

Antonio Magalhães Gomes Filho, o princípio da presunção de inocência na Const. de 1988 e na Convenção Americana sobre Dir. Hum. R.A.D. n.42 p.30-34.

"O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA)."

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Procurador de Justiça. Professor Doutor da Universidade de São Paulo.

1. Na interpretação das normas jurídicas, o processo gramatical, conquanto o primeiro na ordem metodológica, não é seguramente o mais importante; daí a generalizada desaprovção da melhor doutrina ao excessivo apego aos vocábulos na exegese dos textos legais, pois, como ponderou Maximiliano, "o dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas"¹⁰.

A advertência se torna ainda mais procedente quando se tem em conta o "significado emotivo"¹¹ de certas palavras ou expressões que, em pregadas no discurso jurídico, têm o condão de despertar atitudes de aprovação ou desaprovção, transformando a tarefa de interpretação em terreno propício a disputas ideológicas.

Essas observações são fundamentais quando se trata da "presunção de inocência", princípio fundamental do processo penal fixado originariamente pela "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, e só recentemente introduzido no nosso ordenamento, de forma expressa, pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988.

É que, dentre as muitas resistências opostas à sua efetiva aplicação, especialmente quando se postula uma nova leitura de determinados textos da legislação infraconstitucional,

tem sido freqüentemente invocado o argumento literal, afirmando-se que o constituinte não o teria adotado em sua significação original, limitando-se a declarar uma "não culpabilidade", de extensão menos abrangente¹².

2. Ocorre, entretanto, que esse argumento deixou de ter autoridade entre nós, desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no "Diário Oficial" de 09.11.92, pág. 15.562 ss.

Com efeito, ao tratar das garantias processuais, a referida Convenção assegura expressamente que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (artigo 8, 1, primeira parte). É referida disposição tem valor de preceito constitucional, pois a Carta de 1988 é expressa a respeito, no seu artigo 5º, 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

ca Federativa do Brasil seja parte".

Assim, a partir da referida publicação, a "presunção de inocência" constitui princípio informador de nosso processo penal assegurado por duas fontes legislativas: o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, em que se declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", e o artigo 8, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que também tem força de regra constitucional.

3. Embora sempre entendendo que no caso se trata de um postulado político, com raízes históricas bem determinadas e que por isso não deveria sofrer restrições decorrentes desta ou daquela fórmula utilizada pelo legislador¹³, pensamos que as duas redações

se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia.

Na verdade, desde o texto adotado na proclamação original, contida no artigo 9º da "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão": "Tout homme éant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi" - é possível entrever um duplo significado: de um lado, regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida (*éant présumé innocent*); de outro, princípio que impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade (*pour s'assurer de sa personne*).

Nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de *presunção*, enquanto em outras se prefere a referência ao *status* do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate, a nosso ver, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado¹⁴.

No Brasil, diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente gramatical.

4. Como regra probatória, a consagração da presunção de inocência constituiu reação ao aparato repressivo do *ancien régime*, herdado do sistema primitivo das ordálias, no qual o acusado não era um simples suspeito da prática de uma infração penal, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública e que, portanto, tinha o encargo de destruir as aparências, comprovando a própria inocência. Além disso, quando não fosse possível chegar-se a uma conclusão segura sobre a culpabilidade, era possível aplicar-se ao réu uma pena *extrajudicial*, ao invés da absolvição, ou então deixar-se o processo suspenso, até o surgimento de provas conclusivas¹⁵.

E sua consequência mais elementar, nessa matéria, é fazer recuar exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, pois as presunções, como é sabido, importam na dispensa do referido encargo para quem as tem e a seu favor. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos argüidos deve levar à absolvição; nesse ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima *in dubio pro reo*.

Não se esgotam aí, entretanto, as implicações do preceito no âmbito da prova.

