Constituição consagrou o princípio da inocência encartado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, emitida pela ONU em 1948<sup>650</sup>, que sufragou as ideias de Beccaria, Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Mas adverte que a expressão não pode ser “interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente” (TOURINHO FILHO 2010, p. 72).

Ademais, o autor em menção faz a distinção deste em relação ao princípio do *favor rei*, também identificado como *favor innocentiae* ou *favor libertatis*, que é o princípio base de toda legislação processual criminal, que consagra o benefício da dúvida em prol do acusado na interpretação das normas, no exame das provas, justifica a existência de alguns recursos exclusivos da defesa, impede a *reformatio in pejus*, confere suporte à revisão criminal circunscrita à impugnação de sentença condenatória e, enfim, dá sustentação ao próprio princípio da presunção de inocência (2010, p. 73). Capez (2013, p. 84), sem se aprofundar no assunto, adota, em linhas gerais, a distinção feita por Tourinho Filho, mas fala na existência de um *estado de inocência*, que se desdobra na fase da investigação, no momento da avaliação da prova e, por fim, no curso do processo criminal.

Maurício Zanoide (2010, p. 243-263), não apenas defende que a Constituição sufraga o princípio da presunção de inocência, como ainda observa que a cláusula possui duas dimensões, uma subjetiva, a mais difundida, e outra objetiva, que impõe ao Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) o dever de proteger quem é inocente, o que tem o condão de expandir a garantia, conforme a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>651</sup>. Alexandre de Moraes (2011, p. 302) faz a distinção entre os princípios

---

<sup>649</sup> *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 62.

<sup>650</sup> Art. 11: “*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*” (Tradução livre: “Toda pessoa que responde a processo criminal será considerada inocente até ser provada a sua culpa conforme a lei”).

<sup>651</sup> Cf. item 6.1.1, *supra*.

da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, e arremata que ambos são espécies do gênero *favor rei*.

Aury Lopes (2016, p. 95), sem meias-palavras, argumenta que a Constituição de 1988 consagrou expressamente o princípio da presunção de inocência, constituindo-se no princípio reitor do sistema processual criminal. Nessa passada, extrai desse preceito constitucional as seguintes conclusões: (a) impõe regra de tratamento interna ao processo e exterior a ele; (b) na dimensão endoprocessual, determina que a carga probatória recaia sobre o Ministério Público e que o acusado seja absolvido no caso de dúvida, ademais de implicar em severas restrições quanto à imposição de medidas cautelares; e (c) na dimensão extraprocessual, torna defesa a espetacularização do processo, em proteção à inviolabilidade da imagem, garantida pela Constituição (LOPES JR, Direito processual penal 2016, p. 96-97). Juarez Cirino (2019, p. 2) arremata que, a despeito de a Constituição não ter utilizado a expressão *presunção de inocência*, identifica-se a consagração desse preceito dentre os direitos fundamentais, com as suas 3 (três) regras elementares: (a) regra de tratamento como inocente até a certeza da culpa em decisão irrecorrível; (b) regra de interpretação da prova em compasso com o princípio *in dubio pro reo*; e (c) *regra de garantia* da dignidade do acusado contra qualquer forma de arbítrio.

Por sua vez, Gustavo Badaró (2016, p. 60-62) reconhece que a Constituição de 1988, ao incorporar o princípio ao rol dos direitos fundamentais, não utilizou a expressão *presunção de inocência*, tendo dado preferência à locução *não culpabilidade*. Entretanto, adverte que não há diferença de conteúdo entre elas, sendo bizantina a discussão, pois, conquanto em primeira nota o tratamento conferido pelo constituinte exprima um *menor grau de proteção*, cuidou de reforçar o preceito, ao estabelecer como marco temporal o trânsito em julgado. Renato Brasileiro (2017, p. 44), nas pegadas de Badaró, não faz a distinção entre um e outro princípio, dando destaque, todavia, para a circunstância de o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade exalar duas regras fundamentais, quais sejam, *a regra probatória* e *a regra de tratamento*.

Na jurisprudência brasileira, há julgados nominando o princípio ora de presunção de inocência, ora de princípio da não culpabilidade. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 9, deu preferência à expressão presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, embora também utilize a denominação presunção de

inocência, em vários julgados faz referência à expressão presunção de não culpabilidade<sup>652</sup>.

Não se pode deixar de concordar com Badaró, quando diverge de quem quer apenar o alcance da garantia constitucional, apegando-se à literalidade da dicção normativa empregada pelo constituinte, a fim de dizer que o nosso sistema não sufraga a presunção de inocência. Nesse ponto, não se há de deixar de concordar. Para todos os efeitos, o nosso sistema abriga o princípio da presunção de inocência, tal como sufragado nos diplomas internacionais. Assim, para além da literalidade normativa, adotando a *teoria do transconstitucionalismo*, formatada por Marcelo Neves (2009), por meio do diálogo transversal entre os ordens jurídicos, expressadas em diplomas internacionais e regionais e, ainda, nas Constituições dos países estrangeiros, é forçoso adotar a concepção dogmática de que o nosso ordenamento jurídico alberga os dois princípios, a despeito de o constituinte nacional ter se escorado na orientação italiana para dizer que o que se *presume* não é a *inocência*, mas, sim, a *não culpabilidade*.

Aliás, para a solução interpretativa de princípios desse jaez, há de se firmar passo com a inteligência de Carlos Wagner Ferreira (2022, p. 353-355)<sup>653</sup>, para quem o *novo constitucionalismo global* adota como nota característica o *diálogo transjudicial* vertical e horizontal no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, tendo como atores juízes e tribunais internacionais, regionais, supranacionais e nacionais, independentemente da existência de tratados ou convenções, o que resulta no *constitucionalismo judicial interativo*.

---

<sup>652</sup> No STF: (a) julgados que adotam a nomenclatura princípio da presunção de não culpabilidade: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 07.11.89, RTJ 141/816 e RT 690/380; HC 71.918-0, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 17.11.95, p. 39.206; HC 76.592-6, Segunda Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU 30.10.98, p. 3; RHC, Segunda Turma, Rel. Ministro Paulo Brossard, j. 13.04.92, RTJ 142/254; HC 83.728, Primeira Turma, DJ 23.04.2004, p. 25; (b) julgado que adota o princípio da presunção de inocência: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 26.4.94, RTJ 159/213; (c) julgados que utilizam as duas expressões: HC 81964 Primeira Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 10.12.2002, DJ 28.02.2003, p. 16. HC 80535 / SC, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, J. 12.12.2000, DJ 02.03.2001, p. 03.

<sup>653</sup> O autor esclarece que “O diálogo transjudicial não se confunde com a utilização de direito comparado. Enquanto o direito comparado preocupa-se em aquilatar a estrutura normativa, sociológica, histórica, social e econômica do direito pertencente a outro país, o diálogo transjudicial adota processos de incorporação de sentidos como pressupostos de decisões posteriores ou, se não os incorpora automaticamente, procura detectar diferenças e semelhanças fático-jurídicas com o precedente dialogando” (C. W. FERREIRA 2022, p. 355).



Nesses prismas, o *princípio da presunção de inocência* deve ser concebido como o gênero, que tem como espécies os subprincípios da *presunção de inocência estrito senso* e o da *presunção de não culpabilidade*. Essa é a tese aqui sustentada e já esboçada no tópico anterior. Para além da questão semântica, aspectos de ordem lógica e mesmo jurídica conduzem à necessidade de que se faça a distinção entre os princípios da presunção de inocência estrito senso e de não culpabilidade. Essa distinção também se adequa ao entendimento defendido por Goldschmidt (1936, p. 194-195) de que o processo, diante de sua própria dinâmica, cria situações jurídicas, gerando expectativas, possibilidades e liberações de uma carga processual, conforme a fase em que se encontra. O processo criminal – ou mais precisamente, a persecução criminal – não é estática, tem um caráter dinâmico, de modo que as partes não assumem, propriamente, direitos e obrigações, pois “O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere das cargas (por exemplo, probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas)” (LOPES JR 2016, p. 30). Essas *chances*, mencionadas por Aury Lopes e preconizadas por Goldschmidt, são em essência *situações jurídicas*, germinadas a partir de cada ato processual praticado.

Aragoneses Alonso (1986, p. 33), com propriedade, adverte que, para quem enxerga o processo apenas pelo viés teórico, é difícil compreender e aceitar a tese de Goldschmidt, mas, não, para quem percebe, na prática, como se dá o comportamento dos sujeitos processuais, merecendo destaque a distinção das garantias constitucionais asseguradas ao sujeito passivo do processo criminal, com a distinção do tratamento conferido entre o imputado e o acusado, dado que os direitos e deveres decorrem tendo em conta a situação ocupada em determinado momento da persecução criminal (ALONSO 1986, p. 149-154). Essa posição é compartilhada por Alberto Binder (1999, p. 126), ao reconhecer que no processo criminal “existe uma progressiva adquisición de conocimientos, cuyo resultado puede ser un aumento de la sospecha que existe respecto a una persona”. Cabe agregar ao pensamento de Pedro Alonso e Binder, a situação jurídica do condenado, durante o cumprimento da pena, que não deixa de possuir direitos fundamentais, inclusive em relação à cláusula da presunção de inocência quanto a outros fatos a ele imputados, como no caso de falta disciplinar, conforme exposto nos itens 6.2.2.2.3, *infra*.

Nessa perspectiva, na fase investigatória e durante o transcurso do processo, o princípio da presunção de inocência detém uma dimensão e colorido específico, de modo que, para fins do indiciamento, do ajuizamento da ação penal e da imposição de medidas cautelares, a carga probatória se contém na exigência de evidenciar a existência do crime e dos indícios de autoria, enquanto em relação ao acolhimento da pretensão acusatória e conseqüente definição da culpa, a carga processual reclamada é mais elástica, por exigir que a culpabilidade esteja provada acima de dúvida razoável.

Concordando com essa posição, Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2017, p. 485) afirmam que se, nos termos do art. 240, § 1º, do CPP, para realizar uma busca e apreensão, é suficiente a existência de *fundadas razões*, “para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e os indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além da dúvida razoável”.

Cabe considerar que um dos reflexos mais contundentes desse princípio incide sobre a questão da prova, conferindo validade à cláusula do *in dubio pro reo* (*favor rei, favor innocentiae* ou *favor libertatis*). De fato, o princípio da presunção de inocência em sentido lato ou, especificamente, de não culpabilidade sinaliza que, para a condenação do acusado, o pronunciamento judicial deve estar fulcrado em uma *verdade processual suficiente*, ou melhor, uma certeza estremada de *dúvida razoável*. A verdade que não consegue afastar a dúvida razoável<sup>654</sup> não é bastante para flexibilizar a garantia da presunção de não culpabilidade, pelo que, nesse caso, a decisão deve ser em prol do inculpatado. Não basta como *standard de prova* evidências quanto à possibilidade (indício de autoria) ou probabilidade concreta (indício ou indícios suficientes).

Resta patente que o padrão de prova além de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) não faz se sentir em toda a *persecução criminal*. Seria despropositado que todo e qualquer ator nas fases investigatória e processual – autoridade policial, Ministério Público e o juiz, respectivamente, para indiciar, acusar ou proferir decisões interlocutórias que não fazem juízo de culpa, tivessem de se escorar em prova escoimada de dúvida quanto à *culpabilidade*.

---

<sup>654</sup> Para todos os efeitos, assim como assinalado por Badaró (2003, p. 33), pelas próprias limitações materiais, não faz sentido a diferença entre *verdade formal e material*, até porque, como já salientado, a verdade absoluta é inalcançável. Quando muito, pode-se dizer que a verdade processual que autoriza a condenação é aquela que afasta dúvida razoável.

Em outra leitura, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que esse princípio declarado na Constituição tem o condão de estabelecer que as prisões processuais possuem natureza cautelar, privilegiando o *status libertatis* do acusado no embate que ele trava, durante a relação processual, com o *jus perseguendi* exercido pelo Ministério Público em nome da sociedade, manifestando-se como forma de estabelecer a *equivalência de armas* na arena do processo criminal, tendo em conta o gigantismo do Estado em relação ao infrator<sup>655</sup>.

Os argumentos apresentados quanto à incongruência de um princípio da inocência residem, justamente, no fato de o sistema processual permitir a adoção de várias providências de ordem criminal contra o infrator durante a persecução criminal, exercitada tanto na fase investigatória quanto do processo de conhecimento, sem que se tenha contra o investigado ou acusado a certeza de sua culpabilidade e muito menos uma declaração formal nesse sentido, por meio de uma decisão judicial.

De fato, conquanto se exija um suporte probatório mínimo para que, pelo menos, seja instaurado um inquérito policial ou processo criminal contra alguém, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal sanável por via do habeas corpus, em nenhum momento se garante à pessoa que ela somente poderá ser *indiciada ou acusada* caso se tenha prova de sua culpabilidade. Pelo contrário, a própria legislação entende que é suficiente, para que a pessoa seja indiciada ou denunciada, a existência de culpa sumária ou suporte probatório mínimo. A garantia que a pessoa tem se resume em não ser molestada na esfera jurídica de sua liberdade, honra e imagem sem que haja ao menos provas de que o fato ocorreu e indícios de que ela seja a responsável.

Por isso mesmo, a autoridade policial, ao fazer o indiciamento, conquanto tenha de fundamentar essa *decisão*<sup>656</sup>, não faz ou precisa fazer nenhum juízo de certeza quanto à culpabilidade, do mesmo modo como procede o Ministério Público no oferecimento da denúncia. Para esses dois atores do sistema criminal bastam a materialidade e indícios de autoria, o que significa dizer que, mesmo não tendo *certeza da culpabilidade*, devem levar adiante a *persecutio criminis*, assim como ocorre, até mesmo, em relação ao

---

<sup>655</sup> Cf. item 6.2.2.1, *infra*.

<sup>656</sup> Cf. item 6.2.2.2.3.

magistrado, quando chamado, em vários momentos antes do julgamento do processo, a decidir diversas questões, que não importam em um juízo de culpabilidade.

Assim, não é adequado se dizer que, devido à exigência de *culpa sumária* para que alguém seja indiciado na esfera policial ou denunciado perante o juízo e mesmo para que o juiz admita a ação penal, vigora nessas oportunidades o princípio da presunção de não culpabilidade, preceito que, conforme *communis opinio doctorum*, quer dizer que, presente dúvida razoável, o exegeta deva alvitrar a solução mais favorável ao agente a quem imputada a prática do ilícito. O que se quer evidenciar é que, nesse caso, o nome técnico correto do princípio é o da *presunção de inocência* no sentido estrito, até porque a presunção de não culpabilidade somente vigora, em toda a sua essência, quando o juiz, com o seu pronunciamento, puder proferir uma decisão no sentido de condenar o acusado.

Com efeito, em muitas passagens do processo o juiz é autorizado a decidir contra os interesses do acusado com suporte apenas na prova da materialidade e nos indícios de autoria, como sucede quando do juízo de admissibilidade da ação penal e da decretação de medidas cautelares as mais diversas, ou mesmo da absolvição sumária, em que, registre-se, há inclusive uma inversão dos sinais. De fato, para absolver sumariamente com base no art. 397, I, do CPP, que é uma das hipóteses para o julgamento abreviado do processo, sem conferir ao Ministério Público a oportunidade de se servir da instrução probatória necessária para provar a sua tese acusatória, o juiz há de estar amparado em prova acima de dúvida razoável quanto à circunstância de o delito ter sido praticado sob o escudo de uma das excludentes de criminalidade (BADARÓ 2016, p. 605).

Há de se observar que o princípio da presunção de inocência, ainda que nessa perspectiva contida, constitui uma garantia muito cara à sociedade, servindo para proteger, concretamente, a *inviolabilidade da honra e da imagem*, na medida em que a mera existência de uma investigação contra qualquer pessoa tem o condão de arranhar esses bens jurídicos constitucionais (CARNELUTTI 1995, p. 46)<sup>657</sup>. Nesse sentido,

---

<sup>657</sup> Carnelutti (1995, p. 45) adverte, não sem razão, que a proclamação na Constituição italiana de que o acusado não deve ser considerado culpado enquanto não tiver contra si uma sentença definitiva não passa de mais “uma daquelas normas, as quais servem somente a demonstrar a boa-fé daqueles que a elaboraram”, arrematando, no final: “Infelizmente a justiça humana é assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes”.

Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet (2007, 529) esclarecem que a persecução criminal injusta ofende o princípio da *dignidade da pessoa humana*, a par de essa ofensa ser potencializada, pois ameaça a *esfera da liberdade de locomoção*.

Por isso mesmo, a autoridade policial, para indiciar alguém, precisa flexibilizar a garantia da presunção de inocência, com base em elementos probatórios mínimos que *sejam*. Assim, desde que embasado em prova quanto à existência do crime e em indícios de autoria, a autoridade policial pode e deve, por ato fundamentado, indiciar o agente no inquérito policial. De igual modo, caso o Ministério Público concorde com o indiciamento, deve oferecer a denúncia com suporte nesses mesmos elementos, assim como o juiz, com apoio neles, deve admitir a ação penal. Em nenhum desses casos, é certo, está havendo a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, pois para indiciar, oferecer a ação penal ou admiti-la não se exige que haja certeza da culpabilidade, sendo suficientes meros indícios de autoria, que representam a *justa causa*. Se nesses momentos houvesse a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, fosse para indiciar, acusar ou receber a ação penal, seria necessária a demonstração de prova suficiente da culpa do acusado, o que, como se sabe, não se há de exigir, nem muito menos seria razoável.

Por imperativo de ordem lógica, parece paradoxal defender que a autoridade policial, o Ministério Público e o magistrado, conquanto devam obediência ao princípio da presunção de inocência em toda a sua higidez, de maneira a assim considerar o acusado até o final do processo, estejam autorizados, respectivamente, a indiciar, acusar e receber uma denúncia contra o agente, tudo isso tendo como suporte, apenas, a prova da materialidade e meros indícios de autoria. E essa possibilidade é inerente a todos os sistemas jurídicos, independentemente dos que adotam expressamente o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Pertinente lembrar que, em diversos momentos do processo, para tomar uma decisão contrária aos interesses do acusado, o juiz não precisa do auxílio da verdade afastada de dúvida razoável. Como dito, a procedência dessa assertiva se mostra já na primeira decisão dada pelo juiz no processo, que diz respeito ao juízo de admissibilidade da denúncia. Nesse momento, o magistrado se contenta, para proferir decisão desfavorável aos interesses do acusado, em observar se há elementos probatórios ou de informação pertinentes à existência do crime e aos indícios quanto à autoria. Para todos

os efeitos, o juiz, ao receber a ação penal, está a dizer que, diante dos elementos probatórios coligidos durante a investigação, há indicativos de que o acusado realizou a conduta, devendo, portanto, no processo criminal, ser apurada a sua culpabilidade, quando, mercê do princípio da presunção de não culpabilidade, se e somente se afastada dúvida razoável, poderá ser proferida sentença condenatória. Ou seja, em nome do princípio da presunção de inocência, exige, para o indiciamento, o ajuizamento da ação e o seu recebimento, que seja demonstrada a possibilidade dos fatos afirmados, o chamado *padrão de prova preponderante* (*preponderance of the evidence*).

Esse entendimento, como se disse, é válido para toda e qualquer decisão interlocutória, e não apenas em relação àquela com a qual o juízo analisa o recebimento da denúncia. Note-se que no momento do exame de uma questão interlocutória, o juiz não decide se o acusado *é, ou não, culpado*, pelo que para decidir contra o interesse deste não há necessidade de que o decreto jurisdicional tenha como lastro a prova indene de dúvida razoável, sendo suficiente prova quanto à existência do crime e aos indícios de autoria<sup>658</sup>. Em alguns casos, como na busca e apreensão, basta a suspeita de que a pessoa oculte arma proibida ou objeto relacionado a um crime (art. 240, § 2º, do CPP).

Várias outras decisões dadas pelo julgador ao longo do processo podem ser citadas como exemplo de situação em que não se aplica o princípio da presunção de não culpabilidade, embora para a flexibilização da presunção de inocência se reclame provas mais robustas, mesmo que a título de indícios. Veja-se o caso da decretação da prisão preventiva. Se os fundamentos (*periculum libertatis*) estão embasados na necessidade da garantia da ordem pública ou econômica/evitar a prática de infrações penais<sup>659</sup>, quanto à conveniência da investigação ou instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, os requisitos (*fumus commissi delicti*) reclamados para que o juiz esteja autorizado a determinar a privação do direito de liberdade se circunscrevem à

---

<sup>658</sup> Podem ser mencionadas as medidas cautelares como interceptação de comunicação telefônica, quebra de sigilo fiscal, bancário e de dados, etc.).

<sup>659</sup> Note-se que os fundamentos para a decretação de toda e qualquer medida cautelar criminal de ordem pessoal passou a ser disciplinada no art. 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011. Dessa forma, a leitura harmônica dos arts. 282, I, e 312, primeira parte, do CPP, leva à conclusão de que, para todos os efeitos, doravante, seguindo o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, para fins legais, a decretação de medida cautelar tendo como fundamento a manutenção da ordem pública ou econômica só está autorizada quando se mostra necessária para evitar a prática de infrações (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 436-439 e 451-455)

prova da existência do crime e aos indícios *suficientes* da autoria (art. 312, segunda parte, do CPP)<sup>660</sup>.

É verdade que aqui, para a decretação da medida cautelar, que importa na restrição do direito de liberdade, quanto à autoria, não bastam os *indícios* exigidos para a admissibilidade da ação penal, sendo necessário, conforme a dicção normativa do art. 312 do CPP, a existência de *indício suficiente*. *Indício suficiente* não se confunde com os *indícios* que conferem lastro ao ajuizamento da ação penal. O indício que satisfaz a exigência para o oferecimento da ação penal é aquele que se mostra pertinente para demonstrar que os elementos probatórios indicam a *possibilidade* de o acusado ter praticado o crime.

Em outro passo, o *indício suficiente*, necessário para a decretação da prisão preventiva, é aquele que revela a *probabilidade concreta* de que o agente efetivamente praticou o crime imputado (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 266). Esse entendimento parece lógico, muito embora a objeção de Juarez Cirino (2019, p. 5) quanto a uma *graduação* do princípio da presunção de inocência, ao argumento de ou o acusado é inocente ou não é inocente, não sendo adequado que alguns sejam considerados *mais* ou *menos* inocentes do que outros.

Aqui, devido se tratar de restrição do direito de liberdade, conquanto não se exija demonstração de culpa, até porque se trata de uma medida cautelar, é preciso que se vá além, sendo necessário o *padrão de prova claro e convincente* (*clear and convincing evidence*), impondo ao Ministério Público o ônus de apresentar evidência que denote a probabilidade concreta da autoria, o mesmo ocorrendo no caso de pronúncia. Com isso não se está dizendo que o indiciado ou acusado é mais ou menos inocente, mas, apenas, que, diante do grau de prova exibido, há o cumprimento dos requisitos para a adoção da medida requerida, desde que satisfeito um dos fundamentos.

Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência, como proteção à decretação da prisão preventiva, é mais robusto, não se satisfaz com os meros *indícios* relativos à autoria, reclama *indício ou indícios suficientes*, assim como o legislador

---

<sup>660</sup> Note-se que, mesmo sob a nomenclatura de princípio da presunção de não culpabilidade, o Supremo Tribunal Federal reconhece que esse princípio tem como consequência a concepção de que a prisão processual possui natureza acautelatória, de modo que somente deve ser decretada em situações excepcionais, sem a necessidade de prova quanto à culpa em si (cf. HC 80.719, Primeira Turma, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 26/06/2001, DJ 28.09.02, p. 37).

estabelece para a prolação da decisão de pronúncia (art. 413, caput, parte final do CPP). No ponto, Badaró (2016, p. 1039) alerta que o *fumus commissi delicti* é formado por dois elementos, sendo exigida *prova*, ou seja, *certeza*, apenas em relação à materialidade delitativa, contentando-se, porém, quanto à autoria, em um *juízo de probabilidade*. Note-se que, em vários julgados, sem fazer a distinção aqui sugerida, sob a terminologia de princípio da presunção de não culpabilidade, o Supremo Tribunal Federal (HC 80.719/SP 2001) reconhece que esse princípio tem como consequência a concepção de que a prisão processual possui natureza acautelatória, de modo que somente deve ser decretada em situações excepcionais, sem a necessidade de prova quanto à culpa em si (cf. HC 80.719, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 26/06/2001, DJ 28.09.02, p. 37).

Voltando ao raciocínio, observe-se o que acontece no procedimento relativo ao tribunal do júri. Tendo em conta que o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o conselho de sentença, formado por pessoas leigas recrutadas da sociedade, conforme a legislação (art. 413, caput, do CPP), para pronunciar o acusado, é bastante a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes quanto à autoria. Diante disso a doutrina e a jurisprudência possuem posição consolidada no sentido de que o magistrado, na *dúvida*, deve pronunciar, chegando alguns a defenderem, até mesmo, um pretense *in dubio pro societate*. Todavia, o que acontece nesse caso é que o princípio aplicável é o da presunção de inocência em sentido estrito, de modo que a decisão de pronúncia reclama, tão-somente, a existência de *justa causa* para submeter o acusado ao julgamento perante os seus pares, os juízes de fato e naturais para o caso, que se compraz com a prova da materialidade e nos indícios suficientes de autoria, ou seja, o padrão de prova exigido é da evidência clara e convincente ou da probabilidade concreta da autoria do crime.

E com um detalhe a mais quanto à decisão de pronúncia. Tendo em consideração o contido no art. 155, caput, do Código de Processo Penal, os indícios suficientes exigidos são aqueles amealhados sob o crivo do contraditório, sendo defeso ao magistrado firmar o seu entendimento com apoio apenas nos elementos informativos colhidos exclusivamente na investigação.

Repita-se o que foi dito acima em relação à absolvição sumária, decisão com a qual o juiz pode dizer que o acusado é inocente da acusação, seja no procedimento



ordinário ou relativo ao tribunal do júri. Em consonância com o entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, a absolvição, nesse caso, só é possível quando o juiz tiver a certeza da inculpabilidade. Aqui, inverte-se a lógica do processo: para absolver, a decisão do juiz, na sua motivação, tem de estar acompanhada de prova robusta em prol do acusado, ou seja, prova indene de dúvida. Isso se dá porque o juiz, nessa fase, não pode fazer juízo de culpa, mas, apenas, de exculpação, daí por que o princípio reitor é o da presunção de inocência *stricto sensu*, que se tem por flexibilizado quando existente nos autos prova que exprime certeza quanto à ocorrência do crime, sendo bastante, quanto à autoria *indícios* ou *indícios suficientes* de autoria, conforme seja a situação.

Tendo em consideração esse *distinguish* entre os princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade, tem-se que, para todos os efeitos, este último só está presente em sua essência nos momentos processuais em que o juiz, com a sua decisão, pode reconhecer a culpa do denunciado. Assim, por exemplo, como na primeira fase do tribunal do júri e no julgamento antecipado do processo, nos demais procedimentos (art. 397 do CPP), o juiz não pode fazer juízo de valor quanto à culpabilidade, pois, quando muito, só lhe é permitido inocentar o acusado, não há de falar-se, aqui, em *princípio da presunção de não culpabilidade*, do *favor rei* ou do *in dubio pro reo*, mas, sim, do *princípio da presunção de inocência* na forma restrita.

Diante do exposto, em obséquio aos diplomas internacionais, conclui-se que o preceito encartado em nossa Constituição dá azo a que se enxergue nele a presunção de inocência *lato sensu*, assim como, os seus corolários lógicos, os princípios da presunção de inocência *stricto sensu* e o de *não culpabilidade*. Nesse contexto, pode-se asseverar peremptoriamente que, quando o magistrado analisa um pedido principal ou incidental que não pode importar em conclusão quanto à culpabilidade do agente, o princípio que rege o assunto é o da presunção de inocência.

Acrescente-se, por fim, que a flexibilização do princípio da presunção de inocência, a fim de permitir que ao longo da persecução criminal sejam tomadas medidas contrárias ao investigado ou acusado sem que haja um juízo de culpa não implica dizer que o agente, a partir daí, deixa de ser presumido inocente. Não é disso que se trata. Há uma flexibilização do princípio da presunção de inocência, é verdade, mas o seu núcleo essencial se mantém. Não há a inversão de vetores, de modo que não se presume a culpa. Enquanto não houver

prova indene de dúvida, inocente a pessoa é considerada, embora se admita o seu indiciamento pela autoridade policial, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo juiz, assim como sejam adotadas medidas cautelares, com base em prova com grau de *preponderance of the evidence* ou *clear and convincing evidence*.

#### 6.2.2.1.2. Princípio da presunção de inocência nas atuações da autoridade policial e do Ministério Público

Conforme foi visto nos itens anteriores, o princípio da presunção de não culpabilidade tem seu alcance propriamente dito relacionado ao momento em que o magistrado vai fazer o seu juízo de culpabilidade do acusado. Isso explica o motivo pelo qual o princípio *in dubio pro reo* não se faz sentir quando do juízo de admissibilidade da denúncia, na decisão de medida cautelar, aí incluída a decretação de prisão preventiva – a sua repercussão em relação à prisão processual é apenas para estabelecer que ela só é admissível como natureza cautelar –, na apreciação de habeas corpus, em revisão criminal e nas decisões de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e de desclassificação. Enfim, nas decisões interlocutórias em geral.

O alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, sumariamente, estabelece que (1) o acusado não tem o dever de provar a sua inocência, recaindo sobre o Ministério Público o ônus de provar a culpabilidade<sup>661</sup>; e (2) para condenar o acusado, o juiz deve ter como base a plena convicção da culpabilidade (ausência de dúvida razoável), sendo suficiente, para a absolvição por insuficiência de provas, a dúvida razoável quanto à culpa (*in dubio pro reo ou favor rei*).

Se o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade se liga mais diretamente ao juízo de culpabilidade, evidencia-se que ele não é observado substancialmente pela autoridade policial nem muito menos pelo Ministério Público, que são apenas partes na investigação ou no processo e, por isso mesmo, não possuem

---

<sup>661</sup> Nos termos do Código de Processo Penal, assim como ocorre no processo civil, o ônus da prova cabe a quem alega o fato (art. 156, caput, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008). Assim, se o acusado alega um fato, que é ele quem tem o ônus de prová-lo. Todavia, o princípio da presunção de não culpabilidade modifica substancialmente essa lógica processual, devido a necessidade, para a condenação, que afastada a dúvida razoável. Assim, para todos os efeitos, o que é suficiente para a absolvição é que a defesa produza prova ou argumento que fragilize a certeza material das evidências trazidas pelo Ministério Público.

o poder de decidir sobre a culpabilidade do acusado. Que o delegado, na direção do inquérito policial, não se guia pelo princípio da presunção de não culpabilidade é algo que se apresenta com bastante clareza e há mesmo muitas justificativas para tal, pois o que ela faz se trata de mera investigação. Em relação a isso não há maior divergência.

Todavia, quando se faz essa afirmação quanto ao Ministério Público nos meios acadêmicos e mesmo para os seus membros, as reações são as mais diversas, muitos se posicionando veementemente contrários à assertiva. Defendem que o Ministério Público, como guardião dos valores plasmados na Constituição de 1988, com especial destaque para os direitos fundamentais, não pode conduzir-se de modo contrário aos princípios preceituados na Carta Política. Porém, essa posição não se coaduna com a natureza das coisas. Em primeiro exame, não se pode perder de vista que, no âmbito do processo criminal, o Ministério Público é parte, e como tal deve comportar-se, dado que defende não propriamente o Estado, mas a vítima e a sociedade em geral.

O Ministério Público recebeu da Constituição a titularidade da ação penal para agir em nome da sociedade, constituindo-se um *dever*, que não se confunde com um *direito* nem mesmo com um *poder*; quando muito, como sustentado acima, pode-se dizer que se trata de um *dever-poder*. Com o exercício do dever-poder de exercitar a persecução criminal, o Ministério Público age em defesa do interesse do grupo social, no sentido de obter esclarecimentos sobre o ilícito e buscar a aplicação das medidas judiciais adequadas para a solução da questão criminal, pelo que a ação penal confiada ao Ministério Público se apresenta como uma espécie de *class action*.

Caso se diga que o Ministério Público, no exercício de sua função, orienta-se pelo princípio da presunção de não culpabilidade, de soslaio, está se defendendo que ele deve aparelhar a ação penal com prova que afaste dúvida razoável sobre a culpabilidade, o que muitas vezes, por questão de lógica, não é desejável e juridicamente é mesmo impossível. Por isso mesmo, Aury Lopes (2010, p. 297) vai mais longe, a fim de afirmar que o inquérito policial não produz nem coleta provas, quando muito, apresenta *elementos de informações*, tanto em relação à materialidade quanto à autoria<sup>662</sup>.

---

<sup>662</sup> Conquanto no presente estudo não se adote, propriamente, essa tese de Aury Lopes, como se verá adiante, aqui se defende que a prova relativa à materialidade do fato obtida em qualquer das espécies de investigação, por mais evidente que seja, não permite juízo de culpa, uma vez que, para tanto, necessário que submetida ao devido processo legal.

A verdade afastada de dúvida razoável é perquirida no processo criminal instaurado por meio de denúncia ou queixa, sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório, ambiente no qual o *due process of law* permite que o acusado desfrute do que aqui é denominado *plenitude de defesa*, conforme expendido no item 6.2.2.1, infra.

Ora, o inquérito policial não é instrumento para se obter verdade material – o que, aliás, não é possível nem na fase do processo judicial – pois o seu fim não é perquirir a prova cabal da culpabilidade do agente, mas apenas coletar elementos probatórios ou de informação que levem à conclusão de que o fato criminoso ocorreu e de que há indícios quanto à autoria. Ainda que a prova seja indene de dúvida, a apuração no inquérito policial, que se faz na fase preliminar, portanto precária, não se presta para firmar juízo de culpa, por mais que muitos delegados de polícia e membros do Ministério Público recalcitrem em deixar de assumir esse tipo de *argumento de autoridade* perante a sociedade, especialmente mediante entrevistas coletivas dadas à imprensa.

Não sendo o objeto do inquérito policial o julgamento do infrator, logicamente não se há de exigir, ou dizer, que a ação penal formulada com amparo nele se faça valer de prova indene de dúvida quanto à culpabilidade, tal como se necessita para a condenação. Culpa sem réstia de dúvida razoável só pode ser afirmada ou firmada após prévio devido processo legal substancial, nunca e em tempo algum, com base em investigação preliminar ou em ação penal oferecida pelo Ministério Público, independentemente da robustez da prova ou dos elementos de informação com a qual estejam aparelhadas.

Para fins dogmáticos, tendo em conta esse aspecto, é chegada a hora de substituir as expressões *verdade material e formal*, por *verdade do inquérito e do processo*. Uma e outra não se confunde. Por mais densa e pujante que seja a prova ou elemento de informação amealhada na investigação, ela só traduz uma *verdade da fase preliminar*, que precisa passar pelo crivo do processo de conhecimento, no qual conferida ao infrator o direito ao exercício da *plenitude de defesa*, mediante a obediência do devido processo legal. Quando muito, poder-se-ia dizer que a verdade processual, sim, é que pode ser formal ou substancial, implicando na absolvição no primeiro caso e na condenação, no segundo, quando provada a culpa. Cite-se como exemplo uma gravação audiovisual coletada na fase da investigação preliminar. No primeiro instante,

ela é uma *verdade do inquérito*, mas, para se tornar *verdade processual* e, assim, ser válida para um juízo de culpabilidade, mister que seja apresentada no processo, possibilitando que passe pelo escrutínio da defesa e, por fim, pelo crivo do juiz.

A prova acima de dúvida razoável, portanto, só pode ser extraída do devido processo legal, o que significa dizer processo no qual se permite a observância, na potência máxima, de todas as garantias, especialmente do contraditório e da ampla defesa, o que não há no inquérito policial ou procedimento criminal investigatório. Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência consolidada há muito tempo, assevera que é nula a sentença condenatória lastreada em prova ou elemento de informação obtido exclusivamente em inquérito policial<sup>663</sup>.

Outra incongruência ao se defender que o Ministério Público pauta o seu agir pelo princípio da presunção de não culpabilidade, é que ele seria autorizado, no caso de dúvida, a pedir o arquivamento do inquérito, negando, por linhas transversas, à vítima e à sociedade em geral o direito de ver o assunto esclarecido por meio do processo judicial. Isso seria o mesmo que negar o acesso à justiça. Nem se argumente que, nesse caso, o juiz poderia utilizar-se da medida sinalizada pelo art. 28, caput e § 1º do CPP, nos termos da interpretação conforme assentada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 6.298, 6.300 e 6.305/DF 2020)<sup>664</sup>, pois isso de nada adiantaria, tendo em vista que o Procurador-Geral, obediente ao mesmo preceito, não teria outra alternativa que não insistir no arquivamento. Por outro lado, o Ministério Público transformar-se-ia no próprio *jugador*, avocando para si a função judicante, sem sequer ter havido a instauração do processo, atitude que nem mesmo o juiz pode fazer, a não ser após a instrução processual, no momento em que vai se pronunciar acerca da culpabilidade ou não do acusado. Ou seja, o caso seria julgado conforme a *verdade do inquérito*, comprometendo o dever de proteção estatal, embutido na dimensão objetiva dos direitos

---

<sup>663</sup> Esse pensamento jurisprudencial foi traduzido normativamente, com a nova redação conferida ao art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008 (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”).

<sup>664</sup> Quando do julgamento final das ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, conferiu interpretação conforme ao caput do art. 28 do CPP, a fim de dizer que o Ministério Público tem de enviar ao juiz, para fins de homologação, a manifestação quanto ao arquivamento da investigação, ademais de o juiz poder, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato de arquivamento, submeter a matéria à revisão da instância ministerial.

fundamentais. O Ministério Público, nessa hipótese, assim como ocorre com o juiz no momento em que este vai decidir se recebe, ou não, a denúncia, deve pautar o seu agir com suporte orientado pelo princípio da presunção de inocência, que resta flexibilizado quando existente a prova ou elemento de informação da materialidade e os indícios da autoria.

Por outro lado, se se permitisse que o Ministério Público, diante da dúvida quanto à culpabilidade, optasse pelo não oferecimento da ação penal, ele teria um *poder* para *julgar* mais elástico do que o do próprio juiz, que nesse caso, conforme o art. 397, incisos I, II e III, só pode absolver quando não tiver dúvida da inocência do acusado. O que o Ministério Público pode, e deve fazer, é analisar, pelo que dos autos de investigação consta, se há prova ou elemento de informação concreto quanto à existência do crime e os *indícios* de autoria em relação à pessoa suspeita ou indiciada. Esse juízo se faz com amparo no princípio da presunção de inocência em sentido estrito. Em outras palavras, o art. 397 do CPP se aplica ao Ministério Público.

