



## Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência

(ROBERTO DELMANTO JUNIOR)

### I. O princípio *favor libertatis*

A liberdade, essa virtude suprema, o mais precioso bem de todos aqueles inerentes à vida, é fundamental, como lembra o jusfilósofo **Luis Recaséns Siches**, para que o ser humano seja capaz de se desenvolver, de colocar em prática seus potenciais, como "*uma criatura filha de Deus com a perspectiva de autosalvação*"<sup>(1)</sup>, ou seja, de realização pessoal, de desenvolvimento dos seus talentos naturais e de sua vocação.

Ainda segundo **Siches**, é com base no pensamento cristão, lendo-se no Antigo Testamento que "*o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus*", que o valor da dignidade da pessoa humana adquiriu maior relevo, convertendo-se em "*postulado básico da cultura ocidental*"<sup>(2)</sup>.

Assim, ao se desenvolver, o ser humano precisa gozar de liberdade, tanto em seu aspecto negativo (direito de não ser incomodado, ou seja, a intimidade) quanto positivo (direito de livre manifestação, e participação no seio social).

Por ser tão fundamental à própria existência humana, a tutela da liberdade, ao lado da dignidade, exsurge, inegavelmente, como um verdadeiro **princípio geral do Direito**, que está acima da lei escrita, consubstanciando-se em um **direito fundamental natural**, em virtude do qual sempre, com incansável e perene continuidade, dever-se-á favorecer a liberdade.

Com efeito, já em inúmeras enunciações do digesto do **Corpus iuris civilis**, elaborado por ordem de Justiniano e publicado em 533 d.C., encontram-se referências nesse sentido, ou seja, ao princípio *favor libertatis*<sup>(3)</sup>.

E a partir do momento em que esse princípio fundamental do Direito é reconhecido e reafirmado expressamente pelas codificações dos povos civilizados, a tutela da liberdade adquire, ainda mais, irrefutável conota-

ção de **liberdade jurídica**, coibindo-se ingerências arbitrárias, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade, nas esferas mais íntimas de cada um, bem como também vedando-se injustificáveis impedimentos a uma ativa participação na sociedade, como pode se dar com a exclusão social de uma certa parcela de cidadãos em virtude, por exemplo, de racismo ou preconceito.

Por outro lado, a incidência do princípio *favor libertatis* não se dá, tão-somente, no processo de elaboração dos ordenamentos legais, mas, também, se traduz em uma insofismável diretriz à atuação dos órgãos e agentes estatais na ação judiciária, no sentido de que ela deve ser admitida **somente na medida do estritamente necessário** à manutenção da harmonia social.

E assim enfatiza o ex-primeiro ministro português **Marcello Caetano**, asseverando que "*o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida do estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais*"<sup>(4)</sup>.

### II. A incidência do princípio *favor libertatis* no processo penal

Em sendo a **proteção dos direitos individuais naturais** a fonte de toda a ordem jurídica, o seu fim teleológico, erigindo-se como condição, inclusive, para a própria existência de uma sociedade livre de represões gratuitas ou preconceituosas e que fomenta o desenvolvimento cultural, econômico, etc., o processo penal exsurge sobretudo como um **instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado**, e não simplesmente como um mecanismo que vise, tão-só, dar meios aos órgãos e agentes estatais para a descoberta da verdade e viabilizar a punição ou a imposição de medida de segurança àqueles que tenham violado a lei penal<sup>(5)</sup>.

Nesse sentido, já em 1853 escrevia o autor lusitano **F. J. Duarte Nazareth** que o processo penal é um instrumento "*d'escudo á honra, á liberdade individual, e aos direitos dos cidadãos*"<sup>(6)</sup>, pensamento também adotado, entre nós, por **João Mendes de Almeida Júnior**, no sentido de que "*as formas asseguram a liberdade dos indivíduos*"<sup>(7)</sup> e **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, para quem o processo penal é um instrumento da liberdade<sup>(8)</sup>.

E a maior prova de que a rígida e perene observância do princípio *favor libertatis*, principalmente no processo penal, é tão fundamental quanto a **própria manutenção da Democracia**, é a verificação de que as ditaduras com frequência se utilizam justamente do processo penal para impor o seu regime de exceção. Em consonância com esta observação, **Julio B. J. Maier**<sup>(9)</sup> aduz que o processo penal pode ser visto como um **termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de uma nação**.

Dada a sua relevância, o processo penal encontra, como é cediço, além de inúmeras preceituções em nível ordinário, regramentos de índole constitucional, ou seja, normas processuais penais constitucionais, espelhando-se o princípio *favor libertatis*, aí, na garantia da **presunção de inocência**, a qual já aparecia no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>(10)</sup>, fruto do movimento iluminista, com vistas a banir, naquela época, o sistema da prova legal e da tortura, buscando-se a implementação do sistema da **livre apreciação da prova**<sup>(11)</sup> e eliminando, outrossim, o pensamento de que o suspeito é que deveria provar a sua inocência perante a sociedade, como ensina **Antonio Magalhães Gomes Filho**<sup>(12)</sup>.

