



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

PEDRO RAVEL FREITAS SANTOS

**TRIBUNAL DO JÚRI E A PRESUNÇÃO DE CULPA NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO: A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA
DECISÃO DE IMPRONÚNCIA**

Salvador

2017

PEDRO RAVEL FREITAS SANTOS

**TRIBUNAL DO JÚRI E A PRESUNÇÃO DE CULPA NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO: A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA
DECISÃO DE IMPRONÚNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Baiana de Direito como requisito para obtenção de título de Especialista em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Gamil Föppel El Hireche

Salvador

2017

SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Tribunal do Júri e a presunção de culpa no processo penal brasileiro: a inconstitucionalidade material da decisão de impronúncia**. 2017. 97f. Monografia (Pós-Graduação em Ciências Criminais) – Núcleo de Pós-Graduação, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

RESUMO

O presente trabalho investiga o instituto da impronúncia, característica do rito do júri, e sua possível inconstitucionalidade material. Trata-se de verificar se a situação de “indefinição” produzida pela impronúncia encontra guarida nos princípios que norteiam o processo penal brasileiro. Parte-se do pressuposto de que o processo é instrumento de garantia e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, dentre os quais a presunção de inocência e o devido processo legal (formal e substancial). Ademais, outros aspectos serão investigados, a saber: a duração razoável do processo, a ausência do dever de jurisdição e a possível manifestação de direito penal do inimigo na decisão em comento. Cuida-se de pesquisa teórica, de cunho crítico, que tem por marco teórico o garantismo penal elencado por Luigi Ferrajoli. O objetivo maior é apurar se, *in concreto*, o não dizer estatal fere direitos fundamentais do imputado, transcendendo-se, assim, a discussão processual penal e se valendo do aparato constitucional. Escolheu-se a vertente jurídico-dogmática por fornecer a doutrina, nacional e estrangeira, elementos propícios ao alcance dos objetivos desse estudo. Fundamental também o exame dos tratados e convenções internacionais que consubstanciam a principiologia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE:

IMPRONÚNCIA; JÚRI; PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA; GARANTISMO; DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; JURISDIÇÃO.

SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Tribunal do Júri e a presunção de culpa no processo penal brasileiro: a inconstitucionalidade material da decisão de impronúncia**. 2017. 97f. Monografia (Pós-Graduação em Ciências Criminais) – Núcleo de Pós-Graduação, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

ABSTRACT

The present work attempts to investigate the institute of ‘impronúncia’ and its possible material unconstitutionality. It shall analyze if the ‘vagueness’ created by such institute is in accordance with the principle of the Brazilian criminal procedure. It assumes that the procedure is an instrument of guarantee and application of citizen’s fundamental rights, among which the presumption of innocence e the due process of law (formal and materially). Furthermore, other aspects shall be analyzed, namely, the reasonable duration of the process, the absence of jurisdiction duty and the possible manifestation of the ‘Direito penal do inimigo’ in decisions. It is a theoretical research, with a critical intention, that has as its framework the theory created by Luigi Ferrajoli (‘Garantismo penal’). The main objective is to investigate if, *in concreto*, the fact that the State does not rend a decision may go against the indicted fundamental rights, and, thus, going beyond criminal procedure to constitutional law. It shall be conducted through an analysis of the current doctrine, national and international, for it supplies us with important elements within the scope of this research. The analysis of treaties and international conventions and their constitutional repercussion shall also be fundamental.

KEY WORDS: IMPRONÚNCIA; PRESUMPTION OF INNOCENCE; GARANTISMO; REASONABLE DURATION OF THE PROCESS; JURISDICTION.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A IMPRONÚNCIA NO RITO DO JÚRI: DA INSTRUÇÃO À QUESTIONÁVEL “DECISÃO”. OS CAMINHOS QUE LEVAM AO POSSÍVEL SACRIFÍCIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DESRESPEITO À JURISDIÇÃO	10
2.1 O TRIBUNAL DO JÚRI E O SISTEMA BIFÁSICO – ASPECTOS GERAIS	10
2.2 OS ATOS PRATICADOS ATÉ A IMPRONÚNCIA	12
2.2.1 As possíveis decisões ao final da primeira fase do rito do júri	15
2.2.1.1 Desclassificação	15
2.2.1.2 Absolvição Sumária	15
2.2.1.3 Pronúncia	15
2.3 IMPRONÚNCIA	16
2.3.1 Natureza jurídica da decisão de impronúncia – a discussão teórica do “nada jurídico”. Caminhos entre sentença terminativa ou decisão interlocutória	21
2.4 IMPRONÚNCIA: PRIMEIRAS CRÍTICAS E A INSUFICIÊNCIA TEÓRICA NO TRATAMENTO DA ABERRAÇÃO EM COMENTO	21
2.5 IMPRONÚNCIA: NOVO PROCESSO E O FENÔMENO DA REVISÃO CRIMINAL <i>PRO SOCIETATE</i>	23
2.6 IMPRONÚNCIA: ILEGÍTIMA AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO. O <i>NON LIQUET</i> EM PROL DA VINGANÇA ESTATAL	31
2.7 IMPRONÚNCIA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	33
3 AS FUNÇÕES DECLARADAS DO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE SUA COERÊNCIA EPISTEMOLÓGICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS COMO STANDARDS NA PROBLEMÁTICA PERSECUÇÃO PENAL	35
3.1 O PAPEL DO PROCESSO PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	35
3.1.1 A necessária transação de um Estado de Direito para um efetivo Estado Constitucional Democrático de Direito	36
3.1.2 A função do processo no <i>Estado Constitucional Democrático</i> de Direito	41
3.1.3 Da intrínseca relação entre direito penal e processo penal - Porque o direito penal	

mínimo depende, necessariamente, da lisura do procedimento	42
3.2 DA INEXISTÊNCIA DE UMA “TEORIA GERAL DO PROCESSO” APLICADA AO PROCESSO PENAL. INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE LIDE DO PROCESSO CIVIL.....	45
3.3 A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: PROCEDIMENTO COMO MARTÍRIO	46
3.3.1 Evolução da garantia da duração razoável do processo	50
3.3.2 O processo e o tempo: procedimento como martírio e o punir homeopático na decisão de impronúncia	51
3.4 IMPRONÚNCIA: A FUNÇÃO DA PRESCRIÇÃO E SEU PROVÁVEL DESVIRTUAMENTO. O OUTRORA INSTRUMENTO DE GARANTIA REVELA-SE, <i>IN CASU</i> , GARANTIA DO MARTÍRIO	53
4 IMPRONÚNCIA: QUANDO A PRESUNÇÃO DE CULPA SE DESVELA, SEM CONSTRANGIMENTO, NO PROCESSO PENAL TUPINIQUIM	56
4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRIMEIRAS NOTAS	56
4.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	57
4.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONTEÚDO DA GARANTIA E POSSÍVEIS LIMITAÇÕES	60
4.4.1 O “<i>in dubio pro societate</i>” no processo penal brasileiro	63
4.4.2 Breve incursão – acerca do recebimento da denúncia (mais uma demonstração da “proteção” à sociedade...	65
4.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA (OU: A “DEFESA SOCIAL” COMO PRINCÍPIO JUSTIFICADOR DO MALFERIMENTO DO ESTADO DE INOCÊNCIA)	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

Logo nos primeiros semestres da Faculdade de Direito, tomei gosto por assistir as sessões e julgamentos, sobretudo do Tribunal do Júri. Mais crédulo que hoje, enxergava no tribunal popular um espetáculo teatral digno da democracia e do princípio republicano.

Em uma das muitas visitas ao Tribunal do Júri, acompanhei um caso de repercussão na cidade do Salvador. Antes do início da sua explanação, o presentante do *Parquet* proferiu as seguintes palavras; descrevo-as como me recordo, portanto, sem pretensão de ser exato: **“Nessa sessão, deveriam se fazer presente, como réis, outras pessoas, que, entretanto, foram *impronunciadas*. Contudo, durante os próximos vinte anos, ou seja, até 2031, lutarei para colacionar novas provas e novamente denunciá-las, levando-as ao julgamento popular”**.

Nada mais vibrante e acalentador para a sociedade, e principalmente para um jovem que à época pensava a justiça como “justiçamento” e acusação como vingança. Com o tempo, mormente durante as leituras e aulas da cadeira de Penal, pude refletir melhor as palavras do Promotor, e hoje as considero temerárias.

Não é abominável o presentante, nem o Parquet, tampouco os órgãos de investigação. Repugnante é a lógica do processo penal brasileiro, que encontra na impronúncia expressão cristalina dos desmandos legislativos, da opção por condenar a qualquer custo, de perseguir não a versão mais provável do fato (amparada pelas garantias), mas acossar o acusado, de maneira pessoal.

Sem dúvida, aquele dia marcou meu aprendizado, porque diante de mim, em poucos segundos, fora apresentado o painel do processo penal tupiniquim: às favas a presunção de inocência, a duração razoável do processo, e tantos outros princípios, que somente servem como adorno nas bancas e tribunas desse país. Dessa experiência nasceu o gérmen desse estudo.

O presente trabalho pretende investigar o instituto da impronúncia, previsto no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Embora a doutrina nacional critique, frequentemente, o mencionado dispositivo, faz-se necessário estudá-lo, averiguando as bases e fundamentos da aludida decisão, perquirindo se tal regra encontra resguardo nos princípios penais constitucionais e nos parâmetros do garantismo penal.

Ou seja, em que pese certa concordância na ilogicidade e ilegitimidade, cuida-se de norma que continua no ordenamento, sem maiores e profundos questionamentos. O instituto que se investigará já integrava o Código de Ritos – promulgado sob a égide da Ditadura

Vargas –, é dizer: trata-se de estudar se essa previsão fora ou não recepcionada pela Constituição de 1988.

Nessa senda, parte-se do seguinte pressuposto: *para que o direito penal efetive as garantias que lhe são peculiares, mister a previsão de um instrumento legítimo, que respeite a principiologia constitucional e os direitos fundamentais que lhe são próprios.*

Não se conseguiria estudar todo o arcabouço processual, esgotando-se integralmente os corolários do devido processo criminal. Assim, analisar-se-á se a impronúncia se adequa à duração razoável do processo, à presunção de inocência e ao poder-dever do Estado de por fim aos casos que são submetidos à sua apreciação (jurisdição). Certo, contudo, de que outros aspectos do processo penal poderiam ser trazidos à tona, tarefa, todavia, impossível diante das limitações dessa monografia.

Com a impronúncia, o réu ficaria submetido a uma situação de insegurança, indefinição jurídica? Questiona-se dessa forma, pois, durante anos, não adquire o imputado a declaração formal de inocência. Ademais, do ponto de vista processual, se pode considerar tal “decisão” como prestação de jurisdição? Isso porque, nada decidiria, suspendendo uma situação jurídica até o advento da prescrição. Em face do exposto, pergunta-se: a impronúncia respeita os princípios penais constitucionais?

A hipótese que se coloca é: para obediência ao mandamento da segurança jurídica, bem como para a tutela da presunção de inocência e da razoável duração do processo, é indispensável a extirpação da decisão de impronúncia do Rito do Júri, evitando a situação de indefinição até o advento da prescrição.

Tomam-se como variáveis independentes a garantia do devido processo criminal, presunção de inocência e duração razoável do processo. A variável dependente é a eliminação da impronúncia do rito do júri, e como variável interveniente a prescrição no processo penal.

Os indicadores utilizados são doutrina, legislação e incipiente jurisprudência, haja vista a relativa indiferença dos Tribunais quanto ao que se tratará. A título de exemplo cita-se a Constituição Federal da República (1988) e o Pacto San José da Costa Rica, que funcionarão como indicadores da variável independente. O estudo doutrinário e de direito comparado socorrem essa pesquisa no que toca à variável dependente e interveniente.

Trata-se de pesquisa interdisciplinar, que transborda o direito processual e busca amparo no direito Constitucional. A vertente metodológica adotada é a jurídico-dogmática, vez que o estudo dogmático se sobrepuja, de modo que a doutrina nacional e estrangeira oferecem subsídios razoáveis para o cotejo da pesquisa. Contudo, imprescindível extrapolar a dogmática estrita, escolhendo-se, por isso, a linha crítico-metodológica. O tipo de raciocínio

admitido é o hipotético-dedutivo. Por se vislumbrar uma possível inconstitucionalidade da impronúncia, adotar-se-á como tipo genérico de investigação o jurídico-propositivo, objetivando uma reflexão mais detida e, se for o caso, a verificação da ilegitimidade de tal instituto no ordenamento jurídico pátrio e a propositura de sua extirpação.

Serão utilizados dados primários, pois serão consultadas legislações nacionais e jurisprudência. Ademais, evidenciam-se dados secundários, afinal, malgrado o estudo ainda seja tímido, o instituto já vem sendo questionado. Por isso, a pesquisa cotejará artigos, dissertações e teses sobre temas que permeiam o objeto de investigação. Para tanto, verificar-se-á a produção doutrinária, não somente em relação ao instituto da impronúncia, mas também no que toca ao processo penal constitucional.

O grau de generalização será universal, vez que o estudo abarca a situação de todos os impronunciados, que se submetem a tal “estado de pendência”. Portanto, a possível inconstitucionalidade a ser investigada terá reflexo sobre todos que fazem parte dessa universalidade. A pesquisa será teórica, haja vista se valer da análise da legislação, doutrina e jurisprudência. Embora a revisão bibliográfica seja elemento fundamental na análise da possível afronta à Constituição, não se trata de mera revisão de bibliografia, sendo certo que o viés crítico será o norteador, mormente a partir da criminologia crítica.

A investigação é composta de cinco capítulos, a saber: introdução, três capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

No primeiro capítulo de desenvolvimento será apresentado, de maneira breve e objetiva, o rito do júri, explicando que se trata de procedimento bifásico. Serão enumerados os atos que compõem o juízo de admissibilidade (primeira fase), culminando na decisão de impronúncia. Após, tratar-se-á da impronúncia em si, buscando-se classificar tal instituto como decisão interlocutória ou sentença.

Em seguida, a pesquisa demonstrará quais críticas são tecidas pela doutrina, bem como o entendimento jurisprudencial a respeito do tema. Ainda no primeiro capítulo, investigar-se-á o possível conflito entre a impronúncia e a obrigação de dizer o direito (jurisdição), bem como a possível proximidade do preceito ao direito penal do inimigo. Intenciona-se no capítulo inicial examinar o grau de maturidade do processo ao fim da primeira fase do rito escalonado do júri, questionando-se se não seria viável a produção de coisa julgada material.

O segundo capítulo discorre a respeito da evolução do “Estado de Direito”, apontando a necessária transição para o “Estado Constitucional de Direito”. Assim, o processo será apreendido como instrumento de garantia na efetivação dos reclames constitucionais. Além disso, ainda que conciso, propõe a presente produção traçar diferenças entre o processo civil e

o processo penal, apontando os objetivos e funções específicas do segundo na concretização do garantismo penal. Demonstrada a necessidade de constitucionalização do processo penal, cuidar-se-á da duração razoável do processo, averiguando se a impronúncia respeita o conteúdo de tal garantia.

O terceiro capítulo destina-se ao estudo da presunção de inocência no processo penal brasileiro e a consequente compatibilidade da impronúncia com o conteúdo elástico fornecido pela garantia (estado de inocência).

Reconhecer o possível conflito exige estudar a garantia como Direito Fundamental, descrevendo toda a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Por fim, por intermédio do juízo de proporcionalidade, se aferirá a afinidade da impronúncia aos sentidos da presunção de inocência.

2 A IMPRONÚNCIA NO RITO DO JÚRI: DA INSTRUÇÃO À ABERRANTE “DECISÃO”. OS CAMINHOS QUE LEVAM AO SACRIFÍCIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DESRESPEITO À JURISDIÇÃO

2.1 O TRIBUNAL DO JÚRI E O SISTEMA BIFÁSICO – ASPECTOS GERAIS

O rito do Júri tem uma característica peculiar: o amor e admiração dos que aplaudem o instituto equivale à desconfiança e desalento dos que criticam o Tribunal Popular.¹ Não se tentará defender ou criticar o procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Indubitável, contudo, a necessidade de repensá-lo à luz da Constituição e revitalizar o rito especial.²

O Tribunal do Júri tem prenúncio constitucional, que em seu artigo 5º elenca seus princípios, a saber: plenitude da defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.³

Malgrado a previsão na Lei Maior, não necessariamente a estrutura do Júri brasileiro encontra guarida nos princípios e normas que regem o sistema processual penal. O texto constitucional indica que as regras do Júri serão criadas por lei ordinária. Sabe-se, contudo, que o Código de Processo Penal fora forjado sob a égide da ditadura Vargas, e que, mesmo após pontuais reformas, o espírito autoritário e inquisitivo ainda acompanha a elaboração das normas.

¹ Favoráveis ao Tribunal do Júri cita-se, exemplificadamente: Hélio Tornaghi e Guilherme de Souza Nucci. Contrariamente, cf. entre outros: MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

² Assevera Aury Lopes Jr: “Como explica FERRAJOLI, o Tribunal do Júri desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitório, tendo o pensamento liberal clássico assumido a defesa do modelo de juiz cidadão em contraste com os horrores da inquisição. Mas o tempo passa e os referenciais mudam. Para valorar a figura do juiz profissional, em confronto com a dos juízes leigos, não são adequados os critérios do século passado (ou melhor, retrasado), invocados com algum acerto naquele momento, mas completamente superados na atualidade. Um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o **repouso dogmático**. Quando não se estuda mais e não se questiona as 'verdades absolutas'. O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona (r) mais sua necessidade e legitimidade”. Vide: LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.142. Chamando atenção para a criação do Júri como reação ao antigo regime francês: “Nesse viés histórico, o júri francês representa um símbolo ideológico da Revolução Francesa. Tanto que Frederico Marques, analisando o nascimento do júri e as razões que o fizeram florescer pelo mundo, afirma que ele perdeu sua razão de ser, in verbis: 'É que o júri, levado ao continente europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o judiciário adquiriu independência em face do executivo.”. Vide: RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.47.

³Institui o artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”.

Costuma-se afastar qualquer crítica ao Júri, sob a escusa de que se trata de instituto constitucional. Contudo, embora previsto na Lei Maior, quando de sua concretização em nível infraconstitucional, observa-se o malferimento à expectativa do constituinte.

Assim, rechaça-se qualquer tentativa de deslegitimar a discussão sob o frágil argumento de que o Júri é garantia da Constituição, sendo, pois, inquestionável. Pelo contrário: por se constituir em garantia é que se deve, cada vez mais, tentar adequar o procedimento especial aos ditames do constituinte.

Insta salientar ainda que a consagração do Tribunal do Júri em outros ordenamentos não deve servir, necessariamente, de argumento favorável ao rito no Brasil. Isso porque as condições de processamento em outros países são muito diversas. Não basta, assim, a transposição de institutos estrangeiros sem o respeito ao conjunto principiológico garantista.⁴

Tomem-se como exemplo os Estados Unidos, que utilizam o julgamento popular para causas cíveis e penais. Informa Paulo Rangel que o jurado no sistema americano tem a consciência de seu papel educativo. Tudo isso pelo inconsciente coletivo cidadão de que a participação na vida pública não se limita ao exercício do direito ao voto.⁵

Poder-se-ia tratar da não fundamentação pelo conselho de sentença (jurados) do quanto decidido pelo tribunal popular. Outro tema que desperta o interesse da doutrina é a falta de um juízo técnico no bojo da discussão do caso penal, ou mesmo, no que toca à falta de exigência de um quórum qualificado para que se estabeleça juízo de condenação.⁶

São temas palpitantes e de grande relevância, mas escolheu-se o final da primeira fase do procedimento, mais precisamente a decisão de impronúncia. Cuida-se de situação *sui generis*, vez que, constantemente toma-se esse pronunciamento estatal como algo benéfico, enfraquecendo a visualização de possíveis arbitrariedades provocadas por tal escolha.

A impronúncia, decisão que faz parte do rito escalonado do tribunal do júri, será o objeto de investigação. De pronto, saliente-se que tal regra não fora prevista na Constituição, sendo somente mencionado no Código de Ritos.

⁴ No que toca ao objetivo do trabalho, faz-se um recorte da obra Direito e Razão (2002), de Ferrajoli, adotando-se os axiomas relativos à indagação de quando e como julgar, a saber: “*Nulla culpa sine iudicio*”; “*Nullum iudicium sine accusatione*”; “*Nulla accusatio sine probatione*”; “*Nulla probatio sine defensione*”.

⁵ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 46.

⁶ “... como se sabe, os julgamentos no tribunal do júri não são técnicos, uma vez que a 'decisão' é tomada por juízes leigos a partir de sua íntima convicção dispensando qualquer tipo de fundamentação, em nítida afronta à garantia constitucional expressa na Carta de 1988. Trata-se, portanto, de uma 'escolha' – operada a partir do mesmo código 'sim' ou 'não' –, e não de uma decisão.” Vide: TRINDADE, André Karam. **O retorno do Você Decide e a ausência de fundamentação no tribunal do júri.** In: Conjur, 5 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-05/retorno-voce-decide-ausencia-fundamentacao-tribunal-juri>> Acesso em: 11 jun 2015.

Diz-se bifásico o rito do Júri, pois comporta primeiramente uma fase instrutória⁷, para que só após, se for o caso, encaminhar o réu ao julgamento popular. Fundamental, *ex ante*, traçar o caminho até a impronúncia.

2.2 OS ATOS PRATICADOS ATÉ A IMPRONÚNCIA

Até o momento processual da impronúncia, uma série de atos deve ser praticada por todos os sujeitos processuais. Grosso modo, caminha-se do oferecimento da denúncia até as alegações finais. Busca-se, nesse momento do trabalho, apresentar, mesmo que objetivamente, as diversas condutas realizadas na etapa inicial do rito do Júri.

Isso porque, presume-se que, ao final da primeira fase (*juízo de admissibilidade*), o processo já se encontra “maduro”, é dizer: tem o magistrado possibilidade de proferir decisão com considerável lastro probatório, justificando a produção de *coisa julgada material*.

Obviamente, a ação penal nos crimes dolosos contra a vida também se inicia mediante denúncia (ou queixa-crime substitutiva). O recebimento da denúncia pelo órgão julgador exige o preenchimento dos elementos que integram a peça acusatória; além disso, há que se manifestar o magistrado, fundamentando o início da ação penal, evitando assim, o “*in dubio pro societate*” no nascer processual. Posteriormente, o juiz ordenará a citação do imputado para responder à acusação.⁸ Com a citação, completa-se a formação regular do processo.

Na resposta prévia à acusação, tem o réu oportunidade de utilizar documentos e justificações para demonstrar a fragilidade da acusação. Ademais, tem o acusado chance de indicar testemunhas e outras provas a serem coletadas na instrução. Trata-se de peça obrigatória, haja vista que sua ausência significa violação à ampla defesa, eivando de nulidade o processo criminal.

O juiz, em seguida, ouvirá o Ministério Público sobre a resposta prévia à acusação.⁹ Nesse ponto, se está diante de medida não prevista no bojo do rito comum ordinário. O Ministério Público terá chance de, analisando os elementos trazidos pela defesa, reiterar com mais convicção o pedido de pronúncia e condenação, ou afastar a imputação outrora sustentada.

⁷“... chama-se juízo de admissibilidade, sumário de culpa, juízo de acusação ou *judicium accusationis*, sendo uma verdadeira fase de filtro, a propiciar a remessa do réu à segunda etapa do julgamento, que conta com a colaboração do corpo de jurados, somente quando o feito estiver suficientemente maduro.” Vide: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8.ed. Salvador: Juspodivm,2013, p. 830.

⁸ Código de Processo Penal, art. 406.

⁹ Código de Processo Penal, art. 409.