Por conseguinte, o Ministério Público deve agir tendo em conta o suporte probatório mínimo, enfim, a verdade que exala dos autos do inquérito, que se basta na prova da existência do crime e nos indícios de autoria (*preponderance of the evidence*), de modo a oferecer a denúncia para, sob a batuta do devido processo legal, buscar a *verdade processual* necessária à satisfação de sua pretensão. Mas não se pense que o Ministério Público deve orientar-se pelo princípio da presunção de inocência ao invés do da não culpabilidade apenas no momento da propositura da ação. Esse princípio da presunção de inocência – com os limites tal como defendido neste estudo –acompanha o Ministério Público no decorrer do processo, de modo que, para pedir a absolvição do acusado, não deve determinar-se pelo princípio do *in dubio pro reo*, senão para, sendo o caso, reconhecer nas razões finais que não há prova suficiente para a condenação.

Com efeito, é plenamente defensável que o Ministério Público, exercitando o *fair play*<sup>665</sup>, após a instrução processual, entendendo que não há prova processual a autorizar a prolação de sentença condenatória, peça a absolvição do acusado. Essa situação pode ser apontada como hipótese de repercussão direta do princípio da

---

<sup>665</sup> O *fair play* processual representa uma das orientações centrais do Novo Código de Processo Civil, plenamente aplicável ao processo penal, especialmente quanto à atuação do órgão ministerial que, embora parte no processo, não tem compromisso com a acusação em si, mas com a realização da justiça.

presunção de não culpabilidade no agir do Ministério Público. Igualmente, se o Ministério Público, diante da sentença absolutória, concorda que não há prova livre de dúvida razoável quanto à culpabilidade, pode e deve deixar de recorrer, aqui também sob a orientação do princípio da presunção de não culpabilidade. Nessas duas hipóteses específicas, o Ministério Público está autorizado a atuar em consonância com o princípio da presunção de não culpabilidade. Desse modo, percebe-se que essa orientação do agir do Ministério Público consoante o princípio da presunção de inocência se transmuda conforme as fases processuais, especialmente após a prolação da sentença absolutória.

De outra banda, a repercussão do princípio da presunção de não culpabilidade quanto ao Ministério Público é no sentido de que ele tem a carga de produzir a prova, ou seja, o *dever de provar*, enquanto à defesa se revela bastante estabelecer *dúvida razoável* quanto à ocorrência do crime ou a culpabilidade do acusado. Tal princípio consagra a máxima construída pelo *il professore* Francesco Carrara (2002, p. 292-293)<sup>666</sup> ao ensinar que, para a sociedade, em sentido lógico, será sempre preferível o risco de *absolver um culpado* do que o de *condenar um inocente*, até porque, se outro não fosse o motivo, a condenação do inocente representa um *mal concreto e real*, enquanto a absolvição do culpado tem apenas a potencialidade de causar um perigo de lesão social. Isso sem falar que, com a absolvição de um culpado se comete *um erro*, qual seja, não se condena quem deveria. Em contrapartida, condenar um inocente gera *dois erros*, pois, além de se condenar quem não deveria, deixa-se impune o verdadeiro culpado<sup>667</sup>.

Como o princípio da presunção de não culpabilidade é ínsito ao processo criminal, sem repercussão no processo civil, diz-se que uma das distinções basilares

---

<sup>666</sup> Carrara sustenta que, na dúvida entre tutelar o direito do acusado ou o da sociedade com a condenação, deveria prevalecer sem dúvida o direito do acusado. Explicava que é “palpável a razão principal da resposta, pois violado o direito em prejuízo do acusado, ocasiona-se um mal certo e positivo, a condenação do inocente; ao passo que, se preferir a absolvição no caso de dúvida, ter-se-á, perante a verdade oculta, violado o direito que tinha os associados à punição do culpado, não se produzindo mais que simples perigo. (...). Além disso, ao mal real da condenação do inocente volta a reunir-se um duplo perigo também para os associados: 1º, o perigo de que o verdadeiro culpado, assim conservado impune, extraia daí incitamento a novas lesões do direito. 2º o perigo que pesa sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário, pelo qual os cidadãos hesitam entre o temor dos crimes e o temor das aberrações judiciais, sentindo-se eles próprios inseguros, e antipática a justiça” (2002, p. 292-293).

<sup>667</sup> Cf. item 5.4.2, supra.

entre um e outro é justamente porque aquele se lastreia pela *verdade material* ou aquela que afasta a dúvida razoável, baseando-se na premissa de que não interessa à sociedade encontrar *um* culpado, mas sim *o* culpado, pois a área de segurança afetada com a ação ilícita somente terá possibilidade de ser recuperada ou ter amenizado o gravame a ela causado, caso o verdadeiro responsável pelo delito seja chamado a sua responsabilidade.

Todavia, como se vê, não é correto asseverar que o processo criminal é inteiramente regido pelo princípio da verdade processual estreme de dúvida. O que se pode e deve afirmar é que decorre do princípio da presunção de não culpabilidade a assertiva de que o Ministério Público, para conseguir a procedência de sua pretensão acusatória, tem o ônus-dever-carga de comprovar os fatos constitutivos do dever-poder de punir, porquanto o juiz somente pode condenar o agente com base na certeza escoimada de dúvida razoável de que o infrator é culpado pelo crime objeto do processo. Vendo as coisas pelo polo passivo da relação processual criminal, tem-se que o acusado, além de não ter o ônus de provar a sua inocência, deve ser absolvido caso reste dúvida *razoável* quanto a sua culpabilidade.

O expendido acima autoriza a conclusão de que a verdade processual acima de dúvida razoável, corolário lógico do princípio da presunção de não culpabilidade, trata-se de princípio que deve ser observado nas sentenças condenatórias, mas não quanto à sentença absolutória calcada na insuficiência de provas, o que reforça, ainda mais, a tese de que há de ser feita a distinção entre os princípios da presunção de inocência, como gênero, e as suas espécies, princípios da presunção de inocência em sentido estrito e o de não culpabilidade, pois este diz respeito apenas às situações processuais em que o magistrado pode firmar juízo de culpabilidade – ressalvado o que se disse acima em relação ao Ministério público, em situações específicas –, e não a toda e qualquer decisão ou momento processual.

#### 6.2.2.1.3. Princípio da presunção de não culpabilidade e limite

Cabe indagar se o princípio da presunção em sentido lato ou de não culpabilidade vigora, com a sua plena higidez, até o trânsito em julgado, em virtude da dicação normativa empregada pelo constituinte na declaração do princípio, plasmada no art. 5º, LVII (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença



penal condenatória”). Essa questão exige uma primeira explicação. O princípio da presunção de não culpabilidade não regula a prisão. Cuida-se de *regra de julgamento*. A cláusula constitucional que *regula a prisão* é a que consta no art. 5º LXI da Constituição (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”). Portanto, a possibilidade, ou não, de alguém ser recolhido à prisão antes do trânsito em julgado há de ser feita com base no dispositivo em foco, não propriamente em sintonia com o preceito da presunção de inocência, que está plasmado no art. 5º, LVII, da Constituição, muito embora essa cláusula tenha repercussão indireta.

Analisada a problemática sob a ótica do inciso LXI do art. 5º da Norma Maior, observe-se que o comando normativo estabelece duas exceções ao direito de liberdade. A primeira é quando ocorre o flagrante delito, em que é feita a detenção da pessoa, independentemente de autorização judicial. A segunda exceção se dá na hipótese em que existe *ordem escrita e fundamentada* do juiz. Tendo em conta essa disciplina, a doutrina tradicional, a despeito da redação dada pelo constituinte ao postulado que regula a prisão, identifica na expressão *ordem escrita e fundamentada* a hipótese de prisão provisória, que tem como espécies, em nosso sistema normativo, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Acontece que não é disso que se trata. Malgrado se reconheça a atecnia redacional do preceito, a partir mesmo do uso da expressão *preso* para quem é *detido* em flagrante delito, o constituinte, quanto à prisão com ordem judicial, não se referiu, apenas, à *prisão preventiva ou temporária*. Não há nenhuma insinuação nesse sentido, a não ser a circunstância de o comando normativo fazer referência ao flagrante delito. Aqui se aplica a regra de hermenêutica: onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Claro que essa regra, assim como em princípio toda e qualquer regra, comporta exceção. Todavia, não parece ser a hipótese, notadamente quando se pretende reduzir o alcance da expressão *ordem escrita e fundamentada* à hipótese de prisão preventiva ou temporária.

No ponto, a leitura conjunta do princípio de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição) com o de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXII, da

Constituição), permite que se faça a seguinte conclusão. Enquanto não há um *preceito condenatório* contra o investigado ou acusado, a prisão preventiva ou temporária, além dos fundamentos, requer a prova da ocorrência do crime e de indício suficiente de autoria, não havendo necessidade, por conseguinte, de declaração da culpa na ordem judicial. Por outro lado, a prisão como efeito da sentença condenatória exige prévia declaração de culpa do acusado, ainda que passível de revisão, mercê da interposição de recurso. É como se o sistema normativo dissesse que a pessoa, antes de ser considerada culpada, não pode ser presa senão a título de prisão preventiva ou temporária. Porém, ainda que se trate de uma *declaração de culpa provisória*, o acusado pode ser recolhido à prisão, se assim definido na decisão condenatória, para fins de início do cumprimento da pena estabelecida.

O entendimento aqui firmado quanto à validade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado não é infirmado, ainda que se entenda que a disciplina da prisão imposta em decisão condenatória está regulada apenas e tão somente no inciso LVII do art. 5º, não tendo aplicação, no caso, a regra do inciso LXI, todos da Constituição. Com efeito, quem argumenta no sentido de que o princípio da presunção de não culpabilidade plasmado na Constituição revogou o art. 637 do CPP ou tem o condão de impedir o recolhimento à prisão, nada obstante os recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo (art. 995, caput, c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do NCPC), faz uma interpretação literal do preceito, que expressa a garantia de que “ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (art. 5º, LVII). O grifo não consta do original). Mas cabe a consideração feita por José Alfredo Baracho (1984, p. 360), com suporte na doutrina e na jurisprudência do direito comparado, no sentido de que na interpretação constitucional deve prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição, mediante critério amplo, literal e prático, não apenas estrito, limitado e técnico

De qualquer sorte, no sentido técnico-jurídico, *sentença* é um dos tipos de pronunciamento judicial, nome atribuído à decisão exarada pelo juiz singular, integrante da judicatura de primeira instância, que detém a propriedade de pôr fim à relação processual, com ou sem a apreciação do mérito (art. 203, § 1º do NCPC). *Acórdão*, como se sabe, não se confunde com *sentença*, pois se trata do tipo de decisão dimanada de tribunal, em sua composição plena ou fracionária (art. 204 do NCPC). Por isso

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

mesmo, o art. 393, I, do CPP, revogado pela Lei nº 12.403, de 2011, disciplinava os efeitos da *sentença condenatória*, enquanto a norma jurídica que dita os efeitos do acórdão proferido por tribunal de segundo grau está catalogada no art. 637 do CPP. São coisas distintas, portanto.

Ademais, o que a redação literal do inciso LVII do art. 5º da Constituição impede é que o tratamento de culpado seja conferido antes do trânsito em julgado de *sentença*, não de acórdão. E aqui cabe indagar? Quando se dá o trânsito em julgado de uma sentença? Tecnicamente, isso só ocorre quando não há recurso de apelação da sentença proferida em primeiro grau. Essa assertiva é verdadeira porque, como se sabe, quando há o recurso de apelação, ainda que mantidos os termos da sentença, o acórdão tem a propriedade de substituir o pronunciamento submetido a reexame. Esse esclarecimento era feito no Código de Processo Civil de 1973 e teve a ideia dogmática repetida no NCPC de 2015, conforme consta de forma peremptória no art. 1.008 (“O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”), aplicável subsidiariamente ao ordenamento processual penal, que não dispõe de nenhum dispositivo a esse respeito.

Assim, se o inciso LVII do art. 5º da Constituição torna defeso o recolhimento à prisão no caso de sentença condenatória sem trânsito em julgado, o seu raio de ação se dirige, expressamente, à *sentença*, não fazendo referência, por conseguinte, ao *acórdão*. Não se discute que a interpretação literal não é a melhor, notadamente quando se trata de examinar o alcance de um princípio constitucional, ainda mais porque, de acordo com lição de Carlos Maximiliano (1981, p. 304), a técnica de interpretação do texto constitucional é diferente das normas legais<sup>668</sup>, dentre outros fatores, pelo fato de ser redigido de modo sintético e em termos gerais, até porque a lei fundamental contém “princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de ... permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas”. Sendo mais preciso, o mestre da hermenêutica esclarece que o *código fundamental* prevê tanto para o presente quanto para o futuro, e arremata que

por causa do objetivo colimado e do fato de abranger matéria vastíssima em um complexo restrito, nem sempre se resolvem as dúvidas ou se atinge o alcance preciso

---

<sup>668</sup> Cf. item 6.1.1.1, supra.

das disposições escritas com aplicar os preceitos da vulgar exegese jurídica, adequados a leis minuciosas, relativamente mais perfeitas e destinadas a fins particulares mais ou menos efêmeros (MAXIMILIANO 1981, p. 306)

Alinhado com essa posição, adverte David Diniz que na exegese das normas constitucionais, devido mesmo à *plasticidade* das formulações linguísticas empregadas, verifica-se uma maior amplitude de possibilidades semânticas, daí por que “a compreensão de cada uma das palavras e frases dos enunciados normativos não é algo definitivo que permita ao intérprete utilizar o termo ou frase sempre exatamente na mesma acepção”.

No entanto, se se quer definir o alcance do princípio levando em consideração a interpretação literal da expressão *trânsito em julgado*, necessário, igualmente, fazê-lo em relação a todo o texto, de modo a ter em consideração que a referência é, apenas, a trânsito em julgado de *sentença*. Diferente teria sido, por exemplo, se o constituinte tivesse colocado a palavra *decisão*. E no ponto, padecendo do mesmo senão, a Lei nº 12.403, de 2011, ao conferir nova redação para o art. 283 do CPP, assim como o estatuto constitucional, também fez referência a *sentença penal condenatória transitada em julgado* como limite do alcance do princípio da presunção de não culpabilidade<sup>669</sup>.

Sem embargo do que foi dito, seja como for, levar à última consequência a assertiva de que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* conduz a um paradoxo incontornável. Isso porque a sentença condenatória pressupõe que o juiz declare o acusado *culpado*. Por consequência, com essa forma de ver as coisas, toda vez que o juiz condena alguém, há o descumprimento do preceito constitucional, pois resta afirmada a *culpabilidade* pelo juiz, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado. Assim, apresenta-se em sintonia com o preceito constitucional em causa a assertiva de que a presunção oriunda dessa cláusula constitucional só detém toda a sua elasticidade e alcance em relação a uma pessoa enquanto não houver um *juízo de culpabilidade* contra ela. A partir do juízo de culpabilidade feito pelo magistrado de primeiro grau, esse princípio da presunção de não culpabilidade inicia o seu processo de flexibilização.

---

<sup>669</sup> Art. 283 do CPP, com a redação da Lei nº 12.403, de 2011: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Em compasso com essa linha de raciocínio, o *Criminal Procedure Code* estadunidense deixa claro, no art. 16, que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”. Lá o juízo firmado no primeiro grau é levado em consideração, de modo que a regra é o cumprimento imediato das decisões emanadas dos juízes, ou melhor, do júri. Forte nessa orientação estadunidense, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Código de Processo Penal alemão, Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2017, p. 489) salientam que o princípio albergado em nossa Carta Constitucional não impõe ou garante que o acusado seja tratado da mesma forma durante todo o trâmite processual, de modo que “Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado”.

Sem embargo dessas considerações, o Supremo Tribunal Federal (HC 68726/DF 1991), em primeiro instante, firmou o entendimento de que o art. 637 do CPP continuava vigente, pelo que, após a condenação por colegiado, deveria ser iniciada a execução da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade. Há registro de que a Corte Suprema (HC 91675/PR 2007) manteve esse entendimento até 4 de setembro de 2007, ao argumento de que a jurisprudência era firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade. Porém, posteriormente, em 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (HC 84078/MG 2009) mudou de orientação, a fim de deixar consignada a inconstitucionalidade da execução antecipada, sendo considerado revogado o art. 637 do CPP. Mas, logo em 2 de setembro de 2016, a Suprema Corte (HC 126292/SP 2016) voltou ao entendimento anterior, para definir, novamente, que o recolhimento à prisão é uma consequência natural da condenação por órgão jurisdicional colegiado, não havendo, na hipótese, ofensa ao princípio da presunção de inocência. Todavia, mais uma vez, agora em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal (ADCs 43, 44 e 54/DF 2019) alterou a sua posição, para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação da Lei nº 12.403, de 2011, porém, deixando salientado, em *obiter dictum*, a possibilidade de o legislador infraconstitucional deliberar sobre o início da execução antes de transitada em julgado a decisão.

A fim de espancar essa possibilidade e, ademais, sanar o defeito de redação do art. 283 do CPP, mediante a Lei nº 13.964, de 2019, o legislador alterou a redação do art. 283 do CPP, para estabelecer que a execução da pena só pode ter início após a

*condenação* transitada em julgado (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”). Dessa forma, no plano infraconstitucional, restou esclarecido que o início da execução da pena reclama o trânsito em julgado, independentemente do tipo de decisão, se sentença, acórdão ou mesmo veredito no caso de julgamento pelo tribunal do júri.

No entanto, a mesma lei em referência alterou a redação do art. 492, alínea *e*, do CPP, no escopo de permitir o início da execução logo após a condenação em processo da competência do tribunal do júri, desde que imposta pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, tema objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ainda que se diga que o nome técnico do julgamento feito pelos jurados é denominado *veredito*, tem-se que se trata de uma das espécies do gênero *decisão*, expressão utilizada na dicção normativa atual do caput do art. 283 do CPP. Isso sem falar que quem faz a dosimetria da pena é o juiz, na elaboração da sentença. Assim, haveria uma *antinomia* entre as normas jurídicas encartadas no art. 283, caput, e no art. 492, inciso I, letra *e*, ambos do CPP, o que, à primeira vista, implica na eliminação de uma das duas (BOBBIO 1994, p. 88). Mas, em verdade, essa antinomia é apenas aparente, pelo que deve operar a *interpretação corretiva*, no escopo de considerar a norma do art. 492, I, *e*, do CPP como uma exceção à regra geral plasmada no art. 283, caput, do CPP, até porque ambas foram introduzidas em nosso sistema processual pela Lei nº 13.964, de 2019, não sendo crível que o legislador desconhecesse esse pseudoparadoxo. O tratamento normativo diferente levou em consideração o princípio da soberania dos vereditos, assim como a circunstância de o recurso de apelação, quanto ao mérito, nesse caso, apenas ser admissível na hipótese em que a decisão se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, alínea *d*, do CPP).

Em resumo, a questão da definição da elasticidade do princípio da presunção de inocência no sentido lato ou da presunção de não culpabilidade é uma questão de ordem político-jurídica, a ser feita pelo legislador, em amplo debate no parlamento, pois a Constituição veda de forma peremptória, apenas, que o recolhimento à prisão para fins de cumprimento da pena ocorra em razão da condenação em primeira instância. Esse é um bom debate a ser enfrentado na definição do texto final do NCPP, devendo ser levado em consideração que é inquietante imaginar a possibilidade de uma pessoa ser

condenada em mais de uma instância e, por isso, iniciar o cumprimento da pena, mas, depois, ser absolvida, em razão do provimento do recurso especial ou extraordinário.

De fato, isso é inescusável. Mas é inquietante, igualmente, que crimes excessivamente graves permitam que a pessoa permaneça em liberdade, a despeito de encerrada a discussão perante a jurisdição de partes, na pendência apenas da apreciação de recursos que não permitem o reexame de matéria fática, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, nas Súmulas 279 e 7. Imagine-se a hipótese de um crime em que há provas irrefutáveis da existência do crime e da autoria, obtidas a partir de prova pericial com a coleta de perfis genéticos identificando a autoria, corroboradas por imagens de câmeras de vigilância, provas testemunhais e, até mesmo, pela confissão do acusado, que não teve como deixar de admitir os fatos. Não permitir o início da execução em situações como essas, mesmo após juízos condenatórios de primeira e segunda instâncias, apenas porque interposto o recurso extraordinário ou especial, não parece ser o mais razoável e alimenta, decisivamente, o sentimento de impunidade. É preciso compassar o princípio da presunção de inocência com o da duração razoável e o dever estatal de proteção, ambos direitos fundamentais que abraçam a vítima direta e as demais pessoas que, mesmo indiretamente, foram atingidas com o delito.

De mais a mais, conforme vários e vários exemplos no Brasil e no direito comparado, a circunstância de o cumprimento da pena apenas se iniciar com o trânsito em julgado não elimina de vez a possibilidade de um inocente ser levado ao cárcere. A própria existência da revisão criminal denota esse risco imanente à justiça feita pelos homens (BADARÓ 2016, p. 969), a ponto de justificar a parêmia de que a sentença criminal condenatória tem como característica intrínseca a cláusula *rebus sic stantibus*, sempre passível de alteração, mesmo após o cumprimento da pena ou da morte do condenado, como forma de reparação do *erro judiciário*, seja para restituir o direito de liberdade, impor o dever de indenização pelos danos causados ou, até mesmo, apenas para resgatar a honra e a imagem da pessoa injustamente condenada.

Mas há outra questão que deve fazer parte desse processo ponderativo a ser feito pelo legislador. Se a finalidade da pena é a ressocialização, como diz a Lei de Execução Penal (art. 1º), a redução de danos, como quer Roig (2018, p. 15) ou a restauração do ser infrator, sob os princípios da justiça restaurativa (NUNES e SILVA JÚNIOR 2022,

p. 196), a eventual pena a ser imposta impõe certa contemporaneidade com os fatos, sob o risco de deixar a sociedade sujeita à reiteração da prática de crimes pelo agente e, de outro lado, tornar a sua execução contraproducente. Ainda no campo da imaginação, cabe pensar na situação em que alguém pratica um crime de homicídio e, a partir desse fato, arrependido pelo que fez, altera radicalmente o seu *modus vivendi*, adotando doravante um comportamento irrepreensível, incapaz da prática de qualquer ato de violência ou de caráter ilícito. De toda maneira, depois de 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos, apenas quando transitada em julgado a condenação, o infrator é chamado para se recolher à prisão e passar a cumprir a pena. Perguntado por que terá de ir para o cárcere, o sistema criminal responde: para recuperá-lo ou restaurá-lo. Ora, mas o infrator, nesse caso, sem a ajuda do sistema criminal, não se recuperou ou se restaurou? Pode-se responder que, sob a perspectiva do direito, não, mas é inegável que, de fato, a recuperação ou restauração se operou. Obrigar o agente a cumprir a pena após lapso temporal extenso, mesmo ele tendo demonstrado plena recuperação, revela que, em verdade, a resposta do sistema penal à indagação acima é outra: vai cumprir a pena para *pagar* pelo que fez. Ou seja, é a *punição pela punição*.

É preciso obviar essa angustiante situação. A tomada de posição deve sopesar o princípio da presunção de inocência no sentido lato em um dos pratos da balança e, no outro, o dever de proteção, a duração razoável do processo, o sentimento de impunidade e a ineficiência do sistema criminal, quanto à ressocialização. Claro que a decisão a respeito, qualquer que seja, gera riscos quanto à ocorrência de injustiças para todos os envolvidos no *drama criminal*. Entretanto, deve ser colocada também na balança a consideração de que o risco de que o infrator inicie indevidamente o cumprimento da pena é minimizado, ainda, diante da possibilidade de ser sustado o efeito imediato da prisão após a condenação em decisão de tribunal, mediante a impetração do habeas corpus ou o pedido de efeito suspensivo, que pode ser feito tanto no recurso extraordinário quanto no especial, no juízo *a quo* ou no *ad quem*.

#### 6.2.2.2. Devido processo legal: plenitude de defesa ou devido processo legal substancial

Todos os direitos fundamentais de verniz processual criminal formam aquilo que se convencionou chamar de *due process of law*, que não existe sem a observação da



teoria da tripartição dos poderes. Se é correto dizer que não há Constituição sem a declaração de direitos e a tripartição dos poderes, também é mais do que válido proclamar, em alto som, que, sob as bases da teoria do garantismo, *não há processo criminal sem os direitos fundamentais e a tripartição dos poderes*. Outra conclusão lógica que daí se tira, já dita aqui<sup>670</sup>, é de que de nada adianta a garantia dos direitos fundamentais sem a *imparcialidade do julgador*.

Por isso mesmo, a despeito do princípio do devido processo legal, encartado no inciso LIV do art. 5º da Constituição (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), é o juiz o garantidor dos direitos fundamentais, pelo que, nos termos do inciso LIII do mesmo dispositivo (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), para a *legalidade e legitimidade do processo*, de mister que, sem embargo da *competência objetiva*, que é a circunstância de ser da alçada do juiz conhecer e julgar a matéria conforme as regras que impedem a sua escolha pelas partes, impõe-se seja o juiz dotado de *competência subjetiva*, ou melhor, seja imparcial, não atue quando considerado impedido ou suspeito (arts. 252 e 254 do CPP), aplicando-se ainda, subsidiariamente, as regras do NCPC (arts. 144 e 145). O Supremo Tribunal Federal (2020), no julgamento do Habeas Corpus nº 164.493/PR em que se discutiu a imparcialidade do juiz no caso referente ao então ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, consignou na ementa que “A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal”, a *pedra de toque* do processo criminal.

Não é por outra razão que é válido afirmar e reafirmar que a *teoria do processo criminal* se confunde com a própria *teoria dos direitos fundamentais*, assim como defendido no item 6.2, supra. Sob esse prisma, o devido processo legal, tendo como alicerce a presunção de inocência, apresenta-se como gênero, do qual são espécies os direitos fundamentais de ordem criminal típicos, quais sejam, os relativos aos princípios (a) do devido processo legal *stricto sensu*; (b) da presunção de inocência *stricto sensu* e da presunção de não culpabilidade; (c) da ampla defesa; (d) acusatório; (e) da inviolabilidade da intimidade; e (f) da liberdade.

---

<sup>670</sup> Cf. item 6.2, supra.

Nessa toada, o devido processo legal, estampado na Constituição de 1988 no inciso LIV do art. 5º (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), apoiado pelo princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do art. 5º (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), representa a garantia da *plenitude de defesa*, que engloba os direitos fundamentais em espécie, sendo esses, em verdade, princípios decorrentes dos sobreprincípios da presunção de inocência e do devido processo legal, direcionados a limitar a força estatal e, ao mesmo tempo, impor o cumprimento do dever de proteção (SCHMIDT 2001, p. 210). Sob essa perspectiva, o *coração* do processo criminal não é propriamente a *ampla defesa*, mas, a *plenitude de defesa*, ou seja, o devido processo legal, com os contornos da presunção de inocência.

Ferrajoli (2000, p. 51) diz que essa conformação do devido processo legal é próprio do Estado de direito constitucionalizado, que segue, nas suas palavras, o modelo de estrita legalidade, “*una norma metalegal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violència a una serie de requisitos sustanciales correspondientes al conjunto de garantías penales y procesales*”<sup>671</sup>. Nota-se, assim, que o *princípio da reserva legal* defendido por Beccaria não se continha no ambiente do direito penal material, tendo em vista que, na visão do milanês, era indispensável, igualmente, na seara do processo criminal, até mesmo porque a preocupação maior que ele tinha era com relação à falta de limites aos poderes do Estado, que enfeixava em uma mesma mão os poderes de *investigar, acusar e julgar*. Assim, o devido processo legal na seara criminal é a aplicação do princípio da *reserva legal* do direito penal material. Com suporte nessa compreensão, Carrión (2014, pos. 2593), fazendo referência ao art. 11, 9 da Constituição espanhola, diz que o devido processo criminal se trata de uma *perinorma general* imposta ao Estado, segundo a qual, em qualquer que seja a circunstância, deve ser observada, sob pena de assumir “*la responsabilidad por*

---

<sup>671</sup> Ferrajoli (2000, p. 52), em texto escrito no ano de 2000, em tom de evidente crítica, informa que “Nuestro derecho penal sigue siendo el instituido por el código Rocco con los desarrollos de la reciente legislación de emergencia”. Mais adiante, assevera que a *estricta legalidad* tem sido debilitada na Itália, dando realce ao “*abuso creciente de la custodia cautelar como instrumento de penalización preventiva o de presión del imputado para inducirlo a confesar, la incertidumbre de los presupuestos necesarios para aplicar medidas aliterativas a la pena, introducidos por las reformas penitenciarias o, pero aún, para los acuerdos sobre la forma y las penas, instituidos em el nuevo código de procedimiento*” (FERRAJOLI 2000, p. 53).

*la detención arbitraria, por el error judicial, por el retardo injustificado o por la inadecuada administración de justicia...”*

O devido processo legal, ao evitar a incidência de responsabilização criminal sem um julgamento em harmonia com as regras estabelecidas, protege diretamente não apenas o direito de liberdade como igualmente o direito à inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inciso X, da Constituição). De permeio, cuida-se de garantia para a sociedade em geral, que não quer a responsabilização *de um* culpado, mas, sim, *do* culpado, e muito menos deseja que pessoas inocentes sejam perturbadas pelo Estado com acusações infundadas, buscas e apreensões, prisões, interceptações telefônicas, quebras do sigilo de dados etc.

Nesse passo, é lícito asseverar que o devido processo legal informado pela presunção de inocência não se trata, apenas, de *um princípio do processo*, mas, sim, o *elemento que constitui o processo*. É o que caracteriza o *processo substancial ou efetivo*. Sem o devido processo legal engendrado sob a moldura da presunção de inocência, não há processo criminal substancial ou efetivo. Pode-se dizer, quando muito, que há procedimentos ou rituais, ou, ainda, que há, apenas, um *devido processo legal formal*.

De fato, malgrado a ausência de algumas garantias fundamentais do devido processo legal, notadamente quando não embasado na presunção de inocência, até se concebe o reconhecimento da existência do processo, porém, um processo com vícios ou formal, destituído de validade constitucional. Isto é, conquanto de processo se cuide, não satisfaz a exigência de um *processo substancial*. O processo substancial, que vai além da mera formalidade, se constitui no devido processo legal na acepção lata, ou seja, configura a garantia da *plenitude de defesa*,

Feita essa consideração, cabe agora, mesmo de forma sucinta, explicitar cada uma das cláusulas inerentes ao devido processo legal em gênero, que constitui a denominada *plenitude de defesa* ou devido processo legal substancial. Sem desconhecer a existência de diversas classificações dos direitos fundamentais, para os fins dogmáticos aqui perquiridos, adota-se a ordem de ideias desenvolvida em outro estudo (SILVA JÚNIOR 2021, p. 279-706), com uma modificação substancial. O princípio da presunção de inocência passou à categoria de sobreprincípio e a razão de ser do devido processo legal, nos termos dos argumentos expendidos no item anterior. Assim, as cláusulas que compõem o devido processo legal construído sob as bases da presunção

de inocência são os princípios (i) do devido processo legal *stricto sensu*; (ii) da ampla defesa; (iii) acusatório; (iv) da inviolabilidade da intimidade; e (v) da liberdade, a seguir explicitados, em suas linhas gerais.

(a) *Devido processo legal stricto sensu*<sup>672</sup>: significa a materialização do brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio*, o que, para além da tradução literal da expressão, quer dizer que não há, na seara criminal, aplicação de pena, medida ou exercício do dever-poder da persecução criminal que importe na flexibilização do direito fundamental, sem a submissão da pretensão ao crivo do Poder Judiciário. Não há um devido processo legal rígido, sendo customizado conforme seja a persecução criminal perquirida. Assim, há o devido processo legal pertinente às fases da investigação<sup>673</sup>, do processo de conhecimento<sup>674</sup> e da execução<sup>675</sup>, bem como, referentes às medidas cautelares pessoais, patrimoniais e probatórias. Todavia, diante da força normativa dos direitos fundamentais, o devido processo legal há de ser visto e compreendido sob duas classes: (a<sup>1</sup>) *garantia primária*, que estabelece os limites, proibições e obrigações; e (a<sup>2</sup>) *garantia secundária*, a qual é a anulação dos atos inválidos e consequente responsabilização pelos atos ilícitos, como resultado da violação da garantia primária.

A Constituição brasileira, expressamente, incluiu essa garantia secundária dentre os direitos fundamentais, ao estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Merece destaque, no preceito constitucional, a expressão *no processo*. Por outro lado, conquanto o texto acima reproduzido, de modo reducionista, tenha feito menção apenas às *provas*, o certo é que qualquer ato processual fora da forma legal, em princípio, é inadmissível, não tem validade, porquanto, para todos os efeitos, considerado meio ilícito, por não ter sido realizado em obséquio ao devido processo legal. Assim, em princípio, não obedecido o devido processo legal, o ato processual é inadmissível, não produzindo efeito legal<sup>676</sup>. Isso porque o devido processo legal não se trata de mera forma, possui substância, cuida da instrumentalidade constitucional, tendo como norte a presunção de inocência.

---

<sup>672</sup> Cf. itens 6.2.2.2.1, 6.2.2.2.2 e 6.2.2.2.3, *infra*.

<sup>673</sup> Cf. item 6.2.2.2.1, *infra*.

<sup>674</sup> Cf. item 6.2.2.2.2, *infra*.

<sup>675</sup> Cf. item 6.2.2.2.3, *infra*.

<sup>676</sup> Cf. item 6.2.2.2.1, *infra*.

*Verbe gratia*, observe-se a busca e apreensão sem autorização judicial, que mesmo em situação de flagrante delito, para ser válida, exige a demonstração de que havia justa suspeita para a intervenção policial e que, diante da situação de emergência, não era razoável pedir a prévia decisão do juiz. Esse entendimento restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 60360116/RO /2015), em voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, com base no argumento de que “a entrada forçada em domicílio, sem justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária... não sendo... a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”<sup>677</sup>. Indo mais além, o Superior Tribunal de Justiça (HC 598051/SP 2021), em processo relatado pelo Ministro Rogério Schietti, decidiu que, quando o ingresso na residência sem autorização judicial tiver por base o prévio consentimento do morador, para além de relatório policial circunstanciado, a diligência deve ser “totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”. Esses dois julgados são da mais alta relevância, pois desmistificam o *argumento de autoridade policial*, para privilegiar a palavra do infrator ou morador, tendo como pano de fundo a presunção de inocência. Assim, entre a afirmação feita pela autoridade policial de que houve o consentimento e a negativa do investigado ou acusado, sob os auspícios do princípio da presunção de inocência, deve ser considerada ilícita a prova obtida, salvo se comprovado o contrário, mediante prova idônea. Essa orientação jurisprudencial há de ser prestigiada no NCPP, o que não consta do projeto ou dos seus substitutivos.

No entanto, há outra faceta do devido processo legal sob as bases do garantismo. O ambiente democrático sinaliza a busca de alternativas como solução do problema criminal, que Klaus Roxin (2006, p. 14-15) denomina *diversificação*. Hoje é sabido e consabido que a pena de prisão tida inicialmente como a *pena do futuro* é um fracasso, ainda que cumprida em ambiente carcerário obediente às *Regras de Mandela e ou às Regras de Bangkok*. Todavia, para além disso, o Estado fincado nas bases da democracia

---

<sup>677</sup> O julgado, com repercussão geral, fixou a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandato judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

sinaliza para a privação do direito de liberdade como uma exceção, forte na consideração de que a sua aplicação como solução para um problema social é uma *violência legal*, que só se sustém quando for mínima e enquanto necessária para prevenir ou evitar *violências ilegais* mais graves (FERRAJOLI 2000, p. 50). Roxin (2006, p. 14) salienta que, tendo em conta essa diretriz, o *direito penal do futuro* sinaliza para a criminalização apenas dos casos mais graves, porém, ainda assim, quando a descriminalização pela lei não for possível ou recomendável. No seu pensar, devem ser viabilizados *métodos de diversificação* da solução da questão criminal por meio do processo, sem a imposição de pena ou da pena de prisão, citando como exemplo a Alemanha, em que se utiliza “esses métodos em quase a metade de todos os casos, tendo reduzido consideravelmente a quantidade de punições”. Ele arremata que a descriminalização e a diversificação, este como instituto processual hábil para deslindar o dilema criminal sem punição ou prisão, por si sós, não tornam supérflua ou servem para a eliminação da pena ou da prisão do sistema normativo, mas elas podem e devem “reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisam ser punidos” (2006, p. 15).

Por conseguinte, na concepção democrática, o processo criminal abandona a ideia de punição e, na esteira da recomendação da Organização das Nações Unidas quanto a evitar a aplicação da pena de prisão, alvitra a solução do problema criminal por meio de *medidas e penas alternativas*, cumprindo finalidade descriminalizante ou despenalizante. Assim, ademais da solução autocompositiva com o reconhecimento de culpa e aplicação da pena, que caracteriza o sistema adversarial americano<sup>678</sup> do *plea bargain*<sup>679</sup>, o devido processo legal *transformador*, embasado no princípio da presunção de inocência e compromissado em atingir um dos *objetivos fundamentais* da República

---

<sup>678</sup> Conforme (PEOPLE 2015, pos. 32-36), o código de processo criminal estadunidense está estruturado de acordo com a seguinte trilogia: (a) primeiro, tem como modelo o *adversary system*, em que as partes, o Ministério Público e a defesa, possuem acesso justo e igualitário a todas as informações do processo, assumindo protagonismo na persecução criminal, com ampla possibilidade de busca a solução por meio de acordo; (b) segundo, a presunção de inocência impõe que para a condenação a *proof beyond a reasonable doubt*; e (c) terceiro, o sistema jurídico é o do *common law*, em que se usa os precedentes judiciais como referência para o julgamento dos casos futuros, conhecido pela expressão latina *stare decisis* ou *doctrine of precedent*.

<sup>679</sup> O direito brasileiro não contempla o *plea bargain* do direito americano, pois esse instituto pressupõe a assunção de culpa (*plea guilty*) ou a aceitação da condenação (*no contest, nolo contendere* ou *alford plea*). O *plea bargain* americano é extremamente punitivista, residindo aí a essência da crítica ao modelo adversarial lá praticado.

brasileira, que é *erradicar ou minimizar* a marginalização (art. 3º, III, da Constituição), se serve das medidas restritivas e das penas alternativas (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 290). Um instituto não se confunde com o outro: as *medidas restritivas* se prestam para evitar a punição, enquanto as penas alternativas, para romper a *cultura da prisão*.