Mais modernamente, o direito à chamada presunção de inocência aparece em inúmeros diplomas internacionais, como nas recomendações constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>(13)</sup>, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>(14)</sup> e no Pacto de San José da Costa Rica<sup>(15)</sup>.

E foi através desses últimos dois diplomas internacionais, e em função do § 2º do art. 5º da Constituição da República, que o direito expresso à "**presunção de inocência**" restou **incorporado** à nossa Constituição da República, **ampliando-a**, ao menos os que





entendem que o inc. LVII, do mesmo art. 5º<sup>(16)</sup>, não comporta presunção nenhuma, mas mera **desconsideração prévia de culpabilidade**, permanecendo o *status* do acusado, assim, equidistante tanto da inocência quanto da culpabilidade.

A presunção de inocência, portanto, passou inquestionavelmente a ser um **direito garantido por nossa Constituição**, cuja aplicação é imediata em decorrência da conjugação dos §§ 1º e 2º do referido art. 5º.

Atente-se, por outro lado, que mesmo para aqueles que possam imaginar haver eventual conflito entre a nossa *Magna Carta* e os dois tratados internacionais referidos, no tocante à desconsideração prévia de culpabilidade e à presunção de inocência, a norma que deve prevalecer será sempre *"a mais benéfica ao indivíduo, titular do direito"*, nas palavras de **Flávia Piovesan**<sup>(17)</sup>.

Passemos, então, à análise do conteúdo dessa presunção e das posições doutrinárias acerca de sua admissibilidade.

Realmente, foram muitas as vozes no passado que se insurgiram contra a presunção de inocência, entendendo-a inaceitável. Segundo **Manzini, Gabrieli e Consentino**, lembrados por **Bento de Faria**, a presunção de inocência seria uma inaceitável extravagância, reflexo de exagerados e inconseqüentes excessos dos iluministas<sup>(18)</sup>. No mesmo sentido se manifestam, também, **Giuseppe Sabatini**<sup>(19)</sup> e **Carlo Umberto Del Pozzo**<sup>(20)</sup>, salientando que o fato do acusado não poder ser considerado culpado antes de decisão penal condenatória passada em julgado não autoriza que ele seja, todavia, presumido inocente; ele estaria, nas palavras de **Del Pozzo**<sup>(21)</sup>, em posição neutra, equidistante da inocência e da culpabilidade. Entre nós, podemos lembrar, ainda, **Inocêncio Borges da Rosa**<sup>(22)</sup>, que igualmente assim se posiciona.

Nessa esteira, também, **Manzini** formula a seguinte indagação: *"Se si presume l'innocenza dell' imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui?"*<sup>(23)</sup>.

Por outro lado, em sentido favorável à presunção de inocência, entre os autores estrangeiros de outrora, podemos lembrar **Bettiol, Longui, Pezzatini e Bellavista**<sup>(24)</sup> e, em meio a autores atuais, **Esteban Romero Arias**, para quem *"o direito à presunção de inocência é um ideal, uma forma de ver a realidade"*<sup>(25)</sup>, **M. Cobo Del Rosal** e **T. S. Vives Anton**, asseverando que a presunção de inocência deve ser entendida como *"regra de tratamento"*<sup>(26)</sup>, **Eladio Escusol Barra**, esclarecendo que *"todas as garantias em respeito ao acusado descansam em uma base: a presunção de inocência"*<sup>(27)</sup>, e **Mario Pisani**, lembrado por **Antonio Magalhães Gomes Filho**, para o qual há uma *"presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja, a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal"*<sup>(28)</sup>.

Inquestionavelmente a presunção de inocência, como expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda muito maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema da prova legal. Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é **tratado** durante o processo, como devem ser tuteladas a sua **liberdade, integridade física e psíquica**, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu *status*, mesmo que presumido, de inocente.

ca, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu *status*, mesmo que presumido, de inocente.

E não obstante o processo penal, diante da sua natureza, seja *a priori* avesso a presunções, pautando-se pela obtenção de provas concretas, o acolhimento, pelo Brasil, dos referidos tratados internacionais inegavelmente impôs no âmbito processual penal uma **presunção legal relativa** (*juris tantum*) de que o suspeito, o indiciado, preso em flagrante ou não, o acusado e até o condenado que esteja recorrendo seja, por mais contraditório que isto eventualmente possa parecer para alguns, **tratado** legalmente como pessoa inocente.