Às partes são oportunizadas a indicação das testemunhas processuais e o requerimento para realização de outras diligências. Caberá ao juiz determinar a inquirição das primeiras e a data de verificação das segundas, no prazo máximo de dez dias.¹⁰ Após o despacho de mero expediente designativo da data e hora, realiza-se a audiência de instrução e julgamento, pautada nos seguintes princípios: *princípio da identidade física do juiz no processo penal; oralidade; concentração dos atos e da imediatidade*.¹¹

Ainda na primeira fase do rito do Júri, é designada audiência de instrução, procedendo-se à tomada de declaração do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa, nesta ordem, assim como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, além do interrogatório do acusado.¹²

Tamanha é a complexidade da audiência de instrução, e, por conseguinte, o aprimoramento processual, que são desenvolvidos os seguintes atos: *prova de acusação; prova de defesa; esclarecimentos dos peritos, se houver; interrogatório do acusado; alegações finais orais*, para só então, se for o caso, ser proferida a decisão de pronúncia, ou outras das três previstas (absolvição sumária, desclassificação ou a *impronúncia*).

É atribuição das partes, direta e pessoalmente, formularem perguntas às testemunhas, para que o magistrado se mantenha imparcial na condução do caso penal. Tanto o Ministério Público, quanto a Defesa podem arrolar até oito testemunhas¹³, sem contar as testemunhas “referidas”.

No que toca à comprovação da materialidade e outras circunstâncias, possibilita-se às partes requererem ao magistrado elucidações dos peritos sobre os laudos, além da realização de acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Cuidam esses dois últimos de verdadeiros atos instrutórios informativos.

Ademais, inovação no processo penal como um todo, e também no rito do júri, diz respeito à nomeação de assistente técnico indicado, seja pelo Parquet, assistente de acusação, ofendido, querelante ou acusado.

O Juiz, que pode futuramente “*decidir*” pela *impronúncia*, já teve contato com o acusado. Na pior das hipóteses, mesmo que não tenha conduzido o interrogatório – o que não

¹⁰ Código de Processo Penal, art. 410.

¹¹ O mais relevante para o trabalho é, sem dúvida, a identidade física do juiz, por estatuir que a decisão final seja da lavra de quem acompanhou a instrução processual. É dizer, fundamental o magistrado ter ciência e consciência dos atos praticados, para que se busque a mais razoável medida. A respeito da aludida garantia cf. BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal**. In: Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, jul 2009.

¹¹ Código de Processo Penal, art. 411.

¹² Código de Processo Penal, art. 411.

¹³ Código de Processo Penal, art. 401.

se espera, vide a identidade física do juiz – tem a oportunidade de sopesar o quanto dito (ou não) pelo réu. O interrogatório deixou de ser o ato inaugural da instrução criminal, para assumir sua verdadeira e democrática função: instrumento de exercício do direito de defesa¹⁴, vez que, ao réu oportuniza-se a palavra após a inquirição de todas as testemunhas e explanação dos peritos.

Insta trazer à baila o artigo 188 do Código de Ritos que concede ao juiz o poder-dever de indagar as partes se há algum fato a ser esclarecido, formulando os questionamentos, se entender pertinente e relevante o quanto arguido pelas partes. A importância desse artigo é maior do que aparenta após uma leitura despreziosa.

Para conceder a palavra às partes, por óbvio, nenhuma dúvida resta ao juiz instrutor, é dizer: na consciência e intelecto do magistrado existe um denso aparato do conteúdo fático discutido no caso penal. Mais uma vez, despe-se o débil argumento de que é preciso postergar a situação processual (impronúncia), para que mais tarde, apresentem-se novas e robustas provas.

Assim, defender a impronúncia, somente será legítimo e honesto intelectualmente, se assumirmos como pressuposto do processo penal, a necessidade e fim precípua de condenação (a qualquer custo, em defesa da sociedade). Porque não se sustenta a falácia da puerilidade processual como justificativa para postergar o processo.

Portanto, em que pese o interrogatório (*ato personalíssimo*) ser conduzido pelo juiz, malferindo o sistema acusatório, trata-se de chance concedida ao réu de se defender (autodefesa, defesa material), mormente por ser o último a falar (após testemunhas e perícia). Ou seja, todo esse cabedal de informações e componentes processuais reforça a necessidade de produção de *coisa julgada material*, qualquer que seja a decisão prolatada ao final da primeira fase do rito do júri.

Determina o §4º do artigo 411 que as alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez. Nessa etapa processual, podem as partes lançar mão de todas as questões fáticas e teses jurídicas que entenderem pertinentes. Trata-se de mais uma oportunidade para convencer o juiz instrutor a respeito da plausibilidade de suas narrativas.

Prevê ainda a lei processual que o procedimento deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

¹⁴ Sobre o interrogatório como instrumento de defesa: MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e o interrogatório nos procedimentos especiais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI129970,61044O+Supremo+Tribunal+Federal+e+o+interrogatorio+nos+procedimentos>> Acesso em 26 jun 2015.

Encerrada a instrução preliminar, o juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo-a e pronunciando o acusado.¹⁵

2.2.1 As possíveis decisões ao final da primeira fase do rito do júri

2.2.1.1 Desclassificação

Cuida a *desclassificação* de decisão que reconhece a existência de outro crime, que não doloso contra a vida, sim, de competência do juiz singular (procedimento comum, na maioria dos casos).

Trata-se de oportunidade conferida ao juiz instrutor (da primeira fase do júri) de reconhecer que o Conselho de Sentença não é o competente para o julgamento do caso penal. Isso porque, ressalvado os crimes conexos, não pode o júri conhecer de crimes que não se adequem à sua competência.¹⁶

Possui natureza de decisão interlocutória simples, na medida em que altera a competência para julgamento, sem contudo, dissertar acerca do mérito. Ademais, a desclassificação não faz cessar o processo.¹⁷

2.2.1.2 Absolvição Sumária

Trata-se de sentença de mérito que considera improcedente o pleito contido na denúncia, haja vista o preenchimento de uma das causas do artigo 415 do CPP, por exemplo, a comprovação inequívoca de inexistência do fato.¹⁸ Vozes há que sustentam a inconstitucionalidade de tal decisão por retirar competência atribuída pelo constituinte.

Nucci afirma a retidão da norma, argumentando que a razão de existir a instrução (primeira fase) é, justamente, possibilitar que o magistrado realize o filtro, incabível ao juiz leigo, é dizer: destinar ao júri tão somente o que se configurar, extreme de dúvida, crime doloso contra a vida.¹⁹

¹⁵Código de Processo Penal, art. 413.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 176-177.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 116.

¹⁸ Ou ainda: Estar provado não ter sido o réu autor ou partícipe do fato; que o fato não constitui infração penal; estar demonstrada excludente de ilicitude (causa de exclusão do crime) ou de culpabilidade (causa de isenção de pena). Vide: NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p.122.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p.125.

2.2.1.3 Pronúncia

Considera-se a pronúncia como instrumento de garantia do acusado, na medida em que evita submetê-lo a um julgamento injusto.²⁰ Nessa seara, o objetivo maior da decisão de pronúncia é minimizar o erro judiciário; enquanto a denúncia exige para seu recebimento a justa causa, para que se encaminhe alguém para a deliberação por seus pares, necessária a fase instrutória, respeitado o contraditório, que indique comprovação da materialidade e, sobretudo, indícios suficientes de autoria. Só assim, cumprirá a aludida função de garantia.²¹

Impende destacar que a pronúncia não é sentença de mérito, não impõe a chaga de culpa, apenas reconhece a materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação. Nesse sentido, ilegítima a decisão de pronúncia que se utilize de “eloquência acusatória”, haja vista não ser função do Juiz acusar, tampouco tentar incutir nos jurados o prejulgamento contrário ao imputado.

Quanto à natureza de tal *decisum*, cuida-se de decisão interlocutória mista não terminativa, visto que não encerra o procedimento, ao contrário, submete o réu à segunda fase (conselho de sentença). Embora classificada como decisão (judicial de finalização), necessário o relatório, fundamentação e o dispositivo.²²

Fixa a pronúncia os limites da imputação, possibilitando o início da segunda fase. Embora haja certo senso comum de que vige nessa decisão o “*in dubio pro societate*”²³, imperioso reiterar a fragilidade de tal postura, afinal, não há no ordenamento previsão de tal princípio/regra.

2.3 IMPRONÚNCIA

O artigo 414 do Código de Processo Penal prescreve que, não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, o juiz impronunciará o acusado. Ainda no parágrafo único do mesmo artigo, possibilita-se oferecimento de nova denúncia, em surgindo nova prova desfavorável.

Quando da fundamentação da impronúncia encontra-se, lamentavelmente, de maneira regular, expressões como “é mais que óbvio não ter sido o acusado o autor da infração penal”,

²⁰ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 146.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 79.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 78.

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.* p. 833.

“a acusação contra o réu é absurda”, o “acusador delira ao imaginar a existência do crime”, de tal forma a demonstrar a “fragilidade jurídica” da decisão. Crucial adotar outra postura, afinal se o judiciário afirma que a acusação é absurda, reconhece situação cuja consequência necessária é a absolvição.²⁴

Campos assevera os casos em que a impronúncia se imporá: não restar satisfatoriamente provada a existência material do fato criminoso; não existir prova satisfatória da tipicidade; inexistir prova satisfatória de que o réu seja autor do fato; inexistir prova suficiente de que, ao menos, tivesse concorrido para o crime; a prova de excludente de ilicitude não ser peremptória, bem como nos casos de erro de proibição.²⁵

Conforme análise detalhada dos casos listados por Campos, nota-se que a impronúncia é cabível no caso de *dúvida razoável*, é dizer: como não se formou um arcabouço probatório suficiente para pronunciar ou absolver, erige-se no ordenamento jurídico a figura da “suspensão”, a garantir futuramente possível persecução. Trata-se aqui, de investigar se a presunção de inocência é malferida pelo estado de indefinição.²⁶

O que caracteriza a dúvida razoável? Qual seu conteúdo e limites? São questões que não encontram resposta exata, sendo discutido, até mesmo, se é possível conceituar tal estágio de incerteza, mormente quando se está diante de jurados leigos. Outrossim, mostra-se imprescindível anunciar qual dúvida se revela razoável. No sistema inquisitorial observa-se a delegação ao juiz para cumprir tal mister. Nesse sentido, o juiz tem relativa liberdade, valendo-se de seus preconceitos e experiências pessoais para definir a moldura possível.²⁷

No direito alemão, por exemplo, concede-se ao juiz apreciar o caso conforme sua livre convicção, entretanto “... *esta norma no significa, sin embargo, que el tribunal pueda condenar por una corazonada, o por un capricho, sino que está obligado por la máxima in dubio pro reo a que 'em caso de duda, se decida a favor del acusado'*”.²⁸ O direito canadense, de cariz acusatorio, informa que se pode vislumbrar a dúvida razoável averiguando: “*la prueba más allá de una duda razonable, es prueba de que el jurado se encuentra firmemente convencido de la culpabilidad del acusado*”²⁹.

A impronúncia no Rito do Júri sofre algumas críticas por parte da doutrina, mas nunca de forma suficiente a ensejar um entendimento amplo da questão aqui colocada. A doutrina

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p.114.

²⁵ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

²⁶ Cf. capítulo 04 deste trabalho.

²⁷ MULRINE, Thomas V. **La duda razonable: cómo es definida en el mundo?** Traduzido por Nicolás Schiavo .In: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010.

²⁸ MULRINE, Thomas V. *Ob. cit.*

²⁹ MULRINE, Thomas V. *Ob. cit.*

nacional, sobretudo no âmbito dos manuais de processo penal, tece críticas ao instituto. Ponto de relevo diz respeito a proibição da revisão criminal “*pro societate*”.

Pacelli salienta que, se depois de impronunciado surgirem novas provas contrárias ao imputado, poder-se-ia submetê-lo ao julgamento popular.³⁰ Inegável os caracteres da *proteção social e utilitarismo*³¹ esmaltados na decisão em estudo:

A impronúncia é uma grande **arma de defesa da sociedade**, cuja importância ainda não foi percebida por seu defensor, o membro do Ministério Público. Diz o parágrafo único do artigo 414 do Código de Processo Penal, *in verbis*, que: “Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova”. Isso significa dizer que, enquanto o acusado não morrer ou não ocorrer a prescrição da pretensão punitiva do Estado, poderá haver, surgindo provas novas inéditas, novo processo por idêntico crime. Evidente a **utilidade** para a sociedade de tal dispositivo.³²

Em benefício da sociedade, elege-se a impronúncia como solução mais preferível, sob o pretexto de que preservaria melhor os interesses da justiça. Tudo isso, pois a pronúncia, se proferida sem suporte probatório denso, tenderia a um julgamento absolutório. Noutra giro, a impronúncia não extingue a punibilidade, permitindo a renovação do processo. É o interesse da sociedade como norteador desse agir do Estado-Juiz.³³³⁴

Assim, se presentes indícios mínimos a demonstrar a possibilidade de o réu ter cometido o crime é o tanto quanto basta para não absolvê-lo, sujeitando-o à situação de indefinição. Importante destacar, portanto, a qualidade e robustez da prova obtida até o término da primeira fase do procedimento.

Parte da doutrina não se insurge contra a possível arbitrariedade da deliberação,

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³¹“Assim, é na base da utilidade que se estabelecem as forças governamentais na condição de imporem restrições de comportamento e conduta em sociedade. Se existe um motivo para isso, esse motivo é a utilidade geral que causa a aplicação da justiça, que, de fato, não beneficia a um, mas a muitos. Assim é porque o que é útil é louvável, estimável, e necessário, produzindo sempre um bem.” Vide: BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 262.

³² CAMPOS, Walfredo Cunha. *Op. cit.* p.102.

³³ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5.ed. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959-1962, p. 265.

³⁴ Na mesma linha de raciocínio, em favor da sociedade: “Imaginar-se, dessarte, que a possibilidade de reabertura do processo, prevista no parágrafo único do art. 414 do CPP, violaria o princípio do *ne bis in idem*, seria ignorar os direitos individuais da vítima e o direito à segurança da qual é titular a sociedade, ambos com assento constitucional e tão caros quanto o direito do réu em não se ver processado duas vezes pelo mesmo fato. Essa formulação nos parece bastante razoável, capaz de preservar a presunção de constitucionalidade do dispositivo, pois sopesa ambos os direitos, de modo a prevalecer a possibilidade de reabertura do processo, sobretudo quando se cuida de crime gravíssimo, por atentar contra o bem jurídico mais valioso – vida – a reclamar forte atuação estatal, em seu combate.” Vide: PINTO, Ronaldo Batista. **A constitucionalidade da decisão de impronúncia**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 22 – Nº 263 – OUTUBRO/ 2014.

enxergando na mesma um benefício ao réu, haja vista que de certa forma se livra o imputado (mesmo que temporariamente) da submissão a um processo. Tanto é assim que se sustenta não possuir a defesa, legítimo interesse em recorrer da decisão.³⁵

Ora, se não se vislumbra interesse recursal por parte do impronunciado, quanto mais deslegitimar tal decisão. Também é a lição de Damásio de Jesus³⁶ ao inadmitir recurso interposto pelo réu.^{37 38}

Campos salienta a importância da impronúncia no rito escalonado do Júri. Explica o autor que o *“in dubio pro societate”* não pode imperar ao final da primeira fase do procedimento, afinal não há previsão em lei, ou em qualquer outro diploma. Contudo, o principal argumento do mencionado autor gira em torno do utilitarismo que se constitui a impronúncia, na medida em que, caso se pronunciassem todos os denunciados, a fragilidade da prova terminaria por absolver a maioria dos réus, perdendo-se a oportunidade de, futuramente, condená-los. É dizer: com a impronúncia estaria rechaçada a falsa lição de sempre conduzir o acusado ao Conselho de Sentença, sob o pálio da legitimidade do julgamento popular, previsto constitucionalmente.³⁹

O pensamento é lógico-matemático: preferível se valer da impronúncia, pois restarão à acusação, mais vinte anos para que se colham provas sérias e robustas. Nesse sentido, questiona-se: *“Por que jogar na lata de lixo tal oportunidade, matando a esperança de futura realização de justiça?”*⁴⁰ Embora extensa, urge trazer à tona transcrição do aludido doutrinador, mormente por colocar em evidência o desejo e necessidade de proteção social, elegendo a *utilidade* a principal virtude do não decidir estatal:

Vem-nos à memória um caso que nos reforçou a convicção da **importância da decisão de impronúncia**. Era um processo de homicídio qualificado, por

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷“Impronunciado quanto ao delito que lhe é irrogado, não tem o réu legítimo interesse na modificação do julgado, razão pela qual não se conhece do recurso interposto” (TJSP – Rec. – rel. Des. Gonçalves Sobrinho – RT 554/341).

³⁸ RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.806 – SP (2008/0132035-2) Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Ora, na espécie, o paciente foi impronunciado com relação ao crime de homicídio simples tentado (art. 121, “caput”, c.c. art. 14, II), ambos do CP, que lhe fora imputado pela denúncia. Portanto, a sentença foi favorável ao paciente, inexistindo de sua parte, por conseguinte, interesse de recorrer. O pressuposto lógico do recurso é a sucumbência, ou seja, o interesse na reforma da sentença que foi desconforme com o pedido da parte. Só tem interesse direto na reforma ou modificação da sentença a parte que teve seu direito lesado. O artigo 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é expresso em estabelecer que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão. Tendo sido o paciente impronunciado com relação ao crime doloso contra a vida, **obteve ele a prestação jurisdicional que pretendia, de maneira que lhe falece interesse recursal**. Damásio E. de Jesus anota que é inadmissível recurso do réu da impronúncia (código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, 22^a ed. pág. 455).

³⁹ CAMPOS, Walfredo Cunha. *Op. cit.* p. 98.

⁴⁰ CAMPOS, Walfredo Cunha. *Op. cit.* p.102.

motivo fútil. Um pai de família, honesto, trabalhador, foi até uma quermesse à noite e, por ter esbarrado no réu, acabou por levar, por esta banal motivação, dois tiros letais. Finda a primeira fase, nenhuma prova em juízo surgiu, nada, absolutamente nada; as testemunhas oculares do fato criminoso, ouvidas na fase do inquérito policial e que deram arrimo à acusação, desapareceram. Diante de tal quadro, **ausente qualquer prova de autoria produzida em juízo**, entendi que outro caminho não havia que pedir a **impronúncia** do acusado, o que foi acatado pelo juiz. Dois anos depois, fui procurado pela mãe e tia da vítima, as quais me afirmavam que tinham encontrado testemunhas presenciais do crime e que elas estavam dispostas a depor. **Colhidos os novos depoimentos na polícia, foi oferecida outra denúncia**, decretada a preventiva do increpado (que estava ameaçando os novos depoentes, como provavelmente fizera com as testemunhas anteriores que, por isso, desapareceram da cidade). Na instrução contraditória, os depoimentos contra o réu foram contundentes. Levado a julgamento pelo Júri, foi o acusado condenado a quatorze anos de reclusão. Imagine-se, entretanto, se nós, acreditando no malsinado *in dubio pro societate*, tivéssemos pedido a pronúncia e o juiz, igualmente convicto dessa falácia, pronunciasse o acusado. Certamente o acusado seria absolvido pelo Júri, por insuficiência de provas, e tal decisão transitaria em julgado materialmente, impossibilitando qualquer futura discussão a respeito de seu mérito. Seríamos então procurados por aquela mesma família para que se fizesse justiça ao assassino de seu ente querido? E o que se poderia dizer? Que nada mais poderia ser feito? Explicar para a mãe da vítima, que faleceu deixando duas pequerruchas, que o assassino de seu filho nunca seria punido, embora tivessem surgido provas flamejantes de autoria? Explicar para ela que tal impossibilidade se dá porque o promotor, em tese defensor da sociedade, da vítima e de seus parentes, não soube fazer uso de um instrumento dado pela lei a ele?⁴¹

Não se questionará aqui a infelicidade e o abalo causados por um crime de tamanha gravidade. Contudo, parece desarrazoado trazer à tona elementos eminentemente passionais para elucidar a questão da legitimidade da impronúncia. Isso porque, uma vez deflagrada a ação penal, via denúncia do Parquet, deve ter ciência o órgão acusador da responsabilidade que tal instrumento carrega consigo, seja porque expõe a um gravame o imputado, seja porque deveria ser *inviável a dupla persecução penal*.

Caso inexistisse o instituto em avaliação, provavelmente ficaria o autor do homicídio impune. Possivelmente teria o Promotor a dura missão de tentar convencer à mãe e tia da vítima a respeito dos trâmites processuais. Contudo, não podemos nos valer da exceção (casuística) para consagrar decisão de *duvidosa* constitucionalidade.

Nesse sentido, por que não repensar o Ministério Público o melhor momento de acusar? Por que não refletir melhor o Judiciário quando do recebimento da denúncia? Por que o ônus da chaga processual deve ser suportada pelo imputado? Trata-se de discussão sobre o papel de cada agente na marcha processual e, sobretudo, sobre o *utilitarismo* como

⁴¹ CAMPOS, Walfredo Cunha. *Op. cit.* p. 102.

legitimador do abuso estatal.

2.3.1 Natureza jurídica da decisão de impronúncia – a discussão teórica do nada jurídico. Caminhos entre sentença terminativa ou decisão interlocutória

Quanto à natureza jurídica, discute a doutrina se a impronúncia seria uma *decisão interlocutória mista terminativa* ou se cuidaria de *sentença terminativa*. Certo é que se trata de meio-termo, algo provisório.⁴²

Considerar-se-ia mista porque a impronúncia põe fim a uma fase do processo (fase instrutória), mas terminativa porque tem o condão de pôr fim ao processo em andamento. Vale advertir que, caso surjam novas provas, outro processo será iniciado, com nova peça acusatória (denúncia ou queixa).⁴³

Admite-se a impronúncia como sentença, por colocar fim ao processo, encerrando o procedimento, malgrado nada decida, não condenando, tampouco absolvendo. Outro ponto levando para enquadrá-la como sentença diz respeito ao recurso que ataca a impronúncia, qual seja, a apelação.⁴⁴

Classifica-se a impronúncia como decisão terminativa que encerra o processo sem julgamento de mérito, não havendo produção de coisa julgada material.⁴⁵

2.4 IMPRONÚNCIA: PRIMEIRAS CRÍTICAS E A INSUFICIÊNCIA TEÓRICA NO TRATAMENTO DA ABERRAÇÃO EM COMENTO

Paulo Rangel trata o assunto do ponto de vista da segurança jurídica e da necessidade de o Estado por fim aos litígios que lhe são oferecidos à apreciação. Segurança, reforça-se,

⁴² “Se as provas foram colhidas, respeitado o devido processo legal, com seus corolários principais (ampla defesa e contraditório), não se encontrando suficiência de elementos para encaminhar o caso a julgamento de mérito pelo juízo natural da causa (o Tribunal Popular), o indicado seria a absolvição. Perdeu-se a oportunidade de sanar esse estranho meio-termo, que torna a impronúncia uma sentença provisória, algo inconciliável com o processo penal democrático almejado pela Constituição Federal de 1988.” Vide: NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p.114.