Ao invés de o legislador, ele mesmo, prover por meio da lei a política de descriminalização e redução da prisão, em relação a uma grande quantidade de casos, ele deixa para que essa missão seja cumprida pelo juiz, no exercício da atividade jurisdicional, por meio do processo, na análise do caso concreto. No plano dogmático, *medida alternativa* é o gênero, do qual são espécies (a) as *medidas restritivas ou alternativas propriamente ditas*; e (b) as *penas alternativas*. A medida alternativa é uma forma de solucionar o problema criminal por meio do processo sem a aplicação de sanção e muito menos reconhecimento de culpa, despenalizando a conduta, desde que pactuadas as condições pelas partes, as quais, caso cumpridas, geram a extinção de punibilidade, a ser reconhecida por sentença absolutória. Em outro passo, a pena alternativa, conquanto tenha como imprescindível a declaração de culpa e a imposição de pena privativa de liberdade, essa sanção é substituída por punição que não implica em recolhimento ao cárcere.

O sistema processual brasileiro, orientado pelo garantismo, tem intensificado o caminho no sentido de buscar a solução consensuada do processo, por meio de acordos que não pressupõem a definição de culpa nem muito menos imposição de pena, como a transação, a suspensão do processo e o acordo de não persecução penal, institutos que não se confundem com o *plea bargain* americano. Esse assunto será retomado e aprofundado no item 6.2.2.2.1, infra.

(ii) *Princípio da presunção de inocência stricto sensu e princípio da presunção de não culpabilidade*: como se disse, o princípio da presunção de inocência é o gênero, do qual são tipos específicos os princípios da presunção de inocência estrito sensu e o da presunção de não culpabilidade, que se manifestam na persecução criminal conforme seja a fase da investigação, do processo de conhecimento ou do processo de execução, estabelecendo *standards* ou níveis de prova. Esses princípios foram tratados com mais densidade no item 6.2.2.1.1, 6.2.2.1.2 e 6.2.2.1.3, supra.

(iii) *Princípio da ampla defesa*: esse princípio não constou expressamente da Constituição de 1824, mas encontrou amparo na Carta de 1891, conquanto lá estivesse

dito que “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa” (art. 72, § 6º), não deixando daí em diante, de ser destacado nas declarações de direitos posteriores, malgrado na Constituição de 1937 a redação empregada, além de canhestra, tenha apequenado esse preceito, ao dizer, laconicamente, que “... a instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias da defesa” (art. 122, 11, parte final). A Constituição de 1946 recuperou a expressão *ampla defesa*, empregada pela Carta de 1934, atingindo a sua expressão máxima com a de 1988 (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Até então, o princípio da ampla defesa somente era previsto para os *acusados*, pelo que a garantia só tinha *status* constitucional para o ambiente criminal. A Constituição de 1988, ao tempo em que alargou esse princípio dentre os direitos fundamentais para a área cível, fez uma distinção bastante significativa. Para o âmbito cível, a garantia da ampla defesa é pertinente aos litigantes, mais precisamente, ao autor e ao réu, enquanto na seara criminal, apenas aos acusados. E assim é por causa do princípio da presunção de inocência, pois, sob a sua batuta, a amplitude da defesa se expressa na circunstância de ser bastante para a sentença absolutória gerar a dúvida razoável quanto à imputação.

O entendimento quanto ao alcance do princípio da ampla defesa sob a regência da cláusula da presunção de inocência resolve o *punctum dolens* sobre a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito benéfica à defesa, o que chegou a ser admitido pelo STF (HC 164.493/PR 2020, p. 4), quando do debate sobre a validade de diálogos entre o juiz do processo e procuradores da República, revelados na *Operação Spoofing*, ao fundamento de que “o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova”. Com efeito, pelo que se percebe, a inadmissibilidade da prova angariada de forma ilícita é uma forma de limitar a *punição*, não, a *absolvição*, se não por outro motivo, porque, sem embargo da forma como ela foi conseguida, caso tenha o condão de gerar uma dúvida razoável quanto à imputação, tem de ser considerada pelo juiz, *ex vi* do princípio da presunção de inocência. Seria ilógica a condenação, mesmo não tendo o juiz certeza sobre a culpabilidade, ainda que a dúvida tenha sido gerada por uma prova obtida de forma ilícita.



De mais a mais, no processo criminal a ampla defesa é substancial, não se restringindo a assegurar a oportunidade de o acusado impugnar a imputação, sendo obrigatória a sua manifestação, sob pena de nulidade. A defesa tem de ser *efetiva*. Para além disso, precisa ser eficiente, a ponto de o Supremo Tribunal, na Súmula 523, ressaltar que “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Aqui também se nota o *DNA* do princípio da presunção de inocência. Sem defesa efetiva e eficiente, não é ultrapassada a barreira edificada pelo preceito da presunção de não culpabilidade. Engloba, ademais, o direito de participação dos atos processuais, especialmente das audiências, independentemente da intimação ou presença de seu advogado e mesmo ao *jus postulandi*, quanto à autodefesa (interrogatório), à interposição dos recursos em sentido estrito e de apelação, aos incidentes nas execuções penais e à impetração do habeas corpus e da revisão criminal.

A ampla defesa, de outra banda, tem como corolário lógico o direito ao silêncio, de maneira que o interrogatório, para todos os efeitos, é o *direito de audiência* do acusado (MAIER 1978)<sup>680</sup> com o juiz responsável pelo julgamento do processo ou pela decisão sobre o seu direito de liberdade na audiência de apresentação (custódia)<sup>681</sup>.

Por fim, em relação ao direito à ampla defesa, há de ser feita a sua distinção quanto ao princípio da *plenitude de defesa*, que é uma variação mais densa desse direito assegurado ao acusado, tendo em consideração as peculiaridades dos processos que seguem o rito do tribunal júri, advindas da circunstância de o julgamento ser obra de pessoas leigas, que não possuem conhecimentos jurídicos. Em outra nota, a plenitude de defesa se expressa com a possibilidade de o acusado ser absolvido por um *juízo de clemência*, respondendo, com *sim ou não*, a pergunta a ser formulada, a fim de *dissipar qualquer dúvida*, nos termos ditados pelo art. 483, § 3º, do CPP, a saber: “O jurado absolve o acusado?” (SILVA JÚNIOR 2021, p. 229-230).

---

<sup>680</sup> Julio Maier (1978, p. 61), fazendo um comparativo com a legislação argentina, ensina que a Lei Fundamental alemã, no art. 103, I, assegura ao imputado o direito de “... *ser oído – derecho a audiencia – sobre la imputación que se le dirige (defensa material), actividad que se deve ser cumplida mediante uno acto libre y voluntario de quien la ejerce – nadie está obligado a declarar contra si mismo (Constitución Nacional, 18) – lo que erige al individuo perseguido penalmente em um sujeto incoercible del proceso penal en su papel de transmissor de conocimiento (órgano de prueba)*”

<sup>681</sup> A audiência de apresentação, necessária na detenção em flagrante e quando do cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária, é tecnicamente denominada *audiência de custódia* (SILVA JÚNIOR 2022, p. 509-512)

(iv) *Princípio acusatório*: caracteriza o processo de partes, em que o Ministério Público exerce o dever de proteção aos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, por meio da persecução criminal, sendo reservado ao juiz o papel de julgador. Nenhuma Constituição brasileira, sequer a de 1988, previu expressamente o princípio acusatório. Entretanto, é preciso ter em consideração que o devido processo legal exsurtiu exatamente para separar o órgão acusador do órgão julgador, diante do monopólio estatal do dever de punir (SILVA JÚNIOR 2021, p. 410). No sistema processual regido pelo princípio acusatório, a persecução criminal estatal é desempenhada pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, órgãos do Executivo, não podendo o juiz auxiliar nessa atividade. Dessa forma, na fase investigatória, a atuação do juiz se restringe ao controle da legalidade dos atos investigativos e à decisão sobre pedido de diligência ou medida que importa na flexibilização de direito fundamental.

O sistema inquisitivo, o contraponto do sistema acusatório, é inerente ao absolutismo estatal, que parte da presunção de culpa, com a atuação do juiz voltada para *combater* a criminalidade, como se o processo fosse uma *arena de guerra*<sup>682</sup>, preocupado em cooperar com o Ministério Público na missão de provar a culpa de quem é apontado como o autor do crime. Por isso mesmo, com carradas de razão, Frederico Marques leciona que “A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório”, pois o brocardo *ne procedat iudex ex officio* é a consagração no processo criminal da existência dos 3 (três) sujeitos principais do processo, a saber, o autor, o juiz e o acusado, estando o juiz entre as partes e equidistante ou acima dos seus respectivos interesses, cabendo-lhe julgar o processo conforme o ordenamento jurídico e as provas. Por isso mesmo, o sistema acusatório “*es proprio del Estado Moderno, em que se reconoce al imputado su calidad de sujeto de derecho al que le corresponden una serie de derechos y garantías penales...*” (SHINDLER, RAMÍREZ e GALDAMES 2011, p. 25).

Ademais, o juiz não pode suprir a omissão probatória do Ministério Público, vedação que não emerge, apenas, do sistema acusatório, mas porque se o magistrado, a

---

<sup>682</sup> Fazendo uma analogia com a *teoria dos jogos*, Alexandre Moraes da Rosa (2013, pos. 562) aponta que, se o processo for encarado como uma guerra autorizada pelo Estado, em que o mais forte não necessariamente sai vitorioso, há naturalmente uma dificuldade de cooperação entre os jogadores e o próprio julgador (*fair play*), pois são levados a tomar decisões egoístas, sob a análise de *custos e benefícios* (*playoffs*), sem preocupação maior com as consequências e os prejuízos individuais e coletivos.

despeito do conjunto de provas acostada aos autos, está em dúvida, em razão do princípio da presunção de inocência, deve absolver, não podendo, na intenção de eliminá-la, *motu proprio*, determinar a realização de diligências, pois, nesse caso, estará a negando a aplicação do preceito em causa.

(v) *Princípio da inviolabilidade da intimidade*: desde a Constituição de 1824, a intimidade sempre foi objeto de preocupação do constituinte brasileiro, porém, com atenção restrita à proteção ao domicílio e às formas de correspondência de cada época. A Constituição de 1988, exalando a sua feição democrática, foi bem além, a fim de expandir a nossa tradição constitucional, tendo em mira não apenas englobar outros meios de comunicação originados do avanço tecnológico (art. 5º, XII), como igualmente preceituar uma cláusula aberta de proteção à intimidade em si, mais especificamente, para garantir a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X). O princípio da presunção de inocência em sentido estrito adorna a proteção à honra e à imagem do infrator, de modo a exigir *justa causa* – prova da existência do crime e indícios de autoria – para o indiciamento pela autoridade policial, o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo juiz. Ou seja, em homenagem à inviolabilidade à honra e à imagem, todos são presumidamente inocentes, não podendo ser-lhes imputada a prática de um ilícito, salvo flexibilizada essa presunção, por meio da justa causa. O mesmo se diga em relação a qualquer flexibilização de direito fundamental para fins de concessão de medida cautelar probatória consistente em interceptação de comunicação telefônica, quebra de sigilos bancário, fiscal e dados em geral, busca e apreensão etc.

(vi) *Princípio da liberdade*: O último princípio de acordo com essa classificação é o que diz respeito ao direito de liberdade. Esse preceito é próprio de um ordenamento jurídico escrito com cunho democrático, cuja espinha dorsal são os direitos fundamentais. Se é certo dizer que o direito à vida é o maior dos direitos, também é correto escrever que a vida, sem o direito de liberdade, não tem muito sentido. No ponto, Lorca Navarrete sustenta que a Constituição da Espanha desenha um sistema jurídico “*cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad que instituida, por obra de la propia Constitución, como valor superior del ordenamento*” (1999). Nesse passo, a preservação do direito de liberdade é a regra, não devendo ser suprimido, salvo necessidade imperiosa. Em

decorrência do princípio da presunção de inocência, a despeito da existência dos fundamentos, a prisão processual só pode ser decretada caso presentes os requisitos, quais sejam, *prova da existência do crime e indício suficiente*. Veja-se que a parte final do caput do art. 312 do CPP exige a *prova da existência do crime*, não sendo bastante o mero *indício da materialidade*<sup>683</sup>. De outra banda, a norma jurídica quanto à autoria, não se contenta com a presença de *indícios*, pois reclama a presença de *indício suficiente*. Por conseguinte, o *indício* que é bastante para a autoridade policial indiciar o investigado, o Ministério Público ajuizar a ação penal e o juiz admitir a denúncia ou queixa, é *insuficiente* para a decretação da prisão, pois encerra, apenas, uma mera *possibilidade* de que a pessoa tenha praticado a conduta imputada. *Indício suficiente*, reclamado para a prisão preventiva, é o *indício qualificado*, ou seja, é aquele em que os elementos probatórios ou de informação vão além de apontar uma possibilidade de autoria, a fim de alcançar a *probabilidade concreta* de quem praticou o crime, o que não se confunde com a certeza processual indene de dúvida razoável, necessária para vencer o princípio da presunção de não culpabilidade. Por isso mesmo, o princípio da presunção de inocência é identificado para além do *in dubio pro reo*, a fim de abranger o *favor innocentiae* ou *favor libertatis*<sup>684</sup>.

A cláusula do direito à liberdade gera, em outra direção, o *princípio da subsidiariedade* (SILVA JÚNIOR 2022, p. 442-445), daí por que a prisão cautelar, seja preventiva ou temporária, só há de ser imposta se e quando não forem suficientes e adequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Diz respeito, igualmente, dentro da moldura do devido processo legal, irrigado com o princípio da presunção de inocência, à solução do processo por meio da negociação, isto é, da transação, da suspensão do processo e do acordo de não persecução penal, sendo estabelecidas medidas restritivas ou condições que, uma vez adimplidas, ocasionam a extinção da punibilidade por meio de sentença considerada, legalmente, como absolutória, em compasso com o art. 397, IV, do CPP<sup>685</sup>. De outra banda, também implica na solução do processo sem a aplicação de pena privativa do direito de liberdade, mediante a sua substituição por penas alternativas (SILVA JÚNIOR 2021, p. 290-330). Isso sem falar que o devido processo

---

<sup>683</sup> Cf. itens 5.4.6 e 6.2.2.1.1, supra.

<sup>684</sup> Ainda é denominado *favor rei*.

<sup>685</sup> Cf. item 6.2.2.2.1, infra.

legal arquitetado tendo a liberdade dentre os seus princípios específicos, significa que a liberdade, sob nenhuma perspectiva, pode ser considerada *provisória*, pelo contrário, a prisão, sim, ainda que definitiva, porquanto vedada a pena de *caráter perpétuo*, é que sempre e sempre tem de se apresentar como provisória, ou melhor, *temporária*<sup>686</sup>, com um espaço temporal delimitado (SILVA JÚNIOR 2022, p. 431), o que, no caso do Brasil, em linhas gerais, é de 40 (quarenta) anos (art. 75 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Por fim, há de se afirmar que a processualização da persecução criminal pressupõe a obediência ao devido processo legal, informado pela presunção de inocência em todas as suas fases, que compreende a investigatória, a de conhecimento e a executória. A separação é, apenas, dos autos, que são específicos, assim como as nuances do devido processo legal. Dessa maneira, é correto afirmar que “Não há um devido processo legal único e inflexível. Ele depende das circunstâncias e, naturalmente, do tipo de tutela jurisdicional a ser prestada” (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 288). Melhor dizendo, depende da tutela jurisdicional e da fase processual. Veja-se a questão da prisão processual. Com a Lei nº 13.964, de 2019, há tratamento normativo diferenciado quanto à prisão preventiva, conforme seja a fase processual, sendo necessária a distinção entre *prorrogação e renovação da prisão* (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 617): (i) na fase da investigação, quando ainda não há o ajuizamento da ação penal, a medida preventiva admite, apenas, a *prorrogação*, e por uma única vez, pelo prazo de 15 (quinze), mediante prévio contraditório exercido em audiência pública e oral (art. 3º-B, IV e § 2º, do CPP); (ii) na fase do processo de conhecimento, quando já ajuizada e admitida a ação penal, mas não proferida a sentença, a preventiva exige renovação a cada 90 (noventa) dias, em tese, tantas vezes quantas forem necessárias, mediante decisão fundamentada, não se exigindo, normativamente, o prévio contraditório<sup>687</sup>, muito menos a realização de audiência oral; (iii) após a decisão condenatória, mais precisamente na fase recursal, o controle da duração razoável da

---

<sup>686</sup> Não confundir com a *prisão temporária*.

<sup>687</sup> De toda sorte, entende-se que, em razão do princípio da ampla defesa e do contraditório, necessariamente, o juiz deve abrir vista para as partes, primeiramente para o Ministério Público, até porque, em consonância com o sistema acusatório, necessário que este postule a renovação, não devendo o juízo fazê-lo de ofício, nada obstante a literalidade do parágrafo único do art. 316 do CPP (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 567).

preventiva se faz pelos meios recursais ordinários e, especialmente, pelo manejo do habeas corpus, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 191.836/SP 2020)<sup>688</sup>. Veja-se que o princípio da presunção de inocência, em relação à prisão processual, vai sendo modulado conforme as fases processuais. Na fase da investigação, momento precário, em que há apenas um suspeito ou indiciado, a proteção ao direito de liberdade é mais intensa, e só é admissível a sua prorrogação, uma única vez, enquanto quando se trata de acusado, a medida tem de ser reavaliada no prazo nonagesimal e, por fim, após sentença condenatória, quando o autor do crime está na situação processual de condenado, não há mais necessidade de controle especial.

Nesse passo, tratando-se de processo criminal que alberga uma pretensão condenatória, o princípio estudado guarda peculiaridades inerentes à modalidade de prestação judicial que se pede. É nesta hipótese em que o devido processo legal, como instrumento de garantia e contenção do dever-poder de exercício da persecução criminal se manifesta com toda a sua intensidade. Aqui, para a validade e adequação ao devido processo legal, exige-se que todos os direitos fundamentais do acusado relativos ao processo criminal sejam observados, em sua potência máxima. Porém, quando se trata de uma revisão criminal, alguns dos direitos fundamentais que perfazem o devido processo legal se manifestam de modo diferente. Cite-se, nesse caso, a questão do princípio da *presunção de não culpabilidade*, que é uma derivação do princípio da *presunção de inocência*<sup>689</sup>. Ora, nesse caso, embora se trate de um processo criminal, o princípio da presunção de não culpabilidade é inaplicável, até porque, para todos os efeitos, já há condenação definida em sentença transitada em julgado. O sentenciado é quem arcará com o ônus de provar que é inocente, pois o título judicial condenatório

---

<sup>688</sup> O Ministro Alexandre de Moraes, relator para o acórdão, em seu voto, chamou a atenção para a necessidade de se fazer a leitura do parágrafo único do art. 316 do CPP, tendo em conta o *distinguish* que precisa ser realizado, quando se trata de prisão preventiva aparelhada com um juízo de culpa, diante da existência de decisão condenatória, ainda que pendente de recurso, hipótese em que a medida cautelar detentiva escapa do controle em causa. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no HC 569.701/SP (2020), relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, foi asseverado que a leitura sistêmica do caput e do parágrafo único do art. 316 do CPP leva à conclusão de que os dispositivos em menção se aplicam apenas à fase do conhecimento da ação penal, qual seja, enquanto não se tem, ainda, um *juízo de certeza sobre a culpa do réu*.

<sup>689</sup> Cf. item 6.2.2.1.1, supra.

modificou a sua situação jurídica. O devido processo legal, por conseguinte, nesse caso, tem outra nuance. *Modus in rebus* é o que acontece na absolvição sumária<sup>690</sup>.

O mesmo se verifica nas tutelas de urgência para fins probatórios, muito comuns nos processos criminais, nos quais o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, pelo que o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão, ficando o contraditório e a ampla defesa postergado para depois da decisão (art. 282, § 3º, do CPP, redação dada pela Lei nº 113.964, de 2019). É próprio mesmo de medidas acautelatórias, como a decretação da prisão preventiva, interceptação telefônica e busca e apreensão. Particularmente em relação à interceptação telefônica, muitas vezes, a flexibilização da inviolabilidade da intimidade se protraí por lapso temporal considerável, em razão das sucessivas renovações da medida.

As fases investigatória e do processo de conhecimento possuem subfases da persecução criminal bem definidas. A situação jurídica do infrator na investigação preliminar se divide em duas etapas: (a) quando ele é tratado apenas como suspeito, o que ocorre geralmente no início da investigação; e (b) quando ele é indiciado, sendo alterada a sua situação jurídica, em razão da flexibilização do princípio da presunção de inocência em sentido estrito<sup>691</sup>. Por outro lado, o processo de conhecimento se desenvolve por várias subfases, quais sejam: (a) postulatória, do ajuizamento da ação à resposta do acusado; (b) do saneamento, em que o juiz analisa as preliminares, eventual pedido de absolvição sumária e define as provas a serem produzidas em audiência e outros pedidos; (c) instrutória e de julgamento, com a realização da audiência para tomar as declarações da vítima, inquirir as testemunhas, colher os esclarecimentos dos peritos, fazer as acareações, o reconhecimento de pessoas, interrogar o acusado, produzir as razões finais orais e proferir a sentença; e (d) recursal, com o envio do processo ao tribunal respectivo para reexaminar as questões de fato e de direito impugnadas pelo recorrente. Já a execução penal não tem propriamente fases, a não ser etapas referentes ao cumprimento da pena, conforme as regras dos regimes aberto, semiaberto e fechado, mas tem um devido processo legal específico, delineado na Lei 7.210, de 1984. À

---

<sup>690</sup> Cf. item 6.2.2.1.1, supra.

<sup>691</sup> Cf. item 6.2.2.1.2, supra.

primeira vista, na execução penal, não haveria de se falar da presunção de inocência e da ampla defesa, visto que já houve a condenação. No entanto, não é assim, pois quanto a fatos posteriores apurados em incidentes à execução, estão presentes esses princípios e os demais que formam o devido processo legal, com as peculiaridades dessa fase<sup>692</sup>.

Essas considerações reforçam a tese de Goldschmidt (1936) de que o mais correto é dizer que o processo é uma sequência de situações jurídicas, por estar sempre em movimento, gerando situações diferentes e respectivas relações jurídicas conforme seja a sua fase e, até mesmo, a pretensão a ser tutelada pela prestação jurisdicional.

Nos subitens seguintes, será explorado o devido processo legal, sob os enfoques das fases do processo de conhecimento, da investigação e do processo de execução, com proposições para serem albergadas na futura legislação processual penal, que deve ser elaborada com suporte no devido processo criminal de feição garantista, alicerçado no sobreprincípio da presunção de inocência, extraído da Constituição de 1988. Essa sequência não está em compasso com a cronologia da persecução criminal (investigação, conhecimento e execução) ou mesmo das etapas do fenômeno da processualização (processo de conhecimento, processo de execução e processualização da investigação), porém se justifica por facilitar o desenvolvimento lógico da temática.

#### 6.2.2.2.1. Devido processo legal na fase do processo de conhecimento

A forma no processo criminal detém substância, uma vez que não se trata de mera *formalidade*, mas de garantia, pelo que o *princípio da instrumentalidade das formas*, incidente no âmbito do processo civil, não encontra eco na esfera criminal. Se o fim do processo penal embasado em um Estado democrático constitucional é precipuamente limitar o dever-poder da persecução criminal, de modo que as regras previstas para a processualização dessa atividade estatal sejam observadas, a forma pretraçada para o ato processual é de obediência imperiosa, salvo quando demonstrado, por quem detém o ônus da persecução criminal ou pelo juiz, que não houve nenhum prejuízo à defesa. Como bem adverte Gabriel Souza (2017, p. 89), "O paradigma da instrumentalidade das formas é inservível ao processo penal, pois conflita com o sistema

---

<sup>692</sup> Cf. item 6.2.2.2.3, *infra*.



acusatório, ao defender o protagonismo do magistrado e certa maleabilidade das formas”. Até porque, como avisa Carnelutti (2015, pos. 284), no ambiente do processo criminal, se pode “afirmar, com precisão, que as regras do jogo não têm outra razão de ser senão garantir a vitória a quem a mereceu”.

Ao contrário do modelo inquisitivo em que o que importa é o descobrimento da *verdade (ir) real*, no sistema acusatório a preocupação maior é com a *legalidade e a legitimidade*, a fim de conter o Estado *vingador ou cruel*, fazendo-o conhecer limites e atuar conforme as regras expostas no ordenamento jurídico. Por isso mesmo, é lícito afirmar que, ao lado dos aforismos *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, vigora a máxima *nulla poena sine iudicio*, constituindo-se, assim, a cláusula do devido processo legal no *triplo fundamento de legalidade* criminal, próprio do Estado democrático de direito (MORAES 2011, p. 280). Luigi Ferrajoli (1989, p. 539) esclarece que essas 3 (três) máximas expressam em conjunto o que se denomina princípio da *jurisdicionalidade em sentido lato*.

Por isso mesmo, no campo do processo criminal, quando não obedecida a forma estabelecida, o ato processual deve ser considerado nulo ou pelo menos o vício deve gerar a *presunção de nulidade*. No entanto, a jurisprudência e a doutrina majoritárias, seguindo a orientação do *princípio da instrumentalidade das formas* do processo civil, firmam passo no sentido de que, nada obstante praticado o ato com vício de forma, a nulidade só há de ser declarada caso o interessado demonstre a ocorrência de prejuízo. Ou seja, parte do pressuposto de que, mesmo com o defeito de forma, o ato deve ser considerado válido, exceto se prove o prejuízo, sendo essa interpretação extraída do art. 563 do CPP<sup>693</sup>. Aplica-se, de forma acrítica, o princípio originário da doutrina francesa *pas de nullité sans grief*, imaginado para o direito civil e transplantado para o direito processual civil. O que é mais grave é que a dogmática processual civil não desenvolveu uma teoria das nulidades específica para a relação processual, pegando emprestada a matriz conceitual do direito civil, prevista para equacionar vícios em uma dimensão estática, situação diferenciada da dinâmica processual (LOPES JR 2016, p. 941). O processo civil incorporou a teoria das nulidades do negócio jurídico do direito civil e a

---

<sup>693</sup> Art. 563: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

emprestou ao processo criminal, que a recebeu de bom grado, por se coadunar com a proposta inquisitiva do CPP de 1941 e não render homenagens ao princípio da presunção de inocência<sup>694</sup>.

Sob esse enfoque, o ato processual na seara criminal que não observa o *devido processo legal* é tolerado. Em outras palavras, o ato irregular é *presumido* válido. Há uma inaceitável *presunção de validade* do ato defeituoso ou atípico, o que engloba, inclusive, a produção de prova com vício. Nega-se, como se vê, o princípio da presunção de inocência. O entendimento a esse respeito, no sentido de validar, ao máximo, os atos ou provas produzidas com vício de forma, induziu a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal a firmar passo no sentido de que a demonstração do prejuízo se faz necessária, até mesmo quando se trata da chamada *nulidade absoluta*. No ponto, a Ministra Cármen Lúcia, na apreciação do RHC 126.885 (2015), confirmou essa tese, salientando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade da demonstração de prejuízo concreto como decorrência do princípio *pas de nullité sans grief*, se aplica tanto à nulidade relativa quanto à absoluta, “pois não se decreta nulidade processual por mera presunção”<sup>695</sup>. Ou seja, mesmo que o ato se apresente atípico, não se *presume a nulidade*, aplica-se, por via oblíqua, a tese de que se *presume a validade do ato*, pouco importa a forma como foi praticado, ainda que o defeito seja de tal monta a ponto de ser classificado como hipótese de nulidade absoluta.

A despeito desse senão, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, ao fim e ao cabo, confere tratamento igualitário às nulidades classificadas como *absolutas e relativas*, o que não parece adequado, quando se sabe que a distinção entre umas e outras se dá pelo fato de ser tipificada como absoluta quando a forma é estabelecida no escopo de atender a um *interesse público*, enquanto relativa, a um *interesse das partes* (BADARÓ 2016, p. 69). Assim, como as garantias constitucionais que permeiam o devido processo legal são de inegável interesse público, Aramis e Samir Nassif (2012, pos. 375) defendem que violação a um desses princípios, tais como o da

---

<sup>694</sup> Aury Lopes (LOPES JR 2016, p. 942), com carradas de razão, critica o pensamento dominante no sentido de estruturar a teoria das nulidades processuais com fulcro na concepção do Código Civil, que tem contribuído para uma jurisprudência caótica em relação a esse tema, em razão da “indevida importação de categorias do processo civil, absolutamente inadequadas para o processo penal.

<sup>695</sup> Cf., no mesmo sentido, RHC 125.242-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 15/03/2017; e HC 125.610, Primeira Turma, Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, DJe 05/08/2016.

ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da publicidade, da motivação das decisões judiciais etc., é considerada nulidade absoluta, por se tratar de *formalidade essencial do ato*. Ademais, não raro, o ônus atribuído à defesa de demonstrar o prejuízo gera a exigência de produzir uma *prova diabólica*, espécie de *missão impossível*, o que vulnera, ainda mais, o alcance do princípio do devido processo legal na área criminal. O desprezo ao princípio da presunção de inocência e, de permeio, ao devido processo legal, é mais do que patente.

Urge a alteração desse paradigma. A tese aqui sustentada é de que, tendo em conta tudo o que foi explicitado sobre a essência do processo criminal, especialmente em razão do alcance da cláusula do devido processo legal, enquadrado pelo princípio da presunção de inocência, qualquer ato ou prova produzida com vício, sem a observância das formalidades legais, ocasiona a presunção *juris tantum* de sua nulidade. Aliás, essa parece ser a lógica. Se para a prática do ato processual estabelecida determinada forma, dado que esta não foi observada, tem-se, em princípio, a ineficácia do ato, pois se trata de *ato atípico*, ademais de se tratar da violação de uma garantia prevista em nome da presunção de inocência, que só pode ser desconstruída com a observância do devido processo legal substancial<sup>696</sup>. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no aresto exarado no HC 6707/RS (1989), publicado em 14 de agosto de 1992, cujo acórdão redigido pelo Ministro Celso de Mello, deixou consignado que o princípio da presunção da não culpabilidade “que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo ... repudia presunções contrárias ao imputado ...”. Essa é a lógica. Presunção se faz a favor do acusado, em razão do princípio da presunção de inocência. Contra, não. Exceto caso se pautar por uma inaceitável *presunção de culpabilidade*.

Cabe lembrar que a legalidade no processo criminal se apresenta como garantia indispensável, pois quem se encontra como parte em um dos polos da relação é o Estado, que atua por meio da polícia e do Ministério Público. Há, ontologicamente, uma *disparidade de armas* entre os contendores, a ponto de alguns doutrinadores e julgadores, contaminados pela cultura inquisitivista, ainda recalçarem em enxergar o Ministério Público como parte no processo criminal. A presunção de nulidade do ato atípico, para além da cláusula do devido processo legal, é um corolário lógico do

---

<sup>696</sup> Cf. item 6.2.2.2, supra.

princípio da presunção de inocência, instrumento que serve para assegurar a *paridade de armas*.

Quanto a esse aspecto, note-se que na relação processual civil a situação é diferente, porquanto, em geral, a demanda envolve particulares, em que a *paridade de armas* é a regra, sem embargo de às mais das vezes quem se encontra em situação desigual ser exatamente o autor. Aliás, no processo civil, via de regra, o autor é quem está mais vulnerável, pois teve seu direito lesionado ou ameaçado, sem embargo de a desigualdade sociocultural do Brasil fazer com que geralmente as pessoas que precisam acionar o Judiciário para fazer valer os seus direitos, sejam as que não possuem poder econômico ou político.

Mas não se pense que aqui se está defendendo uma *legalidade radical ou estrita* para o processo criminal, de modo que em toda e qualquer situação o ato atípico deva levar ao reconhecimento da nulidade. Defende-se uma *legalidade temperada*, que não dispensa a ideia do *prejuízo* como elemento importante para o reconhecimento da nulidade relativa, mas dele faz uso em sintonia com as nuances da razão de ser do processo criminal, que é a proteção dos inocentes.

Portanto, praticado o ato com vício quanto à formalidade, a *presunção* é de que o ato é nulo, salvo se, sendo relativa, o Ministério Público ou o juiz demonstrar que, nada obstante a irregularidade, não houve *prejuízo* à defesa. Esse *ônus* de demonstrar o prejuízo recai no Ministério Público porque é de sua alçada o *dever* de conduzir a persecução criminal dentro da legalidade e de provar a culpa do acusado, e no juiz, especialmente neste, em razão da circunstância de ser da sua alçada a direção do processo em harmonia com as regras. Julio Maier (1978, p. 55), analisando o sistema criminal alemão e fazendo o contraponto com o direito argentino, salienta que ambos os sistemas jurídicos se pautam tendo em conta o princípio da *legalidade*, o que significa que cabe ao Ministério Público tomar a iniciativa de apurar os fatos delitivos e exercer a persecução criminal, competindo ao juiz exercer o controle jurisdicional, o que ele denomina *control jurisdiccional de la legalidade*.

Ao fim e ao cabo, faz parte da atividade jurisdicional não apenas julgar o mérito da questão como igualmente dizer se as formalidades legais foram cumpridas. Em outras palavras, se o devido processo criminal foi *substancial*, exercendo, para tanto, o controle da persecução criminal. Tirando o que se há de tirar, é a mesma distinção que se faz

entre *defesa efetiva e eficiente*. O processo criminal do neoconstitucionalismo não se contenta com a defesa *efetiva*, por exigir que ela seja *eficiente*, não pode ser apenas formal, precisa ter substância. Nessa vereda, não basta o devido processo legal, faz-se necessário, para que tido como válido, deter substância.

Essa é a exegese mais acertada do art. 563 do CPP (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”), pois ali se diz, apenas, que não será declarada pelo juiz a nulidade do ato, senão quando identificado prejuízo para o Ministério Público ou para a defesa. Não afirma, em momento algum, que esse ônus é da defesa. Pelo contrário, a norma é dirigida ao juiz, atribuindo-lhe o dever de observar, quando da declaração de nulidade, a existência ou não de prejuízo. Tal posição é defendida por Aury Lopes (2010, p. 693), ao arrematar que há de se fazer a *inversão de sinais*, ou seja, não é a parte quem deverá suportar o ônus de demonstrar o prejuízo que teve, mas, sim, o juiz, que “deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado”, liberando a defesa dessa *carga probatória*. A esse respeito, Gloeckner critica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que, detectado o vício do ato processual, tem-se como corolário lógico a *presunção de prejuízo*, de modo que “A carga da prova deveria ser deslocada para o polo da parte processual que se coloca contrariamente ao reconhecimento da invalidade” (2017, pos. 9443).

Não fossem a instrumentalidade constitucional do processo criminal e o princípio da presunção de inocência suficientes para conferir azo à tese aqui sustentada, há de se convir que o ônus da demonstração do prejuízo não pode recair nos ombros da defesa, quando quem pratica a irregularidade é outrem. Aliás, no ambiente criminal, essas irregularidades, não raro, acontecem na fase pré-processual ou investigatória por desatenção, falta de conhecimento ou certa truculência dos órgãos policiais, sendo de se reconhecer, ainda, que em muitos casos, no afã de encurtar a apuração e *finalização* do processo, membros do Ministério Público e magistrados sejam responsáveis pelos vícios<sup>697</sup>.

---

<sup>697</sup> Cf. item 6.2.2.1.2, *infra*.

Certamente que a tese a respeito da nulidade em razão da existência de vício formal de ordem processual aqui defendida não escapa da crítica procedente quanto à dificuldade semântica em identificar os elementos nucleares do que se pode entender por *prejuízo*, o que confere azo ao *decisionismo* e à plasticidade dos atos processuais e, enfim, abre espaço para a aplicação do preceito da instrumentalidade das formas. No ponto, Aury Lopes (2016, p. 948) diz que o problema é a manipulação conceitual sobre o que é *prejuízo*, a permitir que se legitime o que bem entender<sup>698</sup>. Até porque, salienta Ricardo Gloeckner (2017, pos. 3944), etimologicamente, a expressão *prejuízo* possui dois significados importantes, quais sejam, preconceito ou pré-julgamento e dano, gerando a possibilidade da manipulação conceitual, a ponto de permitir o reconhecimento de nulidades ao *sabor da vontade do julgador*. Para além desse aspecto, Gloeckner também critica a exigência da prova do *prejuízo*, dado que não se trata de questão de ordem fática, mas, sim, de direito, de modo que se revela incongruente a reivindicação da *prova* do direito (GLOECKNER 2017, pos. 9453). Realmente, não há como objetar que o *prejuízo* como imposição para o reconhecimento da nulidade é uma questão de direito, não é matéria fática.

É de salutar importância que o NCPP, na sua parte inicial, ao tratar da principiologia do código, deixe expresso que o princípio do processo legal firma o processo a serviço da *instrumentalidade constitucional*, de modo que o vício de forma quanto à prática do ato processual gera a nulidade, salvo quando, tratando-se de nulidade relativa, demonstrado na decisão do juiz que não houve *prejuízo* para as partes, não sendo admissível, em razão do princípio da presunção de inocência, atribuir à defesa o ônus quanto à demonstração de que isso o prejudicou.

#### 6.2.2.2.1.1 Sistema acusatório e juiz das garantias

De outra banda, ainda que a passos lentos, a partir da Constituição de 1988, sem embargo da cultura conservadora, antiliberal e inquisitiva, *pari passu* a legislação

---

<sup>698</sup> Aury Lopes (2016, p. 948) salienta que é “bastante comum encontrarmos decisões que, fazendo uma manipulação discursiva, partem da falaciosa premissa da verdade substancial (art. 566), por exemplo, para legitimar um ato defeituoso (cujo defeito impede a eficácia do princípio constitucional que está por detrás dele), sob esse argumento: o fim do processo é a verdade substancial (o que é isso?) e, portanto, ainda que defeituoso, o processo atingiu seu fim (que com certeza será uma sentença condenatória)”.

brasileira vem caminhando no sentido de configurar o sistema acusatório. O passo inicial foi com a Reforma Tópica de 2008, por meio das Leis n<sup>o</sup>s 11.719, de 2008 e 11.689, de 2008, complementada pela Lei n<sup>o</sup> 12.403, de 2001. O passo decisivo foi dado com a Lei n<sup>o</sup> 13.964, de 2019, ao afirmar, com ênfase, que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (art. 3<sup>o</sup>-B do CPP), preceito que, infelizmente, restou suspenso em razão da liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux do STF, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n<sup>o</sup>s 6.298, 6.299, 6.330 e 6.305, em 13 de outubro de 2021, cujo julgamento final, com a declaração de constitucionalidade, só ocorreu quase dois anos depois, mais precisamente em 24 de agosto de 2023. Há de ser repetido no NCPP a regra de que não é da alçada do juiz investigar ou substituir o Ministério Público quanto ao dever de provar a culpa do acusado. Nesse passo, há de se incorporar a cultura do protagonismo das partes do sistema processual criminal americano, de modo que fique ressaltado caber a elas produzir as provas, e não ao juiz, sendo reservada ao julgador uma atuação mais reativa, no sentido de atuar no processo para conhecer as questões e provas postas pelas partes (CACHO 2014).