Lembre-se, em primeiro lugar, que a presunção, antes de inverter o ônus da prova, altera-lhe o objeto¹⁶. Nessa perspectiva, o processo penal orientado pelo princípio da presunção de inocência deve visar à verificação da existência dos fatos imputados e não à investigação sobre as culpadas do acusado, como muitas vezes sucede; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase do inquérito policial, pois é a imputação - e não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base - que deve ser demonstrada.

"O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)."

Também merece atenção, especialmente diante da proclamação contida na Convenção Americana, agora integrante do nosso ordenamento, a questão da *metodologia* do procedimento probatório. Viu-se, com efeito, que o referido texto exige, para superação da presunção de inocência, que se comprove *legalmente* a culpa do acusado. E isso, embora não constitua novidade absoluta, reforça a convicção de que somente um processo informado pelo contraditório, pela "igualdade de armas", pela proibição de provas ilícitas, etc., pode ser apto a fornecer elementos idôneos para a aferição da culpabilidade.

Em outras palavras, nenhum dado probatório pode ser utilizado contra o acusado se não for obtido e produzido de acordo com os cânones da lei. E a infringência aos preceitos legais, nesse caso, não pode ser entendida como irregularidade que leva à nulidade meramente relativa, como faz supor o artigo 571º CPP, mas deve conduzir ao reconhecimento da própria inexistência do elemento de prova.

Outra decorrência do preceito constitucional, ainda no terreno da prova, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar

(1) - Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª Ed., Rio, Freitas Bastos, 1947, p. 131.

(2) - Sobre o denominado "Significado Emotivo" das Palavras da Lei, V. Genaro R. Garcia, *Notas sobre Direito Y Linguagem*, 2ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, p. 22-5.

(3) - V., por todos, TSP, RC 95.377-3, 1ª Câm. Cím., Rel. Des. Forés Barbosa, RT 638/293. Esse mesmo tipo de interpretação adotada no artigo 27 da Constituição de 1948, Cf. Giulio Gianini, *La presunzione d'innocenza dell'Inquisitor*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 22-3.

(4) - Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e Fato de Causa*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 35-7.

(5) - Mario Chiavaria, *Processo e Garantia Della Persona*, Milano, Giuffrè, 1992, Vol. II, p. 12.

(6) - Mario Pisaní, *L'Assoluzione per insufficienza di prove: Prospettive storico-sistematiche*, Il Foro Italiano, 5-74-5, 1967.

(7) - Canale R., *Dinamismo A Instrumentalidade do Processo*, Tex. São Paulo, 1996, p. 413, Nota 33,1,1.

o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio já-mais pode ser interpretado desfavoravelmente, como ainda prevêm certas disposições de lei ordinária (artigos 186 e 198 do CPP)

Finalmente, ainda em matéria probatória, coloca-se discussão sobre a legitimidade de uma fórmula de absolvição baseada na insuficiência de provas, ou seja, no reconhecimento de que há elementos para o reconhecimento da culpabilidade, só que duvidosa. Na doutrina brasileira, Damasio de Jesus lembra que o artigo 386, VI, do CPP, que prevê como motivo de absolvição não existir prova suficiente para a condenação, é incompatível com o princípio. Pois se há nos autos a existência da prova de um fato e ela apresenta dúvida razoável, esse fato deve ser considerado não provado⁽⁸⁾.

Creemos que a ponderação é pertinente, mas, ao mesmo tempo, não se pode perder de vista que a regra do artigo 386, VI, contém uma orientação para o juiz, indicando-lhe que no caso de dúvida a solução deve ser absolutória, o que está de acordo com a presunção de inocência. A questão fundamental não reside, assim, na previsão da fórmula dubiativa, mas nas consequências que possam ser dela extraídas. Assim, viola o princípio constitucional, não a absolvição com base no *in dubio pro reo*, mas eventual tratamento desfavorável ao réu absolvido com tal fundamento.