⁴³ Nesse sentido, Paulo Rangel, para quem: “Se o juiz na fase da pronúncia é chamado a decidir acerca de uma questão incidente, qual seja: há ou não indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato? Se a resposta é negativa, deve o réu ser impronunciado. Logo, a natureza da decisão é de uma decisão interlocutória mista terminativa.” Vide: RANGEL, Paulo. *Ob. cit.* p.166.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1018.

que deve dar guarida não somente à sociedade, mas sobretudo ao acusado.⁴⁶

Nessa senda, não vislumbra o autor que tal decisão esteja compatibilizada ao que se espera de um Estado Democrático de Direito. Faz o processualista interessante alegoria, ao afirmar que o réu é colocado em um “banco de reservas”, aguardando novas provas ou a extinção da punibilidade. Acentua que, do ponto de vista técnico, a impronúncia é um nada jurídico, na medida em que não serve para definir situação jurídica ao imputado.⁴⁷

Vale ressaltar que Paulo Rangel reconhece o direito do impronunciado de recorrer, ao contrário do que ensina Tourinho Filho. Isso porque o recurso pode melhorar a situação do imputado, na medida em que poderá ser absolvido definitivamente. A impronúncia deve ser considerada, nesse sentido, como *decisão contrária ao réu*, já que a conjuntura probatória nesse estágio processual recomendaria a absolvição.⁴⁸

Demonstra o autor fluminense que esta manifestação confere ao Estado uma segunda chance de punir, o que é ilegítimo, afinal vige o “*in dubio pro reo*”. Ao impronunciar, o Estado demonstra ter falhado em sua pretensão acusatória, e o mínimo a ser exigido seria a declaração que falhara, concedendo ao réu a declaração formal de inocência. Só assim respeitar-se-ia o Estado Democrático de Direito.

Na vigência da situação jurídica de impronúncia, pode a vítima ou seus familiares buscar a tutela na seara cível. Por óbvio não haverá título judicial a ser executado, nada obstante, não poderá o impronunciado valer-se da alegação de inocência (malgrado pudesse, pelo princípio da presunção de não culpabilidade...).

Em verdade, o Estado não o reconhece dessa forma (inocente). Diante disso, percebe-se que repercussão haverá fora da esfera penal. Efeitos esses de um nada jurídico, de decisão que nada decide. A impronúncia pode ser resumida em uma palavra: desconfiança. Mas pode o Estado, racional que é, agir passionalmente?

A impronúncia seria incompatível com a Constituição Federal de 1988 por não respeitar a garantia de que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato.⁴⁹ Comparando-se com outros crimes, os quais não permitem esse “*bis in idem*” processual, chama-se atenção para o constrangimento duplo ao qual é submetido o réu.

Vislumbra-se o que se denominava no âmbito civil de absolvição de instância, muito embora naquela seara, tal absolvição interessasse ao réu. Ilustra-se:

⁴⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴⁸ Nesse mesmo sentido: “O próprio réu pode ter interesse em recorrer da impronúncia, com o objetivo de obter de imediato a absolvição sumária, sagrando-se inocente.” Vide: TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 512.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A impronúncia não significa estar o réu definitivamente livre da imputação contida na denúncia. Há, sim, uma **absolvição de instância**, posto que, caso surjam novas provas, ou seja, diferentes daquelas já apresentadas nos autos, outro processo poderá ser instaurado contra o agente. O lapso de tempo, entretanto, é limitado pela prescrição, isto é, a renovação do processo depende de que não esteja extinta a punibilidade, consoante dispõem os arts. 107, IV, e 109, ambos do CPP.⁵⁰

Fala-se em absolvição de instância, vez que se trata de fenômeno processual em que o magistrado liberta o réu da pretensão material contra ele aduzida pelo autor (*absolutio a causa*), contudo o faz apenas do ônus de continuar discutindo a respeito dessa causa (relação processual). É dizer: “*liberta-o da instância, corta os laços que ligavam às pessoas (sic) do processo, absolve-o da instância, solta-o da relação processual.*”⁵¹

Embora tenha sido substituída pela expressão “*extinção do processo sem resolução do mérito*”, persiste o inconveniente⁵² e possível malferimento *in concreto* à Constituição. Isso porque, no fenômeno da impronúncia, todo o processo fora desenvolvido com a colaboração da parte acusadora e ré, sem que nenhuma, tenha provocado a aberrante situação.

2.5 IMPRONÚNCIA: NOVO PROCESSO E O FENÔMENO DA REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*

A consagração histórica da revisão criminal na evolução das Constituições⁵³, somada à sua previsão na legislação processual penal, não deixam dúvidas de que tal instituto cuida de um direito fundamental do condenado, servindo-se como mecanismo favorável tão-somente à

⁵⁰PEREIRA, José Ruy Borges Pereira. **Tribunal do Júri – crimes dolosos contra a vida**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.240.

⁵¹JORGE, Caetano Martins. **O autor revel na absolvição de instância: sua decretação sem que se supram as omissões**. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito de São Luiz do Maranhão, 1955, p.22.

⁵²Se o prejuízo na área civil é considerável, incontestemente a problemática no campo penal. Dissertando acerca da absolvição de instância e seus indesejáveis efeitos: “Acontece, todavia, que essas sanções não devem ser queridas, tanto para quem se defendendo, procura oferecer oposição ao desejo (sic) de quem o quer incriminar, como, ainda, para quem, acusando, deseja provar sua pretensão para, afinal, ver julgada procedente a ação intentada. Mas, se de um lado deve persistir a vontade do réu em se opôr às pretensões do autor, comparecendo, validamente, às audiências, de outro, com muito mais razão, deve haver o interesse do autor em patentear o atentado do réu. Porque, dando-se a revelia do autor, isto é, o seu não comparecimento à audiência, onde também, já não esteve presente o réu, ocorre, logo, o estacionamento do feito.” Vide: JORGE, Caetano Martins. *Ob. cit.* p. 22.

⁵³Cf. v.g.: **Constituição de 1891** – artigo 81 “caput”: “Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos *comndenados*, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.” **Constituição de 1934 – Art. 76, nº 3**: “À Corte Suprema Compete: Rever, em benefício dos *comndenados*, nos casos e pela forma, que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do Réu, Ministério Público ou de qualquer pessoa.”

defesa.^{54 55}

Mesmo que não esteja expresso na Constituição de 1988⁵⁶, o artigo 5º, §2º do texto maior respalda a interpretação, exclusivamente, em favor do condenado; vale lembrar que o **artigo 8.4** do Pacto San Jose da Costa Rica já positivou tal garantia⁵⁷⁵⁸. Estar-se-ia diante de incorporação de direitos *substancialmente* constitucionais.

Reconhece-se, pois, que quando da incorporação, atribui-se aos direitos internacionais, dignidade superior à legislação ordinária, agregando-se a tais normas a marca indelével de garantias constitucionais. Tudo que se relacione, portanto, com direitos humanos, desde que o Brasil tenha chancelado, ganha status constitucional.

Parte-se de interpretação do sistema jurídico e do que objetiva o texto (do tratado e da Constituição). Nesse diapasão, não há como ignorar a força e vinculatividade de valores como dignidade humana e direitos fundamentais outros. Cuidam-se aqui de parâmetros de dever ser, informadores do fenômeno constitucional.⁵⁹

Assim, a revisão contrária ao condenado é inviável. Para além disso: interpretação lógica e compreensão dos princípios,⁶⁰ que deveriam lastrear o processo penal, permitem ao intérprete rechaçar tal raciocínio contrário ao cidadão.

⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 306.

⁵⁵ Nesse sentido, voto do Min. Luiz Fux: **HC: 101.131/DF** – 3. A Revisão, no Direito Processual Penal, é instrumento exclusivamente em favor do réu, sendo inadmissível a revisão *pro societate*. 4. Quando o Estado exerce a *persecutio criminis*, a decisão sobre os fatos pelos quais o réu fora condenado só pode ser revista para abrandar a situação do sujeito passivo. (...) Ocorre que no processo penal é aberta em caráter perene a via da Revisão Criminal para o réu. Uma condenação injusta pode ser rediscutida a qualquer tempo (art. 622 do CPP - “A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”), e essa pode ser considerada uma garantia constitucional, implicitamente extraída do art. 5º, LXXV, (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”).

⁵⁶**Constituição de 1988** – artigo 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: j – **a revisão criminal e ação rescisória de seus julgados**”. Artigo 105: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: e – **as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados.**”

⁵⁷Artigo 8º: Garantias Judiciais: 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado *não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*.

⁵⁸ Conforme leciona Flávia Piovesan: “Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma *interpretação sistemática e teleológica* da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional. Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.” Vide: PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia C. *Op. cit.* p.52.

⁶⁰ Por exemplo, *presunção de inocência, segurança jurídica, duração razoável do processo*. Todos eles tratados, em separado, no presente trabalho.

O uso arbitrário da revisão “*pro societate*” pode ser explicado a partir da transposição irresponsável de categorias do direito civil, mormente do processo civil para o processo penal. Tal fenômeno ganha maior nitidez na tentativa frustrada de se desenvolver uma teoria uma ou teoria geral do processo, sucintamente analisada nesse trabalho.

Insta diferenciar os conceitos de revisão criminal e ação rescisória (instituto do processo civil – teoria geral do processo). A única semelhança é que se caracterizam como ações de impugnação. Na seara civil, a ação rescisória possui prazo preclusivo, podendo ser intentada por qualquer das partes, ou mesmo por terceiros que comprovem o interesse jurídico na causa. Quando da revisão criminal, os valores, os objetivos e os requisitos são outros. Isso porque, o respeito à liberdade informa, primordialmente, o sistema penal.

Por essa razão, a revisão não encontra limite prazal (preclusivo), é dizer: pode-se ajuizá-la a qualquer instante, mesmo que já tenha sido cumprida a pena, mesmo após a morte do condenado! O que marca tal instituto, contudo, na maioria dos ordenamentos, é que se está diante de *instrumento privativo da defesa*, ou seja, apenas o réu pode se valer de tal mecanismos para melhorar sua situação, ou mesmo, tão somente sua imagem social.⁶¹

A revisão criminal caracteriza-se como ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos Tribunais, malgrado se encontre elencada entre os recursos⁶².

O fundamento político da revisão criminal diz respeito à *sobreposição do valor justiça sobre o valor segurança* (representado pela coisa julgada). Contudo, em um Estado Democrático de Direito, essa sobreposição só se legitima quando *verter em benefício do réu*, ou ao menos, não ferir de morte a proteção ao cidadão. Nesse sentido, reconhece-se a dramaticidade do processo penal, já tomado como castigo⁶³.

Não se objetiva afirmar que, tecnicamente, a impronúncia equivale à revisão criminal, mesmo porque já se asseverou que da decisão de impronúncia só se extrai coisa julgada formal.

Parte-se de um pressuposto *teleológico* – a finalidade do “não decidir” seria permitir futura revisão – não se cuida aqui do rótulo/definição do instituto. Certamente não é o nome que diz o que ele é (conteúdo material). Assim, exime de dúvida do excelente mecanismo fomentado pela revisão criminal (*quando usado a favor do réu*). Mas, ao permitir novo processo, pelo mesmo fato anteriormente apurado (“*pro societate*”), a impronúncia cria

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.* p. 306.

⁶² *Ibidem.* p. 302.

⁶³ *Ibidem* p. 306-307.

exceção ilegítima à proibição da revisão “*pro societate*”. Nesse sentido:

Por isso, estamos convencidos de que o parágrafo único do citado art. 414 configura verdadeira e inaceitável violação do princípio da vedação da *revisão pro societate*. Assim, de duas, uma: ou se acaba com a decisão de impronúncia, sob o fundamento da ausência de provas, remetendo o processo ao Tribunal do Júri em tais situações, ou não mais se admite também a absolvição sumária pelo juiz singular, na exata medida em que ambas terminariam por afastar a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.⁶⁴⁶⁵

A revisão criminal não se submete a um prazo. Mesmo depois de morto, a família do apenado possui legitimidade para propor a ação de impugnação em comento. Ceroni, ao cogitar a existência da revisão “*pro societate*” assevera que, nesse caso, a revisão teria um prazo máximo, qual seja, o correspondente ao da prescrição do crime praticado⁶⁶. Nessa linha, mais uma semelhança entre a revisão e a impronúncia, já que neste último caso pode-se processar novamente, também no prazo da prescrição em abstrato.

O principal argumento contrário à revisão criminal “*pro societate*” reside no fato de que a paz e a liberdade de cada cidadão devem ser erigidas a um patamar maior, superando, inclusive, a “defesa social”.

Sustenta-se que, partindo-se de premissa lógica rigorosa, deveria a revisão criminal ser viável também contra interesses do acusado. Por outro lado, não se pode olvidar que a segurança erigida pela coisa julgada (garantidora de paz, sossego social), só deve ceder lugar frente ao imperativo maior do Estado Democrático de Direito: a liberdade humana. Nisso reside, fundamentalmente, a escolha pela revisão tão somente em prol do imputado; nesse sentido, apenas quando estivesse em sopesamento a dignidade e a liberdade do cidadão, afastar-se-ia a segurança jurídica.⁶⁷

O discurso favorável à revisão, capitaneado pela doutrina de Pedro Lessa e Júlio Fabrine Mirabete, pode ser sintetizado na busca pela defesa social e, sobretudo, para que as penas não percam a sua eficácia.⁶⁸ Ceroni, ao se posicionar a favor da revisão criminal “*pro societate*” expõe, em seu parecer, os valores eficientistas de defesa social⁶⁹, sob o pálio da

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 730

⁶⁵ Embora aplauda a lúcida explicação do Professor, o trabalho não adota a solução proposta, no sentido de acabar com a absolvição sumária.

⁶⁶ CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão criminal: características, consequências e abrangência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.27.

⁶⁷ *IBIDEM*. p. 23.

⁶⁸ *IBIDEM*. p.23.

⁶⁹ Ou, nas palavras de BARBALHO (1924): “Justiça é, sim, mandar em paz o inocente perseguido, mas é também castigar o culpado reconhecido como tal.”

busca primordial pela “justiça”:

Todavia, sob o ponto de vista da lógica e da **busca da verdade material**, judicial ou processual (objetivo maior do processo penal em face das provas válidas produzidas), não se pode negar que a revisão deve ser cabível não só quando interessa ao acusado, mas também quando é favorável aos interesses da justiça, ou seja, quando, após o trânsito em julgado da sentença absolutória, descobrirem-se provas da responsabilidade criminal do réu, ou então, que as provas produzidas em seu benefício e que fundamentaram a absolvição ou extinção da punibilidade, revelaram-se falsas. Entendemos que os **interesses da sociedade e da própria justiça podem e devem, por vezes, estar acima de qualquer valor individual, mesmo o relacionado com o status libertatis.**⁷⁰

Conforme demonstrado no posicionamento supra, o principal pressuposto que justifica a revisão criminal em desfavor do cidadão, se pauta na busca pela verdade material, verdade real. Ou seja, independentemente do grande arcabouço investigativo/inquisitivo do Estado, deve-se sempre deixar porta aberta para a efetivação da justiça e condenação, em surgindo provas da culpa.

É preciso, portanto, revisitar essa forte tendência processual de se perseguir a verdade real, perquirindo se é possível obtê-la e, sobretudo, se o Estado tem o poder ilimitado de fazer valer a dita verdade material. Segundo Rômulo Moreira⁷¹, a verdade real se constitui como dogma do processo penal, quando é cediço que a única verdade possível é a processual (formal)⁷².

A busca por uma verdade material, consistente e total traz consequências nefastas para o próprio processo, mas sobretudo, para o acusado. Processo que objetiva a qualquer custo a verdade, é processo que não conhece limite, permitindo-se até mesmo a tortura. Nessa esteira, a confissão é o ponto máximo da liturgia macabra designada cinicamente de processo. Confissão que de tudo, e por tudo, depende da admissão da fábula da verdade real (própria do sistema inquisitório).⁷³

No que concerne ao trabalho, a *impronúncia* tem o condão de sistematizar e apresentar a estrutura processual que apenas busca a verdade, seja ela qual for. Assim, desenha-se o procedimento penal com os seguintes caracteres: o mito do “interesse público” – cláusula aberta que justifica perseguições e arbitrariedade –; sistema autoritário; busca pela verdade a qualquer custo, mesmo que a perseguição seja eterna; além, por óbvio, da figura do juiz

⁷⁰ CERONI, Carlos Roberto Barros. *Op. cit.* p.24.

⁷¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo**. 1.ed. Porto Alegre: LexMagister, 2013.

⁷² LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.41.

⁷³ LOPES JR., Aury. *Op. cit.* p. 272 e 273.

inquisidor, garantidor tão somente do espetáculo do mal.⁷⁴

Incabível vislumbrar uma verdade real no processo penal, vez que, este se preocupa com um acontecimento passado. Nesse sentido, a busca deve ser pela verdade processual ou formal⁷⁵, alcançada, por sua vez, somente através de regras precisas. Clama-se por uma verdade formal ou processual, para que o direito penal cumpra seu mister, sem o malferimento de garantias fundamentais do cidadão. Ferrajoli salienta a imperiosa busca por uma verdade – mas não alcançada por qualquer meio ou a qualquer preço – necessitando-se, para tanto, da produção probatória em contraditório e que não se constitua em abuso.⁷⁶

Assim, chama atenção Lopes Jr. que: “... a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias”⁷⁷. Com isso, trazendo à baila o problema da impronúncia, não poderia, nesse viés, depois da formal produção das provas, sê-las descaracterizadas em função da busca da verdade real.

Ao fim e ao cabo, toda a discussão da legitimidade da revisão criminal “*pro societate*” tem por premissa o conceito que se adota do processo penal e, sobretudo, dos fins e funções do processo.

Certo é que a impronúncia guarda profunda semelhança com a revisão criminal; a uma; ambas são ações autônomas; a duas: visa-se rechaçar a coisa julgada – mesmo que na impronúncia seja “meramente formal”.

A questão central é: se houve todo o processo – fase probatória – ilógico não conferir a tal decisão o caráter de *coisa julgada material*.

Não se investiga nesse trabalho o cabimento ou não da revisão criminal no âmbito da impronúncia⁷⁸. Trata-se, sim, de verificar se o instituto da impronúncia, por si só, não se constitui em exemplo concreto de revisão criminal favorável à sociedade. Esta, traz em seu bojo a semente da revisão contrária ao réu, seu maior objetivo: servir como arma/instrumento para revisão criminal “*pro societate*”. Tem-se na impronúncia, uma revisão “*pro societate*”

⁷⁴ *Ibidem.* p. 272 e 273.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Op. cit.* p. 273.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 438 e 439.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Op. cit.* p. 274.

⁷⁸ Nesse sentido, preleciona CERONI: “Também não cabe revisão criminal da decisão prevista no art. 409 do CPP – denominada de impronúncia –, pois ela produz somente coisa julgada formal, eis que não pode ser rediscutida no mesmo processo em que foi proferida. Ela não gera a coisa julgada material, visto que o art. 409, § único, permite, a qualquer tempo, a instauração de novo processo contra o mesmo réu e pelos mesmos fatos, desde que haja novas provas. Portanto, ela não transita totalmente em julgado, razão pela qual, por falta deste pressuposto básico, não pode ser impugnada via revisão criminal, com o objetivo de transformá-la em absolvição.” Vide: CERONI, Carlos Roberto Barros. *Op. cit.* p.93.

“travestida” de novo processo.

Urge salientar que a revisão criminal deveria ter por escopo a correção de um erro do Estado em face de um cidadão (injustamente ou desproporcionalmente condenado). Isso para que se restaure a sua dignidade e, sobretudo, o liberte das consequências nefastas da condenação que não se limitam ao âmbito penal.

Nessa senda, a leitura dos artigos 621 e 626 do Código de Processo Penal⁷⁹ não deixa dúvida de que o objetivo da revisão deverá ser a absolvição, anulação do processo penal, diminuição da pena, ou, na pior das hipóteses, no não agravamento da situação do condenado. Portanto, lança-se mão da revisão criminal somente quando se pretender a melhoria da situação do réu.⁸⁰

A consequência da impronúncia é possibilitar reforma em prejuízo do réu. Nesse sentido, se tem, no mesmo diploma (Código de Processo Penal), uma norma que prevê a impronúncia, e outra norma que **limita a revisão aos casos em que se busca proteção ao condenado (revisão criminal)**.

Acatar a impronúncia é, para além de ofender a presunção de inocência, duração razoável e outros princípios, ir de encontro à própria vontade do legislador, vez que a norma da proibição da revisão prejudicial ao réu está sendo ferida pelo instituto em investigação.

No que toca à impronúncia, há quem sustente que a situação em comento não caracterizaria a revisão criminal em prol da sociedade, na medida em que tal decisão, embora impugnável via recurso de apelação, seria classificada como decisão interlocutória mista, é dizer, não seria sentença. Se não houve discussão do mérito, cabível seria a reabertura do processo, mormente por ser necessária nova denúncia ou queixa.⁸¹

A proibição da revisão criminal contrária ao cidadão perpassa pelo reconhecimento de norma fundamental, qual seja, a de que ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato. Portanto, o postulado do “*non bis in idem*” vincula-se a uma concepção de direito material, é dizer, busca-se proibir a dupla sanção decorrente de um mesmo fato.

Não se confunde a regra do “*non bis in idem*” com o “*bis de eadem re ne sit actio*” ou “*ne bis in idem sit actio*”. As últimas duas possuem cariz eminentemente processual,

⁷⁹ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absorver o réu, modificar a pena ou anular o processo. **Parágrafo único: De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.**

⁸⁰ Cf. entre outros OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.* p. 968.

⁸¹ PINTO, Ronaldo Batista. *Ob. cit.*

procedimental, na medida em que impede a repetição de ação sobre o mesmo fato. Ao fim e ao cabo, ambos possuem o mesmo objetivo, embora divirjam no seu conteúdo.⁸²

Qualquer que seja o brocardo adotado, o pano de fundo de tais categorias é sempre a coisa julgada, e sua finalidade maior: a segurança jurídica. A função primordial da coisa julgada é, portanto, a manutenção da certeza e segurança das relações jurídicas. Tanto é notória a noção de segurança incutida na “*res judicata*”, que o direito norte-americano consagrou o termo “double jeopardy” – versão saxônica do “*ne bis in idem*” – designativo da proibição do duplo risco.⁸³ Reconhece-se, assim, o risco de participar do processo, sobretudo na condição de hipossuficiência.

Ainda quanto às diferenças entre os conceitos “*ne bis in idem*” e “*ne bis in idem sit actio*”, salutar perceber que a primeira máxima só poderá ser utilizada caso estivermos diante de decisão condenatória transitada em julgado. Isso porque, nas hipóteses de extinção de punibilidade ou sentença absolutória, o que se quer evitar é a manutenção do status de inocência, é dizer, proíbe-se segunda persecução, segundo processo, violadoras da estabilidade e segurança jurídica.⁸⁴

Tigre Maia⁸⁵ reconhece que o grau de efetividade dos direitos fundamentais tem o condão de caracterizar o maior ou menor grau de amadurecimento democrático. O autor parte do pressuposto de que, malgrado a proibição do “*ne bis in idem*” não se encontre prevista no elenco do artigo 5º da Constituição, possível considerá-la direito fundamental, a partir de sua própria essencialidade, é dizer, por se revelar necessária à consecução de outros ditames fundamentais. Em outros termos: estar-se-ia diante de direitos fundamentais extraconstitucionais, implícitos ou decorrentes. Assim:

A ligação entre o *ne bis in idem* (nas angulações consideradas) com os demais valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. O sopesamento da presença dos seus subprincípios (da adequação ou idoneidade, da exigibilidade ou necessidade, e da proporcionalidade, em sentido estrito), por sua vez, permite constatar a efetiva observância desse parâmetro. Consoante a vertente da qual se cogite – *bis in idem* formal ou *bis in idem*

⁸² “Embora as máximas *ne bis in idem* e *bis de eadem re ne sit actio* tecnicamente não se confundam, esses aforismos são considerados, comumente, como se fossem uma única e mesma coisa, utilizando-se o primeiro de modo demasiadamente amplo, tanto na doutrina nacional quanto estrangeira.” Vide: DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida); v.7. p.354.

⁸³ FERREIRA, Pinto. As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n° 12, 1997, p.181-203.

⁸⁴ Ibidem, p. 357.