Porém, a figura central desse novo modelo de justiça criminal é o instituto do juiz das garantias, introduzido em nosso meio pela Lei n<sup>o</sup> 12.964, de 2019, instituto, a um só tempo, aplaudido e criticado. Aplaudido, naturalmente, por quem tem uma formação garantista e criticado, claro, pelos que possuem uma visão conservadora-inquisitiva.

As críticas se concentram em 3 (três) argumentos: (i) ausência de debate com a comunidade jurídica e a sociedade; (ii) inexistência de juizes em número suficiente para a implantação dos juízos das garantias; (iii) a figura do juiz das garantias seria uma resposta dos poderes incomodados com a operação *Lava Jato*. Nenhuma delas procede. O projeto do NCPP, tal como aprovado no Senado Federal, em 2009, já previa o instituto. Ademais disso, o Brasil participou ativamente da elaboração do Código Modelo de Processo Penal Tipo para Ibero-América, finalizado em 1998, e apresentado as XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, no qual foi previsto o juiz das garantias (A. P. GRINOVER 1998). Essa primeira consideração revela que o tema já era do conhecimento em nosso meio, com debate a respeito,

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal

además de evidenciar que está em pauta muito antes da chamada operação *Lava Jato*. Quanto ao custo, estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça (2020) revela que a implantação do instituto é questão afeta à repartição de competência entre os juízes, de modo que não importa, necessariamente, na necessidade de recrutamento de novos magistrados ou da criação de novas estruturas, não ocasionando impacto orçamentário.

O juiz das garantias tem a especial função de fomentar o sistema acusatório, promovendo a separação do juiz que atua na fase investigatória do que fica encarregado de julgar o processo (GIACOMOLLI 2015). Informa Giacomolli (2015, p. 205) que, em consonância com diretriz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), foi fixado o primado de que o *juiz que investiga não pode julgar*, o que levou o Tribunal Constitucional espanhol a declarar a inconstitucionalidade da lei que permitia a concentração das funções de investigar e julgar em um mesmo juiz.

Está em sintonia com o sistema acusatório porque, como a nomenclatura por si só já revela, não se trata de um *juiz investigador* ou que atua em prol da persecução criminal, mas que, ao tempo em que controla a legalidade da investigação, atua nessa fase para decidir quando é válido flexibilizar um direito fundamental, devido à necessidade de medida cautelar de ordem pessoal, patrimonial ou probatória<sup>699</sup>.

Leon Festinger (1985), professor da New School for Social Research de Nova York, desenvolveu a *teoria da dissonância cognitiva*, segundo a qual diversos fatores determinam a pessoa a defender uma posição pública diferente do que ela efetivamente pensa a respeito, por ser mais cômodo manter a convicção anteriormente adquirida, incongruência que procura minimizar para não sair de sua zona de conforto. Isso porque, ao longo da vida, a pessoa adquire convicções a partir de suas próprias experiências, de modo que procura agir em consonância com essas conclusões. De qualquer sorte, em diversas situações pontuais, posições em contrário ocasionam uma *dissonância*, quanto ao que a pessoa acredita como é certo, mas, mesmo a despeito do *desconforto psicológico*, a pessoa minimiza a incongruência e procura justificar a sua posição inicial (FESTINGER 1985, p. 10). Coube a Bernd Schünemann (2012) realizar experimentos

---

<sup>699</sup> Cf. item 6.2.2.2.3, *infra*, em que é abordado o aspecto de o juiz das garantias se prestar para a jurisdicionalização da fase investigatória, ou melhor, para sedimentar o devido processo legal substancial nessa etapa da persecução criminal.



para comprovar a validade da teoria da dissonância cognitiva em relação aos juízes que participam das investigações. Na pesquisa realizada, Schünemann, observando o comportamento psicológico dos juízes, concluiu que o conhecimento e envolvimento com a apuração feita durante a investigação pré-processual fomenta a formação de convicção sobre o crime e a sua autoria, pelo que o efeito psicológico decorrente do *efeito perseverança ou inércia*, ou do mecanismo de *autoafirmação da hipótese preestabelecida* induz à superestimação das primeiras informações, com consequente desconsideração das informações dissonantes posteriormente surgidas, situação, sobremaneira agravada na hipótese em que o juiz assume a *postura de investigador*, pois quando assim com interesse em elucidar o caso, ele passa a ter uma clara tendência de julgar conforme a ideia preconcebida. No subconsciente, o juiz faz uma busca seletiva de informações com a intenção de corroborar a sua concepção sobre o fato.

Em nosso meio, essa vinculação psicológica a impressões pessoais de quem detém interesse na investigação de fatos recebeu o nome também de *síndrome de Dom Casmurro*, para identificar as situações em que o magistrado forma a convicção da culpa por *sentimentos pessoais* decorrentes de sua própria investigação, em detrimento do que consta dos autos do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A expressão foi criada com suporte no *best seller Dom Casmurro* (ASSIS 1997), escrito por Machado de Assis em 1899, no qual apresenta em forma de narrativa as convicções de Bentinho sobre a traição de Capitu com o seu melhor amigo, Ezequiel Escobar, ainda que sem base em provas concretas, construídas a partir de *pré-julgamentos irracionais*, geradas pela mera desconfiança.

A figura do juiz das garantias serve para preservar a imparcialidade do julgamento, em razão do efeito da *dissonância cognitiva*, que faz com que o magistrado que participa da investigação forme nessa etapa da persecução criminal a sua convicção a respeito do crime, de modo que na fase processual mantém superestimadas as informações anteriormente adquiridas, buscando inconscientemente informações seletivas que ratifiquem a sua concepção, como uma forma de *conforto psicológico*. O processo de conhecimento, assim, não passa de um processo de *reconhecimento* ou *confirmação* do que já se tinha *conhecimento*.

Sem esse mecanismo, é mais próprio falar-se em processo de *reconhecimento* do que de *conhecimento*. De fato, enquanto no processo civil, efetivamente, o juiz só

vai conhecer os fatos com a análise sobre o recebimento da petição inicial, na seara criminal, tendo atuado na fase investigatória, de forma mais ou menos intensa, quando ajuizada a ação penal, o juiz vai rever aquilo que ele já conhecia. E mais, o juiz vai rever o que até então sabia ou conhecia a respeito dos fatos sob a ótica da investigação, sem o contraditório e a ampla defesa, tudo isso contribuindo para a formação de uma *prévia convicção* a respeito dos fatos.

Observem-se as expectativas assumidas pelo juiz quando defere, por exemplo, uma busca e apreensão, que é um ato de violência estatal extremo, só sendo aceitável no limite de sua necessidade. Se a diligência realizada na residência, escritório de trabalho e empresas não revela nada de relevante, as expectativas geradas são frustradas. E as expectativas externas são mais comprometedoras à imparcialidade: quanto maior for a operação e o espetáculo gerado pela exploração da mídia, com a divulgação da ação policial realizada sob a autorização do juiz, mais expectativas são geradas em todos, inclusive nos familiares do juiz, ainda mais porque, não raro, policiais e membros do Ministério Público, pressionados pelos meios de comunicação, no mesmo dia, antes de analisado o que foi apreendido, não se fazem de rogados em conceder entrevistas à imprensa, estabelecendo uma *verdade* para os fatos. Até porque “o espetáculo da punição (Nietzsche), potencializado pela sociedade do espetáculo (Debord), faz do processo penal o palco perfeito para o populismo penal” (A. M. ROSA 2013, pos. 226)

O problema é inescandível: para valorizar ou justificar o ato de força, é uma questão natural a tendência de supervalorizar os *achados*, fazendo exalar a *presunção de culpa*, no lugar da inocência. Isso contamina a todos, indistintamente, integrantes da polícia, do Ministério Público e do Judiciário. A infecção dos órgãos da polícia e do Ministério Público não é desejável, mas, pelo menos, não são eles que vão julgar o mérito. Para preservar a efetividade do princípio da presunção de inocência, imprescindível que a análise do valor incriminatório dos *achados* seja filtrado pelo princípio da presunção de inocência, não pela *expectativa de culpa* que deu suporte ao deferimento do pedido.

Portanto, no cenário atual, sem a separação entre o *juiz da investigação* do *juiz do processo de conhecimento*, ao invés de *processo de conhecimento*, o que temos é *processo de reconhecimento* ou de *confirmação*, em que o juiz é levado, pelos mais diversos fatores, a valorizar as provas obtidas na investigação, encarando o conjunto

probatório sob o viés da *expectativa* de culpa ou *presunção* de culpa gerado. Justamente para obviar essa situação, foi concebido o juiz das garantias para atuar em uma faixa intermediária, mais precisamente da fase investigatória até a do saneador do processo de conhecimento, ou seja, até o art. 399 do CPP.

É provável que na *tropicalização* do instituto, que tem berço no direito comparado, especialmente nos sistemas europeus, o legislador, de alguma forma, tenha se inspirado, *modus in rebus*, no papel desempenhado pelo juiz de paz, que, na versão originária do CPCrim de 1832, presidia a investigação e proferia a decisão de pronúncia, com a qual, a um só tempo, se dava o encerramento da *formação de culpa* e o recebimento da ação penal<sup>700</sup>. Esse modelo não é apropriado, pois gera *confusão processual*, compromete a duração razoável e contém vício de inconstitucionalidade, dado que permite ao magistrado que atuou na investigação decidir sobre a admissão da ação penal e, ainda, sobre a absolvição sumária eventualmente agitada pela defesa.

Especificamente em relação à confusão processual, é porque o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos enviados pelo juiz das garantias, não está vinculado às decisões tomadas quanto ao recebimento da ação penal e na fase do saneador, podendo revê-las, o que se manifesta como uma espécie de revisão por juízes de mesma classe, o que não é, no mínimo, desejável (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2022, p. 56).

O projeto do NCPP parece mais congruente, pois restringe a atuação do juiz das garantias apenas à fase preliminar, competindo ao juiz do processo fazer o exame imparcial e crítico quanto ao recebimento da ação penal e à legalidade da prova produzida na fase investigatória, desenvolvida sob a vigilância do juiz das garantias.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as 6.298, 6.300 e 6.305/DF, por maioria, declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B e do caput do art. 3º-C, a fim de atribuir interpretação conforme para dizer que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, de modo que cabe ao juiz da instrução e julgamento decidir ou não sobre o recebimento da ação penal, assim como para reexaminar a necessidade da manutenção das medidas cautelares em curso (ADI 6.298, 6.300 e 6.305/DF 2020).

---

<sup>700</sup> Cf. item 4.2.1, supra.

Em outra ótica, o juiz das garantias, ademais de importar no estabelecimento de regra de *competência funcional*, dividindo a atuação de juízes conforme as fases da persecução criminal, origina mais uma *regra de impedimento*, com a finalidade de preservar a chamada *competência subjetiva*. Assemelha-se, tirando o que se há de tirar, ao que dispõe o art. 252, III, do CPP, que veda ao juiz o exercício de atividade jurisdicional quando “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito”. Para todos os efeitos, essa regra que veda o exercício da atividade jurisdicional em determinadas situações, como tantas outras de impedimento ou suspeição, é estabelecida em compasso com a teoria do *padrão objetivo de imparcialidade*.

Isso porque, no ambiente do processo, “Não se mostra suficiente o juiz *ser imparcial*, ele precisa *parecer imparcial*” (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2022, p. 61). Imagine-se a cabeça de quem está sentado no *banco dos réus*, sendo julgado pelo juiz que, na fase investigatória, determinou a sua prisão, buscas e apreensões e a quebra de sigilos fiscal, bancário e de vários dados. Para essa pessoa, seguramente, não *julga melhor quem investiga*, mas, sim, quem ficou equidistante e não tomou parte na atividade investigatória, tomando conhecimento dos fatos no chamado *processo de conhecimento*, situação em que a imparcialidade é melhor preservada. E aqui incide a máxima da *mulher de Cesar*: para ser respeitada, não basta *ser honesta*, precisa *parecer honesta*.

#### 6.2.2.2.1.2. Justiça negocial e acordo de não persecução penal

Na sedimentação do princípio acusatório, em consonância com o garantismo, percebe-se uma paulatina incorporação em nosso meio de institutos próprios do sistema adversarial estadunidense, a fim de solucionar o processo de forma consensual, porém se distinguindo do *plea bargain* por não impor condenação ou definir culpa, senão impor medidas restritivas acordadas entre Ministério Público, a defesa e o infrator. Aliás, cabe advertir que, invariavelmente, quando se fala do sistema adversarial americano, faz-se a sua identificação com o *plea bargain*.

Entretanto, como adverte Pedro Albergaria (2007, p. 17), a *justiça negocial* é o gênero, do qual há várias *espécies* de negociações, sendo uma delas o *plea bargain*, que

é quando ocorre assunção de culpa pelo acusado. Um dos exemplos de negociação que não é propriamente *plea bargain* é a colaboração premiada que resulta no não ajuizamento da ação penal, assegurando ao colaborador a imunidade, ou mesmo renuncia a persecução criminal em troca da devolução de determinada soma em dinheiro (P. S. ALBERGARIA 2007, p. 17-18).

Em nosso ambiente, os primeiros passos, ainda que tímidos, foram experimentados com os chamados *juizados especiais* previstos na Constituição de 1988, e regulamentados pela Lei nº 9.099, de 1995, por meio dos institutos da *transação* e da *suspensão condicional do processo*. Posteriormente, o legislador passou a adotar o instituto da colaboração premiada, que igualmente não se confunde com o *plea bargain*, pois se trata do que no sistema americano é identificado como *cooperation agreement*, em que o colaborador assume o compromisso de auxiliar a persecução criminal em troca dos benefícios previstos em lei<sup>701</sup> e, mesmo que confesse a prática do crime, o juiz só pode condenar e impor a sentença negociada (*sentence bargaining*), caso haja prova suficiente a respeito da culpabilidade.

No chamado *Pacote Anticrime* houve a intenção de transpor o efetivo *plea bargain* para o nosso sistema, no entanto, o Parlamento, em boa hora, não sufragou a proposta feita pelo Ministério da Justiça. O *plea bargain*<sup>702</sup> é muito criticado nos Estados Unidos, pois, além de tergiversar com princípios caros, como a presunção de inocência e o devido processo legal substancial enquanto condição para o reconhecimento da culpa, ao contrário do que se pensa, tem se mostrado excessivamente punitivista – acima de 90% (noventa) por cento das condenações são oriundas de acordos (BIBAS 2012). A esse respeito, cabe observar que os Estados Unidos da América ostentam o primeiro lugar no mundo em termos de encarceramento *per capita* – mais de 2.102.400 (dois milhões, cento e dois mil e quatrocentos presos) (Institute for crime & Justice Policy Research 2023). Ou seja, embora conte com menos de 5% (cinco por cento) da população mundial, possui quase 25% (vinte e cinco por cento) dos

---

<sup>701</sup> O infrator só firma o acordo se puder tirar algum proveito da situação, sendo essa a lógica do instituto da colaboração premiada (FONSECA 2017, p. 215).

<sup>702</sup> Em virtude das singularidades do federalismo norte-americano, lá cada Estado possui um modelo próprio de *plea bargain* – são 52 (cinquenta e dois), portanto, incluindo o federal e o Distrito de Colúmbia (SOUSA 2019, 114-115). Ainda assim, há crítica doutrinária quanto à ausência de regramento mais efetivo sobre o *plea bargain*, sendo a *Rule 11 Pleas* do *Federal Rules of Criminal Procedure* o referencial normativo mais mencionado.

prisioneiros do mundo (ALEXANDER 2018, p. 278). O documentário *A 13ª. Emenda* (Duvernay 2016) evidencia que mais de 97% (noventa e sete por cento) da população carcerária norte-americana é proveniente de condenações obtidas por meio do *plea bargain*<sup>703</sup>. Em nosso meio, há quem se posicione contrário ao *plea bargain*, notadamente em relação aos crimes mais graves, por acreditar que esse mecanismo confere tratamento leniente ao acusado<sup>704</sup>. Porém, os dados estatísticos nos Estados Unidos da América revelam que a justiça negocial é extremamente *punitiva*, sendo essa a crítica mais aguda feita pela maioria dos doutrinadores.

Com a Lei nº 13.064, de 2019, o legislador, mediante o instituto do acordo de não persecução penal, expandiu a justiça negocial, com ampla vantagem em relação ao sistema americano, pois o problema criminal é solucionado sem a imposição de pena. O ANPP inserido em nosso sistema possui como paradigma o *non-prosecution agreement (NPA)* do direito norte-americano (XIAO 2013-2014), tendo como diferencial que neste o acordo se faz com o reconhecimento de culpa e a consequente aplicação de pena, não raro a prisão<sup>705</sup>. Esse instituto foi incorporado ao sistema alemão, com a inclusão do § 153ª no StPO-BRD, em 1974, o qual permite que o Ministério Público deixe de ajuizar a ação penal, em troca do compromisso do autor do crime de cumprir determinadas condições, dentre elas efetuar doações a organizações de caridade ou trabalhar como voluntário em entidades de igual natureza (RAUXLOH 2012, 73). Tudo indica que esse modelo tedesco tenha inspirado o ANPP do direito brasileiro.

Todavia, em verdade, o ANPP não se trata de nenhuma inovação em nosso ordenamento jurídico, pois a transação penal da Lei nº 9.099, de 1995, e a imunidade, tratada no § 4º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, ontologicamente, são hipóteses em que o acordo implica no não oferecimento da ação penal<sup>706</sup>. Há diferenças

---

<sup>703</sup> Os dados estatísticos do *World Prison Brief* (2023) revelam que nos Estados Unidos, nos últimos anos, há uma tendência de diminuição da população carcerária: em 2008, tinha 2.307.504; em 2012, 2.228.424; em 2016, 2.157.800; e em 2018 2.102.400.

<sup>704</sup> Esse foi o motivo pelo qual o Parlamento rejeitou a proposta de incluir o *plea guilty* no nosso sistema, com o enxerto do art. 395-A no CPP.

<sup>705</sup> O *NPA* dos Estados Unidos exige do agente a *assunção de culpa*, com a consequente aplicação de pena (ODUOR, et al. 2014).

<sup>706</sup> Tanto a transação quanto o ANPP são bem diferentes do *patteggiamento* adotado pelo Código de Processo Penal italiano de 1988. O *patteggiamento*, cabível nos crimes quando a pena não é superior a 2 (dois) anos, pressupõe o ajuizamento da ação penal, contendo o pedido em consenso de que seja aplicada uma pena reduzida (TULKENS 2005, 702-703). Assemelha-se, portanto, à suspensão do processo, porém, com a diferença de que no *patteggiamento* há aplicação de pena.

apenas quanto aos requisitos, às condições e à abrangência muito mais ampla do ANPP, pois, em tese, ele é cabível em todo e qualquer crime praticado sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, desde que haja a *confissão formal e circunstancial*<sup>707</sup>. Como os crimes de gravidade média praticados sem o emprego de violência ou grave ameaça, por norma, possuem pena mínima no patamar de 2 (dois) anos, o ANPP tem o condão de promover uma profunda alteração no paradigma da justiça criminal, diante da abrangência de sua aplicação.

A maioria dos casos criminais pode ser solucionada mediante esse instrumento de justiça negocial ou consensual, do mesmo modo como se observa no ambiente processual estadunidense. A efetiva utilização do instituto, para além de permitir a solução abreviada dos processos criminais, terá o condão de diminuir significativamente a quantidade de audiências para fins de instrução, permitindo, assim, que os operadores jurídicos em geral, juízes, membros do Ministério Público e advogados, concentrem e guardem o fôlego para a instrução e julgamento dos processos referentes a crimes praticados com violência ou grave ameaça, ilícitos de base organizativa e casos em que são praticados vários crimes em concurso material. Delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça, contra a administração pública, o sistema financeiro, tributários etc., mesmo quando em alguns casos forem cometidos em concurso, serão todos passíveis de solução consensual. Ou seja, sem a necessidade de acionar toda a engrenagem da pesada máquina judiciária.

---

<sup>707</sup> Delitos previstos no Código Penal em que é possível o ANPP: (a) crimes contra a honra: todos; (b) crimes contra o patrimônio: (b1) furto, do art. 155, caput, §§ 1º a 4º, § 5º e 6º; (b2) dano: todos; (b3) apropriação indébita: todos; (b4) estelionato e outras fraudes: todos; (b5) receptação; (c) crimes contra a propriedade intelectual: todos; (d) crimes contra a organização do trabalho: todos; (e) crime de promoção de migração ilegal: art. 232-A, caput, §§ 1º e 2º; (f) crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica: art. 282; (g) crimes contra a paz pública: associação criminosa, art. 288, caput; (h) Crimes contra a fé pública: (h1) moeda falsa, todas as modalidades; (h2) falsidade de títulos e outros papéis públicos: todos, do art. 293 ao 311; (i) Crimes contra a administração pública: todos, do art. 312 ao 359, exceto o Capítulo II-B, incluído pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021; e (j) Crimes em licitações e contratos administrativos: (j1) patrocínio de contratação indevida (art. 337-G); (j2) perturbação de processo licitatório (art. 337-I); (j3) violação de sigilo em licitação (art. 337-J); (j4) afastamento de licitante (art. 337-K); contratação inidônea (art. 337-M); (j5) impedimento indevido (art. 337-N); e (j6) omissão grave de dado ou de informação por projetista (art. 337-O, caput). No mesmo sentido, os seguintes crimes previstos em leis especiais comportam, em tese, a solução do problema criminal por meio do ANPP: (i) Decreto-Lei 201, de 1967 (Crimes de responsabilidade de prefeito): todos os crimes; (ii) Lei 7.492, de 1986 (Crimes contra o sistema financeiro): todos; (iii) Lei 8.069, de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente): art. 241-A a 241-E; 242 a 244-B; (iv) Lei 8.137, de 1990 (Crimes contra a ordem tributária): todos; (v) Lei 9.605, de 1998 (Crimes ambientais): todos; (vi) Lei 9.613, de 1998 (Crime de lavagem de dinheiro): art. 1º, caput e §§ 1º a 4º; (vii) Lei 10.826, de 2003 (Estatuto do desarmamento): art. 12 ao 16, caput e § 1º; e (viii) Lei 11.343, de 2006 (Lei de Drogas): art. 33, §§ 2º e 4º; art. 34; art. 35; art. 37 a 39.

Para se ter uma ideia da repercussão do ANPP em relação aos crimes federais, cabe examinar os dados colhidos em consistente trabalho de pesquisa sobre o impacto do ANPP nos processos afetos à justiça federal, feito por Hallison Bezerra, Márcio dos Santos e Lucien Dantas Filho (2021, p. 80). Fazendo um recorte quanto aos feitos distribuídos nas varas federais com competência criminal sediadas no âmbito do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no período entre janeiro de 2015 a agosto de 2020, e levando em consideração todas as classes processuais analisadas, os pesquisadores constataram que, em tese, seria possível a aplicação do ANPP em 86,14% dos casos, enquanto 8,18% admitiriam transação. Apenas 5,68% não comportariam a solução consensuada. Isso quer dizer que, excluindo do cálculo as ações criminais em trâmite pelo rito dos juizados especiais, na Justiça Federal da Quinta Região “o número de possíveis ANPPs sobe para 93,28%” (BEZERRA, SANTOS e DANTAS FILHO 2021, p. 80).

Porém, o instituto enfrenta resistências quanto a sua utilização. Os números a respeito são reveladores. Em um levantamento dos acordos de não persecução penal na Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, tendo como parâmetro a quantidade de ações penais, os dados revelam que o instituto não tem cumprido a expectativa gerada: em 2020, 29,80%; 2021, 37,10%; e 2022, 23,33%<sup>708</sup>. Essa realidade local, infelizmente, está refletida no âmbito nacional, com pequena diferença. Com efeito, conforme os dados do site do Ministério Público Federal em números (2022), computando a quantidade de ações penais e acordos de não persecução penal, no ano de 2020, a taxa nacional de ANPPs na justiça federal foi de apenas 34,83%; no de 2021, 32,24%; e no de 2022, 24,96%. O que chama a atenção é que, além de o percentual ser extremamente baixo, o número de ANPPs, em plano nacional, está em linha decrescente. A única diferença em relação aos números da 2ª Vara da JFRN é que nesta houve uma tendência de crescimento entre 2020 e 2021, porém, no ano de 2022, o percentual foi inferior ao de 2020, o que demonstra a dimensão do problema.

---

<sup>708</sup> Esses dados foram coletados analisando a quantidade de feitos distribuídos em cada período, conforme as classes processuais, na vara federal na qual o autor exerce a jurisdição. Não há banco de dados disponível para essa pesquisa, pelo que os dados foram coletados com a análise dos processos distribuídos tendo como parâmetro as classes processuais.



Qual o motivo para o número de ANPPs ser tão baixo? Alguns membros do Ministério Público ajuízam a ação penal e oferecem o acordo como espécie de matéria preliminar, argumentando que assim procedem porque não têm como entrar em contato com o investigado e a sua defesa para propor o ANPP. Por sua vez, a defesa nem sempre concorda com a exigência de o investigado fazer uma *confissão formal e circunstanciada* quanto à prática do crime.

No desiderato de que essa transformação do modelo de prestação da atividade jurisdicional realmente se torne realidade, é imprescindível um olhar diferente para o problema penal e a compreensão da forma mais adequada de resolvê-lo. Os dogmas *punitivistas* do *sistema processual penal inquisitivo* devem ser exorcizados. A era agora é a do *sistema acusatório* inserido em um modelo garantista, em que os *institutos negociais* próprios do direito norte-americano, conferem empoderamento às partes. Impõe-se ao operador jurídico em geral desapegar-se da *cultura jurídica* do modelo que ficou no passado, e preparar-se para ser o *agente transformador* dessa mudança de paradigma.

Nesse novo *standard judicial*, ao juiz é reservada especial atribuição no ANPP, cabendo-lhe escrutinar os acordos e, ainda, as razões da recusa, no desiderato de assegurar a *paridade de armas* entre o Ministério Público e o investigado, impedindo, assim, que este, diante da precária orientação de seu defensor, seja levado a realizar um *negócio leonino*, ou então, devido à postura do Ministério Público, não tenha a oportunidade de solucionar o processo na forma consensual. Conforme plasmado na Lei nº 13.964, de 2019, a competência para decidir sobre o ANPP é do juiz das garantias. No entanto, enquanto persistirem os não implementado esse instituto, essa matéria fica na alçada do juiz responsável pelo julgamento.

O ANPP, ademais de se confortar com a teoria do garantismo, se identifica com o pensamento de Roxin (2006) quanto ao futuro do direito penal, que se orienta em direção ao que ele convencionou designar *diversificação*, ou seja, a solução do processo sem a aplicação de pena, uma realidade na Alemanha. Isso é exatamente o que acontece com o ANPP. Para a solução da questão criminal, por meio da negociação, são pactuadas medidas restritivas, que não são penas, nem importam em reconhecimento de culpa, as quais, uma vez adimplidas a tempo e modo, acarretam a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), sentença

que por política de ordem criminal é classificada como absolutória, em aplicação subsidiária do art. 397, inciso IV, do CPP (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Há de se entender que o ANPP é um negócio jurídico processual, acordado na fase pré-processual, entre o Ministério Público, a defesa e o investigado, sem a participação do juiz, sendo toda a negociação realizada no âmbito do Ministério Público mediante processo administrativo. Tanto assim é que, no § 14 do art. 28-A do CPP está dito que, caso o representante do Ministério Público se recuse a fazer a proposta do acordo, “... o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. Merece destaque a expressão *remessa dos autos*. Quais autos? Os autos tendo por objeto o ANPP.

A solução consensuada do processo, quando satisfeitos os requisitos objetivos, deveria ser considerado um direito subjetivo do investigado, tal como defendem Aury Lopes e Hígyna Josita (2020). Entretanto, essa não foi a direção adotada pelo legislador, de modo que o investigado pode se insurgir, reclamando o seu direito, porém, apenas na seara administrativa, sendo-lhe negado o *acesso à justiça*. É um direito sem ser, pois não comporta a tutela pela atividade jurisdicional. O legislador, movido pela política criminal de implantar a justiça negocial abriu outras portas para o tratamento do problema penal, alvitando para as partes a realização do acordo em fase extraprocessual, até mesmo em segunda instância administrativa, lá se exaurindo a discussão a respeito.

Por isso mesmo, o *interesse processual* quanto à provocação do Judiciário para analisar o ANPP pressupõe a tratativa antes do ajuizamento da ação penal e, ainda, da possibilidade de o investigado, no caso de recusa, exaurir a via administrativa, especialmente porque, tal como plasmado no art. 28-A, § 14 do CPP, a matéria não comporta impugnação na seara judicial, sendo esse o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no HC 581.4444/SP 2020)<sup>709</sup>.

O fato de o Ministério Público Federal ajuizar a ação penal sem, sequer, comunicar ao investigado as razões para não oferecer o ANPP, inviabiliza a impugnação

---

<sup>709</sup> A solução consensuada do processo, quando satisfeitos os requisitos objetivos, deveria ser considerado um direito subjetivo do investigado, tal como defendem Aury Lopes e Hígyna Josita (2020). Entretanto, essa não foi a direção adotada pelo legislador, acolhida pela jurisprudência do STJ, de modo que o investigado pode se insurgir, reclamando o seu direito, porém, apenas na seara administrativa, sendo-lhe negado o *acesso à justiça*. É um direito sem ser, pois não comporta a tutela pela atividade jurisdicional.

perante órgão revisor (§ 14º do art. 28-A do CPP). Isso porque o dispositivo em foco abre *outra porta* além da do gabinete do representante do Ministério Público legitimado para a ação, evitando que a sua palavra seja absoluta, possibilitando que a questão possa ser discutida perante outra instância do órgão ministerial, antes de o investigado se tornar *réu ou acusado*<sup>710</sup>. Portanto, oferecida a denúncia sem que tenha sido dada ao investigado a oportunidade de esgotar a discussão na seara do procedimento administrativo pré-processual, a única na qual lhe é dado discutir o tema, o *investigado* é tornado *réu* sem o direito de defesa consistente no reexame da matéria, submetendo-se compulsoriamente ao entendimento do membro do Ministério Público<sup>711</sup>.

Por conseguinte, essa comunicação se apresenta como pressuposto de admissibilidade da ação penal, pelo que, na ausência de comprovação de o investigado ter sido chamado para o início das tratativas ou comunicado sobre a razão da recusa do ANPP, o juiz não deve receber a denúncia, com a consequente intimação do Ministério Público para sanar a omissão. Não supre a necessidade da prévia comunicação da recusa em propor o ANPP o fato de o investigado, no inquérito policial, ao ser interrogado, não confessar o crime. Ora, não há de se exigir de alguém a confissão sem que lhe seja feita a proposta do acordo. Até porque, ninguém, em tese, vai fazer primeiro a confissão para depois tentar o acordo. De regra, a pessoa só vai ser estimulada a fazer a confissão caso lhe seja ofertada a proposta do acordo. Exatamente por isso, na *I Jornada de Direito e Processo Penal*, patrocinado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o *Enunciado 03*, com a seguinte dicção: “A inexistência de

---

<sup>710</sup> Essa questão pode até parecer bizantina ou que se trata de um mero melindre dogmático, mas, com certeza, não o é na visão de quem é investigado ou réu. Pode-se dizer, inclusive, que, de toda forma, quando for citado para apresentar a resposta, embora o acusado não possa discutir a matéria perante o Judiciário, a porta administrativa do Ministério Público estará, enfim, aberta para essa oportunidade, aplicando-se o que prevê o § 14 do art. 28-A do CPP. Mas essa situação não é a mais correta, ou mesmo razoável, ou desejável, até porque tem o condão de causar evidente tumulto processual, sem falar que tecnicamente não é aceitável. Com efeito, digamos que, oferecida a ação penal sem a oportunidade de impugnação no ambiente extraprocessual da recusa quanto à oferta do ANPP, o acusado, ao ser citado, além da resposta no processo judicial, faça a impugnação perante o referido órgão ministerial. Caso na via administrativa seja dado provimento à impugnação, isso acarretará a extinção ou suspensão do processo? Parece situação de extinção, mas, seja como for, um dos fins do ANPP, que é o de aliviar outra porta para a solução do problema criminal e desafogar o Judiciário, restará inviabilizado.

<sup>711</sup> No ponto, o Enunciado nº 32, aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, deixou plasmado que “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo”.

confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”. Nessa linha de entendimento, o Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 657165-RJ, apreciado em 9/8/2022, fazendo referência ao enunciado acima, deixou consignado que a ausência de confissão na fase da investigação não é *justa causa* para a recusa do Ministério Público na proposição do ANPP.

Entretanto, conquanto o juiz não possa apreciar os fundamentos utilizados pelo Ministério para recusar a oferta do ANPP, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à míngua de disposição legal expressa, tampouco o *parquet* precisa intimar o investigado da recusa em propor o acordo, conferindo a ele o ensejo de, querendo, exercer a faculdade prevista no art. 28-A, § 14, do CPP. Esse entendimento restou firmado no AgRg no Recurso Especial nº 1948350, decidido em 9/12/2021 pela Quinta Turma do STJ, em que relator o Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), exatamente sob o argumento de que “Na legislação vigente atualmente que permanece em vigor não existe a obrigatoriedade do Ministério Público notificar o investigado em caso de recusa em se propor o acordo de não persecução pena”.

Quanto ao outro fator determinante para a pouca aplicação do ANPP, note-se que no caput do art. 28-A do CPP consta expressamente, como um dos requisitos para o ANPP, que o investigado tenha “confessado formal e circunstancialmente”. Veja-se que o preceito não colide com o princípio da presunção de inocência, desde que feita leitura adequada. *Prima facie*, parece que o legislador teve a preocupação de não incentivar pessoas inocentes a firmar o acordo, por causa de, nesse caso, não haver, aparentemente, nenhuma vantagem, pois o investigado poderia se livrar da imputação sem ter de cumprir nenhum tipo de medida alternativa. Entretanto, mesmo sendo inocente, o investigado, pelos mais diversos motivos de ordem pessoal, familiar ou social, pode preferir encerrar logo o problema. Não é razoável que o legislador alvitrasse uma solução abreviada para o processo quando a pessoa fosse de fato *culpada* e, no mesmo sentido, não conferisse a mesma oportunidade a quem acredita na sua inocência.

No ponto, em primeira nota, observe-se que o legislador, na qualidade de um dos requisitos para o ANPP, não usou a expressão confessado formal e

*circunstanciadamente*, mas, sim, confessado formal e *circunstancialmente*. Há uma diferença abissal entre o que há de ser relatado de modo *circunstancial* daquilo que há de ser descrito de forma *circunstanciada*. Uma coisa não se confunde com a outra. Quer em razão da interpretação literal do texto, quer diante da necessidade de se fazer uma leitura do dispositivo conforme com o princípio da presunção de inocência encartado em um modelo de processo criminal garantista, há de se entender que esse requisito torna o ANPP semelhante a uma das espécies de *plea bargain* do sistema americano, identificado como *no contest* ou *nolo contendere* (P. S. ALBERGARIA 2007, p. 19-20) ou, ainda, *plea aford*, em que a pessoa não se declara culpada, mas aceita a solução do processo pela forma negociada.

A diferença em relação ao tipo do direito americano é que lá essa modalidade de negócio processual confere a possibilidade da prolação de sentença condenatória e consequente aplicação da pena, que pode ser até mesmo a de prisão, enquanto o ANPP habilita apenas a homologação do acordo quanto ao cumprimento de medidas restritivas, sendo, ao final, proferida sentença, tecnicamente considerada absolutória (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 205).

Diante dessas considerações, o Ministério Público não pode exigir como requisito para a realização do ANPP a *confissão circunstanciada*, senão a *confissão circunstancial*. Uma alternativa para obviar essa situação seria a exigência da juntada, com a peça acusatória, da documentação audiovisual sobre as tratativas realizadas durante a negociação, a fim de se observar se houve a exigência da *confissão circunstanciada*, de modo que, nesse caso, seja rejeitada a ação penal, uma vez que estabelecida condição ilegal para a realização do acordo. No ponto, o Enunciado nº 32, aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, deixou plasmado que “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo”. Assim, tirando o que há de se tirar, não podendo o juiz reconhecer o direito ao ANPP, deve-se entender que o Judiciário deve rejeitar a ação penal quando verificar a ausência de fundamentação quanto à recusa da proposta do ANPP, devendo assim também proceder ao identificar fundamentação ilegal, a

exemplo da exigência da fundamentação substanciada, como uma forma de estabelecer a necessidade de assunção de culpa.

De qualquer maneira, para que o acordo de não persecução criminal, em sua *ratio essendi*, cumpra o papel de agente transformador do sistema processual criminal, adequando-o ao paradigma do Estado democrático de direito instaurado pela Constituição de 1988, que sinaliza para um devido processo legal sob a ótica da presunção de inocência e como instrumento de *despenalização* e mesmo de *descriminalização*, é preciso firmar o entendimento de que, satisfeitos os requisitos objetivos para o ANPP, seja estabelecido como *pressuposto objetivo de admissibilidade da denúncia* a prova da proposta ou da comunicação da recusa em fazê-la, com a respectiva justificativa. A despeito dessa posição jurisprudencial, o ideal é que o NCPP deixe esclarecida essa situação, elencando dentre as hipóteses para a rejeição do recebimento da ação penal a ausência da prova da proposta ou da comunicação da recusa em realizá-la.

Entretanto, sem embargo disso, é preciso evitar retrocessos. Na vigência da Lei nº 8.666, de 1993, em todos os crimes de licitação era cabível o ANPP. O legislador, no entanto, ao revogar a lei em referência por meio da Lei nº 14.133, de 2021, ao tempo em que levou todos os crimes de licitação para Código Penal, criando o Capítulo II-B, e nele inserindo os crimes em licitações e contratos administrativos (art. 337-E ao art. 337-P), aumentou as penas mínimas de diversos desses ilícitos para 4 (quatro) anos, exatamente para evitar a aplicação do ANPP.

No mesmo sentido, o projeto do NCPP, mais precisamente no substitutivo preliminar apresentado na comissão especial, no art. 39, § 6º, VI, veda a aplicação do ANPP nos “crimes que afetem os interesses patrimoniais da Administração Pública, direta ou indireta”, o que praticamente afasta esse instituto dos delitos da competência da justiça federal. Como se vê, a proposta embutida no substitutivo tem a propriedade de diminuir de modo significativo a incidência do ANPP nos crimes da competência da justiça federal, pelo que precisa ser rejeitada, sob pena de deixar esse segmento do Judiciário alheio a instituto que faz parte do modelo de processo criminal informado pela teoria do garantismo.