5. Mas, além de regra situada no domínio da prova, com as implicações até aqui referidas, a presunção de inocência constitui também preceito fundamental que deve orientar o tratamento do acusado durante todo o transcorrer do processo, até o

trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória.

Como tem sido ressaltado em importantes estudos sociológicos, o processo penal é sobretudo um cerimonial de degradação do status social do indivíduo submetido à persecução. E os sistemas jurídicos freqüentemente se utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos da repressão⁽⁹⁾.

A proclamação constitucional da presunção de inocência, vista então como regra de tratamento, realinha o valor da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado e traduz, assim, norma de comportamento diante do acusado: antes de uma condenação definitiva, é intolerável qualquer punição antecipada ou qualquer medida que importe em reconhecimento prévio da culpabilidade.

É evidente que a simples enunciação formal desse preceito fundamental de civilidade não modificará, desde logo, o comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face dos envolvidos com o aparato judiciário-criminal. Nunca será demais, entretanto, realçar suas inúmeras implicações nesse terreno.

Assim, desde logo vêm à mente as situações, práticas, gestos e palavras em que se exprimem verdadeiras antipatias do juiz condenado. Pense-se, por exemplo, na emblemática posição solitária e de inferioridade destinada ao réu no próprio espaço físico das salas de julgamento: *chacun prend la place qui lui est assignée par le rite; le président en haut du tribunal, l'accusé à droite, la défense à gauche, les témoins devant lui, le public au fond, s'écrasant contre une barrière, et debout dans son box, le héros, sit-*

perberment solitaire⁽¹⁰⁾.

Entre nós e à vista dos princípios afirmados pela Constituição de 1988, James Tubenclak ressaltou a impropriedade de manter-se o acusado em exposição humilhante no barco dos réus, postulando que em face da exigência da ampla defesa, deveria o mesmo tomar assento junto ao defensor, podendo informá-lo, a todo o tempo, de eventuais detalhes e circunstâncias importantes sobre o fato, durante o julgamento⁽¹¹⁾.

Do mesmo modo, a prática de manter-se o acusado algemado durante audiências ou sessões de julgamento, sem efetiva necessidade, constitui intolerável assímetria entre a pessoa a ser julgada e alguém cuja culpabilidade já está definitivamente asserida, violando o princípio da presunção de inocência, além de comprometer o clima de isenção que deve permear as atividades judiciais⁽¹²⁾.

(8) - Damasio de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, 7ª Ed., 1989, p. 639 em *Sentença Comentada*, TRACRIMSP, Ap. 653, 663-9, Rel. Juiz Barbosa de Almeida, RT 677377.

(9) - Lawrence M. Friedman, *O Sistema Jurídico Nela: Progresso e Declínio Social*, Trad. Giovanni Turello, Boleyn, II Malmo, 1978, p. 184-9.

(10) - *A frase é de Roger Grenier, citado por Antoine Garçon, L'Accusé Portant Des Repliques*, Essai Sur Le Rite du Jugement, Paris, Centurion, 1983, p. 91.

(11) - James Tubenclak, *Tribunal do Juri*, *Contradições e Soluções*, 2ª Ed., Rio, Forense, 1990, p. 109-10.

(12) - A propósito, já examinou o TISE que "fritio o algemamento do juri se o réu permanece algemado durante o desenrolar dos trabalhos, sob alegação de ser perigoso, eis que tal circunstância interfere no espírito dos jurados e, consequentemente, no resultado do julgamento, constituindo constrangimento ilegal que dá causa a nulidade" (Ap. 74.542-3, 2ª Cam. Crim., Rel. Des. Renato Tadi, RT 643285, em sentido contrário, TISE, Ap. 112.836-38, 6ª Cam., Rel. Des. Nelson Fonseca, RT 675271, com voto vencedor do Des. Márcio Botelho, V. TR. Antonio Magalhães Gomes Filho, sobre o uso de algemas no julgamento pelo juri, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº de Inqumatio, p. 110-115, 1992.