⁸⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988**. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. 4 – n.16, jul/set. 2005, p.11-75

material –, em graus diferenciados, são inegáveis as relações de aproximação entre o princípio estudado e certos direitos fundamentais catalogados pela Constituição Federal de 1988, em especial, respectivamente, com os princípios da intangibilidade da coisa julgada (art.5º, XXXVI) e o da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, XXXIX).⁸⁶

Para além de admitir a proibição do “*ne bis in idem*” como marco do processo penal, é possível trazer à tona o artigo 20 do Estatuto de Roma⁸⁷ e o supracitada cláusula 8ª, item 4 do Pacto de São José da Costa Rica.

A coisa julgada apresenta, nesse ponto, força, autoridade de impedir novo debate processual que diga respeito a mesma pessoa e idêntico fato. Por isso: “*Não importa, assim, tenha a sentença definido o mérito da causa, condenando ou absolvendo o acusado, ou simplesmente se limitado a extinguir a punibilidade.*”⁸⁸

Países e ordenamentos existem que adotam a revisão criminal “*pro societate*”.⁸⁹ Contudo, a aderência de outros países, malgrado a evolução técnica e teórica de tais nações, não pode ser tomada como verdade absoluta e insofismável.

2.6 IMPRONÚNCIA: ILEGÍTIMA AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO. O *NON LIQUET*⁹⁰ EM PROL DA VINGANÇA ESTATAL

A Constituição institui o direito de se invocar o Estado-Juiz e obter do mesmo uma resposta adequada, célere e conforme o ordenamento jurídico. Dessa forma, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição impede que o Juiz se exima, sob a justificativa de que não tem embasamento para decidir.⁹¹

⁸⁶ MAIA, Rodolfo Tigre, *Ob. cit.* p.70.

⁸⁷ Que anuncia: “nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.”

⁸⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Ob. cit.* p. 356.

⁸⁹ A saber: “De acordo com pesquisa realizada por Jorge Alberto Romeiro, outros países, também, adotaram a revisão em prol da sociedade: Alemanha (CPP atualizado em 1º de 1960); Alemanha Ocidental (CPP, par. 362); Noruega (CPP de 1º/07/1934, par. 415); Suíça (Lei Federal de Processo Penal, de 15/06/1934, art. 229, salvo os cantões de Nidwald, Valais, Vaud e Genève); Suécia (Lei Processual de 18/07/1942, posta em vigor em 1º/01/1948, capítulo 58, par. 3º); Hungria (CPP, de 1951, alterado em 1954 e 1957, parágrafos 213 e 214); Iugoslávia (CPP de 1º/01/1954, par. 379); Tchecoslovaquia (CPP de 1956 que vigorou até 1961); Áustria (CPP de 20/04/1960, par. 355); e, Rússia (CPP de 27/10/1960, arts. 373 e 380).” CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão pro societate**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6716/revisao-pro-societate#ixzz3eOpcgsgQ>> Acesso em: 28 jun. 2015.

⁹⁰ Sobre a ilegitimidade da impronúncia, pondera ... “A estrutura do presente artigo não foi recepcionada pela CR/88 e pela CADH (assim como num exercício histórico pode-se dizer o mesmo em relação à CR/46,67 e EC 01-69). Trata-se de uma situação de **non liquet**, inadmissível no Estado de Direito.” (Código de Processo Penal Comentado... p. 633)

⁹¹ Constituição Federal de 1988. Art. 5º: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

A jurisdição é, simultaneamente, poder, função e atividade.⁹² Contudo, sua legitimidade somente é alcançada através do devido processo legal. Um dos aspectos de legitimação é a capacidade dos atos jurisdicionais de adquirirem *definitividade*, é dizer, não sofrerem alteração ao alvitre de qualquer dos poderes, nem mesmo o Poder Judiciário.

O “*judicium*”, nas palavras de Frederico Marques, constitui-se em *atividade obrigatória* do Estado. Isso porque, o não julgamento é manifestação cabal de denegação de justiça. Assim, a função jurisdicional impõe o *dever* de julgar.⁹³

A jurisdição vai além do poder estatal de dizer o direito (*iuris dictio*). Assumindo o conceito de processo penal como instrumento de acertamento *de um caso penal*, Jacinto Coutinho traz características que, necessariamente, devem acompanhar a atividade da jurisdição. A primeira diz respeito ao cariz *definitivo* da atividade, é dizer: ao anunciar o direito, a decisão deve ter o condão de pôr fim a um caso.

No âmbito processual penal, ou se condena ou se absolve – não existe o meio termo. Isso porque, consequência da definitividade é a *estabilidade* da decisão. Para tanto, imperioso que o dizer estatal seja *imutável*, após percorrer, por óbvio, as vias impugnativas.⁹⁴ Nesse diapasão, a mudança, se houver, só deverá ser em benefício do réu/apenado.

Não sem motivo, paira sobre o Estado a obrigatoriedade de dizer o direito de maneira definitiva. Trata-se de assumir o monopólio da resolução dos casos, evitando a indesejável e perigosa vingança privada.⁹⁵ Nisso reside o princípio da *indeclinabilidade*, que assevera a proibição do Estado de furtar-se à resolução de qualquer conflito ou, no que toca a esse estudo, ao acertamento de um caso penal.⁹⁶

É lição frequente que não pode o juiz se valer de lacuna no ordenamento para deixar de proferir decisão e julgar o caso que lhe fora apresentado. Trata-se da vedação ao “*non liquet*”, expressão que designa a ausência de certeza, consagrado desde o movimento revolucionário francês e a vigência do Código Napoleônico. Assim:

ameaça a direito.

⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 155.

⁹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.38.

⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Rev. Fac. Min. De Direito, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, p. 65-88, 1º e 2º sem. 1999, p. 68.

⁹⁵ Acentua José Eulálio Figueiredo de Almeida: “Para estabelecer tratamento uniforme nas decisões judiciais e evitar a insegurança nas relações sociais conflituosas, o Estado criou o processo, cujo objetivo é garantir a todos a **resolução dos problemas decorrentes da conduta do homem em sociedade** nas relações cotidianas com os seus semelhantes e com as pessoas jurídicas”. Vide: ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.4.

⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Ob. cit.* p. 73.

Tem-se ensinado em sede doutrinária que ao juiz moderno – diversamente do que ocorria com o iudex na Roma antiga – não é dado pronunciar o “non liquet” (não há certeza), com o que a causa restaria imprejudgada e denegada a justiça no caso concreto.⁹⁷

A impronúncia faz parecer que não houve atividade cognitiva durante a instrução processual, o que se constitui uma falácia. Nesse sentido, ilegítima a argumentação pela qual se defende que possam existir decisões que não ponham fim a uma determinada pretensão.⁹⁸

2.7 IMPRONÚNCIA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A situação provocada pela impronúncia não encontra semelhança no procedimento comum ou em qualquer outro, alheio ao Júri.⁹⁹ Na hipótese de todas as possíveis ilegitimidades apresentadas restarem incorretas, por qual motivo o tratamento em questão (impronúncia) é dispensado tão somente a uma classe de indivíduos que perpetrou crime doloso contra a vida? Não estaria o sistema processual penal a tratar de maneira mais árdua e dura esse perfil de “delinquente”? O que justificaria tal escolha se não o direito penal do inimigo?

Cediço que o direito penal cumpre funções não declaradas, dentre as quais a de perseguição de certas camadas sociais, Föppel¹⁰⁰ salienta a necessidade de demonização do outro, afinal, para justificar arbitrariedades, necessário criar o senso comum, a imagem social contrária a determinadas classes.

Assim, o aludido autor questiona alegoricamente se existiriam os santos, na medida em que, se demônios (inimigos) existem, quem seriam os bons samaritanos? Se existem, quem os reconhecem como tais? Indubitável que muitos são os inimigos, ao ponto de ser possível questionar se o ordenamento jurídico pátrio não apresenta apenas um direito penal: o do inimigo.

Acontece que, as mazelas e abusos são distribuídos em diferentes momentos. Isso porque não se vislumbra na construção do direito penal do inimigo um sistema penal

⁹⁷ALVIM, J.E. Carreira. **Natureza Jurídica da Liminar e o “Non Liquet” na Esfera Mandamental.** In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 9.

⁹⁸CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.634.

⁹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p.115.

¹⁰⁰EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio manifestação do direito penal do inimigo.** 2005. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005.

ordenado e lógico. São diversas as normas referendadas no ordenamento que restam por menoscabar direitos e garantias fundamentais da pessoa.¹⁰¹ No caso da impronúncia, restou demonizado os acusados de crimes dolosos contra a vida.

Com o direito penal do inimigo, permite-se ao Estado dois caminhos no tratamento do delinquente. O ponto de diferenciação reside no potencial de periculosidade que tais indivíduos apresentam contra estrutura Estatal. Existe, dessa forma, o cidadão, que faz por merecer as garantias penais e processuais, é dizer, vige o devido processo legal; por outro lado, existe o não cidadão, o inimigo. Este deve ser tratado como não portador de garantias, de modo a intimidar, a alijar, a segregar definitivamente quem não se amolda ao Estado.¹⁰²¹⁰³

Faz-se necessário eleger o inimigo. Este não é considerado pessoa e por não se enquadrar no estado de cidadania não pode se beneficiar dos direitos fundamentais da pessoa. Consequência da não personificação do inimigo é o afastamento da concepção de sujeito processual. Dessa forma, os direitos processuais são desnecessários.¹⁰⁴

A marca indelével do proceder contra o inimigo é, na lição de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini *“O tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de determinados autores de crimes, pois, segundo nossa perspectiva, é a característica mais marcante do Direito Penal do Inimigo”*.¹⁰⁵

Com o direito penal do inimigo, estabelece-se um paradoxo entre doutrina jurídico-penal e a estrutura própria do Estado de Direito, que se intitula democrático. Isso porque, conferir tratamento diferenciado a seres humanos denota a escolha política por um Estado absoluto, longe do arcabouço principiológico constitucional.¹⁰⁶

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal**. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Novos desafios do terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.655.

¹⁰² “A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.”, Vide: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.18.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p.654

¹⁰⁴ Prelecionam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: “Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, 'ainda que de modo juridicamente ordenado – p.45' (sic). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).” Ibidem, p.654.

¹⁰⁵ Ibidem, p.654.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Ob. cit.* p. 11.

3 AS FUNÇÕES DECLARADAS DO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE SUA COERÊNCIA EPISTEMOLÓGICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988¹⁰⁷. OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS COMO STANDARDS NA PROBLEMÁTICA PERSECUÇÃO PENAL¹⁰⁸

3.1 O PAPEL DO PROCESSO PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Empreender um estudo a respeito da Teoria Geral do Processo Penal e suas respectivas funções exigiria, minimamente, um trabalho de toda uma vida, não sendo pretensão desse estudo esmiuçar e exaurir a temática. Contudo, a adequação da impronúncia ao ordenamento jurídico pátrio exige a compreensão do que se espera – ou deveria se esperar – da estrutura normativa em um Estado Democrático de Direito.

Para além de hermenêutica constitucional realizada por um sem-número de métodos¹⁰⁹, necessita-se, a priori, verificar os aspectos processuais da decisão em comento. Nesse sentido, tentar-se-á averiguar se, além do vislumbre de desrespeito a princípios outros, o instituto da impronúncia se coaduna ao aparato técnico lógico do Processo Penal.

Muito se disserta e se discute sobre as funções do direito penal; para tanto, uma série de teorias legitimadoras e deslegitimadoras são erigidas pela doutrina e jurisprudência¹¹⁰. Não se questiona a conveniência e importância do tema e das suas repercussões na estruturação de uma teoria do delito e da aplicação da pena; contudo, imperiosa a necessidade de (re)pensar o processo penal e a forma que o Estado investiga, *processa* e condena o cidadão.

Malgrado se pudesse utilizar as expressões “réu”, “acusado”, “imputado”, prefere-se neste momento inicial se valer da nomenclatura “cidadão”. Sim, porque a persecução penal em momento algum destitui o ser humano de tal condição e de sua indelével dignidade.

Assim, embora este trabalho se limite ao instituto da “*impronúncia*”, investigando sua

¹⁰⁷ A Constituição de 1988 instituiu uma nova ordem jurídica no Direito Brasileiro. E foi assim nos diversos aspectos da vida: no âmbito cível, administrativo, tributário, ambiental. Não seria diferente com o Direito Penal, sobretudo no que toca o processo penal (instrumento de efetivação, conforme demonstrado por Ferrajoli – marco teórico desse trabalho). O processo penal necessita ser repensado a partir da Constituição de 1988 e ser redemocratizado (LOPES JR., 2006). Vale salientar que o sistema penal (material e processual) foram moldados sob a égide de regimes autoritários, militares. Não se concebe democratização sem a consolidação da proteção do sujeito passivo, é dizer, o réu deve ser valorizado juridicamente, sem que isso se confunda com protecionismo tolo.

¹⁰⁸ Nesse sentido, os princípios penais constitucionais servem tão somente para iniciar a discussão e resolução da problemática que se constitui a persecução penal. Não basta, como se verá, a inscrição de garantias principiológicas, necessita-se, sobretudo, da mudança na mentalidade dos aplicadores do direito.

¹⁰⁹ Por exemplo, o método científico-espiritual de Smend, a Tópica de Viehweg, o modelo hermenêutico concretizador de Konrad Hesse ou o modelo definido por Müller.

¹¹⁰ A saber: teorias absolutas da pena; teorias relativas; funcionalistas e, até mesmo, a teoria agnóstica da pena.

adequação constitucional, essencial se valer, *prima facie*, do fenômeno processual como um todo, é dizer: questionar por que existe o processo e para quem existe o processo. Da mesma forma, crucial a distinção entre o processo penal e o processo civil, rechaçando a existência de uma *teoria geral do processo*.

Parte-se da premissa de que o instrumento existe para evitar malferimento a princípios e garantias individuais. Por isso, o sistema penal não pode se tornar refém da instrumentalidade – *strumentalítá* – e não reconhecer a inocência do réu.¹¹¹ Procura-se, assim, evidenciar se a dilação e indeterminação provocadas pela impronúncia se transformam em efetivas penas, impostas de maneira arbitrária e desproporcional.

Destaque-se também, de início, que por detrás da discussão a respeito da função do processo penal ganham projeção dois projetos de estruturação social. Isso porque, a depender da postura adotada, ter-se-á a escolha pela garantia do projeto democrático ou por um instrumento de defesa social.¹¹² Nesse diapasão, cabe questionar se o processo deve servir tão somente aos objetivos relacionados à segurança pública. Em caso afirmativo, o processo penal tem por escopo defender a sociedade do quê e de quem?¹¹³

3.1.1 A necessária transação de um Estado de Direito para um efetivo Estado Constitucional Democrático de Direito^{114 115}

¹¹¹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹¹² Assevera, nesse sentido, FÖPPEL: “Com efeito, pode-se afirmar que a gradativa construção de um Estado Democrático de Direito não se perfaz com a mera auto-intitulação como tal. Corresponde, pois, a consectário lógico da limitação da esfera de atuação estatal em prol da liberdade do indivíduo. Entretanto, não se pode falar em liberdade quando dissociada de instrumentos idôneos à sua efetiva garantia, sob pena de se tornar falacioso o discurso democrático transmitido aos cidadãos.” Vide: FÖPPEL, Gamil. **O princípio da Legalidade como um Ideal Radicalmente Garantista**. In: *Novos Desafios no Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. FÖPPEL, Gamil (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008 pág. 505

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.1.

¹¹⁴ Conforme o Professor Rômulo Andrade Moreira: “Certamente, sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.” Vide: MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 312.

¹¹⁵ Que perpassa, sobretudo, pela internalização e efetivação dos direitos humanos, no sentido de valer-se como instrumento contrário ao estado de polícia (autoritário). Conforme preleciona ZAFFARONI (2008): “Con el estado de derecho constitucional (...) a quienes pretenden represión indiscriminada debemos responderle com los derechos civiles y políticos; a los que quieren privilegios debemos opornele los derechos sociales; es decir, a los que pretenden salvajismos debemos responderles com la razón y a quienes quieren muerte debemos oponerles vida” Vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Estado de Derecho y los Problemas Sistémicos de los Derechos Humanos**. In: *Novos Desafios no Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. FÖPPEL, Gamil (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pág. 28.

Faz-se necessário reconhecer a insuficiência do Estado de Direito e admitir, não somente nas cadeiras acadêmicas, sim na prática, o *Estado Constitucional e Democrático* de Direito. Gomes justifica tal conclusão a partir da constatação de que o Estado – estruturado classicamente sob regras, valores, normas e princípios – tem alcançado sua mais aguda crise nas últimas décadas.¹¹⁶

Ferrajoli¹¹⁷ sustenta a existência de dois tipos de Estado de Direito, a saber: em um primeiro sentido, estado de direito designa qualquer ordenamento jurídico cujo poder público é conferido pela lei, poder esse exercido mediante procedimento formal previamente estabelecido. Nesse diapasão a maioria dos ordenamentos pode ser considerada abarcada pelo conceito, até mesmo os mais antiliberais. Contudo, salienta o autor italiano outra acepção ao termo: estado de direito, em um sentido forte e substancial somente pode ser aquele cujos poderes, inclusive o legislativo, guardam respeito aos princípios substanciais, mormente aos direitos fundamentais.

A tese invocada por Ferrajoli traz à tona dois modelos normativos: a) o modelo paleo-juspositivista do estado legislativo de direito – Estado Legal – preocupado tão somente com o monopólio na produção jurídica; b) o modelo neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito – a partir da segunda guerra mundial, caracterizando-se pelo controle de constitucionalidade das leis ordinárias.¹¹⁸

Luiz Flávio Gomes¹¹⁹, ao justificar a necessidade do Estado Constitucional Democrático de Direito, defende a seguinte noção: tudo quanto se relacionar a direitos fundamentais e garantias individuais merece consideração na elaboração legislativa e na resolução dos casos concretos, independentemente de positivação infraconstitucional. Assim, Constituição e Tratados Internacionais adquirem status superior, vinculando todo o sistema jurídico.

Explica o referendado autor que, ao tempo do Estado de Direito, as garantias e os hoje considerados “direitos fundamentais” adquiriam relevância a depender da força e da importância conferidos pelo legislador ordinário, é dizer, o status era tão somente conforme insculpido na lei.¹²⁰

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008, p. 507.

¹¹⁷FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf> Acesso em: 26 jun 2015.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Ob. cit.* p.515.

¹²⁰ Assim sintetiza Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem: “Essa articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, obtida pelo entrelaçamento técnico e harmonioso das normas constitucionais, é

Contudo, hodiernamente, direitos e garantias se encontram – em sua grande maioria – consagrados na Constituição Federal ou nas normas do Direito Humanitário internacional, a saber: tratados e convenções que dissertam sobre direitos humanos, e.g., Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com isso, é possível vislumbrar nessas normas um *valor jurídico diferenciado*, decorrente da vinculação Constitucional e do nível conferido aos tratados e convenções, minimamente com status supralegal.

Não basta, contudo, admitir tais diplomas no ordenamento jurídico pátrio. Essencial que ocorra a subordinação da produção do direito à Constituição Federal e, nas palavras do mesmo autor, também ao direito humanitário internacional. A diferença entre Estado de Direito e Estado Constitucional Democrático de Direito reside, sobretudo, no processo de elaboração legislativa. Nesse sentido, insuficientes os limites formais, a exemplo da legitimidade para elaborar leis, *quórum* de aprovação, dentre outros requisitos procedimentais.

Junto aos limites formais devem ganhar destaque os **limites materiais ou substanciais**. Para tanto, impõe-se vislumbrar em todo processo legislativo e nas leis já em vigor, o núcleo essencial de cada direito. Na concepção de proibição de restrição desarrazoada ao direito fundamental se encontra o limite material/substancial.

Ao fim da análise formal e material, aquilo que não estiver compatível com a Constituição e o Direito Humanitário Internacional deverá ser repellido. Essa discussão, obviamente, ganha maior dimensão quando se estão em jogo as garantias mínimas do *devido processo criminal*. Nesse contexto, inadmissível qualquer ponderação que viole ou ponha em

classificada pela doutrina alemã como legitimação democrática do Estado de Direito, e qualificada pela doutrina italiana como democracia constitucional, porque revela um sistema constitucional marcado acentuadamente pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas jurídicas (Estado de Direito).” Vide: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário**. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v.8, n. 15, 1º sem. 2005, p.230.

risco direitos fundamentais de proteção¹²¹. Tanto é assim, que nas palavras do mencionado autor, deve-se reconhecer a invalidade do Direito ordinário nessas ocasiões.¹²²

A evolução na produção do direito, com o acréscimo de novos filtros e balizadores de legitimidade faz parte de um processo ainda maior, qual seja, a evolução da concepção de *democracia*. Pode-se falar da transição de uma democracia formal (democracia das maiorias) para a democracia substancial (ou material). Isso implica admitir que nem tudo que passa pelo crivo do Legislativo (Parlamento) é válido.¹²³ Não sem antes, realizar-se a conferência dos limites formais e materiais, mormente aqueles que se relacionem com os Direitos Fundamentais.

Ao juiz não é mais dado meramente resolver o conflito em concreto, aplicar a lei. Cabe ao magistrado, no Estado Constitucional Democrático de Direito, examinar a compatibilidade da lei com a Constituição e com os Tratados Internacionais (Direito Humanitário Internacional).¹²⁴

¹²¹ “Seguindo a proposta de Ferrajoli, há de se reconhecer o sentido e o papel dos Direitos Fundamentais na **dimensão substancial da democracia**, em vez da meramente formal. Os Direitos Fundamentais se constituem, pois, como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidade de todos, razão de ser do Estado. O que são Direitos Fundamentais somente pode ser respondido a posteriori, não obstante as características gerais, eis que somente assim está a salvo das deliberações da maioria ou do 'Mercado'. (...) Assim é que os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e, de outro, **limitam negativamente a atuação estatal**, privilegiando a atuação dos indivíduos. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material constitucional. Significam a extensão de liberdades e de direitos em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espalhando efeitos para o futuro.” Vide: ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

¹²² GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008, p.516 e 517.

¹²³ “Essa limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como pode transparecer num primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção garantista, também está limitado/ balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição. E, os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos” Vide: ROSA, Alexandre. *Op. cit.* p.87.

¹²⁴ Luis Roberto Barroso explica a transição do Estado pautado tão somente na legalidade e o que emergiu após as Grandes Guerras Mundiais. Explica o autor: “O Estado Constitucional de Direito se consolida, na Europa Continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado Legislativo de Direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção de leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. Vide: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382.

Como norteador desse novo modelo de Estado (ECDD) elenca Gomes¹²⁵ dois princípios essenciais, quais sejam: (a) o da proteção jurídica (ou proteção judiciária) e (b) do devido processo. Devido processo que não se limita a um procedimento justo, mas exige adequação procedimental, bem como o acesso ao direito e respeito às garantias processuais.

A proteção judiciária encontra respaldo na ideia de inafastabilidade do controle jurisdicional, é dizer, a partir da doutrina da separação dos poderes se possibilita ao cidadão o acesso ao judiciário, bem como o direito a uma *resposta* estatal. Evidente também, que tal proteção encontra proximidade com um rol extenso de garantias processuais, que são consequências naturais da garantia do devido processo (*due process*). Nos dizeres de Gomes:¹²⁶ “Qualquer restrição aos direitos à vida, liberdade ou propriedade, desde então, só pode ser feita *by de law of the land*.”¹²⁷

No que toca ao devido processo, faz-se necessário entendê-lo sob dois aspectos: deve o Estado encontrar um limite procedimental, impondo ao mesmo a obediência a um “processo justo”, a ser previamente definido em leis. Mas isso não é o bastante. De nada serviria obedecer a um procedimento arbitrário, desarrazoado, injustificado. Tão fundamental quanto respeito ao processo, é a criação “justa” do processo e de suas regras.