De outra banda, no projeto do NCPP há proposta de adoção do *plea bargain*, que não se mostra adequada, especialmente para a realidade brasileira. Afirma-se que

essa faceta do modelo americano se espalhou após o fim da Guerra de Secessão (1861-1865), devido à quantidade de casos criminais originados do subsequente momento de turbulência social, fomentado pelo grande contingente de pessoas deslocadas e pela movimentação dos imigrantes (WALSH 2017)<sup>712</sup>, fazendo parte da cultura americana, a despeito das muitas críticas. Ademais, como os julgamentos pelo tribunal do júri são longos, levando dias e mesmo meses, o sistema judicial entraria em colapso, caso a maioria dos casos não fosse resolvida por meio do acordo. Por isso mesmo, a Suprema Corte americana, em 1969, à unanimidade, não apenas se posicionou pela constitucionalidade do instituto como ainda asseverou tratar-se de instrumento processual inerente ao sistema criminal americano (WALSH 2017). Não é o caso do Brasil, por mais que a ideia seja sedutora, especialmente por quem clama por punição, ao argumento de que o nosso sistema é marcado pela impunidade.

#### 6.2.2.2.1.3. Incompatibilidade da ação de iniciativa privada com o monopólio da persecução penal e a sua desnecessidade com a justiça negocial

Tal como aqui defendido, a persecução criminal é monopólio estatal. Em um sistema democrático, o Ministério Público, órgão ao qual incumbida a missão institucional de oferecer a ação penal, age na defesa dos interesses da sociedade, não estando a serviço dos *interesses* ou *necessidades* do governante de plantão. O órgão ministerial, detentor de autonomia administrativa e financeira, possuindo os seus integrantes independência funcional, tutela os interesses do grupo social, até mesmo contra a ação ilícita daqueles que usam o exercício de cargo público para praticar crimes. Nessa perspectiva, com a ação de iniciativa privada, o particular não defende um direito material que lhe pertence, sendo-lhe transferido apenas o *direito de acusar*, como uma espécie de *substituto processual* do Estado (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 161). Isso é de todo inadequado, nem se mostre razoável a justificativa o argumento de que determinados crimes o interesse individual prepondera quanto ao coletivo, pois tal é

---

<sup>712</sup> O interessante que o *plea bargain* primeiro apareceu nos Estados Unidos e depois se estendeu para o Reino Unido, ainda no Século XIX, sendo realizado informalmente pelas partes, sem a participação do Judiciário ou previsão normativa, mas sob o estímulo dos juízes, como forma de desafogar o trabalho judicial e contornar a demora dos julgamentos (RAUXLOH 2012, p. 27).

incompatível com a teoria do *direito penal mínimo* e mesmo da teoria do garantismo aqui defendida, no sentido de que a persecução criminal se justificativa pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, de modo que a norma penal só pode prestar tutela a bens jurídicos desse jaez. Caso a conduta criminosa tenha o condão de atingir apenas a esfera da intimidade de uma pessoa, sem repercussão maior em relação ao grupo social, a ponto de não justificar que a ação penal seja de iniciativa pública, é porque esse assunto não deve interessar ao ambiente criminal.

De outra banda, como adverte Aloysio de Carvalho Filho, a vítima é a pessoa menos indicada para ajuizar a ação penal, pois, impelido pela paixão e malquerença que insuflam a acusação, finda movido mais pelo sentimento de vingança do que pelo de justiça. O pior é que, na perspectiva garantista, a titularidade da ação pelo Ministério Público é uma garantia para o agente de que ele não vai ser acusado por quem lhe tem ódio ou rancor, fomentado pelo desejo de vingança. Com a iniciativa privada, o processo criminal se torna uma *arena de guerra*, conduzido pela vítima como uma questão de ordem pessoal, afastando-se do interesse superior de realizar justiça, ao passo que retira do acusado a garantia de neutralidade do órgão acusador, que lhe é conferida quando a legitimidade para o exercício da persecução criminal recai sobre o Ministério Público (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, p. 451).

Sob esse prisma, a ação penal de iniciativa privada malfere o devido processo legal, em função de retirar do acusado a salutar garantia de que quem lhe acusa não tem interesse preconcebido em sua condenação, sendo movido apenas pelo interesse da sociedade, que não quer a responsabilização dos inocentes, ao contrário da própria vítima, contaminada emocionalmente pela agressão sofrida, que agita o sentimento de vingança.

Essa posição aqui defendida, não se há de esconder, pode ser contestada, ao argumento de que o Ministério Público, por diversas circunstâncias, pode atuar sem a isenção ou imparcialidade que justifica a titularidade da ação penal em suas mãos. E pode ser acrescentado que o advogado ético não vai servir de instrumento para a satisfação do sentimento de vingança do cliente. Isso é verdade.

Mas, ainda assim, há dois argumentos contrários à ação penal de iniciativa privada. Primeiro, a ação penal de iniciativa pública confere ao acusado pelo menos uma *neutralidade subjetiva*. Tanto assim é que se aplicam ao Ministério Público as



mesmas regras de impedimento e de suspeição referentes ao juiz. Em relação ao advogado contratado pela vítima, não há essa garantia, ainda que ela não seja absoluta. Aliás, não há nenhuma garantia absoluta. Por outro lado, se o fato é tido como crime, o dever de proteção quanto à persecução criminal deve ser do Estado. Isso não deve ser confiado ao *interesse* da vítima

Sem embargo da incompatibilidade da ação penal de iniciativa privada com a teoria do garantismo, os instrumentos negociais, especialmente em razão do ANPP, tornam obsoleta a ação penal de iniciativa privada. A *ratio essendi* da titularidade da ação penal nas mãos da própria vítima decorreu do dogma da *obligatoriedade* de o Ministério Público ajuizar a denúncia, por vigorar o vetusto entendimento de que o poder público em geral não podia negociar ou barganhar. Confiar a ação penal ao próprio particular foi a forma de possibilitar a negociação no âmbito criminal. Entretanto, esse paradigma foi alterado. Como já se sustentou aqui, o dever estatal é quanto ao exercício da persecução criminal, o que não é restrito ao ajuizamento da ação penal, pois abrange, ainda, o agir do Ministério Público no sentido de buscar uma solução consensuada para o drama criminal.

Assim, a ação penal de iniciativa privada deve ser eliminada do nosso sistema processual, tal como restou aprovado no Senado no PLS 156, de 2009, que tratou naquela casa da discussão sobre o NCPP, não devendo ser chancelado o retrocesso ocorrido no substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados, propondo a manutenção desse tipo de ação.

Entretanto, para a coerência sistêmica da alteração permitindo a provocação pela vítima da instância de revisão ministerial, destinada a podar o monopólio da legitimidade para a proposição da ação penal pelo Ministério Público, era indispensável que fosse revogada a liminar do Ministro Luiz Fux no sentido de suspender o caput do art. 28 do CPP, o que findou acontecendo, com o julgamento final. A vítima ou quem tenha qualidade para representá-la, em nome do princípio do acesso à justiça, precisa ter meio de questionar a atuação do *parquet*, quando ele entende que não é caso de ajuizamento da ação penal.

A despeito de o § 1º do art. 28 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, assegurar à vítima ou a seu representante o direito de pedir ao órgão ministerial revisor o reexame da manifestação do representante do Ministério Público pelo arquivamento

do inquérito, é o caso, até mesmo, de se pensar no alargamento da ação penal subsidiária, a fim de admiti-la, igualmente, nessa situação. Perceba-se que o inciso LIX do art. 5º da Constituição (“será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”) estabelece, assim como ocorre em relação a todo e qualquer direito fundamental declarado, uma garantia mínima, podendo ser expandida pelo legislador infraconstitucional.

#### 6.2.2.2.1.4. Modificação no procedimento e no julgamento do tribunal do júri

Por fim, conquanto as alterações promovidas pela Lei nº 11.719, de 2008 tenham em certa medida adequado os procedimentos ordinário e sumário ao sistema acusatório, assegurando uma ampla defesa mais efetiva e a promovendo a simplificação com maior utilização da oralidade, concentração dos atos processuais e documentação das audiências pela via audiovisual, é preciso repensar o procedimento do tribunal do júri, cuja tramitação, em razão de ser bifásico, compromete a duração razoável dos processos que tratam dos crimes dolosos contra a vida<sup>713</sup> e, por via de consequência, a consolidação do devido processo legal como um valor em si mesmo, até porque na pós-modernidade “o tempo adquire um significado e um valor de maior relevância na vida das pessoas e isso é experimentado pelo direito por intermédio do tempo de duração dos processos” (LIRA 2021, p. 300).

De há muito se debate sobre a eliminação das duas fases, a fim de encurtar o lapso temporal de tramitação dos processos e, ainda, assegurar a efetiva oralidade do tribunal do júri, que é da sua essência. Devido à existência das duas fases, a prova oral na sessão do júri, em muitos casos, é dispensada em virtude da circunstância de as testemunhas terem sido ouvidas na primeira fase. Tendo em conta esses aspectos, o substitutivo ao PL nº 8.045, de 2010, apresentado na Câmara dos Deputados, está propondo a supressão da primeira fase e, por consequência, da audiência de instrução e o direito de o acusado ser ouvido pelo juiz antes da decisão de admissibilidade de seu julgamento perante o tribunal do júri.

---

<sup>713</sup> Cf. itens 1.1 e 5.4.5, supra.

Em primeira nota, a eliminação da primeira fase precisa ser compassada com a garantia de o acusado ter participação mais ativa na fase da investigação, inclusive, com a obrigatoriedade, nesse caso, de ter assistência jurídica e com admissão mais larga da investigação defensiva<sup>714</sup>. Sem embargo desse aspecto, conquanto eliminada a oitiva de testemunhas em juízo antes da decisão de pronúncia, imprescindível que seja assegurado ao acusado o direito de ser ouvido pelo juiz, antes dessa decisão (SILVA JÚNIOR e HAMILTON 2022, 366-375). Portanto, a alteração prevista para o NCPP é bem-vinda, porém, com os ajustes aqui alvitados.

Ainda quanto ao tribunal do júri, defende-se que o acusado tenha o direito de escolher entre ser julgado pelo tribunal do júri ou com a adoção do procedimento ordinário, em que a decisão é feita pelo juiz togado, como forma de diminuir a exposição que é própria do julgamento popular. Ademais, em razão da força da mídia nos dias atuais, em relação a determinados casos, o julgamento pelo tribunal resta comprometido, diante da opinião pública formada a respeito da culpa<sup>715</sup>. Isso sem falar que essa faculdade reconhecida ao acusado está em consonância com a visão do julgamento pelo júri na qualidade de uma garantia a mais, específica para os casos em que o comportamento humano exige uma avaliação menos técnica e mais consentânea com os valores cultivados pelo grupo social, sendo o que justifica o *julgamento por equidade*. Além do mais, ainda há a circunstância de que essa faculdade também se apresenta como uma interessante estratégia defensiva, a fim de evitar que a condenação importe, *ipso facto*, no recolhimento à prisão, quando a pena aplicada for igual ou superior a 15 (quinze) anos (art. 492, inciso I, alínea e, do CPP, com a redação da Lei nº 13.964, de 2019)<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> Cf. item 6.2.2.1.2, *infra*.

<sup>715</sup> Na dinâmica do jogo processual como uma arena de guerra, “há jogadores que não se limitam às suas partidas” (A. M. ROSA 2013, pos. 229), praticando o *populismo penal*.

<sup>716</sup> Está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade desse dispositivo. No entanto, a disposição inserta no art. 492, I, e, do CPP, deve ser interceptada como uma exceção à regra geral estampada no art. 283, caput, do CPP. Cf. item 6.2.2.1.3, *supra*.

#### 6.2.2.2.2. Devido processo legal na fase da investigação

No item 3 e seguintes foi revelado que o movimento de processualização da persecução criminal, em primeiro momento, foi concentrado no processo de conhecimento. A preocupação foi evitar as arbitrariedades nos julgamentos, cuja preocupação central residiu na forma de tratamento do acusado, especialmente quanto a sua condição de inocente até prova em contrário, conforme regras definidas para os procedimentos, com a separação entre quem faz as leis, quem propõem a ação criminal e quem tem a missão de decidir a questão. Esse movimento de cunho humanitário também teve repercussão direta em relação às penas, a fim de romper com o período do *direito penal do terror*, substituindo as sanções corporais (açoites, mutilações, execuções capitais etc) pela prisão. Em razão disso, já nos fins do século XVIII para início do século XIX, o pensamento humanístico se voltou para a processualização da fase da execução, a fim de que o controle judicial sobre a força do Estado-administração se fizesse sentir igualmente em relação ao cumprimento da pena de prisão, arbitrando a sua relação jurídica estabelecida com o condenado.

Porém, ainda restou incólume, sob o total controle estatal, o exercício do poder de polícia quanto às investigações preparatórias, efetivadas no sentido de esclarecer os fatos criminosos e, assim, reunir os elementos mínimos necessários para o ajuizamento da ação criminal. Nos mais diversos ordenamentos jurídicos de cunho democrático, devido ao monopólio estatal da *persecução criminal estatal*, a atividade preparatória à ação criminal é função típica do Executivo, exercida pela polícia e pelo Ministério Público. À polícia, também conhecida como *polícia judiciária*, é confiada a missão de agir na fase preparatória do processo criminal, realizando a investigação dos crimes que chegam ao seu conhecimento. Já o Ministério Público, conquanto não lhe seja defeso a prática de atos investigatórios, se ocupa, privativamente, de exercer a *capacidade postulatória* perante o Judiciário, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto, com a consequente condenação de quem encontrado em culpa.

Ainda assim, alguns países, especialmente os europeus, confiaram essa tarefa ao juiz, por meio da figura do *juiz instrutor*. De regra, esse juiz instrutor encerrava a sua participação com a fase da investigação, sendo vedada a sua atuação no julgamento. Paulatinamente, com o fortalecimento institucional e orgânico do Ministério Público,

muitos países legaram essa atividade ao órgão ministerial ou à polícia, nesse caso, sob a coordenação ou controle do Ministério Público, retirando o magistrado de cena dessa fase pré-processual. Assim, (a) na Espanha, o *sumário* (instrução preliminar) é da atribuição do juiz instrutor (art. 299 da LECrim); (b) na Itália, as *indagini preliminari* (indagações preliminares), do Ministério Público e da polícia (art. 321 do CPP); (c) na Alemanha, do Ministério Público (§ 160 da StPO); (d) em Portugal, do Ministério Público (art. 262 do CPP); (e) nos Estados Unidos, da polícia (LOPES JR e GLOECKNER 2014, pos. 2019-2044).

No nosso cenário, por muito tempo, houve a colonização pela polícia desse espaço investigatório, transformado em *território livre*, com atuação sem nenhum controle. A investigação era *descontrolada*, não passando pelo crivo do Judiciário, dado que a sua razão de existir era descobrir a verdade, uma mitológica *verdade real* (TOSCANO JR 2022)<sup>717</sup>. Quando muito, o juiz só intervinha para cooperar com a autoridade policial, no sentido de reunir os elementos probatórios indispensáveis para a propositura da ação pelo Ministério Público. O juiz se imiscuia na investigação como interessado em descobrir a verdade, em outras palavras, para cerrar fileiras no *combate* ao crime ou à impunidade. Isso porque, como acentuado supra, em seus primeiros momentos, o devido processo legal, mercê das lições beccarianas, concentrou a atenção no processo judicial, descurando de controlar a fase preparatória, campo de atuação da autoridade policial.

Em nosso meio, quanto à fase investigatória, o *take off* para a sua jurisdicionalização se deu com a Constituição de 1988, em razão da força normativa dos direitos fundamentais e consequente atribuição ao juiz da missão de analisar para fins de decisão os pedidos de diligências consistentes na flexibilização de direito fundamental. No entanto, a consolidação do *ciclo completo do devido processo legal* em nosso ambiente jurídico ainda precisa avançar muito.

É verdade que tal somente se dará com a implantação do instituto do juiz das garantias, quando o inquérito policial será controlado, desde a sua instauração, pelo

---

<sup>717</sup> Em denso estudo sobre como funciona o cérebro, Rosivaldo Toscano (2022, pos. 987) adverte que fomos educados a imaginar que, racionalmente, com base no método, podemos alcançar a *verdade real*, porém, "... a real verdade dessa busca é que ela é uma ilusão", pois, sendo o processo penal a busca da comprovação de fatos pretéritos, tem-se de recorrer à "memória reconstruída em narrativas e discursos, atualizada à luz das convicções de cada um". Mercê

Judiciário, nos termos do art. 3º-B, caput e inciso IV, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 (ADI 6.298, 6.300 e 6.305/DF 2020), instituto que está previsto também no projeto do NCPP.

Malgrado essa consideração, a academia precisa se debruçar mais sobre a investigação, momento da mais alta relevância para a produção da prova ou elementos probatórios, ou de informação, tanto em relação à existência do crime quanto à autoria. Atento para essa questão, Fernando dos Santos (2021, 238) admoesta que a doutrina, infelizmente, não tem despertado para uma visão crítica de como se dá a investigação, na prática, não demonstrando preocupação “com a vulnerabilidade dos investigados frente aos instrumentos persecutórios disponíveis ao Estado, o funcionamento das agências policiais e o modo como seus agentes operam”, sendo relegada a segundo plano a posição a favor da defesa técnica nessa fase, ao argumento de que o contraditório e a ampla defesa estão garantidos na fase processual (F. N. SANTOS 2021, p. 250).

De início, tenha-se presente que não é verdade que o inquérito policial não produz prova e que tudo o que diz a esse respeito precisa ser renovado na fase processual. Isso nunca foi, não é, nem será verdade, seja aqui, seja no direito comparado. A redação superficial do art. 155, caput, do CPP (redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008), não revela que, além das provas produzidas, há as provas coletadas, achadas na cena do crime, ou não. Tome-se como amostra, a arma encontrada no local do delito. Trata-se de prova essencial que não é repetida na fase processual, assim como o veículo utilizado para a prática do ilícito, deixado em lugar distante de onde foi realizada a ação criminosa. De mais a mais, a perícia, que é prova fundamental, é realizada na fase da investigação e só raramente é repetida na fase judicial, ainda assim sem as mesmas condições de lugar, tempo e modo.

O que se tem é que essas provas ou elementos probatórios, ou o nome que se queira atribuir, não são suficientes para provar a culpa, salvo quando passam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, de conformidade com o devido processo legal, desenvolvido sob o domínio da presunção de inocência.

Note-se que, especialmente diante dos avanços científicos e tecnológicos, questões fundamentais sobre os crimes são elucidadas na fase investigatória. À guisa de respaldo ao asseverado, observe-se que a coleta dos vestígios na cena do crime para fins de realização do exame de DNA tem o condão de revelar a existência do crime e as

identificações tanto do agressor quanto da vítima. A prova pericial não se resume mais a constatar o fato. O exame de DNA, em muitos casos, diante de vestígios genéticos deixados na vítima, no local do crime ou em áreas físicas relacionadas ao fato ilícito, tem a propriedade de identificar com bastante precisão, quem foi o autor do crime. O mesmo se diga quanto a diligências realizadas na fase investigatória consistentes no acesso das imagens contidas em câmeras de vigilância, nas interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas, nas captações ambientais de sinais eletromagnético, ópticos ou acústicos, nas revelações dos dados financeiros, bancários e fiscais, nas ações controladas, e nas infiltrações policiais presenciais e virtuais etc.

Esse avanço tecnológico, acompanhado das novas técnicas de investigação, empoderou o inquérito policial ou o procedimento investigatório criminal. A questão não é mais o laudo pericial em si, mas em quais condições de *tempo, modo e lugar* os vestígios foram coletados. A cadeia de custódia da prova assume relevância ímpar. O teste genético, com a propriedade de identificar a pessoa que produziu determinado vestígio, exige que seja relatada a forma como esse elemento probatório foi encontrado e, ainda, se na confecção do laudo não houve algum acidente de percurso involuntário ou mesmo voluntário, em alguns casos, impulsionado psicologicamente pelo desejo do investigador de comprovar a *convicção* formada a partir do seu *feeling* policesco.

Basicamente, durante a fase do processo de conhecimento, a prova efetivamente produzida reside nos depoimentos orais, prestados pelas testemunhas, vítimas e mesmo pelos acusados, pois, conquanto o interrogatório, em verdade, se trate do direito de audiência, corolário lógico do princípio da ampla defesa, adornado pela cláusula da presunção de inocência, a sua fala pode produzir prova contra si<sup>718</sup>. Por isso mesmo, Gregório de Vieira (2019, p. 45) argumenta que reverberar o discurso de que a natureza jurídica do inquérito policial é de um procedimento administrativo constitui uma forma por demais simplista de tratar o tema, pois é inegável que a investigação é fase relevante da “persecução criminal, que é capaz de coligar os elementos informativos que ganharão relevo probatório dentro da ação penal, caso sejam confirmados o que fatalmente culminará na determinação certa e precisa da autoria, materialidade e demais consequências do crime...”

---

<sup>718</sup> O princípio do direito ao silêncio não impede que a pessoa produza prova contra si, desde que o faça de forma voluntária, ainda que ela, com o seu agir, não queira se incriminar.

A importância em assegurar a participação do investigado, por meio de sua defesa técnica, na apuração preliminar, momento crucial da produção de provas, é patente, ainda que se queira defender que a autoridade policial age imparcialmente e tem o dever de proteger os inocentes, ademais de a sua atividade sofrer o patrulhamento do Ministério Público. Esse tipo de argumento serve, quando muito, apenas na teoria, pois, na prática, a realidade das coisas é bem diferente, podendo ser citados casos no estrangeiro, conhecidos como *In the name of the father* (Inglaterra)<sup>719</sup>, *The staircase*<sup>720</sup> e O.J. Simpson<sup>721</sup> (Estados Unidos), *Amanda Knox*<sup>722</sup> (Itália), Caso Asunta Bastera<sup>723</sup> (Espanha) e aqui no Brasil,

---

<sup>719</sup> Nos anos 1970, em uma cidade próxima a Londres, ocorreu um atentado a bomba patrocinado pelo *Exército Republicano Irlandês*, grupo terrorista mais conhecido pela sigla em inglês IRA (*Irish Republican Army*). Gery Conlon, jovem irlandês, foi acusado injustamente, tendo a polícia inglesa, reconhecida mundialmente pela cordialidade e seriedade, forjado as provas para condená-lo juntamente com alguns familiares, inclusive adolescentes. Condenado à prisão perpétua, seu pai, Giuseppe Conlon tentou ajudá-lo, mas findou sendo incriminado, também mediante provas forjadas pela polícia. O pai morreu na prisão e o filho, após inocentado, escreveu o livro *Proved innocent*, que foi levado às telas do cinema (Sheridan 1993). Cf., ainda, o livro *In the name of the son: the Gery Conlon story* (O'RAWE 2017), escrito em homenagem a Gerry Conlon.

<sup>720</sup> O famoso romancista Michael Peterson foi acusado de ter matado, em dezembro de 2001, na cidade de Durham, na Carolina do Norte, a sua mulher Kathleen Peterson, com a simulação de que ela falecera da queda da escada da mansão. O caso é contado em documentário com 13 (treze) episódios, contando os detalhes da investigação e do julgamento (Lestrade 2004-2018). O acusado foi condenado, mas o que aqui importa destacar é o episódio em que, durante a realização da perícia, o perito e o Ministério Público procuraram comprovar a versão na qual eles acreditavam, a ponto de vibrarem como se fossem torcedores quando obtiveram o resultado que desejavam. Isso só foi possível de ser visto pela defesa e pelos jurados, uma vez que toda a realização da perícia foi documentada em sistema audiovisual. O constrangimento ocasionado foi devastador, especialmente para a promotora do caso, e revelou como o perito fora parcial e ainda que ele tinha cometido perjúrio no depoimento prestado, sendo a prova considerada ilícita, com a consequente anulação e determinação de novo julgamento.

<sup>721</sup> O.J. Simpson, ídolo do futebol americano, foi acusado de ter assassinado a sua ex-mulher e a pessoa com quem ela estava tendo um relacionamento, em junho de 1994, em Los Angeles, nos Estados Unidos. Independentemente do acerto ou desacerto do veredito do júri que o absolveu, o perito que atuou, reconhecido como um dos maiores experts dos EUA, foi desconstruído no julgamento, sendo revelado que ele, acreditando na culpa do ex-jogador, forjou provas para condená-lo (TOBIN 2017). Esse caso também foi às telas dos cinemas, com o documentário *American crime story: o povo contra O.J. Simpson*, ganhador do Oscar de melhor documentário de 2017 (Murphy, Hemingway e Singleton 2017).

<sup>722</sup> Amanda Knox, de nacionalidade americana, morava na Itália, e foi acusada de ter matado, em novembro de 2007, a sua companheira de quarto, Meredith Kercher, sendo condenada, especialmente com base no exame pericial, que comprovou a existência de DNA da acusada no local do crime. Porém, foi demonstrado que a amostra de DNA coletada em uma faca foi fruto da manipulação durante a realização da perícia. O documentário revela que os policiais e o Ministério Público, desde o início, devido ao comportamento errático de Amanda Knox e de seu namorado, desconfiaram do casal, de modo que conduziram a investigação para comprovar o que tinham *certeza* ser a *verdade* (Blackhurst e McGain 2016). Nesse caso, que ficou famoso mundialmente, a Corte Suprema italiana absolveu Amanda Knox, apontando *falhas atordoantes* na investigação, que empreendeu uma *busca frenética* por culpados, em razão do apelo midiático, o que levou à identificação de vestígios genéticos de Amanda Knox no local do crime, a despeito da *ausência total de traços biológicos* que tivessem o condão de conectá-la com a cena delitosa, ademais da existência de evidências de que o crime, muito provavelmente, fora cometido por outra pessoa. O perito, no final do documentário, confessou que cometeu erros na investigação.

<sup>723</sup> É o documentário sobre a morte da criança Asunta Bastera de 12 (doze) anos, ocorrida em setembro de 2013, na cidade de Teo, na Espanha. No decorrer da investigação, quando estava sendo feita a perícia na blusa que ela vestia quando foi morta, deixaram cair o sêmen de pessoa investigada por outro crime de estupro. O erro ficou evidente porque a pessoa identificada pelo teste de perfil genético nunca tinha estado na cidade em que ocorreu o crime e, no dia do fato, estava em outra localidade, bem distante, na comemoração de um aniversário, como fotos postadas em redes sociais (Siminiani 2017). Os investigadores reconheceram o erro, até mesmo porque ficou comprovado tecnicamente que o vestígio encontrado na blusa era incompatível com a ejaculação, sendo característico de algo derramado.



*Irmãos Naves*<sup>724</sup>, *Escola Base*<sup>725</sup> e *Lava Jato*<sup>726</sup>, apenas para ficar nos casos em que a coleta de provas foi feita deliberadamente para comprovar uma hipótese prévia estabelecida pelos investigadores, com ou sem a participação de juízes e membros do Ministério Público.

Ademais, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos exige a reconstrução dogmática da fase investigatória, a partir da compreensão de que essa fase preliminar integra a persecução criminal e deve ser feita com a utilização das novas tecnologias e técnicas de investigação, sem prejuízo permitir o seu controle, não apenas pelo juiz, mas também pela defesa. A defesa precisa ter condições de auditar a investigação, assumindo, nesse passo, importância ímpar a cadeia de custódia, instrumento que só foi normatizado em nosso sistema processual com a Lei nº 13.964, de 2019, com as inclusões dos arts. 158-A a 158-F. Sem a cadeia de custódia, resta prejudicada a análise do devido processo legal substancial na fase investigatória.

Sem embargo desses aspectos, é premente a necessidade de incorporação normativa do instituto da *investigação defensiva*. Como salienta Gabriel Bulhões (2022), a investigação defensiva é uma necessidade democrática, por implicar em garantir a *paridade de armas*. O instituto da investigação defensiva está previsto no projeto do NCPP. A proposta legislativa acolheu a Proposição da Ordem dos Advogados do Brasil nº 49.000.20107.009603-0/COP, de 11 de dezembro de 2018. Nos termos do ato normativo da OAB, que não possui, claro, força normativa, a investigação defensiva pode ser realizada para subsidiar: (a) pedido de instauração ou trancamento de inquérito; (b) rejeição ou recebimento, de denúncia ou queixa; resposta à acusação; (c) pedido de medidas cautelares; (d) defesa em ação penal pública ou privada; (e) razões de recurso; (f) revisão criminal; (g) habeas corpus; (h) proposta de acordo de colaboração premiada;

---

<sup>724</sup> Para não ser repetitivo sobre as nuances do caso, cf. item 5.4.3, supra.

<sup>725</sup> Em 1994, dois casais, proprietários de uma escola particular no município de São Paulo, foram injustamente acusados de abuso sexual contra alunos do ensino fundamental (MOURA e ARAÚJO 2007). Ficou marcado pelo sensacionalismo da imprensa e pela forma autoritária da condução das investigações pelo delegado de polícia que, questionado quanto à ausência de prova, disse, mais de uma vez em entrevista, que a comprovação dos fatos era o próprio inquérito policial. O jornalista da Rede Globo de Televisão Valmir Salaro, um dos principais responsáveis pela propagação de notícias que não eram verdadeiras, para se redimir e pedir perdão aos protagonistas que ainda se encontravam vivos, participou do documentário que conta o episódio e contém as declarações do delegado de polícia (Cavechini e Scardovelli 2022).

<sup>726</sup> No Habeas Corpus nº 164.493/PR (2020), impetrado pelo então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual pediu a nulidade do processo no qual fora condenado ao argumento da falta de imparcialidade do juiz, em seu voto, do Ministro Gilmar Mendes, pontou que o *interesse pessoal do magistrado* na comprovação dos fatos na investigação preliminar, transforma a atividade judicante em verdadeira investigação penal, fazendo surgir o *juiz investigador*.

(i) proposta de acordo de leniência; e (j) outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal (art. 3º).

Ainda nesse sentido, há de ser incorporado ao NCPP a regra contida no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 12.850, de 2013, que prevê em relação aos crimes de base organizativa, a garantia de que o advogado do investigado tenha o direito de ter prévia vista dos autos do inquérito policial, ainda que esteja tramitando em caráter sigiloso, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias antes do interrogatório.

#### 6.2.2.2.1. Natureza jurídica do inquérito policial: procedimento ou processo?

Ressalte-se que a obediência ao devido processo legal não se contenta com a previsão de *meros ritos ou rituais*, de modo que, na *visão progressista* de Fauzi Chouke (1995, p. 22), é mais do que necessário assegurar “as garantias do *justo processo* já na investigação”. Aliás, essa é a interpretação mais consentânea do art. 5º, LV, que assegura o contraditório e a ampla defesa *aos acusados em geral*. O que se há de entender pela expressão *acusados em geral*, tendo em conta a hermenêutica constitucional? Acusados em geral foi a forma atécnica de o constituinte se referir a toda e qualquer pessoa a quem é imputada uma conduta ilícita, seja no ambiente criminal ou cível. Note-se que, antes da Constituição de 1988, quando a garantia do contraditório e da ampla defesa não era estendida para o ambiente cível, pois se continha na segunda parte do inciso LV do art. 5º, o entendimento firmado sobre a locução *acusados em geral* foi de que era aplicável a todo e qualquer processo em houvesse a apuração de um ilícito.

Nessa linha de pensamento, não faz mais nenhum sentido, por exemplo, dizer que a nulidade da investigação ou mais especificamente do inquérito policial não contamina o processo. Com efeito, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Maria Theresa, anulou o processo criminal instaurado com suporte na denominada *Operação Castelo de Areia*, em razão de ilegalidade na quebra do sigilo dos dados telefônicos, entendimento ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da lavra do Ministro Roberto Barroso (ARE 654.335/SP 2015). No primeiro item da ementa, a Ministra Maria Theresa (ARE 654.335/SP 2015) pontuou que “As garantias do processo penal albergadas na

Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução criminal”.

No mesmo sentido, na chamada *Operação Satiagraha*, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Adilson Vieira Macabu, Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (HC 149.250/SP 2011) anulou o processo, em razão de diligências realizadas na fase investigatória por 2 (dois) agentes da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e um ex-agente do Serviço Nacional de Inteligência – SNI, que atuaram como se fossem integrantes da *polícia judiciária*.

Mas há uma questão preliminar que precisa ser esclarecida, que é quanto à natureza jurídica do inquérito. Um primeiro aspecto que chama a atenção é porque, conquanto a investigação seja uma atividade administrativa, exercida por um órgão do Executivo, é da tradição do direito brasileiro a sua disciplina no código de processo penal (art. 4º a 23 do CPP). Aliás, merece destaque que Francisco Campos, na exposição de motivos, disse que ficava “mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais” (BRASIL 2001, p. 2). Será que Francisco Campos, reconhecido pelo seu conhecimento enciclopédico, não sabia a diferença entre *processo* e *procedimento*? Não é crível que ele não tivesse ciência da distinção entre um e outro. Se sabia, por que ele usou a palavra *processo* para se referir ao inquérito policial? A resposta provável é que ele considerava o inquérito um *processo administrativo*, preliminar à fase processual. Nessa senda, primeiro, o Estado-administração faz a apuração dos fatos em processo administrativo instaurado para esse fim, para, então, provocar a atuação jurisdicional, por meio do oferecimento da ação penal, dividindo essas atribuições entre dois órgãos, conforme essas duas etapas da persecução criminal, respectivamente a polícia e o Ministério Público.

Sem embargo dessa evidência, restou consolidado na doutrina e na jurisprudência o entendimento, ainda hoje repetido acriticamente mesmo depois da Constituição de 1988, de que o inquérito policial não passa de um *mero procedimento administrativo*. Diz-se que não se trata de um *processo administrativo*, porquanto o seu conteúdo se circunscreve a coletar elementos probatórios ou de informação acerca da existência do crime, dos indícios de autoria e das circunstâncias nas quais foi praticada a conduta, não se prestando para julgar o fato ou impor sanção. Compreende-se que sempre se teve a preocupação de relegar a

segundo plano a importância do inquérito policial, de modo a justificar a ausência de relevância quanto a eventuais irregularidades praticadas durante a sua tramitação, a ponto de se asseverar, como *dogma*, que as suas nulidades não contaminam o processual judicial instaurado com o oferecimento da ação penal (ALENCAR 2016, p. 464). Essa forma de enxergar as coisas é peculiar ao sistema inquisitivo.

Mas, ontologicamente, o inquérito policial não é uma espécie de processo administrativo? Qual a diferença entre *processo* e *procedimento*? Por que o inquérito não pode ser considerado um processo administrativo? De primeiro, é importante salientar que o inquérito policial, em verdade, é uma das espécies daquilo que se pode chamar de *investigação preliminar* ou *instrução preliminar*, dado que a apuração das infrações penais e da sua autoria não se trata de *competência* exclusiva da autoridade policial (art. 4º, parágrafo único, do CPP).

Por isso mesmo, com desenganado acerto, Rosmar Alencar (2022, p. 569) define essa atividade como a investigação preliminar consistente no “procedimento para apuração de infração penal, com o propósito de reunir elementos de informação e de conferir a autoria e materialidade delitiva para o oferecimento de ação penal”. Aury Lopes e Ricardo Gloeckner (2014, pos. 198), por sua vez, dão preferência ao uso da expressão *instrução preliminar*, a fim de extremar essa atividade com a *instrução* realizada na fase processual, a despeito de o vocábulo *investigação preliminar* encerrar uma incoerência lógica, pois não existe propriamente uma *investigação definitiva*, a não ser que seja no sentido de o exaurimento da persecução criminal em relação a determinado crime se exaurir com o trânsito em julgado absolutório<sup>727</sup>.

Como outras autoridades administrativas também possuem competência para apurar crimes, nesses casos não se pode dizer que a investigação criminal se trata de um *inquérito policial*. Lembre-se, ainda, que, no julgamento do RE 393.727 (2015), no qual atuou como relator o Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que “O Ministério Público dispõe de competência para prover... investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistam a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa investigada...” Nesse passo, a Resolução do Conselho

---

<sup>727</sup> A sentença condenatória criminal, em verdade, não alcança a chamada coisa julgada soberana, pois, em tese, sempre é passível de modificação, mercê do ajuizamento de revisão criminal ou mesmo de habeas corpus.

Nacional do Ministério Público – CNMP nº 181, de 2017, complementando o Código de Processo Penal, dispõe sobre as regras atinentes à investigação levada a efeito pelo Ministério Público, denominando-o *Procedimento Investigatório Criminal – PIC*.

Aliás, em alguns casos, é vedada a investigação por meio de inquérito policial, a exemplo de quando há mera suspeita de que o crime tenha sido cometido por magistrado, hipótese em que a competência para a apuração é do tribunal ao qual ele esteja vinculado (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35, de 1979). O mesmo acontece quando houver indícios de ilícito cometido por membro do Ministério Público, pois a competência exclusiva é do órgão ministerial respectivo (art. 18, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75, de 1993, e art. 17, parágrafo único, da Lei nº 8.625, de 1993). Ainda quanto à vedação da investigação por meio de inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, quando se trata de agente público com prerrogativa de função que atrai a sua competência originária, em compasso com o art. 102, I, *b*, da Constituição, *c/*com o art. 2º da Lei nº 8.038, de 1990, e os arts. 230 a 234 do seu Regimento Interno, tanto o processo quanto o inquérito são de sua alçada, pelo que a polícia não pode, *sponte sua*, nesses casos, abrir inquérito policial no desiderato de apurar o ilícito, sendo confiada a iniciativa do procedimento investigatório ao Ministério Público Federal, sob a *supervisão judicial* do ministro-relator, em atividade “constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação da investigação, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, da denúncia” (Inq 2.411-QO/MT 2007).<sup>728</sup>.

---

<sup>728</sup> No referido *decisum*, ao dirimir a questão de ordem suscitada a esse respeito, o relator, Ministro Gilmar Mendes, redigiu o acórdão da seguinte forma: (...) diferenças gerais entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, *b*, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses do (sic) titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio residente da República (no caso do STF). No exercício da de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, ‘*b*’ *c/c* Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, da denúncia pelo *dominus litis*. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado” (Inq 2.411-QO/MT 2007).

Ademais, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990, quando se trata de crime praticado em razão do exercício do cargo, a autoridade administrativa que tiver ciência do fato “é obrigada a promover a apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa” (art. 143), sem prejuízo da apuração, concomitante ou posterior, da autoridade policial.