Lembre-se, ainda, a questão da privacidade daqueles que são submetidos à persecução penal, pois a Constituição, além de considerar o acusado inocente até o trânsito em julgado da decisão condenatória, também declara "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (artigo 5º, X). Portanto, intolerável os abusos freqüentemente praticados pelos meios de comunicação na divulgação de fatos relativos a investigações policiais ou processos criminais, que atentam não somente contra a pessoa, mas que repressam intromissão indevida na própria atividade jurisdicional⁽¹³⁾.

6. Outras repercussões do princípio da presunção de inocência, na temática do tratamento do acusado, ainda poderiam ser mencionadas, mas, para os fins limitados deste trabalho, mereceriam uma última consideração os aspectos relacionados à prisão anterior à condenação definitiva.

Diga-se, desde logo, que em nenhum momento se postula a total abolição das modalidades de prisão anterior à condenação pelo princípio examinado, até porque o próprio texto constitucional admite expressamente a prisão em flagrante e outras modalidades, desde que resultem de "ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente" (artigo 5º, LXV).

O que se sustenta, na verdade, é que a disciplina legal dessas medidas deve ser revista, diante do novo texto constitucional, pois no modelo de processo penal consagrado pela Constituição definitivo da culpa só pode ter caráter cautelar, como instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados⁽¹⁴⁾.

Assim, a imposição de qualquer medida restritiva da liberdade do acusado, antes da condenação de-

fnitiva, deve resultar de um provimento jurisdicional em que se demonstre, em primeiro lugar, a probabilidade de existência do direito de punir - *ius puniendi* - que a nossa lei processual identifica com a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, além disso, como clientes de autoria, além disso, como segunda cautelar para a decretação de concreta verificação do perigo de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional - *periculum in mora* -; neste último caso, a constatação sobre a existência desse risco deve ser feita de forma plena e aprofundada, para que se demonstre a efetiva necessidade da providência excepcional.

7. Dentre as hipóteses legais que autorizam a *prisão preventiva* (artigo 312 CPP), parece-nos que somente a "conveniência da instrução criminal" (cautela instrumental) e a necessidade de se "assegurar a aplicação da lei penal" (cautela final) poderiam justificar uma privação antecipada da liberdade do acusado.

Na prisão por "garantia da ordem pública", é forçoso reconhecer que há o emprego de um recurso teórico pelo legislador, vinculando-a a um conceito que não pode ser corretamente delimitado e cujo real significado depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos, conferindo aos juizes um amplo poder discricionário, incompatível com os limites de legalidade fundamentais nessa matéria⁽¹⁵⁾.

Geralmente, à tábua de "ordem pública" relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadraram nas exigências de caráter cautelar previamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exempla-

(13) - No sentido de imediata reatização ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, também, em "prevenção especial", assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes, pois uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.

Nessas situações, parece claro que não se trata de uma prisão de natureza cautelar, adotada excepcionalmente no interesse do próprio processo, mas de uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que presuppõe o reconhecimento da culpabilidade, violando o princípio constitucional examinado.

(14) - Ainda no tema da prisão anterior à condenação definitiva, merecem ser mencionadas as situações em que a prisão é decretada pelo STF no julgamento do RHC 86.631-1-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 23.08.91, p. 11285. "A Criminalidade do Crime Imputado, em dor Malinadasas Crinas Haldondu (Lei nº 8.072/90), não basta à justificação do pedido preventivo, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo e só se legitima quando o mesmo se mostrar necessário; não serve a prisão preventiva, nem a Constituinte permitiu que fosse posto isso utilidade a punir sem processo, em atenção à grande do crime imputado, do qual, entretanto, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Artigo 5º, LVII)".