Nesse sentido, lição do escritor paulista, que enxerga na criação de barreiras ao momento de formulação das regras jurídicas o complemento para garantir o devido processo. Tal fato ganha relevância quando as regras tem por consequência a restrição da liberdade das pessoas. A noção de “justiça” não se limita ao *procedere*, ganhando maior concretude na feitura das leis. Isso porque: “o legislador não pode transformar em “processo devido” o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional e indevido.”¹²⁸

Impende destacar, dessarte, que se a Constituição e Tratados Internacionais fossem aplicados no Processo Penal Brasileiro, o significado do “*substantive process of law*” deveria ganhar máxima dimensão, é dizer, tanto no aspecto formal quanto material. E o balizador de

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008, p. 531.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 531.

¹²⁷ Relacionando o processo de surgimento do Tribunal do Júri com a Magna Carta de 1215, salienta Paulo Rangel : “Nesse sentido, o Tribunal do Júri surge com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época, nascendo, da regra acima, o hoje princípio do devido processo legal (*due process of law*), não obstante, depois, ter sido usado como instrumento de manipulação da massa, pois os jurados eram escolhidos dentre pessoas que integravam determinada classe. É bem verdade que a Magna Carta foi um acordo entre a nobreza e o monarca, do qual o povo não participou e, quando se fala de julgamento de seus pares, como se disse acima, quer se dizer o ato de um nobre julgar o outro e não mais se submeter aos ditames do rei. Os iguais julgando os iguais. Logo, o povo está excluído desse processo.” Vide: RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p.532.

toda essa *procedimentalização* guarda lugar na razoabilidade ou proporcionalidade.

Assim, a atividade Estatal (independente da área de atuação, mas sobretudo, no âmbito do processo penal) deve ter como norteador o valor justiça, que concretiza o devido processo em sua faceta substancial. Nesse sentido, disserta Luiz Flávio Gomes: “*Uma lei que não atenda para a razoabilidade (reasonableness) é inconstitucional, por ferir a cláusula (substantiva) do “due process”. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o “judicial review of legislation”, a tarefa de aferir a ‘justiça’ (razoabilidade) da lei*”¹²⁹

Seja norma constitucional ou tratado internacional incorporado no direito pátrio, certo é que, no que toca ao direito penal (lato sensu), devem esses dispositivos ser interpretados conforme a cláusula *pro homine*¹³⁰. É dizer, a dúvida, necessariamente, deverá beneficiar o imputado, aquele que é hipossuficiente.

Acontece que, infelizmente, as normas internacionais ainda não são tratadas como sua dignidade e importância fazem por merecer. Diante disso, elencam-se dois princípios gerais para o manejo de tais normas: a boa-fé e o privilégio *pro homine*, em caso de incerteza.

No que toca ao princípio da boa-fé, devem os tratados respeitar o *sentido* originalmente conferidos quando da elaboração desses diplomas. Quanto ao segundo princípio, cuida-se de princípio próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A norma do “pro homine” estatui que, em caso de dúvida, prevaleça sempre o sentido que mais garanta o direito do imputado. Boa fé e “*pro homine*” estão relacionados, caracterizando-se a segunda como concreta aplicação do primeiro.

No âmbito penal, tais normas do Direito Internacional impedem que o Estado se valha de dispositivos da Constituição e dos tratados para justificarem o desprezo aos limites do direito penal e suas garantias. Evita-se, assim, o uso arbitrário, nefasto e ilegítimo das cláusulas garantidoras.¹³¹

A concretização do princípio *pro homine* dependerá, no entanto, do nível ético do Estado. Isso porque deverão o legislador ordinário e aplicadores do Direito reconhecerem o *Princípio da Superioridade Ética do Estado*. Nessa seara, primordial salientar que o Estado

¹²⁹ *Ibidem*. p. 531.

¹³⁰ “El principio pro homine es un **critério hermenéutico** que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.” Vide: PINTO, Monica. **El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2015.

¹³¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

nunca foi – nos moldes do Estado Constitucional Democrático de Direito, embora muitas vezes sustente que sim – e nunca será titular de um direito penal subjetivo (certeza de um *jus puniendi* como direito do Estado).

Se de um lado emerge da Constituição de 1988 a superioridade ética do Estado, noutra ponta, acentua-se a presença de um Estado policialesco, que menoscaba e inviabiliza a efetivação de um processo penal compatível com seus cânones acusatórios e democráticos. O estado de polícia acaba por enfraquecer o Estado de Direito.¹³²

3.1.2 A função do processo no *Estado Constitucional Democrático de Direito*

Para a correta adequação do processo aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, fundamental reconhecer o princípio da supremacia da Constituição em relação às normas processuais. Ou seja: as prescrições constitucionais, com lastro nas garantias, devem ser tomadas como mandamentos obrigatórios.¹³³ Didier Jr. chama atenção para a crescente intensificação entre processualistas e constitucionalistas, cujos benefícios são recíprocos. Trata-se de progressiva incorporação de normas processuais à Constituição (direitos fundamentais processuais).¹³⁴

Quer-se dizer com isso que a aplicação dos preceitos constitucionais necessita de um *processo*. Como a Constituição não tem o condão de auto aplicar-se, cabe à lei a tarefa de criar as regras processuais. O ponto nevrálgico, contudo, reside justamente na criação do aparato processual, vez que, a lei não deveria forjar formas processuais que colidissem, direta ou indiretamente, com os ditames do processo, pensados e desejados na Lei Maior.

Dentro dos limites do presente estudo, cumpre restringir o papel do processo como efetivador e garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição¹³⁵. Isso porque, demonstrou-se que não basta o reconhecimento e dignidade constitucional conferido aos direitos fundamentais, necessitando-se sobremaneira de garantias e instrumentos que

¹³² O Estado deveria aspirar a um nível ético cada vez maior, contudo, nas palavras de Batista e Zaffaroni: “À medida que o estado de direito cede às pressões do estado de polícia, encapsulado em seu seio, ele perde racionalidade e enfraquece sua função de pacificador social, mas, ao mesmo tempo, perde nível ético, porque acentua a arbitrariedade da coação. Porém, à margem desse declínio moral relativamente frequente, o certo é que o Estado perde por completo sua eticidade quando legitima formas de coação que ferem a ética de modo direto e inquestionável.” Vide: BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ob. cit.* p.243.

¹³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Vide: Revista Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.2, n. 3 e 4, 1999, p. 89-154.

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12.ed. Salvador: Jus Podium, v.1, 2010, p. 29 e 30.

¹³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Editora Jus Podium, 2ª ed., Salvador, 2013, p.68 e ss.

concretizem os postulados do constituinte.¹³⁶

Cediço que os direitos fundamentais abarcam diversos tipos, nos limitaremos, agora, aos que tangenciam apenas o *processo penal*. Antes de tudo, estabelece-se a seguinte premissa: todas as regras processuais, inseridas na Constituição, devem ser tomadas como favoráveis e protetivas ao cidadão, independentemente de sua culpabilidade.¹³⁷ Essencial conceber o sistema processual como garantia.

Apreender o sistema com objetivo precípua de proteção e garantia significa identificá-lo como barreira e limite à intervenção do Estado, impedindo assim o incremento do Estado Policialesco. Indubitável que a Constituição consagra e resguarda direitos sociais de vários matizes, contudo, no que toca ao direito penal, os princípios e garantias são balizadores do “status libertatis”, a exigir do Estado, primordialmente, proteções negativas, ao passo que os demais direitos sociais reclamam por prestações positivas.¹³⁸

Dantas¹³⁹ pontifica que, pressuposto para a constitucionalização do processo é a admissão do mesmo como instrumento garantidor do direito, ressaltando sua dimensão emancipatória e democrática. Não se pode olvidar, todavia, que a simples previsão de garantias é insuficiente, fazendo-se necessário “... a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional.”¹⁴⁰

Há de se reconhecer o próprio procedimento como direito fundamental, na medida em que o processo sempre foi taxado como garantidor das liberdades. Noutra linha, cada tipo de processo tem um arcabouço principiológico próprio, já que os objetivos são diversos. Para que o processo obtenha o grau máximo de efetividade, imperioso que suas regras se adequem aos sujeitos, objetos e finalidades (adequação subjetiva, objetiva e teleológica).¹⁴¹

3.1.3 Da intrínseca relação entre direito penal e processo penal - Porque o direito penal mínimo depende, necessariamente, da lisura do procedimento

¹³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ob. cit.* p. 125

¹³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Exigências e perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade**. In: *Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais Contemporâneos II*. GAUER, Ruth Maria Chittó (ORG). Porto Alegre.: Ed. EDPUCRS, 2010, p. 273-294.

¹³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Ob. cit.*

¹³⁹ DANTAS, Miguel Calmon. **O Direito Fundamental à Processualização: Fundamento para uma teoria geral do processo**. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008, p.691.

¹⁴⁰ DANTAS, Miguel Calmon. *Ob. cit.* p.695.

¹⁴¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. **Existe uma Teoria Geral do Processo?**. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008, p.969-970.

Compreender a primordial função (de proteção e garantia) do processo penal exige esforço teórico de aproximação desse ramo do direito com o direito penal (material). Nesse ponto, crucial a interdisciplinaridade entre direito material e processual, declarando-se, de logo, a existência de uma *dependência teórica, ideológica e político-criminal* entre as citadas disciplinas jurídicas.¹⁴²

Nesse ponto, salientam Zaffaroni e Batista a necessidade de vinculação estreita, haja vista que o direito processual é tão somente um meio, instrumento para consecução de um fim. Malgrado sejam lastreadas em diplomas diversos e sob normas variadas, as bases principiológicas¹⁴³ ¹⁴⁴de ambas se aproximam, asseverando os autores que “*a um direito penal limitador ou de garantias corresponde um direito processual penal acusatório, e a um direito penal autoritário, um processual penal inquisitório*”.¹⁴⁵

Do contrário, se não cuidarmos de democratizar e garantir um processo penal compatível e conforme a Constituição, abriremos espaço para ilegítima intervenção do direito penal. Concluem os mencionados autores que a diferença, o distanciamento entre processo e direito penal material, se revela na existência de uma lei penal liberal e uma lei processual inquisitória. Estaríamos diante de verdadeira burla à limitação que o próprio estado de direito se comprometera. Assim, o cenário real é um estado de polícia se valendo de um pretenso discurso penal liberal.¹⁴⁶

Ferrajoli¹⁴⁷ sustenta que as garantias penais somente serão possíveis caso as garantias processuais sejam observadas. O garantismo penal não se limita ao direito material, a um conjunto de tipos previamente estabelecidos pelo legislador. Sem um processo penal que respeite os direitos do imputado e limite a *discricionariedade* judicial, as garantias prévias serão inócuas, não servirão ao objetivo fulcral de todo o sistema, qual seja: a limitação do

¹⁴² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ob. cit.*

¹⁴³ Nesse sentido preleciona Paulo Queiroz: “Em conclusão, e contrariamente à doutrina e à jurisprudência ainda hoje majoritárias, temos que os princípios que informam o direito penal não de valer, como regra, para o direito processual penal e execução penal, a fim de conferir-lhes tratamento unitário e conforme a Constituição.” Vide: QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 9.ed. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 32.

¹⁴⁴ Juarez Cirino dos Santos reforça o limite do Processo Penal tendo como referencial hermenêutico a Constituição de 1988. Para tanto, salienta o autor a existência de dois tipos de categorias principiológicas, quais sejam: princípios de formação do processo e princípios da prova processual. Evidente que todos os princípios se revestem de importância na investigação a ser realizada. Contudo, ganha mais força a segunda categoria, em especial por trazer a garantia do “*in dubio pro reo*”. Acentua o professor paranaense que tal princípio reverbera sob diversos aspectos no Estado Democrático de Direito: a) não cabe ao réu provar que não cometeu o crime; b) a dúvida sobre justificações beneficiam o réu; c) dúvidas sobre o fato também beneficiam o réu. Vide: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal : parte geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 672.

¹⁴⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ob. cit.*

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* p. 431 e 432.

próprio dever de punir do Estado.¹⁴⁸

Salienta o autor italiano que, as garantias penais e processuais se interligam tanto do ponto de vista estrutural, quanto funcional. Assim, as garantias penais a exigir a observância de pressupostos materiais dos crimes – lesão, conduta e culpabilidade – dependem, sem margem de dúvida, da instalação de um juízo imbuído de imparcialidade e controle.

Não sem razão, o conjunto de normas que regem a jurisdição é designado de “instrumento”, na medida em que está a serviço de efetivação das normas penais – substanciais. Arremata o aludido processualista: “*Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade*”.¹⁴⁹

3.2 DA INEXISTÊNCIA DE UMA “TEORIA GERAL DO PROCESSO” APLICADA AO PROCESSO PENAL. INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE LIDE DO PROCESSO CIVIL

A noção de processo como *relação jurídica*, embora não confira *status* de objeto ao sujeito passivo (réu), não atende aos interesses e objetivos preconizados pela Constituição de 1988 e por um processo penal que se define acusatório. A construção de Bülow¹⁵⁰, em que pese a evolução representada à época, não serve aos dilemas e desafios do processo penal. Isso porque, admitir que o *processo penal se constitua como uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem, entre as três partes, verdadeiros direitos e obrigações recíprocos*¹⁵¹ não permite afirmar quem seria parte, em que medida tem o acusado (sujeito passivo) responsabilidade perante a suposta relação jurídica. Ademais, tal definição tende a colocar o réu (vulnerável por excelência na marcha processual penal) em situação de igualdade frente ao Estado (que acusa e julga).

¹⁴⁸ Nada representa tão bem a constitucionalização do Direito Penal que a teoria do Garantismo. Busca tal teoria a limitação do poder punitivo, resguardando o acusado contra qualquer tipo de violência arbitrária, seja pública ou privada. Identificam-se dois sistemas penais, duas formas de controle social, a saber: direito penal mínimo (minimalismo) e direito penal máximo (CARVALHO, 2002). Nada impede que em um mesmo ordenamento encontrem-se manifestações de ambos sistemas, sendo que se parte do pressuposto de a decisão de impronúncia ser exemplo de maximização do direito penal. Vide: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação Da Pena e Garantismo**. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p.19. Segundo Aury Lopes Jr., o garantismo se contrapõe ao direito penal máximo, especificamente no que tange ao *utilitarismo processual*. Vide: LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* p. 431 e 432.

¹⁵⁰ Portanto, a concepção do mencionado autor é a de que o processo possui autonomia, atribuindo grande relevância aos conceitos de sujeitos, objetos e pressupostos processuais. Cf. nesse sentido: BÜLOW, Oskar von. **Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias**. Ed. Lzn, 2ª ed, 2005.

¹⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.

A concepção de Goldschmidt se adequa melhor aos pressupostos teóricos de um processo penal democrático e garantista. Isso porque, abandona o autor, a pretensão de certeza e segurança, tão comum na concepção civilística do processo. Admitir a instabilidade e existência de cargas probatórias são passos necessários a fim de entender o que deve ser o processo penal. Nessa senda, reforça-se a ideia de que à defesa não caberá *carga probatória*, no máximo, se pode falar de *perda de uma chance*, por não aproveitamento de um ato processual.

A teoria da situação jurídica, desvela o processo – demonstrando seu caráter de incerteza e insegurança! Processo seria um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável¹⁵². Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de Bülow são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Ao admitir o conceito aplicado de fluidez, movimento, dinâmica não exclui o autor a possibilidade de se impor garantias mínimas, em busca de uma sentença justa. Admitir o mundo de incerteza provocado pela estrutura processual impõe a luta pelo respeito às regras do devido processo.

Necessita-se lutar por um sistema de garantias mínimas. Rechaçar a fábula da segurança não significa rasgar o necessário dever estatal de respeitar o imputado. Isso se fará mediante um elenco de garantias formais, indisponíveis, inegociáveis, inafastáveis pelo Estado ao investigar, processar, condenar e fazer cumprir a reprimenda. Reconstrói-se a concepção de risco, vez que a consciência de tal situação é pressuposto para construir um sistema garantidor. Diante disso, a garantia localizar-se-ia na forma. E forma é instrumento. O processo penal, assim, assume, indubitavelmente, a função de limitação ao poder punitivo estatal, emancipando aquele que é débil (imputado).¹⁵³ Vale advertir que, caráter emancipatório do processo não se confunde com impunidade, sim, respeito ao que fora formulado pelo constituinte.

Faz-se necessário afastar a noção civilística do processo¹⁵⁴. Só assim será possível compreender a função de limitação ao poder punitivo e o caráter emancipatório do débil salientados pelo jurista gaúcho. Moreira traz um panorama a respeito da natureza da relação processual penal. Objetiva o professor baiano rechaçar o conceito de lide e pretensão no campo do direito penal. Se pretensão existir, jamais será a punitiva, sim, a acusatória.

¹⁵² *Ibidem.* p.

¹⁵³ *Ibidem.* p.103.

¹⁵⁴ Cf. entre outros: Tucci, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Importante trazer à baila tal temática, pois o que fundamenta a *impronúncia* é um desejo (ainda que não) declarado do Estado em punir, como se este possuísse e quisesse fazer prevalecer um interesse próprio sobre um interesse alheio.¹⁵⁵¹⁵⁶

Rechaçando a concepção de lide no processo penal, afirma Coutinho¹⁵⁷ que a expressão “*caso penal*” designa com mais legitimidade e coerência a situação de incerteza e dúvida observada na persecução penal. É o processo instrumento para elidir a dúvida no que se refere à aplicação ou não da sanção.

Giacomolli reitera a separação e superação da concepção civilística do processo penal. Nesse diapasão, identificam-se alguns marcos ou rompimentos, sendo o primeiro o estabelecimento da pena criminal, conferindo caráter público. Ademais, o caráter da estrita legalidade no processo criminal em contraposição à possível disponibilidade do direito civil. Salienta, ainda, que a finalidade do processo não se confunde com o punir (justiça punitiva).¹⁵⁸

3.3 A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: PROCEDIMENTO COMO MARTÍRIO¹⁵⁹¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Crítica Rômulo de Andrade Moreira, ao afirmar: “Até admito a chamada pretensão acusatória (não punitiva) no Processo Penal, desde o momento em que é oferecida uma peça acusatória (denúncia ou queixa), mas nunca como uma 'exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio', mesmo porque não há falar-se em interesse próprio do acusador, seja o Ministério Público, seja o querelante, muito menos em interesse prevalente. Qual interesse? A descoberta da verdade? Que verdade? Descobrir a verdade é algo impossível!” Vide: MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo**. 1.ed. Porto Alegre: LexMagister, 2013, p. 161.

¹⁵⁶ Conforme feliz lembrança de FÖPPEL, ao trazer à tona a sempre marcante Clarice Lispector: “Não há direito de punir. Há apenas poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte do que ele (...) porque se acima dum homem há os homens, acima dos homens nada mais há.” Vide: FÖPPEL, Gamil. *Ob. cit.* p. 505.

¹⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1989.

¹⁵⁸ Por mais que não dissocie por completo, chama atenção GIACOMOLLI para a necessária diferenciação entre conceitos do processo civil e penal. Nas palavras do mencionado autor: “O desafio da doutrina, neste milênio, é assentar o processo penal em bases teóricas próprias, desvinculadas, não necessariamente de forma total, das categorias do processo civil, extirpando ou amenizando os males e os retrocessos que a teoria da unidade processual está produzindo na esfera do processo penal, desde o ensino jurídico, passando pela dogmática e pela *law in action*, mormente pelos acusadores oficiais, juizes e tribunais.” Vide: GIACOMOLLI, Nereu José. **Exigências e perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade**. In: *Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais Contemporâneos II*. GAUER, Ruth Maria Chittó (ORG). Porto Alegre.: Ed. EDPUCRS, 2010, pág. 278.

¹⁵⁹ Já prelecionava Ary Franco, quanto ao tema: “A questão relativa ao prazo de encerramento da instrução criminal sempre foi preocupação máxima dos poderes públicos, por isso mesmo que é mister acautelar os interesses do réu, que não pode nem deve, como elemento da sociedade, ficar indefinidamente à espera de que os órgãos da sociedade que integram o Poder Judiciário ultimem a sua situação de acusado, para declará-lo inocente, ou não.” MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.307.

¹⁶⁰ Francesco Carnelutti demonstra que o processo penal é por si só, um peso considerável a ser carregado pelo réu. Além disso, salienta que apesar de o Estado garantir a presunção de inocência, não se verifica em concreto tal norma de tratamento. O cidadão que responde a uma ação penal é alijado de seu trabalho e de seus pares.

Procura-se deslindar nessa etapa do trabalho, se a decisão de impronúncia desrespeita o conteúdo principiológico da duração razoável do processo. Necessário questionar se a preocupação de Pastor quando afirma que *“La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso, coloca al enjuiciado em la llamada 'situación de doble incertidumbre': no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo.”*¹⁶¹ guarda pertinência no momento que o Juiz instrutor profere a decisão de impronúncia.

Desde já, necessário rechaçar o falacioso argumento de que a impronúncia põe fim ao procedimento, razão pela qual não malferiria a celeridade processual.

Não se trata de questão simples, vez que, conforme já esmiuçado, o instituto em estudo, possui o condão de tão somente produzir coisa julgada formal. Assim, ao fim e ao cabo, não se tem uma solução definitiva, que desde logo, “declare” a inocência do imputado ou o submeta a um julgamento por completo.

Tem-se aqui estapafúrdia situação, qual seja: tradicionalmente, se defende a celeridade processual a fim de que se conclua o procedimento, sem contudo, menosprezar a ampla defesa, contraditório e outras garantias. Do ponto de vista estritamente técnico/legislativo, a hipótese sob exame não ofendeu a duração razoável; mas o que se pretende entender é se a situação provocada pela impronúncia pode, *indiretamente*, afrontar tal princípio.

Certo é que a impronúncia encontra resguardo na legislação, prevendo a lei de ritos que, até o advento da prescrição, em surgindo novas provas, poderá ser oferecida nova denúncia ou queixa e se processar novamente o acusado. Averiguar-se-á se tal prazo é respaldado pela Constituição de 1988 e pelos diversos Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário.

O problema, portanto, não reside na falta de um prazo legal, não sendo objetivo deste tópico discutir o dever do Estado de positivizar normas referentes a prazos do processo. Parte-se do pressuposto que constitui dever do Estado oferecer ao jurisdicionado um processo sem dilações indevidas, conforme lição de Pedraz Penalva.¹⁶²

O problema da duração do processo é uma das questões mais relevantes do direito processual contemporâneo. A relevância do tema se dá, sobretudo, com a intrínseca relação

Certo é, segundo o autor italiano, que o Processo Penal não pode ser interminável e, ao final, deve o juiz se pronunciar, seja para absolver ou condenar. Vide: CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Nilobook, 2013.

¹⁶¹ PASTOR, Daniel R. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal**. REJ – Revista de Estudios de la Justicia. Nº 4, 2004, p.66.

¹⁶²PENALVA, Ernesto Pedraz. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. In: La reforma de la Justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). COLOMER, Juan L. G; CUSSAC, José-Luis González (Coord). Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de Publicacions, 1997, p.383.

entre duração razoável e presunção de inocência. Cristalina é a influência da *presunção de inocência* no dever do Estado de conferir ao processo a duração mais célere possível.

Como se a efetivação do conteúdo da presunção dependesse, dentre outros aspectos, da agilidade estatal em solucionar a questão penal, pois do contrário, esta garantia vai sendo paulatinamente desprezada, até o ponto de não mais poder ser cumprida.