## "O processo penal exsurge sobretudo como um instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado."

E em resposta à referida indagação de **Manzini**, podemos afirmar que essa presunção legal — que em virtude de sua própria natureza de presunção pode muito bem não refletir a realidade<sup>(29)</sup> e às vezes desde logo parecer descabida pela evidência das provas que vão surgindo durante o desenrolar da persecução penal —, acabou se consubstanciando em um **verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido**, incumbindo ao Estado, unicamente através da persecução penal, **desconstituir essa presunção**, que só cederia, outrossim, com o trânsito em julgado da condenação, devidamente fundamentada em provas lícitas e incontestes<sup>(30)</sup>, proferida *"após o desenrolar do devido processo penal"*<sup>(31)</sup>.

Assim, não sendo a presunção de inocência incompatível com a realidade, traduzindo-se na maior expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, restam tuteladas **não só a liberdade e a dignidade de todos que se vêem envolvidos em uma persecução penal, mas, também, a própria legitimidade da atuação do Poder Judiciário, resguardando-se, igualmente, a dignidade de seus órgãos e agentes.**

## Notas

(1) *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1959, pp. 560-561.

(2) Idem, p. 550.

(3) Por exemplo, em **Décio**: *"Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari"* (É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente), e em **Ulpiano**: *"Satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari"* (É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente) (apud **Esteban Romero Arias**, *"La Presunción de Inocencia"*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p. 18).

(4) *"Direito Constitucional"*, 1977, pp. 374 a 377, apud **João Melo Franco** e **Herlander Antunes Martins**, *"Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos"*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 399.

(5) Cf. **Fernando Gómez de Liaño**, *"El Proceso Penal - Tratamiento Jurisprudencial"*, Olviedo, Editorial Forum, 1992, p. 19 e **Julio B. J. Maier**, *"Derecho Procesal Penal Argentino"*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, tomo I, p. 112.

(6) *"Elementos de Processo Criminal"*, 3ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 25.

(7) *"O Processo Criminal Brasileiro"*, 4ª ed., Rio

de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1959, vol. I, p. 14.

(8) Citado por **Cândido Rangel Dinamarco**, in *"Processo de Conhecimento e Liberdade - Estudos em Homenagem..."*, São Paulo, RT, 1987, p. 256.

(9) *"Derecho Penal Argentino"*, Buenos Aires, Editoriales Hammurabi, 1989, tomo I, p. 118.

(10) *"Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arreter, toute rigueur qui ne serat pas necessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi"*.

(11) **Esteban Romero Arias** observa que, na Espanha, *"la constitucionalización de la presunción de inocencia ha significado la superación definitiva del sistema de valoración legal de la prueba"* (*"La Presunción de Inocencia"*, Pamplona, Aranzadi, 1985, p. 29).

(12) *"Presunção de Inocência e Prisão Cautelar"*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 10, nota de rodapé nº 4.

(13) *"Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"* (art. XI).

(14) *"Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa"* (art. 14, 2).

(15) *"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa"* (art. 8º, 2, 1ª parte).

(16) *"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*.

(17) *"Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional"*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 121-122.

(18) *"Codice di (sic) penale illustrato con i lavori preparatori"*, p. 85, in **Bento de Faria**, *"Código de Processo Penal"*, Rio de Janeiro, Jacintho, 1942, vol. I, pp. 110-111.

(19) *"Novissimo Digesto Italiano"*, Torino, UTET, 1968, tomo VIII, voce *"In dubio pro reo"*, p. 615.

(20) *"La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano"*, Torino, UTET, 1962, p. 103.

(21) Idem, ibidem.

(22) *"Processo Penal Brasileiro"*, Porto Alegre, Globo, 1942, vol. II, p. 278.

(23) Apud **René Ariel Dotti**, *"Princípios de Processo Penal"*, in RT 687/264.

(24) Apud **Carlo Umberto Del Pozzo**, *"La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano"*, cit., p. 103.

(25) *"La Presunción de Inocencia"*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p. 62.

(26) *"Derecho penal - Parte General"*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 79.

(27) *"Manual de Derecho Procesal-Penal"*, Madri, Editorial Colex, 1993, p. 70, in fine.

(28) *"Presunção de Inocência e Prisão Cautelar"*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 37.

(29) **Antonio Magalhães Gomes Filho**, referindo-se a **Jerzy Wroblewski**, esclarece que as *"presunções são normas de comportamento e através delas o legislador formula regras de 'dever ser' e não asserções sobre a realidade"* (*"Presunção de Inocência e Prisão Cautelar"*, cit., p. 36).

(30) Nesse sentido, cf. decisão do Tribunal Constitucional Espanhol nº 3/1990, de 15 de janeiro, in **Manuel Pulido Quecedo**, *"La Constitución Española - Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 607.

(31) Cf. **Roberto Delmanto Junior**, *"As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração"*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 59. Nesse sentido, cf., também, a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol nº 3/1990, de 15 de janeiro, in **Manuel Pulido Quecedo**, *"La Constitución Española - Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 607.

O autor é advogado em São Paulo, mestre e doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.