Seguindo os passos do Regime Jurídico Único do Servidor Público, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 135, de 2011, em relação às investigações envolvendo magistrados como suspeitos, denomina essa apuração na esfera administrativa de *Processo Administrativo Disciplinar – PAD*. É verdade que tanto um quanto o outro instrumento normativo em menção possuem uma fase anterior ao PAD, qualificando, o primeiro, de *investigação preliminar*, enquanto o segundo, de *sindicância*. Por que, então, quando se trata de investigação feita por inquérito policial, diz-se que se cuida de um mero procedimento e não de um *processo*? Pode-se argumentar, é certo, que, diferentemente do PAD, no inquérito policial não há julgamento. Porém, só existe processo administrativo quando há *julgamento administrativo*?

Cretella Júnior (1968, 13-15), em seu *Tratado de direito administrativo*, no volume VI, intitulado do *Processo administrativo*, evidencia que o processo administrativo é, antes de tudo, processo, em sua acepção mais *lata*, constituído “pelo movimento dos atos praticados em sua forma intrínseca, enquanto o procedimento é este mesmo movimento, em sua forma extrínseca”. Processo administrativo, em sentido lato, é “o conjunto sistemático e ordenado de atos dos órgãos públicos que objetivam a concretização das relações jurídicas já reguladas pelo direito substancial”, não designando “apenas as composições de lide, mas as atividades dos órgãos do Estado, dirigida na concretização de relações jurídicas anteriormente estabelecidas pelo direito substancial”.

Mais adiante, o autor salienta que, equivocadamente, o “processo administrativo passou a sinônimo de processo disciplinar, ‘cuja finalidade é apurar faltas, apontar e punir autores’”, confundindo-se o processo administrativo em si “com a espécie processo administrativo disciplinar”. Ademais, dentre os seus tipos, o processo administrativo é classificado ainda como *contencioso* e *gracioso*, caracterizando-se o primeiro por envolver *direitos* dos administrados, enquanto o segundo apenas *interesses*

(J. CRETELLA JÚNIOR 1968, p. 135)<sup>729</sup>.

Ensina Cretella Júnior (1968, p. 20) que o processo é *o todo*, enquanto os procedimentos *são as partes* que integram esse todo. Por conseguinte, a circunstância de na investigação não haver prolação de decisão não serve de argumento para negar a natureza de processo administrativo da investigação. Quem assim entende, confunde processo com procedimento, na medida em que este é apenas o rito que rege a prática dos atos processuais administrativos.

O inquérito policial, à evidência, não se trata de um mero rito. Constitui um conjunto de regras que devem ser observadas pela autoridade policial. Por exemplo, conquanto o indiciamento seja um ato administrativo policial, precisa ser fundamentado, com indicação da materialidade e suas circunstâncias e da autoria (art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013).

Na investigação há uma simbiose de atos administrativos e judiciais. Vários atos podem ser praticados pela autoridade investigativa *motu proprio*, enquanto outros, que importam na flexibilização de direitos fundamentais, precisam estar aparelhados com decisão do juiz. Observe-se que as técnicas especiais de investigação em geral, a exemplo da identificação por perfil genético, realização de ação controlada, infiltração policial, presencial ou eletrônica etc., só podem ser feitas caso haja autorização judicial.

Aliás, fazendo um paralelo com a execução penal, a investigação, realizada por meio do inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou qualquer outro processo, tem os seus incidentes, que dizem respeito às diligências que só podem ser levadas a efeito mediante prévia decisão judicial.

---

<sup>729</sup> O próprio Cretella Júnior (1968, p. 154-155), no entanto, foi contraditório, pois não reconheceu a *sindicância* como uma das espécies de processo administrativo, forte no argumento de que, fazendo um paralelo, “... a sindicância está para o processo administrativo, do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal”. Mas, por outro lado, admitiu que a sindicância se trata do “... meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável” (J. CRETELLA JÚNIOR 1968, p. 153). É verdade que a sindicância não se confunde com o processo administrativo disciplinar, mas isso não quer dizer que não se trate de um processo administrativo, na acepção lata. Em verdade, a sindicância é um *processo administrativo sumário*. E tanto é assim que, inclusive, no *processo de sindicância* pode ser aplicada a penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias (art. 145, II, da Lei nº 8.112, de 1990). Ou seja, pode haver decisão administrativa condenatória.

#### 6.2.2.2.2. Inquérito policial como processo administrativo investigativo e incriminador

Ainda que na investigação não haja o julgamento do investigado, no sentido de definição da culpa, há de se indagar: Será que não há mesmo julgamento no inquérito policial? O fato em si de alguém ser investigado por meio de um inquérito policial não tem o condão de alterar a sua situação jurídica? Ainda que o inquérito policial não se confunda com um processo *administrativo sancionador ou disciplinar*, ele não é *incriminador*? E no inquérito policial não estão em jogo os direitos fundamentais do suspeito, investigado ou indiciado? Se não há direitos, é lícito afirmar que não existe, sequer, interesses do suspeito, investigado ou indiciado a serem preservados? Ora, até mesmo a vítima ou ofendido tem direito, ou, pelo menos, interesse na investigação, porquanto, em consonância com entendimento sufragado pelas Cortes europeia e interamericana de direitos humanos, o processo criminal, diante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, também serve à tutela das vítimas, na qualidade de dever de proteção eficiente (SILVA JÚNIOR 2021, p. 224-225). Posicionamento nesse sentido é cada vez mais frequente nas decisões das Cortes internacionais e regionais, pelo que a efetiva proteção aos direitos humanos gera a preocupação em examinar a persecução criminal, “principalmente para verificar a qualidade do mecanismo de acerto dos fatos postos em prática pelas autoridades investigativas e judiciais” (FISCHER e VALDEZ 2019, p.106).

A despeito de haver interesse da vítima e de seus familiares na persecução criminal, ninguém há de negar que a existência de uma investigação em si gera uma *ameaça* ao direito de liberdade da pessoa objeto da apuração. Muito menos de que, só pelo fato de ser investigada, a pessoa, de regra, tem arranhada a sua *imagem* e mesmo a *honra* perante a sociedade, direitos fundamentais catalogados no inciso X do art. 5º da Constituição, não se prestando para escoimar essa mancha a eventual absolvição ou mesmo quando o Ministério Público não chega, sequer, a oferecer a ação penal. A esse respeito, Carnelutti (1995, p. 46) destacando o que ele nominou como *misérias do processo penal*, descortina que “O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras”, o que se estende a sua família, ao seu ambiente de trabalho e às suas relações sociais em geral.



E isso acontece sendo a pessoa culpada ou inocente. Com efeito, sem embargo da existência do princípio da presunção de inocência, é recorrente a circunstância de a pessoa investigada ou acusada ser absolvida, o que é o reconhecimento de um *erro ou engano*, pois se arrastou a pessoa para o processo, *arrancando-a de sua família e afazeres*, com todas as consequências negativas para a sua honra e a imagem perante a opinião pública, mesmo ela sendo inocente (CARNELUTTI 1995, p. 63). Por isso mesmo, sob a perspectiva da *instrumentalidade constitucional*, a finalidade do inquérito policial ou da investigação preliminar, conquanto sirva para apurar os fatos, tem em mira evitar uma acusação precipitada (LOPES JR e GLOECKNER 2014, pos. 2249).

Quando a autoridade policial, mediante o indiciamento, aponta alguém como o possível responsável pela prática de um crime, para todos os efeitos, é realizado um *juízo de valor*, ainda que não o seja no sentido técnico-jurídico do termo. Em outras palavras, a autoridade policial, mesmo que de forma precária, mediante o indiciamento, procede a um *juízo de valor*, que implica na flexibilização do *princípio da presunção de inocência* no sentido estrito<sup>730</sup>. Não condena ou sanciona, mas, inegavelmente, *incrimina*, ou, sem rodeios, diga-se mesmo, *decide*, faz um juízo decisório de valor, entre indiciar ou não indiciar. Em termos coloquiais, diz que, a seu juízo, está fazendo o indiciamento porque, pelo que há nos autos da investigação, aquela é a pessoa que praticou o crime. Aliás, por expressa previsão legal, o *indiciamento*, ademais de ser *privativo do delegado de polícia*, há de ser feito por “ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830, de 2013). Mais claro, impossível, a norma jurídica em destaque.

Por isso mesmo, a doutrina e a jurisprudência, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.830, de 2013, já entendia que o indiciamento, sem que fulcrado na *justa causa*, caracterizava constrangimento ilegal (BADARÓ 2016, p. 143-144), sanável por meio da impetração de habeas corpus, tal como ficou consignado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Inq. 2033/DF (2004), “sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência”.

---

<sup>730</sup> Cf. itens 6.2.1.1, 6.2.2.1.1 e 6.2.2.1.2, *supra*.

Aliás, é importante aqui ter presente a diferença entre instaurar o inquérito e proceder ao indiciamento. Não raro, a autoridade policial instaura o inquérito sabendo, apenas, que ocorreu o ilícito, não tendo, em alguns casos, sequer um suspeito. Assim, em obediência ao princípio da obrigatoriedade, com base apenas na notícia de que um crime foi praticado, a autoridade policial instaura o inquérito. Todavia, para indiciar alguém, em obséquio ao princípio da presunção de inocência, a autoridade policial precisa reunir não apenas provas, elementos probatórios ou de informação de que ocorreu um crime, como também amealhar *indícios* de que a pessoa indicada como a provável autora realmente perpetrou o ilícito. Por isso mesmo, conforme salientado acima, o legislador, ao tempo em que acentuou ser privativo do delegado de polícia a prática do ato de *indiciamento*, esclareceu que tal há de ser veiculado por *ato fundamentado*, por intermédio de análise *técnico-jurídica* (art. 2º, da Lei nº 12.830, de 2013).

Como se vê, devido ao indiciamento, a pessoa sai da situação jurídica de *investigada* ou *suspeita* para a de *indiciada*, com a conseqüente flexibilização do *princípio da presunção de inocência*, que não se confunde com o *princípio da presunção de não culpabilidade*<sup>731</sup>. Daí que, malgrado a autoridade policial, nesse momento da persecução criminal, não tenha de realizar um juízo de *certeza* em relação à *culpa*, em atenção ao princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, só pode indiciar alguém caso tenha reunido elementos para a formação da chamada *justa causa*, uma vez que o indiciamento é notadamente *incriminatório* (SILVA JÚNIOR 2022, p. 91-92).

Aliás, quanto ao caráter *incriminatório* do indiciamento, não se há de ter dúvida. É bem mais *incriminatório* do que pelo menos a maioria dos casos em que a pessoa é julgada em um processo administrativo. Nesse sentido, o que é mais prejudicial para alguém: ser condenado administrativamente a pena de advertência ou a pagar determinada quantia, ou ser *incriminado* em um inquérito policial? Parece não haver a menor dúvida de que a honra e a imagem da pessoa são atingidas mais intensamente com o indiciamento feito em um inquérito policial. E aqui há de se lembrar do recente caso envolvendo o ex-presidente americano *Donald Trump*, diante da repercussão

---

<sup>731</sup> Cf. item 6.2.2.1.1, *supra*.

gerada pelo fato de ele ter sido *indiciado*. A imprensa internacional tem explorado o fato de que se trata do primeiro caso em que um ex-presidente estadunidense chegou a ser indiciado. É verdade que o indiciamento no sistema americano é diferente do caso brasileiro, pois esse ato é praticado pelo *grande júri*, mas, em todo caso, se trata de um mero pronunciamento de admissibilidade da acusação perante o *pequeno júri*, o que tem o condão, assim como em nosso ordenamento jurídico, de alterar a situação jurídica do infrator.

Por conseguinte, não se há de negar que, ontologicamente, a investigação para fins criminais há de ser realizada por meio de um *efetivo processo administrativo* e não apenas por um mero procedimento. Certamente a preocupação em defender que não se trata de um processo de investigação reside no fato de se tentar dar suporte à narrativa de que em sua seara não se aplica o princípio da ampla defesa, plasmado no art. 5º, inciso LV, da Constituição, na medida em que, consoante a dicção normativa do dispositivo em causa, no *processo administrativo* há de ser assegurada a *ampla defesa e o contraditório*.

Todavia, não há necessidade de se recorrer a esse expediente. Basta ter em conta que não há um devido processo legal *único e inflexível*, pois tal depende da espécie de processo, conforme defendido no item 6.2.2.2, supra. Obviamente que a abrangência da ampla defesa em processo criminal que alberga a pretensão acusatória é bem mais extensa do que quando se pede, *exempli gratia*, só a quebra do sigilo bancário (SILVA JÚNIOR 2021, p. 288).

O mesmo se diga, portanto, quanto à ampla defesa em um *processo administrativo investigador*, que se presta, apenas, à formação da *culpa sumária*, para efetivar a *incriminação*, ou melhor, que pode, quando muito, resultar no *indiciamento* do investigado, com a conseqüente flexibilização do princípio da presunção de inocência estrito senso, mas, não, a *presunção de não culpabilidade*, que resta incólume.

#### 6.2.2.2.3. Juiz das garantias como processualização da fase investigatória

Usualmente, a abordagem sobre o juiz das garantias se concentra no aspecto referente à separação entre o juiz que participa da investigação para fins de controle da investigação e o juiz a quem confiada a missão de decidir o processo. No entanto, mais importante ainda do que esse aspecto é ter em conta que o juiz das garantias é o instituto

jurídico com o qual se completa o ciclo da processualização, mediante a consagração do *devido processo legal da investigação preliminar*.

Como pontuado, no primeiro instante, mesmo no cenário do direito comparado, o fenômeno da processualização teve como foco o processo de conhecimento, deixando a execução da pena ao *talante* do Estado-administração, sem controle jurisdicional. Logo em seguida, do final do século XVIII para o início do século XIX, o movimento se estendeu para a fase da execução. Um pouco mais tarde, os raios de ação da processualização alcançou igualmente a fase investigatória, com a figura do *juiz garantidor*.

Em nosso meio, conquanto o esboço de processualização tenha se iniciado no século XIX, com o CPCrim de 1832, a jurisdicionalização da fase executória só se deu com a edição da Lei nº 7.210, de 1984, isto é, na segunda metade do século XX (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 63)<sup>732</sup>. Mais tardio ainda foi o movimento de jurisdicionalização da fase investigatória preliminar, obra da Lei nº 13.964, de 2019, portanto, só aparecendo agora, em pleno século no XXI. Esse é o *terceiro ciclo, terceira onda* do movimento de processualização ou de sedimentação do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro. Esse estado de coisas demonstra que a cultura conservadora, antiliberal e inquisitiva, marca registrada do Brasil, faz com que, em nosso ambiente, as mutações observadas no direito criminal caminhem a passos cada vez mais lentos. Pior ainda, quando o legislador acordou do estado letárgico, a reação conservadora não tardou, foi incontinenti, o que se verificou com o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, resultando na suspensão da implantação do instituto, por força de liminar monocrática deferida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal.

De outra banda, cabe observar que esse controle jurisdicional do processo investigatório incriminador é bem mais denso e diferente em relação ao controle dos atos administrativos em geral. Em tese, toda e qualquer questão referente à *legalidade da investigação* pode ser suscitada pelo investigado perante o juiz das garantias, com uma diferença importante: o controle judicial não é feito só a *posteriori*. A atuação do magistrado não ocorre apenas se e quando chamado. Pelo contrário. O juiz das garantias

---

<sup>732</sup> Cf. item 6.2.2.2, supra.

tem a alta missão de exercer, desde a instauração e durante toda a sua tramitação, o *controle da legalidade* do processo administrativo investigador, ou seja, dos atos investigatórios, sejam eles realizados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, ou por qualquer outra autoridade.

De fato, diante das singularidades da investigação preliminar, de regra exercida pela autoridade policial, a fim de evitar arbitrariedades ou o abuso de autoridade, o controle judicial nessa espécie de processo administrativo, a ser exercido por meio do instituto do juiz das garantias, deve ser bem mais largo e acentuado do que o nosso modelo ordinário de *controle dos atos administrativos*. É um *patrulhamento* singular, por ser permanente e exercido durante o seu trâmite, desde a instauração da investigação.

Com efeito, sendo defeso ao juiz das garantias praticar atos investigatórios (art. 3º-A, segunda parte, do CPP), a sua participação nessa fase resta justificada por ser sua a *responsabilidade* pelo “... controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais...” (art. 3º-B, caput, do CPP).

A assertiva acima não é mera retórica. No desiderato de evidenciar que o aspecto mais importante e inovador do juiz das garantias é o *controle da legalidade* da investigação criminal durante o transcurso mesmo do processo administrativo investigador, no inciso IV do art. 3º-B do CPP está esclarecido que o magistrado deve ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação*. Por conseguinte, a partir da entrada em vigor do dispositivo em foco, não deverá haver mais uma única investigação criminal no país que não seja do conhecimento do respectivo juiz das garantias competente.

Em outro trabalho, defendíamos que quando entrasse em vigor o instituto do juiz das garantias, o magistrado que fosse investido dessa função deveria encaminhar expediente para a polícia e para o Ministério Público, solicitando a informação quanto a todas as investigações em curso. O STF, quando do julgamento final das ADIs 6.298, 6.300 e 6.305/DF, fixou o prazo de 90 (noventa) dias para que o Ministério Público encaminhe, *sob pena de nulidade*, todos os Procedimentos de Investigação Criminal ou qualquer outra espécie de procedimento de investigação criminal, independentemente de juiz das garantias ter sido implementado.

É algo similar ao que ocorre com a detenção em flagrante. O ato administrativo, para fins de controle de sua legalidade, tem de chegar ao conhecimento do juiz. Aliás, lamenta-se que o legislador não tenha tido a acuidade de tratar de estabelecer o prazo para que o a polícia ou o Ministério Público informe ao juiz das garantias sobre a instauração do processo de investigação. O prazo de 24 (vinte e quatro) horas, previsto para o envio do auto de prisão em flagrante (art. 306, § 1º, do CPP), parece razoável, devendo ser aplicado por analogia.

Não restam dúvidas de que a regra da comunicação vale para os inquéritos policiais e para os procedimentos de investigação criminal – PICs, a cargo dos membros do Ministério Público. Porém, em verdade, aplica-se a toda e qualquer espécie de apuração de crime, tendo o legislador, no ponto, sido peremptório, ao preceituar dentre as competências do juiz das garantias, “ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação criminal*” (art. 3º-B, IV, do CPP. Grifos acrescentados). Como se vê, essa nova ordem de coisas representa um avanço e tanto.

E mais. O juiz das garantias, no afã de racionalizar o comando do inciso X do mesmo artigo, pode determinar, valendo-se da facilidade do processo eletrônico, a distribuição do inquérito policial ou do procedimento de investigação criminal, de modo que todo o andamento da investigação seja acompanhado por ele, pelo investigado e seu advogado e, até mesmo, pela vítima, salvo em relação ao que estiver em sigilo, nos termos da Súmula Vinculante nº 14<sup>733</sup>. Aliás, espera-se que o NCPP não apenas mantenha essa regra impondo o dever de o titular da investigação informar ao juízo das garantias sobre os processos investigatórios instaurados como deixe expresso que o feito deve ser distribuído no sistema eletrônico judicial, a fim de permitir o seu efetivo controle por parte do magistrado.

Com a adoção dessa estratégia, a pessoa, para saber sobre o andamento de investigação instaurada contra si, não precisará mais se dirigir à delegacia. Poderá bater à porta do juiz das garantias e, ainda, se cadastrar nos autos eletrônicos, no propósito de acompanhar à distância a investigação, sendo informado dos atos praticados, exceto,

---

<sup>733</sup> Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

claro, quanto ao que estiver em sigilo, o que só é admissível caso o conhecimento tenha a propriedade de atrapalhar diligências que estão em curso ou prestes a serem iniciadas.

Acredita-se que esse preceito legal terá o condão de diminuir o número de investigações instauradas, pois o *investigador*, para tanto, terá de reunir elementos suficientes a revelar a existência de *fundamento razoável*. A decisão do juiz a respeito não requer provocação por parte do investigado, até porque, em muitos casos, este nem sabe ainda que um processo administrativo investigador foi instaurado contra si. De mais a mais, pode ser que não haja, sequer, suspeito ou investigado identificado. Aliás, a provocação para fins do pronunciamento judicial sobre a *razoabilidade* da investigação dar-se-á com o envio da informação da instauração da investigação.

Em reforço ao que foi dito acima, especial destaque há de merecer a dicção normativa do inciso IX do art. 3º-B do CPP, em virtude de determinar, entre as atribuições do juiz das garantias, o *trancamento* da investigação<sup>734</sup>, quando não houver *fundamento razoável* para a sua *instauração* ou *prosseguimento*. Esse dispositivo implica no entendimento de que, ao receber a comunicação da instauração da investigação, devem ser remetidos os autos do processo administrativo investigador, e que o juiz das garantias há de fazer um exame efetivo do seu conteúdo, pois tem de decidir se existe *fundamento razoável* a justificar a apuração feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

Como se percebe, para fins de cumprimento da *mens legis*, não se trata do envio de um mero ofício, informando a instauração da investigação. É preciso que os autos sejam levados a conhecimento do juiz das garantias, a fim de que seja examinada a existência de *fundamento razoável* para a realização dos atos investigativos.

De outra banda, a última parte do inciso IX 3º-B do CPP (“determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou *prosseguimento*”) evidencia que o juiz das garantias deve acompanhar o desenvolvimento da investigação, podendo, a todo e qualquer momento, mesmo de ofício, determinar o *trancamento* ou *extinção* do processo administrativo investigador,

---

<sup>734</sup> O legislador, por lapso, utilizou a expressão inquérito policial. O certo era referir-se à investigação criminal, a fim de abranger qualquer tipo de apuração, assim como consta do caput e do inciso IV do art. 3º-B do CPP.

notadamente quando ficar parado por lapso temporal considerável, com afronta ao princípio da duração razoável.

Quando a primeira versão deste livro foi escrita, lamentávamos em razão de liminar do Ministro Luiz Fux ter sustado a conclusão em nosso sistema jurídico da terceira etapa da jurisdicionalização da persecução criminal, o que só poderia ocorrer caso a Suprema Corte, sem mais tardar, apreciasse o mérito das ações que questionavam a sua constitucionalidade e julgasse improcedente a pretensão. Felizmente, com a decisão final do STF sobre a constitucionalidade em si do instituto do juiz das garantias, determinando a sua implantação no prazo de 12 (doze) meses, prorrogável, por igual prazo, uma única vez, não vai tardar para experimentarmos, em todo o território nacional, a terceira onda do movimento de sedimentação do devido processo legal no âmbito criminal.

De mais a mais, espera-se que o NCPP mantenha o juiz das garantias com a missão de controlar a legalidade da investigação, inclusive, quanto à obrigatoriedade da comunicação de sua instauração e conseqüente distribuição no processo judicial eletrônico, mas dê um passo adiante, ressaltando, de forma expressa, que essa fase preliminar se trata de *processo administrativo*, regido pelo princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, sendo de mister, portanto, a observância do devido processo legal, ainda que sem a substância da fase processual, ambiente mais no sentido de assegurar a *plenitude de defesa*<sup>735</sup>.

Por fim, sem embargo do avanço tecnológico e das técnicas de investigação, a maioria dos inquéritos, paradoxalmente, são por demais anacrônicos. A impressão que se tem é que investigar consiste em produzir documentos, sem foco na prova ou elementos sobre a existência do crime, nos indícios da autoria e nas suas circunstâncias. São incluídos no processo investigatório diversos documentos que não possuem relevância ou pertinência com o caso em apuração, ademais de muitos deles serem repetidos mais de uma vez, nos diversos volumes que formam os autos.

A experiência na análise de muitos inquéritos elaborados pela polícia, e mesmo nos procedimentos investigatório criminais a cargo do Ministério Público, revela que, na prática, há o mal vezo de se desvirtuar a finalidade da investigação, a fim de

---

<sup>735</sup> Cf. item 6.2.2.1, *supra*.



transformá-lo em ambiente para explicar a atuação funcional, documentando a justificativa da paralisação da investigação em razão das férias, da impossibilidade da realização de determinada diligência devido à falta de verba para o combustível, sendo colocadas minutas de expedientes a serem feitos para a realização de diligências, entre outros tantos registros desnecessários e que não possuem nenhuma pertinência com a apuração em si dos fatos.

Esse estado de coisas, em certa medida, explica a alta taxa de ineficiência dos inquéritos policiais relativos aos crimes violentos letais intencionais, pois, conforme dados coletados pelo Instituto Sou da Paz (2017, BRASIL. Senado Federal 2009), apenas em aproximadamente 20,7% dos casos, a investigação consegue reunir indícios de autoria em relação ao possível infrator<sup>736</sup>, de modo que aproximadamente 80% das mortes ficam impunes, não chegando sequer a serem julgadas pelo Judiciário.

Por vezes, além dos muitos volumes do inquérito policial, ainda existem vários anexos, consistentes em autos referentes a investigações feitas pela própria autoridade policial por meio dos incidentes de busca e apreensão, de quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados, assim como, interceptações telefônicas. Isso quando não há autos anexos originados de apurações realizadas por órgãos estatais auxiliares, como as levadas a efeito pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados, pela Receita Federal, Controladoria Geral da União ou dos Estados e Municípios, Comissão Parlamentar de Inquérito etc.

A despeito disso, diante do comando normativo do art. 12 do CPP, o Ministério Público, em interpretação alargada, com o oferecimento da ação penal, faz a juntada de todos esses documentos, sem especificar na petição inicial quais são os utilizados para a comprovação da imputação feita na peça acusatória. A defesa, por sua vez, tem de examinar detalhadamente os autos, à procura de provas acaso existentes contra o acusado, uma vez que o Ministério Público não é propriamente obrigado a especificar as provas com as quais pretende provar as afirmações feitas na peça acusatória. Sem embargo das provas ou elementos de informação mencionados na denúncia, em princípio, todos os documentos encaminhados com o inquérito policial e os seus

---

<sup>736</sup> Cf. item 1.1, supra.

respectivos anexos e apensos servem de prova ou elementos de informação. A defesa que se ocupe em examinar, com lupa, tudo o que foi encaminhado.

Pior ainda, não é incomum o Ministério Público, seja na denúncia ou nas razões finais, não fazer referência, por exemplo, a um diálogo objeto da interceptação telefônica, mas o juiz, na sentença, levar essa prova em consideração, para fins de firmar a sua convicção quanto à culpabilidade do acusado, pois juntada em um dos anexos ou apensos. Em outras palavras, o juiz finda fazendo referência a uma prova dos autos que não foi objeto de debate, simplesmente porque, embora juntada ao processo no meio de diversos outros documentos, em nenhum momento foi mencionada pelo Ministério Público, ainda que nas razões finais. Nesses casos, a defesa fica em evidente desvantagem, a revelar, de outra banda, claro cerceamento do direito de defesa, diante da ofensa ao princípio da não surpresa, aplicável no processo criminal com mais razão ainda do que no processo civil (art. 10 do NCPC).

Certamente para obviar esse inconveniente, a Lei nº 13.964, de 2012, em redação que peca pela falta de clareza, salientou, no art. 3º-C, § 3º, que os autos da investigação, controlados pelo juiz das garantias, conquanto devam ficar à disposição tanto do Ministério Público quanto da defesa, “não serão apensados aos autos do processo enviado ao juiz de instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou e antecipação de provas...”.

Ou seja, dado que também foi suspenso na liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, a esperança era de que, revogada a medida, restasse vedado ao Ministério Público mais simplesmente fazer a juntada do inquérito policial aos autos processo, mediante o oferecimento da ação penal. Dessa forma, o *parquet* teria de retirar as provas e elementos informativos constantes do inquérito policial que entendesse pertinentes para a propositura da denúncia, pedindo expressamente a juntada aos autos, ficando o juiz da instrução e julgamento vinculado a esses documentos, pois sequer teria acesso ao que produzido na fase da investigação em si, porquanto os autos do inquérito policial permaneceriam com o juiz das garantias, à disposição, apenas, das partes.

Todavia, em relação aos §§ 3º e 4º do art. 3º-c do CPP, no julgamento das ADIs 6.298, 6.300 e 6.305/DF (2023), o STF declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto dos dispositivos em causa, ademais de atribuir interpretação conforme para firmar o

entendimento de que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias precisam ser remetidos ao juiz da instrução e julgamento, mantendo incólume o que prescreve o art. 12 do CPP.

A expectativa é que o NCPP enfrente essa questão e, de uma vez por todas, exija que sejam juntadas ao processo as provas mencionadas na peça acusatória, sendo vedada a mera juntada dos autos da investigação.

Em resumo, de conformidade com a teoria do garantismo, o NCPP deve estabelecer que, sendo a persecução criminal monopólio estatal, a investigação se trata de um processo administrativo, regido pelos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, sujeito, desde a sua instauração, ao controle do juiz das garantias, sendo assegurada participação mais ativa do investigado ou indiciado na apuração dos fatos, inclusive por meio da *investigação defensiva*, ademais de o Ministério Público, quando do oferecimento da ação penal, ter a obrigação de especificar quais são as provas com as quais escora a imputação, cuidando de juntá-las com a peça exordial, não sendo válido fazer a mera juntada dos autos do inquérito ou do procedimento investigatório criminal.

#### 6.2.2.1.3 Devido processo legal na fase da execução penal

No item 5.4.7, supra, foi ressaltado que a Lei nº 7.210, de 1984, promoveu a jurisdicionalização da execução penal, tendo sido elaborada em sintonia com as então denominadas *Regras de Tóquio*. Há de se considerar, porém, que Lei de Execução Penal, para além de esboçar a jurisdicionalização da fase executória, criou o sistema penitenciário nacional. É certo que o embrião da concepção de um órgão gestor da política penitenciária nacional se deu propriamente com o Decreto nº 24.797, de 14 de julho de 1934, que concebeu a Inspetoria-Geral Penitenciária, dando-lhe a tarefa, dentre outras, de exercer a administração geral penitenciária. Todavia, o sistema penitenciário nacional somente foi efetivamente criado mediante a Lei nº 7.210, de 1984, sendo atribuído ao ex-Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), subordinado ao Ministério da Justiça, promover a execução da Política Penitenciária Nacional (art. 71, caput), além de ser o órgão de gestão financeira quanto aos recursos federais na área,

notadamente em relação ao repasse das verbas referentes ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), “com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional” (art. 1º da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, com a redação dada pela Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017).

Como foi acentuado supra, em razão do sistema federativo, até então, vigorava o entendimento de que a execução da pena, sendo questão administrativa, estava inserida na autonomia política, financeira e administrativa de cada Estado. Assim, a execução penal, ademais de ser administrativa, era uma *questão local*, não havendo uma coordenação nacional. Ou seja, não existia *sistema penitenciário*. Essa situação foi revista com a Lei nº 7.210, de 1984. Portanto, a LEP não se trata de uma mera lei processual, que disciplina a fase executória da persecução criminal, pois ela disciplina o sistema penitenciário nacional, sob a gestão da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), o antigo DEPEN.

Conquanto Lei de Execução Penal tenha sido editada na regência da Constituição de 1967, isso se deu já no final do regime militar, quando a sociedade respirava os ares da democracia e ocupava as ruas em movimentos pacíficos por uma nova Carta Fundamental. Representou, em termos normativos, uma grande revolução quanto ao tratamento das pessoas privadas do direito de liberdade, a partir da declaração dos seus *direitos coletivos*, representados pelo dever estatal de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 11, I a VI, da LEP), ao lado dos *direitos individuais* inerentes a quem está em um ambiente de segregação (art. 41, I a XVI, da LEP). Cuidou da questão afeta à qualificação do quadro funcional dos estabelecimentos penais, que até então não existia. Havia só a figura caricata do carcereiro (VARELLA 2012), com a guarda confiada à polícia militar e a gerência a um coronel da corporação castrense estadual, circunstância que comprometia a gestão penitenciária, fator imputado no relatório da CPI do ano de 1975, ao lado da superlotação carcerária, como preponderante para o *estado de coisas desumana* dentro dos estabelecimentos penais, naquela época. A gestão era feita conforme a ótica disciplinar militar. Era uma gestão *militarizada*.

Para resolver esse problema, a lei pinçou os requisitos para o ocupante do cargo de diretor de presídio, exigindo diploma de nível superior em curso de direito, psicologia, ciências sociais, pedagogia ou serviços sociais, experiência administrativa

na área e aptidão para o desempenho da função (art. 75, incisos I, II e III), ademais de enfatizar que o ingresso no quadro de pessoal penitenciário, assim como a progressão na carreira, passaria a depender de aprovação em cursos específicos de formação, sem prejuízo da reciclagem periódica (art. 77, § 1º).

A legislação em destaque traçou as normas do cumprimento da pena, dispondo sobre a disciplina carcerária, as faltas, as sanções, as recompensas, as progressões de regime, os órgãos da execução penal, a estrutura dos estabelecimentos penais e os incidentes. Com a definição dos órgãos do sistema penitenciário, criou o juízo de execução penal, no afã de *jurisdicionalizar* o cumprimento da pena e, de permeio, conferir ao Judiciário participação ativa no acompanhamento do tratamento carcerário, outorgando ao magistrado a responsabilidade de “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” (art. 66, VII).

Infelizmente, para a realidade nacional, a lei foi muito avançada, notadamente para um país de cultura conservadora, que não considera realizada a justiça criminal, senão com a prisão do infrator, sendo tudo o mais sinônimo de impunidade. Isso sem falar no adágio *bandido bom é bandido morto*. Por isso mesmo, a reação à lei foi muito forte, sendo tachada de benevolente e utópica, desconectada com a realidade carcerária nacional. Espelhando essa indignação do grupo social, o editorial do *Jornal do Brasil* (1985), edição de 21 de janeiro de 1985, sob o título *Ficção penal*, assacou azedas críticas à Lei nº 7.210, de 1984, sob a pecha de que era adequada para países com pequena população carcerária e com serviços penitenciários eficientes, não para um país “Em um clima de criminalidade exacerbada, como o que se registra hoje no Brasil...” No final, foi perguntado para os seus leitores: “Não seria mais prudente considerar prematura a entrada em vigor das novas leis penais e esperar que haja um mínimo de condições materiais para a sua correta aplicação?”

Essa má vontade com a LEP, especialmente quanto à sua parte humanitária, é uma das explicações para que, passados quase 39 (trinta e nove) anos, até hoje, ela não tenha sido colocada em prática. Não há, por parte dos Estados, uma política penitenciária efetiva quanto ao cumprimento dos deveres impostos pela legislação, muito embora a segurança pública seja incorporada ao discurso político como tema essencial de qualquer programa de governo, nos âmbitos federal, estadual ou municipal.

Simplemente não são destinadas as verbas necessárias para a prestação das assistências previstas na lei, encaradas como despesas que não merecem prioridade ou maior atenção. A negligência dos poderes públicos em relação à *questão penitenciária* é inaceitável, conquanto esse comportamento seja o reflexo do pensamento de grande parte da sociedade, que reclama da violência, mas não aceita que recursos públicos sejam destinados para programas assistenciais.

Se o Estado brasileiro, até hoje, não cuidou de prestar as assistências previstas na legislação, tidas como indispensáveis para a ressocialização ou restauração e a redução de danos infligidos a quem se encontra encarcerado, parece ser no mínimo precipitado reverberar a pregação de que o sistema prisional não se presta para o fim ao qual se propõe, servindo apenas para *matar espiritualmente* o ser humano (L. J. ASÚA 1947, p. 278). Isso é verdade para um ambiente carcerário marcado pelo descaso, pela violência estatal, pelo desrespeito à condição humana do interno, ainda mais quando dominado pelas facções criminosas, que exercem no seu interior as suas relações de poder.

Mas a questão estrutural e referente às políticas públicas penitenciárias, necessárias para modificar o quadro de coisas inconstitucional, não é o foco desta pesquisa. Cabe aqui ressaltar os aspectos referentes aos atos de execução, tendo como ponto de partida a necessidade de revisão da política de encarceramento, não como uma medida exigida pelo déficit de vagas, mas em razão do garantismo. Tal como acentuado no item 6.1, supra, a teoria garantista se assenta na premissa de que a prisão só há de ser apresentada como solução quando não houver outra minimamente eficiente, pelo que há de ser reservada para situações excepcionais, seja como pena definitiva e, mais ainda, a título de medida cautelar de urgência, decretada no curso do processo.

Esse pensamento, naturalmente, tem repercussão na fase da execução penal. É preciso reconstruir a execução penal. A partir mesmo da compreensão da Lei de Execução Penal sob o enfoque do garantismo. De mais a mais, a diminuição da população carcerária é uma estratégia de segurança pública<sup>737</sup>. Até porque, a despeito

---

<sup>737</sup> Wacquant (2013, pos. 3279) lembra que, entre os anos de 1960 até a metade dos anos 1970, os Estados Unidos adotaram o desencarceramento como estratégia, diante da constatação de que a prisão em si alimentava a criminalidade, de modo que em 1973 a população carcerária americana era de aproximadamente 380.000 (trezentos e oitenta e oito) mil presos. Entretanto, com o pensamento *pro-*

de a superlotação prejudicar a gestão do sistema e potencializar todos os outros problemas carcerários, a massa gerada pelos muitos internos serve de *locus* para o recrutamento de soldados pelas organizações criminosas, que fazem dos estabelecimentos carcerários seus escritórios oficiais (*work offices*). Basta ter em consideração que as maiores e mais temidas organizações criminosas no Brasil foram criadas dentro dos estabelecimentos penais e é a partir do controle exercido no interior das prisões que elas operam as suas relações de poder.

#### 6.2.2.2.3.1. Execução penal como plexo de normas de direito penitenciário e de direito processual criminal

Para além da leitura da LEP com o filtro do garantismo, há de se observar que o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel (BRASIL. Exposição de motivos 1983)<sup>738</sup>, na exposição de motivos do diploma legal em referência, teve o cuidado de esclarecer que a lei continha em “abrangência um conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança”, de modo que se situava na seara do ramo do *direito de execução penal*. Porém, mesmo assim, a LEP sempre foi vista, especialmente pelos manuais de *processo penal*, apenas como uma disciplina da fase da execução. Conquanto essa assertiva não seja em si um equívoco, tem o condão de esconder a natureza dos atos praticados pelo corpo funcional das unidades prisionais e do sistema prisional em si, nos âmbitos nacional, federal e estadual.

Deve-se ter presente que a Lei de Execução Penal traça um conjunto de normas de *direito de execução penal*, que se apresenta como o gênero, do qual são espécies as regras de direito penitenciário e de direito processual criminal inerentes à execução da prisão provisória ou da pena privativa de liberdade imposta mediante decisão condenatória. As normas processuais dizem respeito à processualização das questões afetas à execução. Por sua vez, o Direito Penitenciário<sup>739</sup> constitui todas as regras que

---

*punishment*, adotado como instrumento para a *war on drugs* em 2013, a população carcerária aumentou para impressionantes 2.4000,00 (dois milhões e quatrocentos mil).