Assim, deveria o processo ser o mais breve possível, para que, no menor tempo possível ou se consolide definitivamente o estado de inocência ao declarar formalmente a não culpabilidade – pondo fim às moléstias judiciais e sociais decorrentes do processo – ou se afaste a presunção, pela afirmação séria e definitiva da necessidade de impor uma pena ao imputado. Inadmissível, portanto, a postergação desnecessária, o não decidir, que, ao fim e ao cabo, termina por neutralizar a garantia da presunção de inocência.¹⁶³

Na investigação que se empreenderá, duas premissas são essenciais: primeiro, considerar o decurso do tempo como uma forma de pena. O físico Albert Einstein foi o responsável por propor a relatividade do tempo, ou seja, as diversas formas de sensações das pessoas, a depender do tipo de experiência que se vivencia. Assevera o cientista alemão que “quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade.”¹⁶⁴

No que toca ao presente trabalho: qual será a sensação de um cidadão que se depara com uma decisão, cujo conteúdo não define ao certo seu *status jurídico*? Como serão os próximos vinte anos? Nesse sentido, qual seja: na angústia, na ânsia, é que se vislumbra a ilegitimidade da postergação processual.¹⁶⁵

A segunda premissa exige um raciocínio mais lógico: o processo (em sentido amplo) não deveria se encerrar com um pronunciamento inconclusivo, mormente quando diversos atos já foram praticados; em outras palavras: *pressuposto do término procedimental (legítimo) é a capacidade de se formar coisa julgada material, é dizer, definir a questão posta, de maneira indubitável.*

¹⁶³ PASTOR, Daniel R. *Ob. cit.*

¹⁶⁴ Einstein (2002, p. 100 apud Lopes Jr; Badaró, 2006, p.2).

¹⁶⁵ “Las reflexiones integrales más modernas que se han ocupado del funcionamiento del sistema penal y de precisar sus fundamentos axiológicos, han demostrado con lucidez que la persecución penal estatal representa ya, con prisión provisional o sin ella, una 'pena' por la sospecha: la 'pena de proceso'. En efecto, sobre todo em los procesos prolongados la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de 'semi-penalización', que se manifiestan em ciertos padecimientos que encuadran em el llamado carácter idéntico a la pena que se atribuye ya al proceso: angustia, gastos, estigmatización, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etc.” Vide: PASTOR, Daniel R. *Ob. cit.*

3.3.1 Evolução da garantia da duração razoável do processo

Beccaria¹⁶⁶ já demonstrava preocupação com a necessidade do processo ser conduzido de maneira célere a fim de se obter justiça e utilidade na aplicação da pena. Dessa forma, constatado o crime e colhidas as provas, imperioso possibilitar ao imputado tempo e mecanismos de justificação/defesa.

O tempo do processo, porém, não deve ser indefinido, absurdo, mormente para não afastar o castigo do fato, na medida em que, o não cumprimento desse pressuposto ataca uma das missões do direito penal, qual seja: o caráter de prevenção geral.

Há um conflito, apontado por Roxin¹⁶⁷, que consubstancia o processo penal: trata-se do conflito entre o dever do Estado de realizar o direito penal (concretizar) e, ao mesmo tempo, fazer valer diversos direitos fundamentais do imputado.

Sendo certa a dupla função da duração razoável do processo¹⁶⁸, servindo tal princípio, para realização da justiça (absolvendo ou condenando) e ao mesmo tempo, tutelando o acusado, indubitável deveria ser o uso do processo como garantia mor contra o (ab)uso da máquina estatal. Assim, malgrado a realização da justiça concreta seja querida, desejada e importante para o convívio social, primordial e pressuposto para todos os objetivos mencionados é a concretização dos direitos fundamentais do réu.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶⁹ previu expressamente o direito a um processo cuja duração seja razoável, constituindo-se em aspecto relevante para a concretização do devido processo legal.

Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, a garantia da duração razoável do processo ganhou espaço na Constituição. Foram acrescentados o § 3º e o inc. LXXVIII, ao art. 5º. Vale ressaltar a importância de avaliar a duração razoável do processo de maneira ampla, não limitando a preocupação ao tempo de *encarceramento* processual.

¹⁶⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. pág. 75

¹⁶⁷ Roxin, 1998.

¹⁶⁸ PASTOR, Daniel R. *Ob. cit*

¹⁶⁹ Artigo 8º—Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um **prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Vale destacar ainda: Convenção Europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, que em seu artigo 6º, 1 proclama: “ Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num **prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em **matéria penal** dirigida contra ela...”

Fora acrescido à Constituição mais um feixe do devido processo legal (que já era considerada como garantia fundamental), qual seja: não basta o amplo acesso à jurisdição, torna-se imperioso que a jurisdição seja prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável. Caso tal preceito seja descumprido, conclui-se pelo fracasso do poder-dever da jurisdição, tornando-se inacessível ao cidadão. O cerne do problema é apresentar em tempo útil solução ao que fora objeto de discussão (caso penal), sem contudo, restringir garantias outras constitucionais.¹⁷⁰

Pensar a duração razoável do processo dissociada da prisão cautelar é algo novo. Nessa linha, tudo aquilo que não se relacionasse à prisão preventiva ou temporária não tinha o condão de mobilizar, de justificar a luta por um processo mais célere. Até recentemente, portanto, a lógica da duração razoável se limitava à averiguação do constrangimento ilegal ensejado pela dilação do processo, buscando-se a decisão favorável em sede de *habeas corpus*.¹⁷¹

Tal fato ganha relevância no estudo da impronúncia, pois é praxe que, quando desse “*decisum*”, não esteja o réu encarcerado, tampouco se torne a *posteriori*. É dizer, conceber o malferimento à duração razoável, quando formalmente o processo se encerrara, e ademais não resta medida coercitiva contra o impronunciado, constitui-se em árdua tarefa, sobretudo diante do descaso jurisprudencial frente ao exposto.

3.3.2 O processo e o tempo: procedimento como martírio e o punir homeopático na decisão de impronúncia

Salientam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁷² que o poder, hodiernamente, se revela pela apropriação do tempo, sobretudo pela maior dinamicidade das relações sociais. Inegável também, segundo os autores, que tanto o direito penal quanto o processo penal, se apoderam do tempo dos indivíduos. Trata-se de um avanço do Estado Penitência que já havia violado a vida e a dignidade do homem.

É mais comum que se invoque a garantia da duração razoável do processo quando o acusado se encontra sob custódia do Estado. Sem dúvida, essa situação deveria ser intolerável no bojo de um Estado Democrático de Direito. No que se refere à pesquisa em elaboração, há possibilidade de se invocar esse princípio, mesmo que, durante o período da impronúncia,

¹⁷⁰ Ronaldo Brêtas, *op. cit.* p. 232 e 233.

¹⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 83.

¹⁷² *Ibidem*. p.5.

tenha o imputado a liberdade de ir e vir (liberdade esta que não significa a necessária *liberdade psíquica*).

Pode-se compreender o fenômeno processual sob diversos vieses – não somente jurídico – a saber: psicológico, sociológico e também ontológico. Seja qual for a concepção acolhida, em qualquer delas, o processo se caracteriza, per si, como pena.

Em que consiste, afinal, um processo sem dilação indevida? Pedraz Penalva¹⁷³ traz à tona jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, salientando que, desde a criação do artigo 24.2¹⁷⁴, conceitua-se processo sem dilação indevida aquele que se desenvolve de forma normal, dentro do tempo necessário e esperado, necessário ao atendimento dos interesses dos envolvidos. Ademais, reitera tal direito como fundamental, mormente pelo nexó teleológico entre duração razoável e garantias outras. Expõe, ao final, brocardo que tem se tornado comum nas decisões daquele Tribunal, a saber: “*una Justicia tardiamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva.*”¹⁷⁵

Se processo é pena, independentemente do cariz acusatório, inquisitório, democrático, autoritário, mais certo é que o tempo processual, sua duração deve ser um dado objetivo conferido pela lei. Assim como qualquer outra pena, o tempo processual deve respeitar o princípio da legalidade. Inadmissível, nessa senda, duração indeterminada ou mesmo indefinida.¹⁷⁶

Nessa senda, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁷⁷ advertem que a dilação indevida também pode ser admitida estando o réu solto. Isso porque, embora possua a liberdade física, não adquire a *liberdade psicológica*, tampouco se livra do estigma e angústia decorrentes do processo. Para além desses fundamentais aspectos, o estado de indefinição reverbera na livre disposição de bens, na privacidade das comunicações, e sobretudo, na dignidade do cidadão. Sobre o tempo como pena, se posicionam os processualistas:

O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros. Com razão MESSUTI, quando afirma que não é apenas a separação física que define a prisão, pois os muros não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma *ruptura do tempo*. A marca essencial da pena (em sentido amplo) é “por quanto tempo”? *Isso porque, o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena*. O processo penal encerra em si uma pena (la pena de banquillo), ou conjunto de penas se preferirem, que mesmo

¹⁷³ PENALVA, Ernesto Pedraz. *Ob. cit.* p. 391.

¹⁷⁴ Que trata das garantias processuais, entre elas: presunção de inocência, direito à defesa, etc.

¹⁷⁵ PENALVA, Ernesto Pedraz. *Ob. cit.* p. 391.

¹⁷⁶ PASTOR, Daniel R. *Ob. cit.* p.67.

¹⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ob. cit.* p.7.

possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobrecurso inflacionário proporcional à duração do processo.¹⁷⁸

Advém daí a expressão “(de)mora jurisdicional”. Fala-se em mora, uma vez que é dever do Estado-Juiz prestar a jurisdição, resolver os conflitos que são a ele submetidos.¹⁷⁹ Mister inculcar a noção de obrigação do Estado. Consequência da morosidade no processo penal é que *“independentemente da causa da demora, se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito, em sua complexa rede de relações familiares e sociais em que está inserido”*¹⁸⁰.

Não parece, contudo, ser preocupação do legislador ordinário, tampouco das Cortes Superiores, o fator psicológico e o abalo emocional provocados pela dilação indevida do processo penal. Isso porque o tempo, tomado como expressão natural do transcurso da vida, não é o principal balizador para determinação do que seria prazo razoável e excesso de prazo.

No caso da impronúncia, inexistente *prisão processual* até mesmo porque, formalmente, o processo encontra-se findo. Vale destacar que a prisão durante a marcha processual constitui-se em fato relevante para determinar a lentidão do processo.

Em trabalho de fôlego, fora realizado levantamento jurisprudencial de decisões do STF, em períodos que variavam entre os anos de 1991/1992, 2001/2002 e 2011/2012. Ao fim, constatou-se que o Supremo leva em consideração, sobretudo, a gravidade do fato e a complexidade do processo como critério de diferenciação. Concluiu-se também que *não se adotam limites temporais precisos para reconhecer o excesso de prazo e a análise mostra-se casuística a ponto de processos mais longos serem classificados como de duração*

¹⁷⁸ *Ibidem*. p.7.

¹⁷⁹ O dever do Estado de prestar jurisdição de maneira célere, porém garantidora dos direitos fundamentais, é objetivo que ganha dimensão mundial, ao ser incorporado em tratados e convenções tanto europeias, quanto americanas. Daí porque, diversos Estados já vêm adotando medidas internas que garantam ao cidadão, benesses e restituições pela demora processual. Assim, por exemplo, na Itália, a lei 89 de 24 de março de 2001, estatui o direito à reparação, independentemente da natureza patrimonial do dano provocada pela lentidão estatal. Determina o mencionado dispositivo: “... quem sofrer imediatamente um dano patrimonial ou não patrimonial tem o direito a uma reparação equitativa pelo efeito de violação da Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, sancionada pela Lei 848, de 04.08.1955, sobre os termos de infringência ao respeito à duração razoável do processo prevista no art. 6º, §1º, da mencionada Convenção.” Em dissertação a respeito das inovações processuais do Tribunal do Júri e as suas implicações na duração razoável do processo, demonstra Inácio Belina Filho (2010) que: “Do início da vigência da lei até o ano de 2006, o Estado Italiano foi compelido a pagar a título de indenização a cifra de 41,5 milhões de euros. Nos dois anos posteriores, esse valor alcançou a marca astronômica de 81,3 milhões de euros, que incluídos a pelo menos outros 36,6 milhões ainda não quitados, geraram um total aproximado de 118 milhões de euros.” Na mesma dissertação, trata o autor da experiência paraguaia relativa à duração razoável do processo. O sistema processual penal Paraguai foi alterado em 2003, a fim de adequá-lo ao Pacto San Jose da Costa Rica. Admite-se que, se o procedimento penal não for finalizado em até três anos, prorrogáveis, excepcionalmente, por 06 meses, ocorrerá a extinção da punibilidade. Ademais, o Estado arca pela morosidade em punir o acusado, sendo condenado a indenizar a vítima.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ob. cit.* p.14.

razoável.¹⁸¹

Ao fim e ao cabo, percebe-se um paradoxo temporal no processo, cuja duração razoável fora desrespeitada. Dessa forma, se verificará: “*um juiz julgando no presente (hoje), um homem e um fato ocorrido num passado distante (anteontem), com uma prova colhida num passado próximo (ontem) e produzindo efeitos (pena) para o futuro (amanhã)*”¹⁸².

Isso, destaque-se, é crítica baseada no procedimento comum, é dizer: situação menos grave, se comparada à impronúncia, que como se definiu, permite a instalação de novo processo até o advento da prescrição.

3.4 IMPRONÚNCIA: A FUNÇÃO DA PRESCRIÇÃO E SEU PROVÁVEL DESVIRTUAMENTO. O OUTRORA INSTRUMENTO DE GARANTIA REVELA-SE, *IN CASU*, GARANTIA DO MARTÍRIO

Trata-se de averiguar se no caso da impronúncia, a prescrição, ao contrário do que ocorre ordinariamente, não se tornaria instrumento de afronta às garantias do imputado. Isso porque, elege-se o prazo prescricional (prescrição máxima em abstrato) para que a impronúncia se converta *definitivamente* em extinção da punibilidade do acusado.

Para quê serve a prescrição? Cuida-se de meio impeditivo do “*jus puniendi ad eternum*”. Reconhece-se que o Estado não pode exercer seu poder-dever de acusação a qualquer momento, elencando limites temporais, a depender do crime e da pena cominada. Indubitável cuidar-se de meio de garantia do cidadão, para que este se liberte, de uma vez por todas, de possível persecução penal. Nesse sentido, ilustra-se:

O instituto da prescrição é uma forma de autolimitação da atuação dos próprios órgãos e agentes estatais envolvidos na persecução e na execução penal, aplicando-se a toda e qualquer prestação jurisdicional no âmbito penal, independentemente de o delito ser perseguido através desta ou daquela modalidade de ação penal.¹⁸³

Acontece que, na decisão de impronúncia, após todo o procedimento em primeira fase, o Estado Juiz elenca a prescrição do crime (doloso contra a vida), como instrumento a favor do próprio Estado, sob o pálio de proteção à sociedade e realização de justiça. Imperioso trazer à tona, nessa trilha de raciocínio, o desiderato maior da prescrição, pois, se esse se resumisse à

¹⁸¹ Cf. por toda a importância e relevância do tema: “*Dois lados da mesma moeda: O tempo no STF.*” por Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas Bacelette Otto Quaresma, in Revista de Direito GV vol.10, nº 02 São Paulo July/Dec. 2014.

¹⁸² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ob. cit.* p.14.

¹⁸³ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Ob. cit.* p.332.

proteção Estatal, não faria sentido existir a prescrição, todos os crimes guardariam a nota da imprescritibilidade.

Cuida a prescrição de instituto processual penal e material, na medida em que impede a persecução e, por via de consequência, provoca a extinção da pena.¹⁸⁴ Já foi, todavia, considerado instituto exclusivamente da seara processual, significando puro impedimento de persecução. A adoção do caráter misto, penal e processual, reflete a certeza de que com o decorrer do tempo, a necessidade de imposição da pena diminui progressivamente, a demonstrar a própria perda de legitimidade do Estado em apenar o cidadão.¹⁸⁵

Não é uniforme a adoção de tal instituto nos ordenamentos jurídicos modernos. Contudo, trata-se de construção que remonta o direito romano, presente sobretudo nas legislações provenientes do sistema romano germânico. Por outro lado, países da common-law acolhem em menor número a prescrição.¹⁸⁶ Independentemente da aceitação universal ou não, certo é que o ordenamento brasileiro consagrou a prescrição como garantia, não podendo nesse caso específico, ter o seu mister desvirtuado.

Carvalho Filho define a prescrição como modo de compatibilizar a persecução penal com a realidade dos fatos, longe de figurar como símbolo de impunidade ou forma de incentivo ao cometimento de delitos. Afirma o mencionado autor que cuida de desoneração o criminoso (imputado), isso porque: *“justiça que tarda é justiça intempestiva, o que vale dizer falha nos seus objetivos práticos e, pois, sem bases jurídicas e morais. A sociedade, ela mesma, tem interesse em se poupar ao espetáculo, algo desconcertante...”*¹⁸⁷

Definida a prescrição como garantia, urge desassociá-la do instituto da impronúncia, vez que neste caso, exerce função ilegítima, inadequada ao que fora pretendido quando se fixou limites prescricionais ao dever estatal de perseguir e punir. Caso persista o instituto no panorama dos crimes dolosos contra a vida, essencial encontrar outro parâmetro temporal que permita a extinção da punibilidade. Mesmo porque, anunciar que novo processo poderá ser iniciado até o advento do prazo prescricional é se omitir (novamente) e transformar o instituto prescricional em ferramenta de perpetuação da situação (de indefinição) jurídica do imputado.

No processo civil, por exemplo, a ação rescisória possui prazo máximo de dois anos para ser intentada por qualquer das partes. Por uma questão de coerência, poderia ser adotado prazo semelhante na esdrúxula decisão de impronúncia. Assim, se evitaria o mau uso da

¹⁸⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal : parte geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 693.

¹⁸⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Ob. cit. p. 333.

¹⁸⁶ *Ibidem*. p. 335.

¹⁸⁷ CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.221.

prescrição, por outro lado, restaria garantido prazo a fim de assegurar a famigerada defesa social. Vale ressaltar, contudo, que o presente trabalho possui como hipótese a extinção total da decisão em estudo.

4 IMPRONÚNCIA: QUANDO A PRESUNÇÃO DE CULPA SE DESVELA, SEM CONSTRANGIMENTO, NO PROCESSO PENAL TUPINIQUIM

4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRIMEIRAS NOTAS

Um dos argumentos mais citados pela doutrina nacional¹⁸⁸, almejando-se extirpar do sistema jurídico a decisão de impronúncia¹⁸⁹, diz respeito à possível ofensa à presunção de inocência¹⁹⁰, garantida constitucionalmente¹⁹¹. Não basta, contudo, apontar tal afronta, devendo-se necessariamente pôr em balanço¹⁹² outros princípios/ regras que norteiam o processo penal. Nessa seara optou-se por reservar um capítulo específico no presente trabalho para o estudo detalhado da norma em apreço. Assim, se fará uma retomada histórica de tal instituto, culminando na análise estrutural da aludida garantia no ordenamento jurídico pátrio.

É preciso definir qual o conteúdo essencial da presunção de inocência, limitando-se o seu âmbito de proteção, para só então, possuir respaldo normativo e verificar na norma em investigação, o provável malferimento. Necessário definir se o princípio da presunção de inocência se projeta no processo penal, apenas a nível probatório, ou deve ser uma garantia presente ao longo de todo processo, em favor do réu (imputado).¹⁹³

¹⁸⁸Cf., entre outros, RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁸⁹Alertando o malferimento à presunção de inocência: “Viola o princípio da presunção de inocência, com a imposição de uma 'suspeita indefinida' (nos limites da prescrição), na qual o Estado afirma a inoocorrência do crime e aduz não haver indícios de autoria para, ao final, impor a possibilidade de voltar a efetuar a persecução sobre os mesmos fatos”. Vide: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 634.

¹⁹⁰O presente capítulo tem como marco teórico a obra do Professor Maurício Zanóide de Moraes: **“Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.”** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁹¹Art. 5º da CF/88. Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁹²Quando se fizer o sopesamento, respaldado no juízo de proporcionalidade, seja entre Princípio x Regra, ou Princípio x Princípio, admitindo-se que por trás de toda regra há um princípio que lastreia a norma em apreço, é dizer: no caso da decisão de impronúncia verifica-se a necessidade do Estado de bem tutelar a segurança pública e elucidar os crimes.

¹⁹³BOLINA, Helena Magalhães. **Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art.32º, nº 2 da CRP)**. Vide: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXX, 1994, p.433-461.

Vale afirmar, previamente, a natureza de Direito Fundamental¹⁹⁴ de tal presunção. Foi uma opção do constituinte de 1988 elencar como premissa tal direito ao imputado frente ao Estado-Juiz.

Impende destacar que não se pode reduzir a presunção de inocência à simples regra do “*in dubio pro reo*”.¹⁹⁵¹⁹⁶ Como se verá oportunamente, nem sempre a presunção de inocência se fez presente nos ordenamentos, malgrado se verificassem normas que privilegiassem a escolha em favor do acusado, no caso de dúvida. Enfim, como ficará mais bem evidenciado, presumir a inocência é uma opção político-jurídica que tem por consequência todo um tratamento, desde a elaboração das leis processuais/penais até a aplicação/execução das mesmas.

Assumir a presunção de inocência como base de um sistema processual penal tem por consequência a adoção de alguns comportamentos, já que tal direito possui diversas dimensões, a saber: garantia política, norma de tratamento e como norma de julgamento.¹⁹⁷ ¹⁹⁸

4.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A presunção de inocência foi elevada, portanto, ao patamar de direito fundamental, o que traz sérias consequências para todo o direito penal, seja em seu viés material ou processual. A ponderação dos direitos fundamentais deve levar em consideração não apenas o aspecto subjetivo (dimensão subjetiva), mas, principalmente, a dimensão objetiva.

¹⁹⁴A imprescindibilidade do respeito à presunção de inocência se deve ao fato de tal garantia se constituir em verdadeiro pressuposto do princípio de submissão à jurisdição. Trata-se de construção de FERRAJOLI (2002) que fragmenta a Jurisdicionalidade em dois vieses, a saber: que não haja culpa sem juízo, e que não haja juízo sem que a acusação se desobrigue do ônus de provar.

¹⁹⁵ Zanóide de Moraes fala em alguns pressupostos para a concretização da presunção de inocência, a saber: i) igualdade no tratamento humano dos jurisdicionados por toda a persecução e ii) uma fundamentação justa e coerente entre a lei e o material probatório produzido pelas partes, do que apenas pela distribuição de funções entre juiz, acusador e acusado e de um critério hermenêutico para decidir em caso de dúvida fática (*in dubio pro reo*).

¹⁹⁶ Princípio este que fora enunciado por STÜBEL, no século XIX, referente a um princípio probatório, que afirma: a dúvida relativa ao fato deve sempre ser interpretada em favor do imputado. Vide: BOLINA, Helena Magalhães. *Op. cit.* p. 438.

¹⁹⁷ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira.** *Revista Liberdades*, IBCCRIM, n.4, p. 24-43, maio-ago, 2010.

¹⁹⁸Vale destacar, em sentido contrário, posicionamento de Vegas Torres para quem: “a presunção de inocência não impõem qualquer sistema concreto, sendo compatível, quer com o mais férreo sistema de prova legal, quer com a máxima liberdade do julgador na formação de sua convicção. Segundo este autor, a consagração pela Constituição do princípio da presunção de inocência tem como única função a de converter em exigência constitucional que o disposto pela lei processual ordinária, seja qual for o seu conteúdo, seja cumprido. Parece, assim, que, para Vegas Torres, o princípio tem como única função a de afirmar a imperatividade das normas jurídicas.” Vide: BOLINA, Helena Magalhães. *Op. cit.* p.434.

Adverte Branco¹⁹⁹ que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem como mote a proteção dos direitos individuais, seja por um não-agir estatal (ação negativa) ou na adoção de um comportamento permitido pela ordem jurídica. Essa foi a principal característica na origem dos direitos fundamentais, principalmente quanto aos direitos de defesa.

Entretanto, a dimensão objetiva precisa ser efetivada na medida em que transcende o sentido individual, assegurando que o bem jurídico protegido deva ser protegido em si, fomentando a sua aplicação. Isso porque se, primordialmente, esses direitos tutelam os indivíduos, reverberam também em toda a sociedade.