(15) - Luiz Alberto Werat, *O direito e sua linguagem*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984, p. 70-1, 2ª versão.

ce especial atenção a questão da prisão decorrente de pronúncia ou de sentença recorrível. Como se sabe, segundo a redação dada aos artigos 408, 2º, e 594 CPP pela Lei nº 594/173, somente os réus primários e de bons antecedentes podem aguardar o julgamento pelo júri ou apelar em liberdade.

Existe no nosso ordenamento, assim, uma duplicidade de fundamentos para a custódia antes da sentença definitiva: antes da pronúncia ou da sentença de primeiro grau, a cognição cautelar refere-se ao *periculum liberantis*, que pode indicar, ou não, a necessidade da prisão. No momento da pronúncia ou da sentença, deve o juiz proceder a um novo exame da medida, agora voltado à constatação de dados sobre os antecedentes do acusado.

Essa diversidade de critérios dá lugar a perplexidades, tanto assim que a jurisprudência inclinou-se, desde logo, a não permitir que o réu já preso preventivamente pudesse obter a liberdade por ocasião da pronúncia ou da condenação sujeita a recurso, ainda que primário e de bons antecedentes⁽¹⁶⁾.

Com a consagração do princípio da presunção de inocência pelo novo texto constitucional, surgiu a indagação, absolutamente pertinente, sobre a subsistência dessas duas formas de prisão processual, que não exigem o exame do *periculum liberantis*. Mas a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça assentou a ab-

soluta insensibilidade do sistema processual ao novo preceito constitucional: a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Apesar do entendimento sumulado, a elaboração jurisprudencial continuou a questionar a pertinência daquelas regras legais, especialmente diante do contra-senso em admitir que o réu permanecesse solto durante o processo, porque não foi julgada necessária sua prisão, e, para recorrer, ainda presumido inocente, tivessem que apresentar-se à prisão⁽¹⁷⁾.

Essa incongruência do sistema legal ficou ainda mais evidente com a edição da Lei nº 8.072/90, referente aos chamados crimes hediondos, que em seu artigo 2º, § 2º, dispõe que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Verifica-se, assim, mais um contra-senso: em delitos particularmente graves o recurso em liberdade poderá ser admitido em face da não necessidade da prisão do réu, ao passo que nos demais crimes a exigência é obrigatória para os não primários, ou que simplesmente registrem qualquer antecedente.

Com a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao nosso ordenamento, um novo dado deve ser acrescentado à tormentosa questão: é que o referido texto, que contém regras de índole

constitucional (artigo 5º, 2º, CF), declara expressamente constituir garantia mínima do processo penal o direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior (artigo 8, 2, letra "h"). Desse modo, o direito de recorrer em liberdade, fora dos casos em que a prisão seja necessária, passa a ser garantido no direito brasileiro não somente pelo princípio da presunção de inocência (CF, artigo 5º, LVII, e CADH, artigo 8º, 2), mas também pelo artigo 8º, 2, letra "h", CADH, que assegura o duplo grau de jurisdição.

9. Outras tantas questões fundamentais do processo penal poderiam ser discutidas à luz do princípio da presunção de inocência. O que pretendemos com este trabalho foi apenas trazer ao debate o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja incorporação ao nosso ordenamento, além de propiciar um renovado interesse pelo tema, certamente representará um marco decisivo para a construção de uma sociedade em que prevaleçam os valores inerentes à pessoa.

(16) - TSP, RT 337282; STF, RHC 54.430. DJO 26.11.76, p. 10203.

(17) - TSP, HC 94.619-3. Rel. Congonça de Almeida, j. 24.7.90; HC 107.077-3. Rel. Eduardo Pereira, j. 13.5.91; HC 137.087-3/1. Rel. Augusto Maria, j. 30.11.92; TACRIMSFP, HC 191.442-0. Rel. Cante Maura, RT 6582097. Ap. 353.2450. Rel. Sampa Rego. RIDDTACRIM 5/163; TARS, HC 290102029. Rel. Raulojo Vieira. TARS 75711.