<sup>738</sup> Cf. item 5.4.7, *supra*.

<sup>739</sup> João Chaves, em livro escrito no ano de 1911, intitulado *Ciência Penitenciária*, em pioneiro e alentado estudo sobre o ambiente carcerário, afirmou que “... a ciência penitenciária tem por fim o estudo das funções

regulamentam os deveres e responsabilidades do Estado-administração na gestão do sistema carcerário e na prática dos atos inerentes à execução da pena, no que diz respeito à relação jurídica mantida com os internos, tal como reafirmado no III Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado na cidade de Palermo, na Itália, em 1933 (ALBERGARIA 1993, p. 30)<sup>740</sup>.

Boa parte dessas regras que regulamentam os deveres e responsabilidades do Estado-administração quanto à execução da prisão está dita na Lei de Execução penal, mas muitas outras estão ditadas em atos normativos (decretos e portarias) da Secretaria Nacional de Políticas Penais (antigo DEPEN), secretarias de administração penitenciária estaduais e mesmo os editados pelos diretores dos estabelecimentos penais. Esses atos não são de direito administrativo, pertencem ao *direito penitenciário*. Essa distinção não é meramente acadêmica e muito menos bizantina. Tem efeito prático importante. Esses atos normativos regidos pelo direito penitenciário, que integra o direito de execução penal, são atos de execução penal, ou seja, em caso de impugnação, devem ser decididos pelo juiz da execução penal.

Por exemplo, a Portaria do Ministério da Justiça nº 718, de 29 de agosto de 2017, que vedou a visita íntima em presídio federal para os presos incluídos no interesse da segurança pública, ainda que impugnada por mandado de segurança ou por ação civil pública, deve ser direcionada para o juiz da execução penal<sup>741</sup>. A questão não é propriamente cível, por mais que pareça. Realmente, é difícil compreender como uma

---

de todos os meios diretos de repressão ou prevenção e da organização prática de sua adaptação a essas funções”, pelo que, no seu pensar, o objeto desse ramo do direito é, a um só tempo, a *repressão* e a *prevenção dos crimes* (CHAVES 2015, 24).

<sup>740</sup> Armida Miotto (1992, p. 94) informa que o conceito de direito penitenciário foi firmado no X Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, realizado no ano de 1930, sendo assim estabelecido “O Direito Penitenciário consiste num conjunto de normas legislativas que regulam a relação entre o Estado e o condenado desde que a sentença condenatória legitima a execução, até que dita execução se finde, no mais amplo sentido da palavra.

<sup>741</sup> Atualmente, mercê do § 1º, II, da Lei nº 11.671, de 2008, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, a vedação é prevista em lei. No entanto, é importante ressaltar que a regra que permite em presídio federal a visita apenas na forma virtual ou por meio de parlatório, sem contato físico, aplica-se, apenas, em relação ao preso incluído no *interesse da segurança*, de modo que, quando se trata de interno incluído no seu próprio interesse, ele pode usufruir da visita íntima. Esse tratamento se justifica porque, tendo em conta a finalidade dos presídios federais, que é a de recolher por tempo determinado presos com perfil de liderança que, mesmo recolhidos em presídios de segurança máxima estaduais, permanecem no comando das ações criminosas da que integram facção, servindo-se do envio de *salves*. Por isso mesmo, o cumprimento temporário de prisão em presídio federal para esses internos é de acordo com o Regime Fechado com Isolamento e Monitoramento (REFIM), disciplinado no § 3º do art. 3º da Lei nº 11.671, de 2008 (W. N. SILVA JÚNIOR 2022, p. 239-262)

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal



ação civil pública pode ser julgada por um juiz criminal, mais precisamente o da execução penal. Para tentar firmar que o juízo da execução penal é um *juízo universal*, de modo a abarcar todas as questões afetas ao cumprimento da pena em estabelecimento penal, a Lei nº 13.964, de 2019, incluiu um parágrafo único no art. 2º da Lei nº 11.671, de 2008, para esclarecer que são da alçada do juiz dessa jurisdição toda e qualquer ação que tenha por “objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal”. O problema é que o texto da norma jurídica está mal redigido, pois faz referência a *ações de natureza penal* e o exegeta pode, é claro, objetar que uma ação civil pública possui *natureza cível*. Mas a *mens legis* foi a de se referir a ação nominada como civil tratando questão de natureza criminal, como é frequente ocorrer com nos casos de ajuizamento de mandado de segurança para impugnar atos referentes à execução penal.

#### 6.2.2.2.3.2. Princípios da justiça restaurativa no tratamento das pessoas privadas do direito de liberdade

Quando da edição da lei, estava em voga, como avanço humanitário, destacar ser a *ressocialização* a finalidade da execução penal, o que restou consignado tanto no art. 1º, quanto no art. 10, caput. Entretanto, conforme o pensamento de Rodrigo Roig (2018, p. 15), a Constituição de 1988, apesar de legitimar a prisão, fixa limites à punição, pelo que a filtragem do novo constitucionalismo confere azo à *teoria da redução de danos*, levando a que se enxergue a “existência de um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não”. Nesse ponto, não se pode deixar de concordar com a visão de Roig. No modelo do Estado democrático constitucional e, por conseguinte, com esteio no *garantismo*, a pena de prisão só se manifesta legítima quando inserida no espectro do *dever de proteção eficiente* legado ao Estado, em decorrência da *dupla face* dos direitos fundamentais, devendo a privação do direito de liberdade, quando necessária, ser aplicada com caráter humanitário, tendo como finalidade prevenir novos crimes e com o cumprimento da pena voltado à redução de danos para o infrator.

Todavia, é o caso de alargar essa visão quanto à finalidade da pena, a partir dos parâmetros gizados pela *justiça restaurativa*, aplicando os seus princípios reitores para nortear o tratamento a ser conferido às pessoas privadas do direito de liberdade no interior dos estabelecimentos carcerários, primacialmente no que diz respeito à prestação das assistências material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Para contextualizar, necessário ter em mente que a justiça restaurativa parte da concepção de que o crime ou o problema criminal possui duas dimensões, denominadas por Howard Zehr (2014, p. 13) como sendo uma *pública e a outra social*. A pública, segundo seu ensinamento, deve ser tratada no âmbito do judiciário, no processo criminal, enquanto a social por meio de outra porta, mais ampla e plural, que dá acesso à justiça restaurativa. O processo em si é uma via sobremaneira estreita para resolver a *questão social* relacionada ao crime, devendo ser tratada em um ambiente mais amplo para que, ademais do aspecto jurídico, seja percebida a situação concreta e as necessidades efetivas do interno.

A *justiça restaurativa*, aplicável em qualquer momento da persecução criminal, na fase investigatória, do processo de conhecimento ou da execução, é um modelo de *administração de conflito* que representa uma guinada de 180 graus quanto ao tratamento da *questão social* subjacente a todo e qualquer comportamento desviante; representa, em forma figurativa, o abandono das armas da guerra em troca pela solução pacífica, a mudança da cultura da violência pela cultura da paz. Essa política judicial, que coloca a justiça punitiva de lado, está definida na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 31 de maio de 2016, que obriga os tribunais de justiça e regionais federais a implementar os programas restaurativos, de diferentes formas, em compasso com as necessidades do caso e do tipo de situação posta.

Conquanto seja uma novidade no sistema jurídico nacional, o modelo restaurativo é prática antiga, oriundo de experiências comunitárias desenvolvidas no Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia, entre as décadas de 1970 e 1990, tendo sido alçado a diretriz para os sistemas jurídicos a partir da Resolução da Organização das Nações Unidas nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, que estabeleceu o desenvolvimento e implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na justiça criminal. Na justiça restaurativa a intenção não é fixar a *culpa, julgar* ou definir quem é o *culpado*, mas pactuar *obrigações*, tendo como foco central as necessidades dos envolvidos no

problema penal, quando possível, a responsabilidade do ofensor quanto à reparação do dano para além do aspecto material, no afã de conscientizar o agente em relação ao seu comportamento desviante. A preocupação é com as *necessidades* dos envolvidos no conflito, o que é invariavelmente negligenciado no tratamento conferido ao infrator no interior dos estabelecimentos penais.

Assim, essa via de acesso ao ambiente restaurativo há de ser pavimentada, notadamente, no interior das unidades prisionais. Isto é, as questões jurídicas referentes à responsabilidade penal devem ser discutidas e tratadas no curso do processo de conhecimento. Na execução em si, que deve olhar para o futuro, para além das questões jurídicas quanto ao cumprimento da pena, o foco há de ser outro, pois, definida a culpa, agora é a hora de cuidar com mais densidade da pessoa que cometeu o delito. No ponto, explica Zehr (2008, p. 190) que, sendo o crime um ato lesivo, a justiça precisa ser restaurativa, não meramente retributiva, pois o verdadeiro significado da expressão *justiça* é “reparar a lesão e promover a cura”.

Há uma forte objeção à justiça restaurativa, sob o argumento de que a sua intenção é promover a conciliação entre agressor e agredido. Porém, como adverte Howard Zehr (2014, p. 11), a justiça restaurativa não é *fórum* pensado para obter o perdão ou a reconciliação entre os envolvidos no conflito – embora isso até seja desejável –, muito menos se destina a substituir o sistema de justiça; deve atuar em paralelo<sup>742</sup>. A finalidade da justiça restaurativa é o *empoderamento* das pessoas envolvidas na questão criminal. Em relação às pessoas privadas do direito de liberdade, os serviços assistenciais devem ter em mira incutir o senso de responsabilidade de cada um pelas próprias condutas, no escopo de promover a mudança de paradigma de convívio social, por meio de ações nos âmbitos relacional, institucional e social, orientadas pelos *princípios da justiça de paz*, como a humanidade, a compreensão, a reflexão e a construção de novas atitudes. Assim, para além do entendimento e compreensão entre infrator e *vítimas* (direta e indiretas), a preocupação é com a restauração ou reconstrução do ser humano a partir do cuidado com os seus *traumas e*

---

<sup>742</sup> O desenvolvimento da justiça restaurativa não se confunde com iniciativas que propiciam a abertura de via de comunicação, troca de informações e empoderamento entre as partes envolvidas no conflito. Naturalmente é desejável que infrator e vítima e/ou familiares, no limite do possível, tratem de suas *dores* em um ambiente saudável e de acolhimento, entendimento e reconciliação.

*necessidades*, tendo como suporte o sentimento do que é *justo e ético*, despertado mediante processo de aprendizagem coletivo e permanente.

Nesse passo, as assistências asseguradas aos presos na Lei de Execução Penal, consistentes no direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, precisam seguir as orientações dos princípios restaurativos, especialmente porque a pessoa encarcerada é passível de sofrer o *fenômeno da prisionização*, consistente na desconstrução do seu *eu*, diante da exclusão do convívio social em ambiente livre. Todo estabelecimento prisional se apresenta como espécie de *instituição totalitária*, por submeter o interno a isolamento e controle<sup>743</sup>.

Assim, a execução tem de ser customizada conforme às necessidades do interno, em compasso com os princípios restaurativos, não devendo ser levada conforme um padrão no qual todos tenham de se encaixar, independentemente das singularidades de cada pessoa. Afinal, a pena tem de ser individualizada, especialmente quanto ao seu cumprimento, sendo customizada conforme as circunstâncias pessoais do interno, assim como determinado na primeira parte do caput do inciso XLVI do art. 5º da Constituição.

#### 6.2.2.2.3.3. Papel do juiz da execução, direitos das pessoas privadas do direito de liberdade e aplicação do princípio da presunção de inocência

Por outro lado, o papel do juiz na execução penal precisa ser melhor definido. O legislador não foi muito feliz quanto a esse aspecto. A missão do juiz da execução é exercer o controle de legalidade da execução, de modo que é de sua alçada conhecer e julgar toda e qualquer impugnação aos atos praticados pela gestão penitenciária, seja pela direção ou mesmo atos praticados pelos policiais penais. Ademais, alguns atos de execução praticados pela administração carcerária são questões afetadas pela *cláusula de reserva de jurisdição*, ou seja, precisam de autorização judicial. São os casos, por

---

<sup>743</sup> A expressão *prisionização*, como fenômeno que altera o *ser individual*, moldando o interno aos costumes, aos hábitos e à cultura carcerária, pois o ambiente na prisão gera uma *sociedade dentro de uma sociedade*, com regras próprias, foi mencionada por Donald Clemmer, em 1940 (THOMPSON 1991, p. 22). Ernst Seelig chama a atenção, dentre as *psicoses carcerárias*, para a denominada *doença do arame*, que “resulta do ambiente monótono das pessoas encarceradas e se manifesta por desconfiança entre os presos, por irritabilidade crescente e, às vezes, por amotinações (SEELING 1960).

exemplo, da progressão e regressão de regime, aplicação do RDD e transferência para presídio federal.

Ainda que sem melhor técnica, as atribuições do juiz da execução penal estão explicitadas no art. 66 da LEP, sendo-lhe conferida efetiva competência jurisdicional, não sendo de sua incumbência a gestão do estabelecimento penal e muito menos do sistema prisional. Ao juiz é outorgada missão referente à atividade jurisdicional na execução penal, não para administrar estabelecimento prisional, a despeito de a praxe atribuir-lhe o nome *corregedor*, figura que não consta da Lei de Execução Penal, muito menos da Lei nº 11.671, de 2008, que é o Diploma Legal que cuida de disciplinar o exercício jurisdicional relativo ao sistema penitenciário federal.

Na competência que é atribuída ao juiz da execução, os únicos atos que, aparentemente, não são tipicamente jurisdicionais são os mencionados nos incisos VII e IX do art. 66 da LEP, quais sejam, (a) fazer a inspeção mensal dos estabelecimentos penais, adotando as providências para o adequado funcionamento e, sendo o caso, providenciar a apuração de responsabilidade; e (b) compor e instalar o Conselho da Comunidade. Essa nomenclatura de *corregedor* certamente encontra eco na atribuição de fazer as inspeções mensais nos estabelecimentos penais. Quanto ao Conselho da Comunidade, apesar da má qualidade da redação do dispositivo, o certo é que o juiz não integra esse conselho, cabendo-lhe, apenas, cuidar da sua instalação. Em relação às inspeções mensais, nesse caso, embora à primeira vista não pareça, trata-se de função jurisdicional.

Para a melhor compreensão da afirmação acima, cabe responder ao seguinte questionamento: Qual é efetivamente a função do juiz na execução penal? Essa indagação também não é bizantina. Obviamente, sendo um sistema acusatório, o juiz não é quem promove a execução, pois essa é missão do Ministério Público, junto com o corpo funcional da direção penitenciária. Isso precisa ficar claro. Por conseguinte, a persecução criminal, que agora é especificamente a persecução executório (*persecutio poenae*), é realizada, em conjunto, pelos agentes penitenciários e pelo Ministério Público. São partes na execução, que agem em conjunto, não significando isso, claro, que um tenha de concordar com o outro, sempre. Aqui se tem algo semelhante ao que ocorre quanto à persecução criminal, na fase da investigação. Lá também polícia e

Ministério Público são os titulares da persecução criminal, porém, não raro, divergem quanto a determinadas questões ou estratégias de ação.

Já o juiz, exerce o *controle de legalidade da execução*, tal como o *juiz das garantias* em relação à fase preliminar ou investigatória. Isso mesmo. O juiz da execução é uma espécie de juiz das garantias. Ele pode e deve tomar iniciativas de ofício, quando isso for para corrigir desvio ou excesso de execução. Em princípio, o agir de ofício só deve ser feito quando for em prol do executado, pois em um sistema de execução penal informado pelo garantismo, esse é o seu mister.

Ainda assim, há de se conceber que, tratando-se de algo de alta gravidade praticado pela direção da unidade prisional em benefício indevido do interno, cabe ao juiz abrir vista dos autos ao Ministério Público, a fim de que se pronuncie a respeito, como no caso em que o juiz, durante a inspeção, toma conhecimento de que o diretor do presídio estaria concedendo privilégios a determinados internos.

Em nome do contraditório e da ampla defesa, sem embargo da literalidade do art. 196 da LEP, e da interpretação que pode ser dada, a defesa do interno, salvo quando se tratar de incidente de sua iniciativa, tem de usufruir da prerrogativa de falar por último, a fim de rebater as imputações que venham a lhe ser feitas. Por outro lado, o prazo de 3 (três) dias para a manifestação, também encartado no art. 196 da LEP, igualmente merece ajuste, em sintonia com a Constituição de 1988. Tome-se como exemplo que, como na redação originária do CPP, o prazo para a defesa prévia era de 3 (três) dias e o das razões finais, de 5 (cinco). Isso influenciou o legislador da LEP para estabelecer o prazo de 3 (três) dias na fase da execução penal. Entretanto, tendo sido elevados o prazo da resposta para 10 (dez) dias e o das razões finais para 5 (cinco), a fim de adequá-los ao princípio da defesa efetiva e eficiente, tal circunstância há de ser levada em consideração igualmente para alvitrar o aumento do prazo para as manifestações nos incidentes à execução.

Atualmente, há questões de complexidade significativa agitadas em incidentes de execução penal, a exemplo da aplicação do RDD, que fomentam a necessidade de que seja previsto um prazo mais alargado. Tenha-se presente que a Lei nº 11.671, de 2008, ao tratar dos incidentes referentes à inclusão de preso em presídio federal e à prorrogação do prazo de permanência, estipula o prazo de 5 (cinco) dias para as

manifestações, o que deve ser tomado como parâmetro para alargar o prazo para a defesa nos incidentes à execução penal.

Por fim, há a questão do princípio da presunção de inocência: É aplicável na fase da execução penal? A resposta só pode ser sim. Não, claro, em relação à coisa julgada formada no processo de conhecimento. Todavia, aplica-se às questões que dizem respeito à relação entre o interno e a administração prisional, desenvolvida durante o cumprimento da prisão ou pena.

Tenha-se que o interno, em um sistema de cunho garantista, não é mero objeto, mesmo na fase do cumprimento da pena; muito pelo contrário, é sujeito de direitos, não havendo de falar-se que diante da sua condição de condenado ele pode merecer apenas *benefícios* ou em *regalias*. O condenado é *sujeito de direitos*. Vários atos normativos penitenciários tratam os direitos dos presos como se *regalias* fossem. Essa prática tem sido adotada, até mesmo, pelo Conselho Nacional de Política Criminal - CNPCP. Por exemplo, a Resolução do CNPCP nº 23, de 4 de novembro de 2021, estabelece que a *visita conjugal ou íntima* se trata de uma *regalia* (art. 1º, § 1º). Ora, ou é direito, ou não é. Do mesmo modo, é comum falar-se que a progressão de regime e o livramento condicional são *benefícios*, quando, em verdade, são propriamente *direitos*.

O mesmo se diga quando ao direito da pessoa privada do direito de liberdade a que a administração penitenciária forneça a alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços médicos, jurídicos, educativos, sociais e religiosos. O legislador, nessa parte, em obediência às regras do direito penitenciário, deveria ter elencados esses serviços como deveres da administração carcerárias, mas, ao contrário, trata essas obrigações como assistências, como se fossem uma *concessão* ou *benesse*. Essas atividades devem estar gizadas expressamente como *deveres*. De fato, o direito penitenciário, como o direito em si, no disciplinamento da relação jurídica entre os envolvidos, é marcado pela *bilateralidade atributiva* (REALE 1979, p. 50), pelo que expressam *direitos e deveres* tanto para as pessoas privadas do direito de liberdade, quanto para a administração do presídio e a gestão penitenciária em geral. De fato, como adverte Wilson Batalha (1981, p. 30), quando o direito prescreve um comportamento individual, a exemplo da vacinação obrigatória, “... não está regulando uma conduta individual em si mesma, mas sempre em relação aos outros indivíduos, tendo em vista esses outros indivíduos”. Essa característica do direito, que o distingue das regras de

ordem moral, como salienta Miguel Reale (REALE 1979, p. 54), não é aplicável, apenas, no plano das relações privadas, se fazem sentir nas relações entre o indivíduo e o Estado. Portanto, ainda que se use a expressão assistência, a prestação de serviços de alimentação, vestuário e higienização dos estabelecimentos penais, médicos, jurídicos, educativos, sociais e religiosos constituem *direitos* dos presos e *deveres* da administração penitenciária.

De resto, em razão do princípio da presunção de inocência, não cabe ao interno produzir prova de bom comportamento. Assim, para fins de progressão de regime, por exemplo, o interno não tem de provar que satisfaz os requisitos subjetivos para o reconhecimento desse direito, porquanto, como consequência do princípio da presunção de inocência, não lhe é atribuído o ônus de provar a sua conduta carcerária. Basta, para tanto, satisfazer os requisitos objetivos reclamados para o gozo do direito, recaindo sobre a administração penitenciária, se for o caso, apresentar os elementos negativos em relação aos requisitos subjetivos.

Portanto, a presença dos requisitos objetivos é suficiente para habilitar o interno ao usufruto do direito previsto na norma de regência, recaindo sobre a administração penitenciária o ônus quanto à comprovação de que o interno não possui boa conduta carcerária, certidão a ser emitida conforme os dados constantes em relatório da Comissão Técnica de Classificação - CTC), órgão de execução penal incumbido de elaborar os programas individualizadores para cada um dos internos, a partir de informações colhidas do diretor do presídio, da chefia de serviço, da psiquiatria, da psicologia e da assistência social<sup>744</sup>. O problema é que a CTC não produz, efetivamente, provas, senão informações, as quais são suficientes para embasar decisões contrárias ao interno.

Aqui, mais uma vez, necessário recorrer aos graus ou standards de prova (*standards of proof*), a fim de compreender a presunção de inocência conforme a pretensão ou a fase da *persecutio criminis*. Caso se trate da pretensão de aplicação de

---

<sup>744</sup> Em consonância com a Lei de Execução Penal, a CTC tem de ser composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social (art. 7º, segunda parte do caput). Tem a incumbência de realizar o (a) *exame criminológico*, mediante a investigação, médica, psicológica e social do preso; e (b) *exame da personalidade*, que é mais aprofundado, devendo ser realizado conforme regras técnicas referentes aos componentes *morfológico, funcional e psíquico* (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 165).



*falta*, seja de nível *leve*, *médio* ou *grave*, cabe à administração penitenciária comprovar o fato, por meio de prova que supra a *dúvida razoável*. Não basta, por exemplo, a palavra do policial penal contra a do interno, para fins de prova de uma agressão física, sendo necessário, em princípio, como standard probatório a *proof beyond a reasonable doubt*, pois a presunção de inocência, mas especificamente de não culpabilidade, milita em prol do interno. Essa interpretação *in bonam partem* tem sido adotada em vários pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, na aplicação da Lei de Execução Penal quanto à remição da pena pelo estudo e da progressão de regime, a exemplo, respectivamente, dos julgamentos do AgRg no HC 53.2016/SC (2019), em que relator o Ministro Ribeiro Dantas, e do HC 581.315 (2020), relatado pelo Ministro Sebastião Reis.

Diferente é o caso de um pedido de inclusão (transferência) no sistema penitenciário federal, com base em informações de que o interno, conquanto recolhido à prisão, continua tendo voz de comando na atuação de grupo criminoso, em que o grau de prova de contenta com o *preponderance of the evidence*. Notadamente porque, nesse caso, não há exame da culpabilidade por determinado ato, nem muito menos aplicação efetiva de penalidade, daí por que não há necessidade de prova estreme de dúvida em relação aos fatos para ser deferida a solicitação. Aqui incide o princípio da presunção de inocência no sentido *stricto sensu* na sua forma mais tênue, pelo que os elementos informativos fornecidos por órgãos de inteligência são suficientes para autorizar a decisão judicial determinando a inclusão (transferência) do interno no sistema federal (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, p. 306).

Outra consequência natural da incidência do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal na execução é o direito de defesa do interno. Isso distingue a processualização da fase de execução penal em relação à investigatória. Quanto ao cumprimento da pena, a defesa efetiva é obrigatória. Ninguém deve estar recolhido à prisão sem um advogado. Essa é a exegese a ser emprestada ao preceito estampado na parte final do art. 5º, LXIII, da Constituição, ao dizer, de forma peremptória, que ao preso será “assegurada a assistência da família e de advogado”. O dispositivo em referência, cotejado com a garantia do art. 5º, LXXXIV, da Constituição, conduz o exegeta à conclusão de que o constituinte teve uma preocupação especial em

relação à pessoa que esteja privada de seu direito de liberdade, considerando esse um momento crítico em que se exige do Estado maior proteção quanto à assistência jurídica.

Dessa forma, em relação a quem está encarcerado, pouco importa se ele tem, ou não, condições financeiras, é dever do Estado dar-lhe assistência jurídica. Tanto assim é que, remediando omissão da LEP, a Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010, incluiu nesse Diploma Legal, no rol dos órgãos de execução penal, a *defensoria pública*, outorgando-lhe a tarefa de prestar serviço de assistência jurídica *integral e gratuita*, dentro e fora dos estabelecimentos penais, cabendo-lhe velar pela regular execução da pena, mediante atuação no processo de execução, assim como nos incidentes, em todas as instâncias, de forma individual ou coletiva (art. 81-A da LEP). Por isso mesmo, a Súmula Vinculante nº 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), editada pelo STF em 2020, não é aplicável aos procedimentos administrativos instaurados no escopo de apurar falta cometida por interno no cumprimento de prisão (AgR na Recl 8.830/SP 2016), não suprindo o vício pela ausência de defesa técnica a presença de assistente jurídico penitenciário (AI 805.454/RS 2001)<sup>745</sup>.

Por fim, para além dos direitos fundamentais insertos na Constituição, a Lei de Execução foi elaborada em sincronia com as então *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, aprovadas em Kioto, no Japão, por meio da Resolução nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971. Com a finalidade de cumprir a regra de que o cumprimento da pena em estabelecimento penal deve ser feita da forma menos gravosa, cuidou de elencar o rol de direitos inerente à condição de pessoa privada do direito de liberdade, a saber (art. 41, incisos I a XVI, da LEP: (i) alimentação suficiente e vestuário; (ii) trabalho e respectiva remuneração, conforme a habilitação, condição pessoal e as necessidades futuras, bem como as oportunidades do mercado de trabalho (art. 32, caput); (iii) previdência social; (iv) constituição de pecúlio; (v) jornada de trabalho não superior a 8 (oito) horas, com descanso aos sábados e domingos (art. 33, caput), além da recreação; (vi) exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; (vii) assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; (viii) proteção contra qualquer forma de

---

<sup>745</sup> Cf. item 3.3.2.3, *infra*.

sensacionalismo; (viii) entrevista pessoal e reservada com o advogado; (x) visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; (xi) chamamento nominal; (xii) igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; (xiii) audiência especial com o diretor do estabelecimento; (xiv) representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; (xv) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; e (xvi) atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade do juiz da execução.

Mas o atual diploma da ONU que trata de estabelecer o *standard* internacional do tratamento dos presos foi editado em 18-22 de maio de 2015, contendo as *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos*, mas conhecidas como *Regras de Mandela* (2016)<sup>746</sup>, que é uma atualização dos padrões e normas internacionais sobre a prevenção ao crime e à justiça criminal, adotados desde 1955. Ademais, em 2010, em consonância com recomendação do Conselho Econômico e Social, foram aprovadas as *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*, as denominadas *Regras de Bangkok* (2016). É preciso atualizar a LEP em consonância com esses novos marcos regulatórios.

É verdade que essas regras internacionais, uma vez que aprovadas em resolução, não possuem *força normativa vinculante*, não ostentando a posição de tratado ou convenção. Representam o que se identifica como *soft law*. De toda sorte, deve-se levar em conta ainda que a *prevalência dos direitos humanos* e a *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* constam dentre os princípios que regem República Federativa do Brasil, pelo que, em sintonia com as teorias do *transconstitucionalismo* (NEVES 2009) e do *novo constitucionalismo global* (C. W. FERREIRA 2022), aplicáveis no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais, levam à conclusão de que, independentemente da existência de tratados ou convenções, essas resoluções ditadas na qualidade de *soft law* devem ser observadas tanto pelo legislador quanto pelo exegeta dos casos concretos.

---

<sup>746</sup> Sobre as Regras de Mandela, conferir o livro *Regras de Mandela: o padrão mínimo da ONU para tratamento de reclusos* (CABRAL, SORCI e RIBEIRO 2021).

Até porque o garantismo, em aderência a essa visão transcendente, impõe que, na análise de um caso concreto, para a solução da problemática, o juiz ou intérprete vá buscar, em textos constitucionais estrangeiros ou outros documentos internacionais, principalmente os que contêm declarações de direitos, como se dá em relação às *Regras de Mandela* e de *Bangkok*, o substrato jurídico para melhor decidir, fazendo o *controle de convencionalidade*.

Com isso se quer dizer que o legislador e, sobremaneira, o juiz e o operador jurídico em geral, sob a ótica do garantismo, devem ter em conta que as declarações internacionais, plasmadas em textos constitucionais ou outros diplomas, servem de baliza orientadora para revelar a existência de direitos fundamentais que não foram, no plano interno, formalmente, insertos no sistema jurídico. Portanto, essa orientação doutrinária dá suporte ao entendimento de que, dentro do possível, deve-se conferir força normativa às diretrizes plasmadas nas *Regras de Mandela* e nas *Regras de Bangkok*.

Até porque o Brasil assumiu perante a ordem internacional o compromisso de aplicá-las no tratamento conferido aos homens e mulheres privados do direito de liberdade. Seria um contrassenso o operador jurídico, no exame da questão, desconsiderar a circunstância de o Brasil não apenas ter assumido o compromisso perante os demais países como ter participado ativamente das negociações na elaboração e aprovação dessas regras internacionais.

Por isso mesmo, conquanto as *Regras de Bangkok* sejam classificadas como espécie de *soft law*, há o registro de arestos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal aplicando, como razão de decidir, as normas consignadas nesse diploma internacional. De fato, no HC 333.381/SP (2015), o Ministro Rogério Schietti, em que pese tenha negado a liminar por questão de ordem processual, fez referência às Regras de Bangkok quanto à diretriz no sentido de a pena de prisão ser imposta à mulher somente quando se cuidar de crimes graves ou violentos. Em outra situação, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma incisiva, na apreciação do HC 143.641/SP (2018), tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em votação unânime, deixou consignado pela “Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado”.

## 7. CONCLUSÃO

Em razão das parêmiás *ubi societas, ibi crimen* e *ubi crimen, ibi societas*, a história dos povos não é contada sem a referência à crueldade praticada com suporte na necessidade de punir os infratores. Como pano de fundo, sempre se buscou justificar os fundamentos legitimadores da punição. Nos primórdios das civilizações, os crimes eram resolvidos como uma mera questão individual ou familiar, cabendo ao agredido e a sua família punir o infrator. Era o império da *vingança privada*. Em seguida, sob inspiração divina, a segunda concepção de justiça criminal transferiu o poder de punir das mãos da vítima e de seus familiares para o Estado. A punição deixou de ser um direito individual ou familiar e passou a ser exercida pelo Estado, sob o argumento de que se tratava de imposição divina, sendo a aplicação da pena a forma de aplacar a *ira dos deuses*. Essa era a *concepção religiosa da justiça criminal*.

Com o processo de laicização, a legitimidade da punição encontrou supedâneo na autoridade do Estado e, por via de consequência, do soberano. As punições eram as mais torpes e cruéis de que se tem notícia: açoites, mutilações e execuções sob variadas formas (guilhotina, enforcamento, fuzilamento, esquartejamento etc.). Não havia propriamente direito criminal, sendo a punição mera atividade administrativa, muito menos limites para a punição. Existiam apenas ritos para ditar o procedimento a ser adotado no desiderato de torna a punição eficiente. Era a época do *direito penal do terror*, em que, assumindo as dores da vítima, o Estado, podendo e devendo tudo fazer para punir, mostrou-se mais cruel e vingativo do que os particulares.

O aparecimento do processo criminal, não sem razão, coincidiu com o exurgimento do movimento *iluminista* e, por via de consequência, com a declaração de direitos do homem – que mais tarde, com o primeiro movimento constitucionalista, passaram à categoria de direitos fundamentais. Inseriu-se no contexto das ideias que tinham em mente estabelecer limites ao Estado, no afã de fazer com que este, em suas

ações, pautasse o seu agir tendo em conta que há direitos essenciais à pessoa humana que precisam ser respeitados, plantadas desde a Magna Carta inglesa de 1215.

A ciência penal, aí compreendidos o direito penal material e processual, comparada com a civil, é uma ciência nova, porquanto somente apareceu na segunda metade do Século XVIII, a partir do pensamento esboçado, em tom filosófico, por Beccaria, no livro *Dos delitos e das penas* (1764), doutrina que, deduzida consoante o ideário iluminista, em companhia desse movimento filosófico, contagiou o mundo e fez com que irrompesse intenso processo *reformista* da legislação penal, com forte base *humanitária*.

A repercussão *internacional* do movimento *criminal de cunho humanitário* principiado com o escrito *beccariano* consolidou-se, em primeiro estágio, na declaração de direitos estampada na Constituição da Virgínia (1776), para perpetuar-se, posteriormente, com a aprovação das emendas na Constituição dos Estados Unidos (1789) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1791), estabelecida com a Revolução Francesa. Esse *movimento de constitucionalização* das declarações de direitos, transformando-as em direitos fundamentais, revela não apenas a influência do pensamento *beccariano*, como, outrossim, que a maioria dessa espécie de direitos se concentra na área do processo criminal, conquanto digam respeito ao *devido processo criminal substancial* ou à *plenitude de defesa*, tendo como pressuposto e princípio-mor a presunção de inocência.

Declarada a independência do Brasil em relação a Portugal, a nossa primeira Constituição (1824), orientada pelas ideias filosófico-políticas que deram suporte à independência americana e à Revolução Francesa, comprometeu a separação dos poderes diante da concepção do poder moderador, mas declarou os direitos fundamentais que, a despeito da ausência de previsão expressa da presunção de inocência e do devido processo legal, rompeu com o *direito criminal do terror* das Ordenações Filipinas. Para selar de vez essa mudança de paradigma, a Carta Imperial colocou dentre os direitos fundamentais a necessidade da organização, sem demora, dos códigos criminais, fundados nas sólidas bases da *justiça e da equidade* (art. 179, XVIII), determinando, porém, que as normas do direito anterior permaneceriam em vigor, até a criação das novas leis.

Diante dessas circunstâncias, o legislador brasileiro se apressou em editar o Código Criminal de 1830, seguido do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. Sem embargo de ter sido concebido com sentimento de urgência, o CPCrim se apresentou muito avançado para a época, tachado de descompassado com a realidade cultural, política, social e jurídica de então, notadamente por prever, como regra, o julgamento dos crimes pelo tribunal do júri, mostrando seu viés liberal, merecendo destaque a terminologia utilizada – Código de Processo Criminal –, evidenciando que a preocupação central era mais com o *crime* do que com a *pena*.

Conquanto influenciado pelas ideias iluministas propagadas no pensamento beccariano, guiado pela cultura conservadora, antiliberal e inquisitiva da elite política brasileira, o CPCrim ainda foi muito severo, especialmente quanto ao tratamento do acusado, quer por não homenagear, em muitos momentos, o princípio da presunção de inocência, quer porque não se pautava pelo princípio do devido processo legal, ademais de logo riscados os seus traços liberais pela Lei nº 2.033, de 1871.

A Constituição de 1891 deu duro golpe no processo criminal, mediante a quebra da sua unidade, tendo os códigos e leis estaduais seguido as ideias da escola positiva, gerando indesejada desarmonia normativa, ademais de a codificação estadual acompanhar o movimento em direção às ideias da escola positiva, a partir da maior preferência pelos Estados em adotar a nomenclatura *Código de Processo Penal*.

A Constituição de 1934, a par de retomar a unidade processual, determinou a constituição de comissão específica para editar o novo *Código de Processo Penal*, sendo apresentada sugestão de projeto de lei por Vicente Ráo, guiada pela escola positiva, com foco na *equivalência de direitos entre a sociedade e o acusado*, mediante a relativização do princípio da presunção de inocência e a supressão ou restrição do tribunal do júri. O caráter punitivo da nova codificação já ficou escancarada com a substituição da expressão *Código de Processo Criminal*, empregada em 1832, para *Código de Processo Penal*.

O tortuoso caminho teórico idealizado pelos arautos da escola positiva (Ferri e Garofalo) e da escola do tecnicismo jurídico (Rocco e Manzini) contaminou o legislador brasileiro e iluminou os passos na elaboração do Código de Processo Penal de 1941, sob as bases da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional, de feição ditatorial. A mudança da expressão *criminal* para *penal* para fins de designação

da nova codificação criminal não foi obra do acaso, pelo contrário, revela o viés punitivista do código atual, próprio da *escola do tecnicismo jurídico*, que ditou a feitura do CPP, editado à imagem e à semelhança do *Código de Processo Penal italiano* de 1930, o *Codice Rocco*, de colorido fascista.

Para não deixar dúvidas quanto ao verniz punitivista, o então Ministro da Justiça Francisco Campos confessou que se tinha a intenção de dotar o país de um código visando conferir maior *eficiência e energia* na ação repressiva do Estado, acolhendo como estratégia, dentre outras, (i) desmistificar a presunção de inocência dos réus; (ii) restringir o *extenso* catálogo de garantias e *favores*, que nessa forma de pensar retardavam e prejudicavam a repressão; (iii) abolir a injustificável primazia dos interesses do indivíduo sobre a tutela social; e (iv) restringir a aplicação do *in dubio pro reo*.

Estreme de dúvidas, o Código de Processo Penal de 1941, no escopo de desconstruir o pseudo viés liberal do CPCrim de 1832, foi desenhado com um perfil antidemocrático, policialesco e inquisitivo, com repercussão direta quanto ao tratamento dispensado ao acusado, que foi *coisificado*, a ponto de ser desconsiderada a sua condição de sujeito do processo, porquanto chamado ao feito para servir de *prova* a respeito do crime por ele próprio praticado, sendo prevista a prisão preventiva como regra, para além de negado o princípio da presunção de inocência, com o estabelecimento mesmo de uma *presunção de culpabilidade* para determinadas situações, ademais de o devido processo legal não ter sido encarado como garantida, diante da visão inquisitivista de que o que importa é o descobrimento da verdade, a utópica *verdade real*, de modo que *os fins justificavam os meios*, não possuindo as regras ou formas processuais um fim garantista.