Tradicionalmente, se inserem os direitos fundamentais processuais penais no rol dos direitos de defesa, também considerados como direitos à resistência ou direitos de liberdade. Ao lado dessa constatação, percebe-se, nitidamente, o maniqueísmo do processo penal, no sentido de que ou se protege o imputado ou se combate de forma dura o crime. Nesse diapasão:

Para a presunção de inocência, a citada justificação constitucional lastreada em interesses e valores individuais e coletivos fica mais evidente. **Não se presume inocente um imputado específico, mas se confere aquele estado ('estado de inocência') a todos, imputados e imputáveis, já antes e independente da persecução penal.** A presunção de inocência, nesse ponto, revela com mais evidência seu aspecto de informador juspolítico do processo penal, uma vez que impõe o **processo como uma necessidade entre a pena e o cidadão.** O processo, informado pela presunção de inocência, garante ao imputado e a todos os imputáveis não apenas a necessidade de existência de um processo penal antes de serem eventualmente condenados, mas também que ele **não seja um processo qualquer, um processo arbitrário e tendencialmente condenatório.**²⁰⁰

Cedição da imposição de observação da *faceta objetiva* de todo direito fundamental, urge trazer à baila as consequências de tal análise para a presunção de inocência. São três os principais efeitos da aludida dimensão, a saber: **a) efeito irradiante e horizontal; b) dever estatal de proteção; c) organização e procedimento.**

Considerar a proteção em comento sob a dimensão objetiva implica, primeiramente, em um dever do Estado de observar este direito em todos os momentos de produção legislativa. Para além do nascimento da norma, é obrigação do Estado tutelar a referida garantia na aplicação, unguindo-a como critério hermenêutico²⁰¹. Em síntese, *não se reduz o*

¹⁹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 152.

²⁰⁰MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 239.

²⁰¹PACELLI DE OLIVEIRA (2009) considera a garantia não como uma presunção, mas sim como um estado ou situação jurídica de inocência, por impedir a antecipação dos resultados finais do processo. Por outro lado,

âmbito de proteção à distribuição do ônus probatório; mas sobretudo na produção, aplicação e interpretação dos casos concretos. Nisso se constitui o viés irradiante e horizontal.

Não basta, contudo, cotejar este fundamental alicerce no âmbito processual penal. O dever estatal de proteção demanda a máxima efetivação da presunção de inocência em todos os aspectos do direito, é dizer, na seara cível, administrativa, trabalhista, etc. Ou seja, de pouco adiantaria ao réu gozar de tal tratamento apenas no processo em curso, se lhe fossem negados acesso a outros bens da vida.

Quanto à faceta de organização e procedimento, a presunção de inocência determina que o Estado crie mecanismos de aperfeiçoamento e aplicação do mencionado princípio. Tudo que se relacione com o processo penal, a fim de conferir à persecução o caráter menos drástico possível. Nesse sentido, mais uma vez é elementar a reiteração da crítica de toda a estrutura normativa Brasileira, em especial:

Tomando como objeto de análise a generalidade dos direitos fundamentais processuais penais, percebe-se que toda aquela necessidade de reestruturação organizacional e normativa torna-se, no Brasil, imprescindível e premente. A vigência de um código de processo penal de estrutura inquisitivo fascista impede e corrói, paulatinamente, todas as conquistas constitucionais. Isso não é novidade e vem sendo proclamado, sem sucesso, desde 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição. Ocorre, contudo, que, passados mais de 20 anos, o sistema processual penal não só não sofreu alteração estrutural significativa, na busca de uma efetivação completa daqueles direitos processuais, como tem produzido o efeito contrário, qual seja: **os dispositivos constitucionais estão sendo interpretados conforme a lei processual penal infraconstitucional**. Em verdadeira ilogicidade sistêmica, a inércia cultural de parte significativa da doutrina e da jurisprudência, aliada a uma inconfessada – e, às vezes, inconsciente – mentalidade repressiva, têm levado a um constante e progressivo esvaziamento de toda a afirmação e efetivação dos direitos constitucionais.”²⁰²

Mais que direito fundamental, constitui-se a presunção de inocência em um comando dirigido ao legislador. Isso quer dizer que não deveriam ser admitidas restrições indevidas ao âmbito de proteção de tal garantia. Além de se dirigir ao legislador ordinário, cuida a presunção de se voltar para todos os cidadãos, incluindo-se, obviamente, todos aqueles que estejam envoltos à atividade processual.

Ademais, tal direito fundamental será consagrado durante *todo o processo*, e terá repercussão *endo e extraprocessual*. Quer dizer isso, que toda contenção, restrição ou negação de direitos do réu deverão ser exceções. Nessa linha de raciocínio, inviável impor ao

PAULO RANGEL fala em “declaração” e não presunção, isso porque, segundo o autor, a Constituição não presume a inocência, mas sim a declara.

²⁰²MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p.259.

imputado qualquer tipo de ônus de prova, oportunizando-se ao réu contradizer tudo quanto fora oferecido pela acusação, em igualdade de armas.

Impende destacar ainda, que a definição da presunção de inocência como princípio constitucional não retira o caráter de garantia, sendo conceitos não excludentes.²⁰³

4.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONTEÚDO DA GARANTIA E POSSÍVEIS LIMITAÇÕES²⁰⁴

Cristalina a classificação do princípio como direito fundamental, mister se faz definir o *conteúdo* da presunção de inocência. Em seguida, busca-se compreender seu âmbito de proteção²⁰⁵, para somente então, perceber se a intervenção estatal (impronúncia) se constitui em interferência legítima ou não (violação). Inegável é que a presunção de inocência impede o chamado “castigo antecipado”.²⁰⁶

Definir o conteúdo da presunção de inocência é tarefa que exige observar o alcance de tal garantia, é dizer, verificar se tal presunção limita-se à regra do “*in dubio pro reo*”. Castanheira Neves não vislumbra na regra do “*in dubio pro reo*” manifestação política de garantia. Para o referido autor, trata-se, na verdade, de justificação jurídico processual. Isso se deve, nas palavras do português: “... o postulado processual geral da exigência dirigida ao juiz de decidir sempre e o postulado processual criminal que tem por incondicionalmente inadmissível uma condenação penal em que se não tenha convencido o réu de sua efectiva responsabilidade e culpabilidade.”²⁰⁷

Contudo, ao inadmitir condenação não baseada na certeza, desvela Castanheira Neves

²⁰³“Como verdadeiro princípio garantia, a presunção de inocência implica a predisposição de certos mecanismos pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo é tornar seguros os direitos do cidadão diante do poder punitivo estatal e também diante dos outros cidadãos. Trata-se, enfim, de estabelecer verdadeiros limites à atividade repressiva, demarcando uma espécie de ‘terreno proibido’ no qual o legislador ordinário (e até mesmo o poder constituinte derivado) não podem penetrar, de forma a possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais envolvidos.” Vide: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência: princípios e garantias**. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

²⁰⁴Isso porque, do contrário, se houvesse absolutização de tal presunção, a mesma garantia estaria fadada ao descrédito. O trabalho do Professor Zanóide de Moraes, portanto, prevê limitações, desde que justificadas e que respeitem o núcleo essencial do direito. Outro ponto apontado pelo autor que impede a absolutização é que tal fenômeno criaria distorções, é dizer, a falta de ponderação fatalmente criaria espaço para injustiças.

²⁰⁵Virgílio Afonso da Silva sintetiza em quatro indagações o que deve ser verificado quando se estuda um direito de envergadura constitucional: “(1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?” Vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 71.

²⁰⁶BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. **Presunção de Inocência, devido processo legal, ampla defesa e outros tópicos de direito processual penal à luz da Constituição de 1988**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, v.2, n.4, 1997 jul/dez, p.59-68.

²⁰⁷BOLINA, Helena Magalhães. *Op. cit.* p. 441.

a noção e o sentido da existência de direitos humanos (*conteúdo político* da presunção de inocência).

Quanto à coexistência da presunção de inocência e o “*in dubio pro reo*”, identificam-se na doutrina as chamadas teses uniformizadoras (presunção e “*in dubio pro reo*” como sinônimos) e as teses diferenciadoras (conteúdo elástico da presunção de inocência).²⁰⁸ Assim, a presunção de inocência apresentaria também reflexo extraprocessual, além de justificar racionalmente que a dúvida surja em determinados momentos, beneficiando o imputado.

A presunção de inocência deve ser classificada como *princípio*, na medida em que apresenta um conteúdo elástico, podendo ser aplicado, mesmo que, eventualmente, tenha sua incidência minorada frente a outras normas. Nessa senda, melhor se define a norma como mandamento de otimização, haja vista a sua aplicação na “maior medida possível”, não necessariamente todo o conteúdo, como se daria se considerada como regra (lógica do tudo ou nada).

Levando-se em conta que o suporte fático de um direito fundamental pode ser classificado como amplo ou restrito, necessário se faz definir a melhor forma de tratamento da presunção de inocência, sempre procurando respeitar a sua dimensão subjetiva e objetiva.

Certo é que, seja qual for a escolha (suporte fático amplo ou restrito), haverá espaço para restrições ao direito em análise, diferenciando-se, todavia, quanto ao instante em que o direito poderá sofrer restrição. Outra diferença é a forma pela qual tal minoração será efetivada.

No que toca à primeira diferença (instante em que se restringe o direito fundamental), a teoria restrita realiza a exclusão de imediato (*a priori*), é dizer, mesmo abstratamente, nega-se proteção a determinados sujeitos, situações jurídicas. Critica-se esta corrente, mormente pela impossibilidade de, antecipadamente, antever as inúmeras situações da vida; em verdade, busca-se *absolutizar* um princípio, delimitando definitivamente o que será aplicado. Outro inconveniente é deixar ao sabor do legislador ordinário definir o que se considerará fundamental ou não.²⁰⁹

²⁰⁸ “Também para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA o princípio da presunção de inocência excede em conteúdo o princípio *in dubio pro reo*. Para além de um direito ao processo célere, deduzem aqueles autores, do princípio da presunção de inocência, várias outras consequências relacionadas com o tratamento do arguido como inocente, como sejam a 'preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo', a 'exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento', a 'não incidência de custas sobre arguido não condenado', 'a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares' e, finalmente, 'a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal'.” Vide: BOLINA, Helena Magalhães. *Op.cit.* p.442.

²⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas**

A teoria ampla, a seu turno, não exclui aprioristicamente nenhuma situação do âmbito de proteção, dando valor primordial ao sopesamento dos princípios para solução de eventuais colisões. Nesse sentido, trata-se de corrente que permite, constantemente, uma revisita aos fundamentos do princípio²¹⁰.

Ao prever um tratamento diferenciado aos réus que respondem por crimes dolosos contra a vida – *a impronúncia e o não dizer estatal só são cabíveis nesses casos* – exclui o legislador significativa parcela de sujeitos que não terão assegurados por completo, a presunção de inocência²¹¹. Isso quando, seguindo uma linha de proteção ampla, deveria o ordenamento processual abarcar *todos os acusados sob o manto da proteção constitucional*. Ainda sobre o “âmbito de proteção” da presunção de inocência:

Assim, o 'âmbito de proteção' da presunção de inocência, em seu espectro subjetivo, não permite qualquer exclusão a priori de uma pessoa, de um grupo de pessoas ou de qualquer pessoa que preencha certas condições pré-definidas e indicadoras de alguma modalidade de desigualdade ou discriminação.²¹²

Como já afirmado, conferir *essencialidade* ao direito não o torna *absoluto*, permitindo-se sua convivência com eventuais restrições²¹³, a partir do juízo de proporcionalidade, desde que, obviamente, seja respeitado o núcleo fundamental.

Verificar se houve malferimento no processo de intervenção, é dizer, se existiu violação à garantia constitucional exige a observância de dois aspectos; a uma, se houve intervenção/ inércia; em seguida, empreende-se investigação acerca da justificativa de tal ingerência estatal, lembrando sempre, que a violação pode ser completa, ou seja, a norma sob

constitucionais. In: Revista de Direito do Estado 4 (2006) p. 12.

²¹⁰ Conceber o “âmbito de proteção” de maneira ampla permite a extensão da proteção, sem entretanto, ignorar eventuais colisões. Assim, justificando a escolha da teoria ampla, Zanóide de Moraes: “O 'âmbito de proteção' da norma-princípio da presunção de inocência deverá também, neste instante prima facie, ter a maior amplitude possível. Assim, não há mais lugar para se procurar um único conteúdo ou conceituação para a expressão do constituinte inserida no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República. Pelos novos papéis desempenhados pelos princípios fundamentais, não cabe mais se discutir se a presunção de inocência deverá ser compreendida como 'in dubio pro reo', ou 'favor libertatis', ou 'favor dignitatis', ou 'favor rei', ou como questão político-ideológica que diferencie a 'presunção de não-culpabilidade' de 'presunção de inocência', ou, ainda, que a entenda como 'norma de juízo' ou 'norma de tratamento' ou 'norma probatória'. Na estruturação ampla do 'âmbito de proteção' da norma fundamental da presunção de inocência – sempre repetindo que este é apenas o seu primeiro passo de concretização, no instante prima facie de concepção do 'ótimo' da proteção normativa -, o que há é uma cumulação de todos aqueles significados, sem exclusão de nenhum. A construção do 'âmbito de proteção' não se dá pela alternativa 'ou...ou...ou', mas é uma construção aditiva, nos moldes 'e...e...e'.” Vide: MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 284.

²¹¹ Procurou-se demonstrar no presente trabalho, que além da violação injustificada à presunção de inocência, tal instituto caracteriza-se como cristalina representação do direito penal do inimigo.

²¹² MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 283.

²¹³ Inclusive, para evitar o risco da proteção insuficiente a bens jurídicos fundamentais (*Untermassverbot*).

avaliação já nasceu ilegítima, ou se a violação fora provocada *in caso*.

O que torna legítima a intervenção do Estado é, portanto, a presença de *justificação razoável para a diminuição do âmbito de proteção*. A teoria dos princípios informa que a restrição a ser imposta deve atender a um pressuposto formal e material; o primeiro se refere ao cumprimento e observância de todos os trâmites de produção normativa; quanto ao critério material, a elaboração da norma (em sua maioria, regras) precisa ser prévia, estrita, escrita e, acima de tudo, com aptidão constitucional de restringir o conteúdo *prima facie* do direito fundamental, ou seja, sem atacar o núcleo duro de proteção²¹⁴. E tudo isso é averiguado pelo confronto entre as normas.

4.3.1 O “*in dubio pro societate*” no processo penal brasileiro

Vem adquirindo força e legitimidade o brocardo “*in dubio pro societate*” nas etapas que antecedem o juízo de condenação do processo penal. Como se a dúvida só devesse beneficiar o imputado quando da decisão final, e durante todo o processo não gozasse o cidadão de tal garantia.

Certo é que já na admissibilidade da denúncia, tem-se o raciocínio “*pro-societate*” para aceitar-se, muitas vezes, peças acusatórias destituídas de embasamento probatório e muitas vezes, destituída de qualquer logicidade. Tudo isso, em defesa da sociedade. No que toca ao presente trabalho, vislumbra-se que, ao fim e ao cabo, admitir a *impronúncia* no ordenamento jurídico pátrio é forma de consagrar também o benefício da dúvida em favor da sociedade.

Assim, o discurso de defesa social²¹⁵ ganha forma e força com figuras como a em comento. Em que consiste a ideologia da defesa social? A quem serve tal construção teórica? Qual a nota característica desse discurso na elaboração do sistema jurídico penal? São

²¹⁴ Segundo ALEXY (1988, p. 65 apud MENDES, 2000, p.241: “É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limite dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. De acordo ainda com PIEROTH/SCHLINK (p.65 apud MENDES, 2000, p.241: “Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial de direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.”

²¹⁵ “O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condenação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles. Na consciência dos estudiosos e dos operadores jurídicos que se consideram progressistas, isso tem um conteúdo emocional polêmico e, ao mesmo tempo, reassurador. De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado do justo, conta mitos e concepções misticantes e superados, a favor de uma ciência e duma práxis penal racional.” Vide: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p.43 e 44.

questionamentos necessários na identificação da defesa social a justificar o “in dubio pro societate” nos mais diversos campos e momentos do processo penal.

Não se trata de arcabouço recente, sim de elaboração progressiva comum à escola clássica e à escola positiva.²¹⁶ É dizer, em que pese a natural evolução e tentativa de humanização do direito penal, consagra-se nessa ideologia preferência por um grupo social (seleto, diga-se de passagem), em detrimento dos direitos e garantias do cidadão.

Denomina-se ideologia da defesa social ou do “fim” social, a concepção que exsurge na revolução francesa, servindo de justificador teórico, elemento racionalizante do novo sistema jurídico burguês, mormente na seara penal. Para cumprir seus objetivos elencam-se princípios que embasam o discurso da defesa social.

O princípio da legitimidade afirma o dever, a obrigação moral e jurídica do Estado em reprimir e combater a criminalidade, é dizer: se Estado é expressão mor da sociedade, deve zelar pelo bem comum. Necessário, nessa linha de raciocínio, combater o comportamento desviante, reafirmando os valores sociais, o status quo ante.

O princípio do bem e do mal assevera que o delito constitui em abalo, dano social. Assim, o delinquente revela-se como elemento ruinoso e prejudicial ao sistema jurídico. Nessa senda, possível vislumbrar dois lados, em construção eminentemente maquiavélica: o crime constitui-se como mal (a ser combatido, a qualquer custo), por outro lado, a sociedade é considerada como bem maior, expressão máxima da virtude e grandeza.

Outro fundamento teórico da defesa social é a culpabilidade. Isso porque, com o delito, revela-se atitude reprovável, porquanto não se coaduna com os ditames e regras construídos socialmente. Ao lado da culpabilidade, encontra-se o princípio da finalidade ou prevenção. Função da pena, para além da retribuição (viés de vingança), deve servir para prevenção de novos comportamentos ruinosos. A contramotivação provocada pela sanção, tem por pressuposto lógico a certeza da punição.

Outra falácia do discurso em prol da sociedade é o princípio da igualdade. Por tal postulado, sendo a criminalidade violação da lei penal, consagra-se como igual para todos. Isso porque, o desvio é exclusivo de uma minoria desviante. Pautou-se a revolução burguesa, e até mesmo o estado social, na ideia de que o sistema penal trataria todos os delinquentes de maneira não segregadora.

²¹⁶ Preleciona Alessandro Baratta: “... tanto a Escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estritamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico” BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p.41.

Por fim, o princípio do interesse social e do delito natural sintetiza o pensamento liberal, a justificar a opção cega pela defesa social. Quer se dizer com isso que, todos os códigos penais “civilizados” possuem como núcleo duro a proteção de interesses fundamentais, é dizer, os interesses resguardados pelo direito penal são interesses comuns, são bens jurídicos essenciais à manutenção da estrutura social. Tão somente um grupo menor de crimes não prejudica a estrutura social como um todo.

Certo é que a teoria da defesa social se revela como ideologia sedutora, na medida em que aglutina os seguintes vieses: necessidade, legitimidade e cientificidade.²¹⁷ Tudo isso pautado no dogma de que a sociedade deve, seja qual for o preço, se defender da criminalidade e manter-se íntegra.

Por que a impronúncia privilegiaria a sociedade? Ora, terminada a primeira fase do rito do júri (instrução) seria possível ao magistrado não decidir e conferir ao caso, coisa julgada meramente formal. Assim, quando surgissem novas provas, ou quando fosse da vontade dos acusadores, ter-se-ia, novamente, o processo e a imputação. Nessa senda, justa colocação que se segue:

“Em favor da sociedade?” Que ganho tem a sociedade com a condenação de um inocente? Digamos mais: que benefício ela auferir com a condenação duvidosa? Em um primeiro momento, quando a prestação de contas é dada, homenageia-se a segurança e louva-se a eficiência punitiva. Mas o fato é que tais condenações representam um imenso vazio. No fim não se sabe se foi punido o culpado, ou horrendamente injustiçado o inocente, e aquele agora tem assegurada de vez impunidade. Condenações destituídas da mais límpida certeza são como um veneno que sorratamente intoxica, pouco a pouco, o corpo social.²¹⁸

Por mais fascista e antidemocrático que seja o processo penal brasileiro, o tão alarmado e festejado “*in dubio pro societate*” não está expresso no ordenamento jurídico pátrio. Nem no Código de Processo Penal, tampouco na Constituição Federal.

4.3.2 Breve incursão – acerca do recebimento da denúncia (mais uma demonstração da “proteção” à sociedade...

Sob o falso argumento de que a presunção de inocência e a regra do “*in dubio pro reo*” deveriam ser observadas tão somente quando da sentença penal, exsurge na prática forense a inadmissível mecanização no ato de recebimento da denúncia. Tudo isso, como se

²¹⁷ ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão de segurança jurídica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 180.

²¹⁸ JORIO, Israel Domingos. **In dubio, pobre do réu**. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim – 257 – abril/2014

tal ato não tivesse o condão de devastar a vida do cidadão, inocente ou não.²¹⁹

No caso em tela, trata-se de opção ainda mais severa e contrária aos princípios penais constitucionais, haja vista que no procedimento do júri, impõe-se uma série de decisões interlocutórias²²⁰ que, assim como o recebimento da denúncia, acabam por fazer com que o processo carregue a marca indelével do “*in dubio pro societate*”.²²¹

Empreende-se, portanto, no rito do júri uma aberração constitucional! Isso porque, ao fim e ao cabo, prevalece a lógica de *manutenção* do martírio processual: seja na pronúncia, desclassificação, e, sobretudo, na impronúncia. Ademais, na ânsia de perseguir a vingança estatal, malfer-se o princípio da motivação²²². Pode-se optar pelo privilégio à sociedade, contudo, como não se encontrarão justificativas normativas, opera-se a mecanização no receber a denúncia. Trata-se do silêncio conveniente do julgador.

Os fenômenos de recebimento da denúncia “a toque de caixa” e da impronúncia se aproximam por se referirem a uma perversa lógica do sistema criminal: a vingança é o escopo primordial, portanto, os fins justificarão os meios. O discurso de proteção social consubstancia tais decisões, e a gravidade de tais pronunciamentos não é sopesada pelos aplicadores do direito. Inconteste que a denúncia é tratada como mero despacho, sem nenhuma preocupação com a necessária fundamentação.

4.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA (OU: A

²¹⁹ Nesse sentido, LOPES JR. E ROSA: “A questão é: precisamos repensar a 'natureza jurídica' da decisão que recebe a denúncia ou queixa, para superar o reducionismo pré-constituição, no sentido de que se trata de mero despacho ou decisão interlocutória simples. Estamos diante de uma decisão interlocutória mista, que tem um caráter decisório relevante e que estabelece uma nova situação jurídica muito mais grave para o sujeito. Encerra-se a fase pré-processual e inicia-se o processo com a admissão da acusação. O gravame é inegável e o caráter de pena processual precisa ser assumido. O simples fato de ser processado já é uma pena em si mesma. Corrigido o erro histórico, a fundamentação é imprescindível neste momento do recebimento.” Vide: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Quando o acusado é VIP, o recebimento da denúncia é motivado.** Conjur. 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-14/limite-penal-quando-acusado-vip-recebimento-denuncia-motivado>> Acesso em: 27 maio 2015.

²²⁰ Por exemplo, a decisão de pronúncia. Admitindo o “*in dubio pro societate*” no processo penal, afirma BONFIM: “Note-se, por fim, que em sede de pronúncia **não se concede** absolvição sumária, já que nesta se segue o *in dubio pro societate* e não *pro reo*, pois finaliza o juízo de admissibilidade da acusação e deixa para o Tribunal do Júri a dúvida quanto ao fato.” BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 1110. Na mesma linha de raciocínio: STJ – HC 135724/PE – julgado em 23/03/2010: “Por ocasião da pronúncia vige o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, compete ao Tribunal do Júri a soberana decisão sobre a autoria criminosa.