O *neoconstitucionalismo* ou *Estado democrático constitucional*, que emergiu após a Segunda Guerra Mundial – sentido no Brasil somente após a segunda metade dos anos oitenta, tendo como marco regulatório a Constituição de 1988 –, gerou o *processo de constitucionalização* do sistema jurídico em seu todo, alterando o paradigma do direito, de modo que os direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, conquanto antes desempenhassem *função subalterna*, sendo chamados apenas para colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, mediante o reconhecimento de sua *força normativa*, passaram a ocupar no sistema jurídico *posição hegemônica, estruturante e*



*interpretativa*, manifestando-se como normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que esta tem não apenas de ser desenhada conforme os parâmetros dos princípios constitucionais, como possui a sua compreensão e alcance determinados por eles.

A *teoria do garantismo* criminal encontra fundamento no movimento *neoconstitucionalista*, sendo inerente, portanto, ao Estado democrático constitucional, e gira em torno da legalidade pautada na força normativa dos direitos fundamentais, *modelo de direito* que submete a validade normativa ao *teste de constitucionalidade*, com suporte em uma *teoria jurídica crítica* que separa o *ser* do *dever ser* para distinguir entre legalidade *formal* e *substancial*, pautado por uma filosofia que impõe a justificação da norma e do agir estatal a título de persecução criminal em consonância com a finalidade de tutelar bens e interesses legítimos, *modelo de sistema jurídico* incompatível com o viés ditatorial, policialesco e inquisitivo, sob o qual o Código de Processo Penal vigente foi concebido.

O garantismo professado por Ferrajoli se conteve na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, na qualidade de normas ditadas para limitar a persecução criminal, porém, em consonância com a *multifuncionalidade* dessa classe de direitos, destacada por parte da doutrina e sufragada em pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e de cortes internacionais, há de se entender que, sob a dimensão objetiva, eles impõem ao Estado, em suas 3 (três) esferas de poder, o *dever de proteção eficiente*, sendo a *persecutio criminis* o reflexo dessa obrigação, de modo que ao Legislativo cabe tipificar os crimes que atingem esses bens mais caros à sociedade, ao Executivo, quando ocorrida a infração, exercer a persecução criminal e, por fim, ao Judiciário, prestar a atividade jurisdicional, conforme o devido processo legal, irrigado pelo princípio da presunção de inocência.

A colisão de direitos fundamentais é da essência do processo criminal, pelo que a *vexata quaestio* entre o exercício do dever-poder da persecução criminal e os direitos fundamentais do acusado, resguardados com a observância de devido processo legal, deve ser equacionada mediante a técnica da ponderação, sob a regência do princípio da presunção de inocência.

A teoria do processo criminal não se confunde com a do processo civil, pois representa a processualização do dever-poder estatal de exercício da persecução

criminal, pautando o agir do Estado em consonância com as normas constitucionais, não sendo a ação um direito público subjetivo, porém, um dever de proteção da sociedade, ao tempo em que, tendo em conta o princípio da presunção de inocência, para fins de condenação, de mister que observado o devido processo legal substancial, gizado pelos direitos fundamentais inerentes à condição de acusado.

Tendo certo que os direitos fundamentais se apresentam como a *espinha dorsal* do processo criminal, não se há de olvidar que o mais adequado, quando se quer esboçar a sua *teoria*, é fazer a pesquisa científica focada na compreensão desses direitos essenciais, conforme eles estão insertos no texto da Carta Magna, sem perder de vista a sua dimensão internacional – o que implica exame quanto à forma como eles estão tratados no direito comparado e nas declarações de direito internacionais e regionais –, circunstância que denota ser apropriado laborar no sentido de estabelecer as bases do que deve ser entendido como *teoria constitucional do processo criminal*, tornando inadiável a edição de nova codificação compassada com os princípios que lhe dão conformação.

O processo criminal precisa ser concebido como instrumento no qual há a composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representados, em uma de suas duas faces, pelo dever-poder de exercício da persecução criminal, germinado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, na outra, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o devido processo legal *lato sensu*, irrigado pelo princípio da presunção de inocência.

A *ratio essendi* do devido processo legal é princípio da presunção de inocência, sendo o instrumento de garantia daquele, uma vez que o Estado, caso tenha a pretensão de buscar a responsabilidade de alguém pela prática de um crime, tem o dever de provar a culpa indene de dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), de forma legal e legítima, não podendo tudo fazer para alcançar essa finalidade, de modo que se trata de um princípio-mor que confere singularidade ao próprio devido processo legal e, de soslaio, a todos os princípios extraídos dos direitos fundamentais com reflexo na seara criminal, de modo que devem ser excluídas de nosso sistema jurídico todas as regras e formas de interpretação que expressam uma *presunção de culpa*.

O princípio da presunção de inocência é o gênero, do qual são espécies o princípio da presunção de inocência *stricto sensu* e o princípio da presunção de não culpabilidade, os quais se fazem sentir na persecução criminal conforme as suas fases de investigação, do processo de conhecimento e de execução, estabelecendo *standards* ou *níveis de prova*.

A presunção de inocência, *na versão contida*, rege as atuações da polícia e do Ministério Público, os quais para indiciar e ajuizar a ação penal, por exemplo, não precisam provar a culpa, sendo suficiente a justa causa (*preponderance of the evidence*), e mesmo do juiz, quando com o seu pronunciamento não pode ser *feito juízo de culpabilidade*, a exemplo da decisão sobre a prisão processual (*clear and convincing evidence*), enquanto o *princípio da presunção de não culpabilidade* significa que o acusado não tem o dever de provar a sua inocência, recaindo sobre o Ministério Público o ônus de demonstrar a culpabilidade e que para condenar o acusado, o juiz deve ter como base a plena convicção da culpa do agente (*proof beyond a reasonable*), sendo suficiente, para a absolvição por insuficiência de provas, a dúvida a esse respeito (*in dubio pro reo ou favor rei*), distinção que há de ser considerada na interpretação e feitura das novas normas do processo criminal.

O devido processo legal, fulcrado na presunção de inocência, apresenta-se como gênero, do qual são espécies os direitos fundamentais de ordem criminal típicos, a saber, os relativos aos princípios (a) do devido processo legal *stricto sensu*; (b) da presunção de inocência *stricto sensu* e da presunção de não culpabilidade (c) da ampla defesa; (d) acusatório; (e) da inviolabilidade da intimidade; e (g) da liberdade, caracterizando, a observância de todas essas garantias, o devido processo legal substancial ou a *plenitude de defesa*.

Todavia, há de se ter em conta que não há um devido processo legal único e inflexível, uma vez que se manifesta mais ou menos denso conforme se trate de uma pretensão condenatória ou apenas probatória, por exemplo, e em consonância com a fase persecutória, investigatória, de conhecimento ou executória, todas elas controladas por garantias constitucionais gerais e específicas, as quais devem ser satisfeitas, sob pena de invalidade da persecução criminal, daí por que, na construção da nova legislação criminal sob a visão garantista, a forma prescrita em lei deve ser encarada como garantia, razão pela qual, quando não observada, isso deve gerar a *presunção de*

*nulidade do ato*, a qual só não deve ser reconhecida se e quando, tratando-se de nulidade relativa, o juiz, responsável pela legalidade constitucional, em pronunciamento fundamentado, não enxergar a existência de prejuízo para as partes, não sendo correto, em razão do princípio da presunção de inocência, atribuir à defesa o ônus a esse respeito.

A persecução criminal de índole garantista exige que o código de processo criminal adote o sistema acusatório, com o tratamento do *Ministério Público e do acusado como partes*, assegurando-se a *paridade de armas*, não podendo o juiz auxiliar a acusação, circunscrevendo a sua atuação em *conhecer e julgar* o processo em consonância com as provas produzidas nos autos, não sendo válida a sua atuação na fase investigatória, ainda que apenas no sentido de autorizar diligências que importem na flexibilização de direitos fundamentais, porquanto essa função anômala compromete a sua *competência subjetiva*, ademais de transformar o chamado *processo de conhecimento* em mero *processo de reconhecimento* ou de *confirmação* das impressões já firmadas, pelo que exige a implantação o instituto do juiz das garantias para atuar na fase anterior à do processo de julgamento, no escopo de preservar a imparcialidade judicante, sob pena de comprometidos os direitos fundamentais confiados a sua tutela nos casos concretos.

O processo criminal do Estado democrático de direito, em compasso com a recomendação da Organização das Nações Unidas, no desiderato de evitar, como solução para a questão penal, a aplicação da pena de prisão e mesmo a *marginalização* originada da condenação em si, alvitra alternativas para equacionar o problema de forma autocompositiva, sem a aplicação de sanção, mediante a utilização de ferramentas como a transação, a suspensão do processo e o acordo de não persecução penal, aproximando-se do sistema adversarial estadunidense, com *distinguish* em relação ao *plea bargain*, pelo fato de o modelo negocial brasileiro não importar em reconhecimento de culpa e muito menos na aplicação de pena, sendo pactuadas só *medidas restritivas* que, adimplidas a tempo e a modo, impõem o reconhecimento da extinção da punibilidade, sentença tecnicamente classificada como absolutória, em razão do que dispõe o art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

Em nosso meio, a processualização da persecução criminal se conteve na fase processual, sendo a seara da investigação concebida como território livre da autoridade policial, em que ela apurava os fatos de forma *descontrolada*, ao tempo em que recebia

o auxílio tanto do Ministério Público quanto do juiz, deste até mais do que daquele, podendo praticar todas as diligências sem necessidade de autorização judicial, até mesmo quando isso importava na necessidade da realização de busca e apreensão em domicílio, situação alterada com a força normativa dos direitos fundamentais, conferida pela Constituição de 1988, a partir de quando, sempre que necessária a flexibilização de direitos dessa classe, passou a ser imprescindível o crivo judicial, o que não é suficiente para *processualizar a investigação*.

A efetiva jurisdicionalização da persecução investigatória – que especialmente em virtude do avanço tecnológico passou a produzir as provas essenciais sobre a existência do crime e a sua autoria, restando para o processo de conhecimento, basicamente, a produção da prova oral –, só ocorrerá com a implantação da figura do juiz das garantias, no prazo fixado pelo STF, a quem confiada a missão de controlar qualquer forma de investigação, patrulhamento diferente e muito mais denso do que o controle dos atos administrativos em geral, devendo ser exercido desde a sua instauração e durante toda a sua tramitação.

No processo criminal constitucional o investigado possui direitos fundamentais a serem preservados durante a fase investigatória, pelo que a atuação da autoridade responsável pela sua condução há de obedecer ao *devido processo legal*, não se cuidando de um mero rito ou procedimento, não sendo pertinente dizer que não se cuida de um *processo* pelo fato de ausente julgamento, pois o inquérito policial é *incriminador*, dado que o *indiciamento* produz a alteração da situação jurídica do investigado ou suspeito, que passa a ser qualificado como indiciado, com a consequente flexibilização do princípio da presunção de inocência no sentido estrito, condição por si só que se presta para arranhar a sua honra e imagem perante a sociedade em geral.

A jurisdicionalização da fase executória no direito brasileiro principiou com a Lei nº 7210, de 1984, que, de permeio, criou o sistema penitenciário nacional, e se mostrou por demais avançada em relação à realidade nacional, mas, até hoje, não teve os seus ditames efetivados, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter declarado o estado de coisas inconstitucional nessa área. Todavia, faz-se de mister adequar os seus preceitos às *Regras de Mandela e às Regras de Bangkok*, tendo como orientação os princípios da justiça restaurativa quanto ao tratamento a ser conferido às pessoas privadas do direito de liberdade, notadamente no que pertine às assistências material, à

saúde, jurídica e educacional, ademais de uma melhor definição do papel do juiz no controle da execução penal, que deve ser tido como uma espécie de *juiz das garantias*, devendo agir, ainda que de ofício, quando necessário para corrigir desvio ou excesso de execução.

O sistema normativo há de ter em conta que a pessoa privada do direito de liberdade é sujeita de direitos na execução penal, alguns deles próprios de quem se encontra recolhido a estabelecimento penal, não havendo de falar-se em benefícios ou regalias, mas, sim, em *direitos*, ademais de os processos que dizem respeito ao cumprimento da pena, especialmente os que cuidam da aplicação de penalidades pelo comportamento ou que tratam do reconhecimento do direito à progressão do regime, devem ser regidos pelo princípio da presunção de inocência, não sendo da alçada do interno comprovar que não praticou ou deixou de realizar determinados atos, mas, sim, cabendo à administração penitenciária comprovar os eventuais fatos imputados como justificativa para negar a concessão de direitos.

Por fim, resta evidenciado que um *Código de Processo Penal* de índole punitivista e centrado na cultura da prisão mostra-se eficiente para incrementar o encarceramento, mas não possui serventia para reduzir a criminalidade, especialmente a violenta, ademais de fomentar a criação e estruturação de facções criminosas no interior dos estabelecimentos penais, favorecidas pela superlotação, que fazem do ambiente carcerária o seu escritório oficial, *locus* utilizado como *home office* para estabelecer as suas relação de poder e de lá comandar as ações criminosas *extra muros*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A 13ª Emenda. Direção: Ava Duvernay. Produção: Kandoo Films (1h40min). 2016.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: uma teoria da dogmática jurídica**. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALBERGARIA, Jason. **Manual de direito penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal: em conformidade com a teoria do direito**. 2. São Paulo: Noeses, 2022.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. (Kindle). Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democratico. In: **Neoconstitucionalismo(s), por Miguel Carbonell**. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzon Vadés. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2019.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. v. I e II. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1959.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- ALMEIDA NETO, Manuel Carlos de. **O colapso das constituições do Brasil: uma reflexão pela democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações filipinas: ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe, o primeiro**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1957.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Editoriales Revista Derecho Reunidas, 1986.
- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.
- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Tradução Fernando de Miranda. 5 v. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1957.
- ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. In: *SciELO - Scientific Electronic Library Online*. São Paulo, 2003.
- AMANDA Knox. Direção: Rod Blackhurst e Brian Mcginn. 2016.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América latina**. São Paulo: Editora Método, 2001.
- AMERICAN crime story: o povo contra O.J. Simpson. Direção: Ryan Murphy, Anthony Hemingway e John Singleton. WatchSPN, 2017.
- ANCEL, Marc. **A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista**. Tradução Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de processo penal do Estado do Paraná**. Londrina: Thoth Editora, 2021.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de processo penal do Estado do Piauí**. Londrina: Thoth Editora, 2021.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de processo penal do Estado do Rio Grande do Sul**. Londrina: Thoth Editora, 2021.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção dogmática penal entre o final do século XIX e início do século XX. In: *Iuscommune*. 2020. <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/A-Construc%CC%A7a%CC%83o-da-Dogma%CC%81tica-Penal-entre-o-final.pdf> (acesso em 29 de dez. de 2022).
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). De beccaria a fillipo gramática. In: **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.



- ARISTÓTELES. Tópicos: dos argumentos sofisticos. In: **Os pensadores**. v. 1. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.
- AROCA, Juan Montero, Juan Luis Gómez Colomer Alberto Montón REDONDO, e Silvia Barona VILAR. **Derecho Jurisdiccional**. 21. ed. v. III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ARRUDA, José Acácio. **Breve história do júri criminal inglês**. Mato Grosso, 2023.
- ASSIS, Machado de. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguiar S.A., 1997.
- Associazione tra gli studiosi del processo penale. **Il giusto processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Psicoanálisis criminal**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947.
- ASÚA, Luis Jiménez. **La ley y el delito: principios de derecho penal**. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959.
- ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa**. Curitiba: Juruá, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique, e Pierpaolo Cruz BOTTINI. **Lavagem de dinheiro: aspecto penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania: descobrindo o Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. 2. edição. v. IV. São Paulo: Saraiva, 1933.

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito.** Campinas: Bookseller, 2000.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro.* V. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.** v. 9, nº 33 (2006): p. 43-92.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do direito.** Forense: Rio de Janeiro, 1981.
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales.** Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo, e Gustavo SENNA. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BELING, Ernst. **Derecho procesal penal.** Tradução Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 200.

- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Leme: Edijur, 2002.
- BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: **Coção os pensadores**. São Paulo: Editora Abril S.A, 1974.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Tradução Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973.
- BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. 2. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.
- BEZERRA, Hallison Rêgo, Márcio Bittencourt Dutra dos SANTOS, e Lucien Borges DANTAS FILHO. Acordo de não persecução penal, procedimento no âmbito do judiciário e seu impacto na distribuição das varas federais. In: **Jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R**, Walter Nunes da SILVA JÚNIOR (Org.). Natal: OWL, 2021.
- BIBAS, Stephanos. **Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms**. Cambridge, 20 de novembro de 2012.
- BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BOBBIO, Norberto, e Michelangelo BOVERO. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 2. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. As medidas cautelares projeto de lei 111/2008. In: **As reformas do processo penal**. Maria Thereza Rocha de Assis MOURA (Org.), 448-502. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O direito e a mídia: uma relação controversa e inevitável**. Consultor Jurídico (ConJur), mar. 2023.

BOTTOMS, Anthony. The relationship between theory and empirical observations in criminology. In: **Doing research on crime and justice**, Roy D. KING e Emma (Orgs.) WINCUP. Cambridge: Oxford University Press, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Decreto Lei nº 737, de 25 de nov. de 1850**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm). Acesso em: 11 de mar. de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de jul. de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em 17 de mar. de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de nov. de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 17 de mar. de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm). Acesso em: 2023 de janeiro de 12.

BRASIL. **Exposição de motivos**. 1941. Disponível em: [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 4 de dez. de 2023).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8.045**. 2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776). Acesso em: 29 de mar. de 2023.

BRASIL. **Código criminal**. 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 de jan. de 2023.

BRASIL. **Código de processo criminal**. 1832. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em: 11 de mar. de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro**. 2020. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 2023 de fev. de 2023).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**. 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/553b50f521d5d129f155d820729b8464\\_4bde6f567b21f4790c5b11e4aedf1d92.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/553b50f521d5d129f155d820729b8464_4bde6f567b21f4790c5b11e4aedf1d92.pdf). Acesso em: 11 de mar. de 2023).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 11 de mar. de 2023).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 28 de jan. de 2023).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>: Acesso em 7 de mar. de 2023.

BRASIL. **Resolução 225. 31 de mai. de 2016**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf). Acesso em: 6 de mar. de 2023.

BRASIL. **Resolução nº 135, de 2011. 13 de jul. de 2011**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/95>. Acesso em 10 de dez. de 2022).

BRASIL. **Resolução nº 213. 15 de dez. de 2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 17 de mar. de 2023).

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 2017**. 7 de ago. de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 10 de dez. de 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias (período de janeiro a junho de 2022)**. 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 10 de mar. de 2023).

BRASIL. **Exposição de motivos. Lei nº 7.210, de 1984**. 9 de mai. de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 30 de jan. de 2023).

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *IBGE*. 10 de mar. de 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 10 de mar. de 2023).
- BRASIL. Ministério da Justiça. CPI/1975. In: **Criminalidade e violência**: relatório e conclusões da CPI sobre o sistema penitenciário. Brasília: Ministério da Justiça, 1980.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Anuário estatístico dos dados nacionais de segurança pública ano-base 2021**. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Projetos de reforma penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF em números**. 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/numeros/2020.html>. Acesso em: 6 de abr. de 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **PLS 156/2009**. 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 29 de mar. de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598051/SP**. 2 de mar. de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 25 de fev. de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 532.016**. 5 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859900469>. Acesso em: 26 de mar. de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 569.701/SP**. 9 de jun. de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27569701%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27569701%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27569701%27)+ou+(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27569701%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 3 de fev. de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RE 1.740.921/GO**. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747783&num\\_registro=201801137547&data=20181119&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747783&num_registro=201801137547&data=20181119&formato=PDF). Acesso em: 26 de mar. de 2023).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no HC 581.4444/SP**. 1º de jul. de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/>. Acesso em: 6 de abr. de 2023).

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 149.250/SP**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/macabu-satiagraha.pdf>. Acesso em 10 de dez. de 2022).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 33.831/SP**. 31 de ago. de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893499048/habeas-corpus-hc-333831-sp-2015-0206094-3?ref=amp>. Acesso em: 7 de mar. de 2023).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 581.315/PR**. 6 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341106/a-aplicabilidade-da-analogia-in-bonam>. Acesso em: 26 de mar. de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 346677/RJ**. 21 de set. de 2002. Disponível em: [www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp](http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp). Acesso em: 4 de fev. de 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. 7 de nov. de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em: 24 de fev. de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.112/DF. 2007**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em: 22 de fev. de 2023).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.298, 6.300 e 6.305/DF**. 2020. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/download>. Acesso em: 4 de dez de 2022).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. 9 de set. de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 2 de mar. de 2023).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 395/DF**. Brasília, 14 de jun. de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444/DF**. Brasília, 14 de jun. de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Brasília, 18 de jun. de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR na Recl 8.830/SP**. 23 de fev. de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10470199>. Acesso em: 7 de mar. de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 805.454/RS**. Brasília, 1º de ago. de 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 654.335/SP**. Brasília, 12 de fev. de 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. 2 de set. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/> Acesso em: 11 de mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641/SP**. 20 de fev. de 2018. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 7 de mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 164.493/PR**. 4 de ago. de 2020. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro\\_facet=EDSON%20FACHIN&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20n%C2%BA%20164.493&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=EDSON%20FACHIN&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20n%C2%BA%20164.493&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 24 de fev. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 191.836/SP**. 23 de nov. de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441234/false>. Acesso em: 3 de fev. de 2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 193.053/MG**. 2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC193053.pdf>. Acesso em: 20 de jan. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 67.707/RS**. 7 de nov. de 1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=aco>. Acesso em 1 de dez. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68.726/DF**. 28 de jun. de 1991. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em: 24 de fev. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.366-7/SP**. 13 de set. de 1995. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 12 de abr. de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.338/RJ**. 13 de ago. de 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em 18 de nov. de 18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 80.592/PR**. 3 de abr. de 2001. Disponível em: [www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp). Acesso em: 25 de abr. de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 80.719/SP**. 26 de junho de 2001. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur19237/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur19237/false). Acesso em: 25 de mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. 5 de mai. de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em: 24 de fev. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.675/PR**. 4 de set. de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em 24 de fev. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2.411-QO/MT**.” Brasília, 10 de out. de 2007.



- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 2.033/DF**. 16 de jun. de 2004. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14741748>. Acesso em: 2022 de dez. de 10.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.010.606/RJ**. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 23 de fev. de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727/MG**. 14 de mai. de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>. Acesso em: 10 de dez. de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 60.360.116/RO**. 5 de nov. de /2015. Disponível em: [www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp). Acesso em: 29 de set. de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**. 11 de mai. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em: 17 de mar. de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 126.885**. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/310984475/inteiro-teor-310984484>. Acesso em: 30 de 11 de 2022).
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. Alcântara Machado e código penal de 1940. In: *Revista da faculdade de direito Padre Anchieta (Editora Unianchieta)*, 2022.
- BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história**. 2. São Paulo: Ática, 2003.
- CABRAL, Thiago Colnago, Paulo Eduardo de Almeida SORCI, e Lourenço Migliorini Fonseca (Orgs.) RIBEIRO. **Regras de Mandela: o padrão mínimo da ONU para o tratamento de reclusos**. Belo Horizonte e São Paulo: D'Plácido, 2021.
- CACHO, Ángel Juárez. **El amparo y las audiencias en el proceso penal acusatorio y juicio oral**. 10. ed. México: Raúl Juárez Carro Editorial, SA de CV, 2014.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950.
- CARNELUTTI, Francesco. **Principios del proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues. Vol. 2. Campinas: LZN Editora, 2002.
- CARRIÓN, Luis Cueva. **El debido proceso legal**. 2. ed. Quito: Ediciones Cueva Carrión (Kindle), 2014.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e sistema jurídico penais contemporâneos II**. Ruth Maria Chittó (Org.) GAUER, 146-171. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2013.
- CASCUDO, Luís da Câmara. **Coisas que o povo diz**. São Paulo: Global, 2012.
- CASTILHO, Ela Vieco V. **Controle de legalidade na execução penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CHAVES, João Baptista de. **Ciência penitenciária**. Natal: Azymuth, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CHRISTIE, Nils. Civilidade e estado. In: **Conversações abolicionais**. Tradução Beatriz Scigliano Carreiro. São Paulo: IBCrim, 1977.

- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal. Seguridad, justicia y paz. 2023. Disponível em: <https://geoenlace.net/seguridadjusticiaypaz/webpage/index.php>. Acesso em: 23 de fev. de 2023).
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova penal e a nova lei processual penal: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: processo administrativo**. São Paulo: Forense, 1968.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: polícia administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder político dos juízes. In: **Revista Semestral de Informação e Debates** (Revista dos Tribunais), 1996.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo: Madras, 2004.
- DARROW, Clarence. **Crime: its cause and treatment**. Pittsburgh: Carnegie Melon University/Project Gutenberg eBooks, 1922.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DAVIS, Angela Y. **Are prison obsolete?** New York: Seve Stories Press, 2003.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. Tradução António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor Ceira, 1979, 1979.
- DELMAS-MARTY, Meirelle. **Modelos e movimentos de política criminal**. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- DIAS, Floriano Aguiar. **Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1975.
- DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 2. edição. Florianópolis: Ematis, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

- DIAS, Rebeca Fernandes. **O pensamento criminológico e a faculdade de direito de Recife na primeira República.** Vol. v. 6, em *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, p. 261-285. Curitiba, 2018.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.** Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- DONNELLY, Jack. **Universal human rights: in theory & practice.** 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.
- DRESSLER, Joshua. **Understanding criminal procedure.** 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002.
- DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. Positivismo. In: **Dicionário de filosofia.** Tradução Marina Appenzeller, pp. 374-375. Campinas: Papyrus, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- ESCOLA base: um repórter enfrenta o passado. Direção: Caio Cavechini e Eliane Scardovelli. Globoplay, 2022.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** 6. ed. v. I, IV e VII. Rio de Janeiro: Editora Rio - Sociedade Cultural Ltda., 1980.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder.** Versão digital. São Paulo: Editora Schwarzc S. A., 2021.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes Ana Paula Zomer. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. In: **Ponencia en las jornadas sobre la crisis del derecho y sus alternativas**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992. 8.
- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. e-Book. Tradução Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín Tradução Gerardo Pisarello. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los derechos y sus garantías**: conversación con Mauro Barberis. Tradução José Manuel Revuelta e Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- Ferreira, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial entre os direitos humanos e direitos fundamentais**: contributo para um sistema único de proteção judicial. São Paulo: Editora Dialética, 2022.
- Ferreira, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 2. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
- FERRER-BELTRÁN. **Valoração racional da prova**. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1988.
- FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1892.
- FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil**. 2009. <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/antonio-bento-de-faria> (acesso em 2022 de dez. de 30).
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2019.
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Barcelona: Bosch, 1934.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. 2022. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15> (acesso em 10 de mar. de 2023).
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.
- GAROFALO, Rafael. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. 3. ed. Tradução Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.
- GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- GASPARI, Elio. **A ditadura acabada**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2017.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades do processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro e Niceto Alcalá Zamora Castillo. Barcelona, Madrid, Buenos Aires e Rio de Janeiro: Editorial Labor, S. A., 1936.
- GOMES NETO, F. A. **Teoria e prática do código de processo penal com formulários**. v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino - Editor, 1957.
- GOMES, F. Soares. Iluminismo. In: **Logos**: enciclopédia luso-brasileira de filosofia. Vol. 2. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1990.
- GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946**: a gênese de uma nova ordem no direito internacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GOSSON, Eduardo Antonio. **Sociedade e justiça**: história do poder judiciário do Rio Grande do Norte. Natal: Departamento Estadual de Imprensa, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Código modelo de processo penal tipo para Ibero-América. In: **Projeto final do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América**, Rio de Janeiro, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais**. Tese (Pós-Doutorado) - Curso de Pós-doutoramento em direito e ciências jurídicas, Universidade de Lisboa, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- HART, Michael H. **As 100 maiores personalidades da história**: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HART, Michael H. John Locke. In: **As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história**. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira de Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBSAWN, Erick. **Era dos extremos: o breve século XX**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. v. 1, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. **O direito penal no Estado novo**. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- HUSLMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- IN the Name of the Father. Direção: Jim Sheridan. 1993.
- Institute for Crime & Justice Policy Research. World Prison Brief. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 29 de mar. de 2023.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da violência 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/49/atlas-da-violencia-2018>. Acesso em 2023 de mar. de 2023).
- Instituto della Enciclopedia Italiana. Treccani. Roma: Fondata da Giovanni Treccani S.p.A, 28 de 12 de 2022.
- Instituto Sou da Paz. Onde mora a impunidade? Porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. 2017. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/index\\_isdp\\_web.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf). Acesso em: 9 de jul. de 2019).
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.



- JIMÉNEZ, Londõno. **Tratado de derecho procesal penal**. v. 1. Bogotá: Editorial Temis, 1989.
- Jornal do Brasil. Ficção penal. 21 de jan. de 1985.
- KAFKA, Franz. **The complete novels**. Vintage Classics, 2008.
- KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriz Editor, 1986.
- KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.
- KURELLA, Hans. **Cesare Lombroso**. Nordestedt: Herstellung und Verlag: BoD Demand, 2020.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1963.
- THE Staircase. Direção: Jean-Xavier de Lestrade. 2004-2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Jairo Nicolau. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LEVY, Leonard W. **Origins of the fifth amendment**. New York: Macmillian Publishing Company, 1986.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LIRA, Sêmely Clície Rodrigues Batista. **A razoável duração do processo no âmbito da justiça criminal**. Natal: OWL, 2021.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higino Duarte Pereira. v. 1. Campinas: Russel Editores, 2003.
- LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: **Os pensadores**. Tradução Anoar Aiex Monteiro e E. Jacy. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- LOCKE, John. **Vida e obra**. 3. Tradução Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. Vol. (Coleção os pensadores). São Paulo: Abril Cultura, 1984.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. *Consultor Jurídico* (Conjur), mar. 2020.
- LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. **O processo de tiradentes**. São Paulo: Conjur Editorial, s.d.
- LYRA FILHO, Roberto. **Esquemas de direito processual penal**. Rio de Janeiro, 1961.
- LYRA FILHO, Roberto. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- LYRA FILHO, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.
- MAIER, Julio B. J. **La ordenanza procesal penal alemana**. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1978.
- MANZINI, Ranieri. **Tratado de derecho penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Vol. v.1. Buenos Aires: Ediar S.A., 1941.
- MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vs. I e IV. Campinas: Bookseller, 1977.
- MARTINS, Leonardo. **Tribunal constitucional federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung - Kas, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. A comissão de juristas para o código de processo penal - 1937/1938. v. 1. In: **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Guilherme MADEIRA, Gustavo BADARÓ e Rogério Schietti CRUZ, 121-144. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIOTTO, Armida Bergamini. O direito penitenciário: importância e necessidade do seu estudo. In: **Revista do Conselho Penitenciário Federal** (Ministério da Justiça) v. 8, n. 26 (jan./mar. 1971).
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The spirit of laws**. Tradução Thomas Nugent. Halcyon Classica Series, 1752.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- MOURA, George; ARAÚJO, Flavio. **Crimes que abalaram o Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2007.
- NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2012.
- NAVARRETE, José F. Lorca. **Derechos fundamentales y jurisprudencia**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1999.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2013.

- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NITSCHKE, Paul; WILMANN, Karl. **The history of the prison psychoses**. New York: The Journal of Nervous and Mental Disease Publishing Company, 1912.
- NORONHA, Magalhães E. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES, Cíntia Bezerra de Melo Pereira, e Walter Nunes da SILVA JÚNIOR. Perspectivas para uma política norte-rio-grandense de execução penal baseada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). In: **Política criminal: monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamentos dos presos**. Walter Nunes da SILVA JÚNIOR e Olavo (Orgs.) HAMILTON, Natal: OWL, 2022.
- NUNES, Diego; CUNHA, Bárbara Madruga; COSTA, Myessa H. O processo penal no estado de Santa Catarina entre a primeira República e a era Vargas. In **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: RBDP, 2021.
- NWANKWO, Peter O. **Criminology and criminal justice systems of the world a comparative perspective**. v. I. Albany: Peter O. Nwankwo, 2012.
- ODUOR, Jacinta Anyango, et al. **Left out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery**. Washington, 2014.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- OLIVEIRA, Thiago; GURGEL, Yara (Orgs.). **Condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2021.
- O'RAWE, Richard. **In the name of the son: the Gerry Conlon story**. Newbridge: Merrion Press, 2017.
- PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional**. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEOPLE, Edward E. **Criminal procedures: a critique of the court's development, and the application of the bill of rights**. 5. ed. Forestville: Edward E. Peoples, DPA, 2015.

- PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo legal.** Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PLAYFAIR, Giles, e Derrick SINGTON. **Prisão não cura, corrompe.** Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1965.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- PRINS, Adolph. **Ciência penal e direito positivo.** Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília Jurídica: Brasília, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Antonio Amado, 1979.
- RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RAO, Vicente Paulo Francisco. **O direito e a vida dos direitos.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- RAUXLOH, Regina. **Plea bargaining in national and international law: a comparative study.** New York: Routledge, 2012.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 6. São Paulo: Saraiva, 1979.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX-1914-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ROCCO, Alfredo. **Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale: testo del nuovo codice di procedura penale con la relazione a su amesta il re del guardasigilli (Rocco).** v. XII. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1930.

- ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. Tradução Rodrigo Naranjo. Bogotá: Temis, 1982.
- RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda., 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da, e Paola Bianchi WOJCIECHOWSKI. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021.
- ROSE, R. S. **Uma das coisas esquecidas: Getúlio Vargas e controle social no Brasil (1930-1954)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- ROSEMBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. 4. ed. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: 1978, 1978.
- ROXIN, Claus. **Estudios de derecho penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal e el proceso penal**. Tradução Camen Gómez Rivero y María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- RUBIANES, Carlos J. **Manual de derecho procesal penal**. v. I. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.
- SALLES JR., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SANTOS, Fernando Nascimento dos. **Violência policial blindada e defesa técnica mitigada: contradições da fase pré-processual da persecução penal**. v. I, In: *Direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial*. Evandro Piza DUARTE, Fernando Nascimento dos SANTOS e Camilla MAGALHÃES, 238-268. eBook Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau**. IBCCRIM, 2019.

- SANTOS, Tiago Gregório de Vieira. ***A ampla defesa e o contraditório são aplicados ao inquérito policial?*** Rio de Janeiro: Clube de Autores, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha: da constituição da igreja de São Paulo à lei fundamental.** Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.
- SCHIMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: **Revista Liberdades (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, 2012.
- SCHWARTZ, Bernard. **Los poderes del gobierno: comentario sobre la constitución de los estados unidos.** Tradução José Juan Olloqui Labastida. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- SEELING, Ernst. **Manual de criminologia.** Tradução Guilherme de Oliveira. Vol. v. 2. Coimbra: Arménio Amado, 1960.
- SHINDLER, Enrique Ortíz; RAMÍREZ, Marco A. Medina; GALDAMES, Cristián Soto. **Manual del nuevo proceso penal: actualizado de acuerdo a la ley 20.000 y 20.074.** 3. ed. Santiago, 2011.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (Coord.). **Manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (Coord.). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** 3 ed. Natal, Rio Grande do Norte: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal.** Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Jurisdição criminal: sugestões e análises dos dados do GMF/5R.** Natal: OWL, 2021.

- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 4. ed. Natal: OWL, 2022.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Prisão processual: distinções relevantes entre a prorrogação e a revisão nonagesimal. v. 2. In: **Código de processo penal:** estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Guilherme MADEIRA, Gustavo BADARÓ e Rogério Schietti CRUZ, 18. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (Orgs.). **Política criminal:** monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquérito policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos. Natal: OWL, 2022.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (Orgs.). **Projeto do novo código de processo penal: temas fundamentais.** Natal: OWL, 2022.
- SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel.** João Marcello de (Org.) ARAÚJO JÚNIOR, 17-43. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição:** outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SILVINA, M. Romano (org.). **Lawfare:** guerra judicial y neoliberalismo en america latina. Buenos Aires, Servilla e Madrid: Mármol/Izquierdo Editores - eBook, 2019.
- OPERAÇÃO Nenúfar: o caso Asunta. Direção: León Siminiani. Netflix, 2017.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Processo penal:** comentários à lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.
- SÓCRATES, José. **Só agora começou.** Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2021.
- SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil.* Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e Daniel SARMENTO. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUZA, Gabriel Lucas Moura. **As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional:** (re)análise dos princípios informadores. Natal: Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017.



- SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury**. São Paulo: Globo, 2000.
- SOUZA, Rodrigo Telles. **A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- SPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Mireille (Org.) DELMAS-MARTY, tradução Fernando de Freitas Franco, 85-97. Barueri: Manole, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2013.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TOBIN, Jeffrey. **American crime story: o povo contra O. J. Simpson**. Darkside Books, 2017.
- TOK de história. Tokdehistoria. 2014. Disponível em: <https://tokdehistoria.com.br/> Acesso em: 11 de jun. de 2023).
- TOSCANO JR, Rosivaldo. *O cérebro que julga: neurociência para juristas*. Florianópolis: Emais, 2022.
- TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guilherme M. **O processo de tiradentes**. São Paulo: Conjur Editorial, 2007.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1984.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. v. 3 e 4 v. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

- TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: **Processos penais da Europa**. Mireille (org.) Delmas-Marty, tradução com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr Tradução Fauzi Hassan Choukr, 673-717. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- VARELLA, Drauzio. **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- VAZ, Francisco António Lourenço. **O ensino dos jesuítas na universidade de Évora: uma leitura dos primeiros estatutos**. In: História da educação. 2016.
- VILE, John R. **A companion to the united states constitution and its amendments**. 3. Praeger, 2001.
- VOGLER, Richard. Due process. In: **Comparative Constitutional law**. Andrés SAJO e Michel ROSENFELD, 929-947. New York: Oxford University Press, 2013.
- VOLTAIRE, François Marie Aouet de. Cartas inglesas, tratado de metafísica, dicionário filosófico, o filósofo ignorante. In: **Os pensadores**. Tradução Bruno da Ponte e João Lopes Alves Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril cultural, 1984.
- WACQUANT, Loïc. Foreword: probing the meta-prison. In: **The globalization of supermax prison**. Jeffrey Ian ROSS. New Brunswick, New jersey and London: Rutgers University Press, 2013.
- WALMSLEY, Roy. World prison population list. World prison brief. In: **Institute for Crime and Justice Policy Research**. London: Birkbeck, 2018.
- WALSH, Dylan. **Why U.S. criminal courts are so dependent on plea bargaining**. The Atlantic. 2 de 5 de 2017. <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/> (acesso em 18 de 5 de 2020).
- WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte geral**. 11. Tradução Juan Gustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Doutrina penal nazista**. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. New York: Good Books, 2014.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.