²²¹ Cf. nesse sentido: Recurso em Habeas Corpus nº 21.170 – RS, julgado em: 04/09/2007 “Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal.”

²²² Cf. art. 93, IX da CF. “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

“DEFESA SOCIAL” COMO PRINCÍPIO JUSTIFICADOR DO MALFERIMENTO DO ESTADO DE INOCÊNCIA)

No que concerne ao objeto de investigação deste trabalho, tem-se um conflito entre o princípio da presunção de inocência e uma regra do atual CPP que trata da impronúncia nos crimes submetidos ao Tribunal do Júri.

Essa espécie de colisão, exige do intérprete sensibilidade e atenção, na medida em que, não se pode lançar mão apenas do sopesamento (ponderação), haja vista que as regras, ou são aplicadas em sua inteireza ou são rechaçadas por completo. Por outro lado, a lógica do “tudo ou nada” não serve aos princípios, mormente por ser inconcebível a ideia de invalidade de um mandamento de otimização. Buscando deslindar esse conflito:

Comumente, essa espécie de colisão vem sendo resolvida pela percepção de que não se está diante de uma “regra” propriamente dita. Afirma-se que subjaz à regra em choque com um princípio P1 um outro princípio P2 que a justifica ou a conforma. Para os que assim compreendem, o método de resolução da colisão volta a ser o “sopesamento”. Porém, não o sopesamento entre a regra e o princípio P1 em colisão, mas entre este (P1) e o princípio P2 que está 'por detrás' da norma regra, subjaz e dá suporte a ela. A ponderação, nesse caso, sempre se dará de maneira aceitável e coerente, sem ferir a estrutura e a hierarquia normativas se ambos os princípios forem normas constitucionais dispostas como direitos fundamentais.²²³

Considerando, portanto, a existência de um princípio que justifica a regra da impronúncia, resta esclarecer qual é a norma motriz por detrás do quanto estabelecido no Código de Ritos. Sem dúvida, a *segurança pública e o dever do Estado de investigar, punindo os culpados*, constituem-se como normas primordiais para o desenvolvimento social e a manutenção da paz pública. Vislumbram-se nesses objetivos, a justificativa de se positivar tal instituto no Código de Processo Penal.

Ao estabelecer a impronúncia, busca o legislador elastecer o processo, mesmo que se profira uma sentença terminativa (**que produz coisa julgada formal**). É dizer, o Estado quer garantir que, futuramente, se surgirem novas provas, novos elementos, será possível a persecução e a consequente punição do acusado (outrora impronunciado).

Indiscutível assim, que não se trata de um instituto solto, simples regra procedimental. Tem-se aqui uma norma que procura resguardar o direito(?)²²⁴ do Estado-Juiz de processar

²²³ MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 305.

²²⁴ Não se concebe, no Estado Democrático de Direito, um jus puniendi, sim, um dever conferido ao Estado, que só pode ser legitimamente exercido, dentro de limites prévios e razoáveis. Cf. nesse sentido o capítulo 03 desse trabalho.

criminalmente e punir.

O vislumbre da ilegitimidade do instituto processual em investigação tem como hipótese a noção de que existem limites para as restrições, preservando-se o *núcleo* mínimo da garantia constitucional. E tudo isso é verificado, a partir do juízo de proporcionalidade, avaliando-se a *adequação, a necessidade e a proporcionalidade* em sentido estrito.

Por adequação, entende-se a aptidão do meio empregado em alcançar a finalidade; trata-se de um juízo de eficiência, se a medida/instituto é adequada para a consecução do objetivo. No caso em estudo, a impronúncia tem sim aptidão de conferir ao Estado uma maior possibilidade de fazer valer a persecução criminal e condenar os culpados. Nesse sentido, a primeira etapa estaria cumprida.

A segunda etapa do juízo de proporcionalidade tem como pressuposto a capacidade que a norma tem de alcançar o objetivo previsto. Vimos que a impronúncia sobrevive ao julgamento da adequação. Necessário verificar nesse momento se tal decisão é necessária, ou seja, entre as opções normativas, qual delas se mostra mais eficiente e menos lesiva ao bem jurídico tutelado.

Entre pronunciar o réu, submetendo-o a um julgamento deficitário (tentou-se expor as críticas ao Júri, sucintamente, nesse trabalho) e livrá-lo, ao menos temporariamente desse arbítrio, não resta dúvida de que essa decisão é a menos lesiva (por isso mesmo, a mais querida pelas bancas de defesa – “dos males o menor”).

Ultrapassado o segundo juízo (comparativo), na terceira fase se arguirá a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, far-se-á um sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes, a fim de constatar se o fim perseguido pela norma (no caso em tela, o julgamento daqueles que cometeram crimes dolosos contra a vida) justifica o aniquilamento de outros direitos fundamentais (no presente trabalho, a presunção de inocência). Justificando essa terceira fase do juízo de proporcionalidade:

Nesse sentido é que se compreende quando se afirma que por esse nível de verificação da proporcionalidade *strictu sensu* o que se busca definir é se a medida processual penal restritiva, não obstante idônea e necessária, irá além daquilo que a realização do fim almejado seja capaz de justificar. Evita-se, com o exame desse terceiro requisito da proporcionalidade, o exagero de medidas que, tendo em vista apenas aquela relação 'meio-fim' analisada nas fases anteriores, mostrou-se adequada e necessária. (...) Se a adequação é um juízo objetivo e a necessidade é um juízo comparativo, a proporcionalidade *stricto sensu*, por sua vez, é um juízo valorativo e é nesse âmbito que se realiza a ponderação indispensável entre todos os direitos fundamentais afetados ou afetáveis pela medida processual penal, já definida como idônea e necessária, para se determinar se ela será ou não realizada.

Haverá um sopesamento entre os direitos fundamentais para se verificar se o fim perseguido pela medida processual penal (meio) justifica a restrição, muitas vezes total, de outros direitos fundamentais.²²⁵

Conforme demonstrado no estudo específico e detalhado da impronúncia, essa decisão só se concretiza ao término da primeira fase do procedimento do Júri. Assim, após toda uma etapa instrutória, o Juiz decide que não há *clareza* quanto a autoria ou materialidade do crime doloso contra a vida.

Se não existe certeza, significa que a dúvida está posta no julgador. Não interpretar essa dúvida em benefício do réu, é o mesmo que desprezar a presunção de inocência, ignorar e ferir de morte tal garantia constitucional. Por isso, a existência e aplicação desse instituto não resistem à terceira fase da proporcionalidade, sucumbindo diante da ponderação.

Acolher essa decisão no ordenamento significa rechaçar algo que deve(ria) lastrear o processo penal. Trata-se, portanto, não de intervenção legítima, mas abusiva construção normativa, constituindo-se em verdadeira violação.

Outro aspecto em que fica evidente a ilegitimidade da impronúncia frente ao princípio da presunção de inocência, se refere ao direito do imputado a ter um processo cuja duração seja razoável. É dever do Estado, nessa seara, conferir celeridade à persecução penal (sem contudo, retirar garantias outras). Isso porque a existência de processo, ou no caso da impronúncia, a indefinição prolongada é algo que atenta à presunção de não culpabilidade do acusado²²⁶.

Ora, se o ônus probatório cabe à acusação, não pode o acusado, que goza do estado de inocência, sofrer uma decisão manifestamente prejudicial considerando-se o estado do processo.

A presunção de inocência apresenta algumas facetas, sendo tomada por vezes como “norma probatória” outras por “norma de juízo”. Por norma probatória se entende que o ônus probatório pertence à acusação e que, a prova trazida aos autos deve se enquadrar como lícita, ou seja, não atingir princípios constitucionais.

Zanóide de Moraes define ainda que a prova deve ser “incriminadora”. Trata-se de prova que tenha o condão de demonstrar de maneira cabal, a materialidade do crime, bem como a sua autoria. Só assim, se for lícita e incriminadora, a prova será apta a afastar o estado de inocência.

Como “norma de juízo”, a presunção de inocência exige do julgador, quando da

²²⁵MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 328 e 329.

²²⁶Assim, a duração razoável ao processo, restaria atacada, malgrado a impronúncia possua aptidão de pôr fim (formalmente) ao processo.

análise do âmago probatório, se tal conteúdo (portanto, quando já produzidas as provas) é apto a afastar o estado de inocência. Trata-se, portanto, de um juízo de suficiência das provas apresentadas, que não acontece somente ao final do procedimento (no ato de sentenciar), mas em todas as fases, influenciando, por óbvio, no prosseguimento da ação penal. Em outras palavras, cuida de concretização do “*in dubio pro reo*” ou “princípio do favor rei”.

Nesse ponto, mais uma vez, a impronúncia se revela aberrante e inconstitucional. Considerando que na impronúncia²²⁷, o juiz instrutor reconhece a insuficiência probatória referente à autoria ou materialidade, não poderia, respeitando o viés da “norma de juízo” admitir que esse material beneficie o Estado acusador para postergar a situação em discussão. Inconscuso que o sopesamento das provas exige do julgador um dever argumentativo maior, caso decida pelo afastamento do estado de inocência.

Três são as possíveis conclusões do magistrado ao término do exame probatório: a) certeza da decisão desfavorável ao imputado; b) certeza de decisão favorável ao acusado; c) dúvida: não conseguiu o juiz atingir o grau de certeza. Nas duas primeiras opções, não se pode olvidar que a decisão deverá ser no sentido da certeza alcançada pelo julgador. Contudo, em permanecendo a dúvida, inadmissível uma decisão que, mesmo que indiretamente, atente contra o estado de inocência do cidadão²²⁸, isso porque:

... entre o recebimento da denúncia e o momento de se decidir ou não pela pronúncia, há toda uma fase de instrução processual preliminar durante a qual a acusação tem o ônus de incrementar e robustecer o material probatório constante da denúncia a fim de que a legitimidade da imputação possa passar por mais esse filtro cognitivo (final da fase de instrução sumária no procedimento do Júri). O julgador, portanto, ou tem a certeza (“está convencido”) da materialidade e indícios suficientes da autoria, ou deverá aplicar o ‘*in dubio pro reo*’ e, pelo nosso sistema processual, **impronunciar o acusado**.²²⁹²³⁰

Há quem não vislumbre a ofensa à presunção de inocência quando da decisão de

²²⁷Reconhece-se que nessa decisão não se encontra suficiente material probatório incriminador para afastar o estado de inocência. Entretanto, pune-se o imputado com a indefinição do caso.

²²⁸ “... o princípio ‘*in dubio pro reo*’ parte da premissa de que o **juiz não pode terminar o julgamento com um non liquet, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão**, e determina que, na dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido será absolvido. Por outras palavras: se a prova não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido de culpa ou da inocência do arguido, então este deve ser absolvido, não tendo a presunção de inocência sido “ilidida”; sendo certo que não lhe cabia a ele, arguido, como se viu acima, provar a sua inocência, o que nos permite concluir que bem se articulam os dois mencionados corolários do princípio da presunção de inocência.” (O direito fundamental à presunção de inocência – Rui Patrício)

²²⁹ MORAES, Maurício Zanóide de. *Op. cit.* p. 423.

²³⁰ Na linha argumentativa defendida nesse trabalho, tem-se por ilegítima a decisão de impronúncia, malgrado o marco teórico deste capítulo não tenha rebatido explicitamente essa decisão.

impronúncia, elencando-se três pontos a legitimizar tal situação: a) a possibilidade de reabertura processual não é “*ad infinitum*”, sim, limitado a um prazo prescricional; b) no que toca à qualidade da nova prova para deflagração de novo processo, devem ser novas as provas (formal ou substancialmente nova); c) em caso de novo processo, de eventual decisão de pronúncia, pode o réu ser absolvido pelo conselho de sentença; haveria assim, um longo caminho a ser percorrido para que condenação se impusesse ao impronunciado.²³¹

Acentua Karam²³² que o estado de inocência deve tutelar o acusado durante todo o processo. Nem mesmo eventual condenação em primeiro grau possui o condão de afastar a proteção em tela. Isso quer dizer que, a presunção de inocência, só será elidida quando do trânsito em julgado da condenação, para que se inicie o cumprimento da pena.

Nasce dessa constatação a obrigação do tratamento do réu como inocente. Para a autora, portanto, a garantia maior sempre será a presunção de inocência; nenhuma norma penal ou processual poderá se sobrepor a esse estado de não culpabilidade.

Sendo certo que a impronúncia não traz de maneira direta uma decisão condenatória, com maior clareza se constata que essa escolha não privilegia o estado de inocência. Ao término da primeira fase do procedimento do júri encontra-se o Estado-Juiz em uma situação de impossibilidade de destruição da presunção de inocência, e outro não pode ser o caminho, se não, o de absolver definitivamente o imputado, conferindo a tal decisão a formação da coisa julgada material.

O desrespeito à presunção de inocência mostra-se mais plausível no que toca à imagem do corpo social em relação ao impronunciado. Obviamente, não se oblitera que, do ponto de vista estritamente jurídico-penal, não terá o acusado maiores prejuízos nas esferas extrapenais. Assim, a ausência de antecedentes, a primariedade e outros aspectos não são afetados pela “decisão” em dissecação.

A problemática reside na *honra objetiva* (imagem) do cidadão que seria maculada por pairar sobre si a dúvida, a incerteza. Vale advertir que, infelizmente, enquanto não for declarada a inocência, terá grande parte do seio social a convicção da culpa do acusado. Para além disso: a *honra subjetiva* pode ser atacada, mormente quando tem o acusado a consciência da nada ter cometido.

²³¹ PINTO, Ronaldo Batista. *Ob. cit.*

²³² KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 03 e 04

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 O Tribunal do Júri, conquanto possua previsão constitucional, tem seu rito consagrado por legislação ordinária, é dizer: suas regras não podem ser tratadas como “absolutas” sob o manto de estarem inculpidas no artigo 5º do texto constitucional. Tratou-se de descobrir se a impronúncia encontra guarida na Lei Maior.

2 Quando da decisão de impronúncia, encontra-se o processo em estágio de alto grau de maturidade, isso porque todos os atos (semelhante ao procedimento comum) foram praticados, é dizer: tem o processo condição de fazer coisa julgada material.

3 A impronúncia revela a chamada dúvida razoável – situação que deveria beneficiar o réu, a partir da máxima “*in dubio pro reo*”.

4 A discussão quanto à legitimidade da impronúncia gira em torno do conflito: defesa social x garantias do réu no processo penal, em especial a duração razoável do processo, vedação à revisão criminal pro societate e respeito à presunção de inocência.

5 A doutrina nacional diverge quanto à legitimidade da impronúncia, mas a maioria critica tal instituto. Contudo, por se caracterizar como decisão mais branda: “dos males o menor”, notou-se tratamento insuficiente no que toca ao debate aqui pesquisado.

6 Do ponto de vista estritamente técnico não se caracteriza a impronúncia como revisão criminal “pro societate”, mas se assemelham os institutos pelos objetivos perseguidos e por eleger a defesa social como ponto máximo do processo.

7 Com a impronúncia nega-se efetivação do poder-dever de jurisdição, vez que, ilegitimamente, posterga situação da vida (caso penal), sob o pálio de não ter certeza. Nesse caso, vislumbrou-se que a impronúncia se assemelha à absolvição de instância. O problema é que, diferentemente de outros casos que tem por consequência a extinção do processo sem julgamento do mérito, no caso da impronúncia, todo o procedimento fora desenvolvido de maneira correta e com a participação efetiva do órgão de acusação e da defesa. Não cabe o frágil argumento do judiciário de que não há provas para pronunciar ou absolver. Revela-se assim o famigerado e combatido “*non liquet*”.

8 Não se apresenta justificativa para que o tratamento conferido aos crimes dolosos contra a vida seja diverso dos demais crimes, por exemplo, latrocínio. Tal fato pode ser classificado como manifestação do direito penal do inimigo.

9 O processo, sobretudo o penal, deveria ser instrumento de combate ao malferimento a princípios e garantias individuais. Por isso, não pode o processo penal, por questão de

conveniência da acusação, não reconhecer a inocência do réu e prolongar, de forma ilegítima, a situação do caso penal já amplamente discutido.

10 Para considerar o processo como instrumento de garantia, necessário compreender que houve lenta, mas fundamental, transação do Estado de Direito para um efetivo Estado Constitucional Democrático de Direito. Isso quer dizer, nos limites desse trabalho, que o processo de elaboração legislativa deve consagrar a subordinação da produção do direito à Constituição Federal, e também, ao direito humanitário internacional.

11 Respeito aos ditames constitucionais e direito humanitário internacional exige não somente a observação dos limites formais (procedimentais), mas, sobretudo, dos limites materiais ou substanciais. Para tanto, devem ser efetivados os núcleos essenciais de cada direito tido por fundamental.

12 O reconhecimento das normas internacionais de caráter humanitário deve ser um imperativo no Estado Constitucional Democrático de Direito. Para tanto, o princípio da boa fé e o privilégio “*pro homine*” exsurtem como critérios hermenêuticos que determinam: a) respeito ao conteúdo original do quanto estabelecido via tratado internacional (não deturpação); b) em caso de dúvida, deve prevalecer, sempre, o direito do imputado. Nessa senda, o princípio da superioridade ética do Estado serve para rechaçar a falácia do “*jus puniendi*”.

13 O processo, no bojo do Estado Constitucional Democrático de Direito, ganhou novos contornos e objetivos. Assim, para que os direitos fundamentais elencados na Lei Maior sejam cumpridos, mister o vislumbre do próprio procedimento como direito fundamental.

14 Para que o direito penal se consagre como mínimo, essencial a lisura do procedimento. Conquanto possuam normas próprias, direito material e processual se aproximam, mormente pela dependência teórica, ideológica e político-criminal. Por isso, para que o garantismo seja efetivado, o processo penal deve respeitar os direitos do imputado.

15 O processo penal não pode ser confundido com o processo civil, sob pena de fazer letra morta garantias fundamentais do cidadão. Isso porque, os objetivos de cada instrumento são diversos, bem como a situação de vulnerabilidade dos sujeitos. Inexiste, portanto, uma teoria geral do processo. Ademais, inadmissível considerar o conceito de lide no âmbito da persecução criminal. A definição de processo penal que melhor consagra a finalidade desse ramo foi elaborada por Goldschmidt, que ao desvelar a situação de insegurança causada pelo processo, põe fim ao cinismo do discurso de certeza, mas permite a luta por garantias mínimas.

16 O processo, por si só, é pena imposta ao réu. Isso, independentemente de sua

culpabilidade. Nessa seara, a duração razoável do procedimento se faz necessária para diminuir o sofrimento e danosidade causados pela pendência processual.

17 Certificou-se que, do ponto de vista formal, a impronúncia tem o condão de pôr fim ao processo. Por outro lado, materialmente, a situação persiste. Ao fim e ao cabo, o Estado não pôs fim à situação apresentada.

18 A partir da Emenda Constitucional 45/2004, a preocupação se amplia quanto à duração razoável do processo, embora tratados internacionais já obrigassem o Estado no que toca o respeito à celeridade processual.

19 A preocupação em relação à duração razoável do processo não se limita aos casos de prisão processual, embora a preocupação maior da Corte Constitucional se relacione aos processos com prisão cautelar. Verificou-se que a apropriação do tempo pelo Estado constitui de per si pena imposta ao acusado. Advém daí a expressão “(de)mora jurisdicional”, situação que se caracteriza pela anormalidade, é dizer: quando o Estado, de forma ilegítima não fornece resposta adequada, malgrado tenham as partes contribuído no decorrer processual.

20 Além de representar ilegítima situação de incerteza, a impronúncia desvela paradoxo temporal, caso haja novo processo após a decisão em comento. Isso porque, a distância temporal entre o fato (crime doloso contra a vida) e o momento do julgamento (segundo processo) será por demais extensa, é dizer: o juiz estará, cada vez mais, distante do fato a ser apurado.

21 A prescrição, que serve como instrumento de garantia do cidadão, revela-se como intervenção ilegítima na decisão de impronúncia. Tal conclusão foi colhida porque a impronúncia condiciona a extinção de punibilidade ao advento do prazo prescricional. Ora, trata-se de uso desvirtuado do instituto. Valeu-se o legislado da prescrição para conferir aspecto de legítimo ao que, *ab initio*, já se mostra contrário aos direitos fundamentais do cidadão.

22 No terceiro capítulo de desenvolvimento cuidou o presente texto da presunção de inocência. Cuida-se de princípio inculcado pelo Constituinte de 1988 como direito fundamental do cidadão. Vale advertir, contudo, que não se trata de imperativo histórico, i.e., nem sempre a presunção de não culpabilidade se fez presente nos ordenamentos. O momento histórico que inaugura tal privilégio “*pro homine*” é a Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Homens e do Cidadão.

23 Não se confunde presunção de inocência com a simples regra do “*in dubio pro reo*”. Como se verificou, o conteúdo esperado pelo constituinte ultrapassa a simplória regra de júízo. Assim, o estudo histórico realizado revelou diversos Estados que, malgrado a

arbitrariedade e malferimento aos direitos humanos, consagravam o julgamento favorável ao imputado em caso de dúvida.

24 A presunção de inocência é garantia política, seus reflexos são evidentes como norma de tratamento e norma de julgamento. Nessa seara, incabível falar que a presunção exsurge tão somente no momento final do processo, sendo dever do Estado tutelar e fazer valer tão garantia ao longo de todo procedimento.

25 A base histórica presente no último capítulo permitiu reconhecer que o Direito Processual Brasileiro possui influência fundamental do direito italiano, mormente do movimento fascista (sobretudo a partir da Escola Positiva Italiana). Assim, a presunção de culpa, embora disfarçada, se multiplica no Código de Ritos. O Brasil, em que pese anuncie possuir um direito penal liberal, vale-se do processo como meio de impor sua força (autoritária) contra os direitos fundamentais do cidadão.

26 A presunção de inocência, sob a égide da Constituição de 1988, adquire o status de direito fundamental. Para que cumpra o quanto anunciado pela Constituição e, sobretudo, pelo Direito Humanitário Internacional (Tratados e Convenções), necessário que o Estado não se limite a um não agir (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais). Imperioso a dimensão objetiva, na medida em que transcende o direito individual, fomentando-se sua aplicação em todo corpo social.

27 Os principais efeitos da dimensão objetiva são: a) efeito irradiante e horizontal; b) dever estatal de proteção; c) organização e procedimento. Em síntese: o direito fundamental da presunção de inocência deve ser consagrado durante todo o processo, e terá repercussão *in* e *extra*processual. Constatou-se que, qualquer desses efeitos não se coaduna às consequências advindas da decisão de *impronúncia*.

28 Grosso modo, definiu-se que a presunção de inocência impede o chamado “castigo antecipado”. Trata-se do conteúdo mínimo que deveria ser observado. Como manifestação política de garantia, optou-se pela tese diferenciadora da presunção de não culpabilidade, haja vista que tal teoria confere conteúdo elástico ao direito fundamental.

29 Como princípio, a presunção de inocência admite a aplicação parcial, embora se espere a máxima efetivação da norma – mandamento de otimização. O trabalho optou pela teoria ampla, no que toca ao suporte fático. Tal teoria permite que o âmbito de aplicação do princípio seja constantemente revisitado, permitindo aos poderes constituídos a construção de novos parâmetros.

30 Constatou-se que, ao prever um tratamento diferenciado aos réus que respondem por crimes dolosos contra a vida – *a impronúncia e o não dizer estatal só são cabíveis nesses*

casos – exclui o legislador significativa parcela de sujeitos que não terão assegurados por completo, a presunção de inocência.

31 A violação a um direito fundamental se dá quando o núcleo essencial da garantia é atingido, ou seja, quando os limites materiais não são resguardados. No que se refere à presunção de inocência e o instituto da impronúncia, buscou-se verificar se existiria justificção razoável para a diminuição do âmbito de proteção. Nessa linha de raciocínio, necessário o juízo de proporcionalidade, mormente por se tratar de conflito entre um princípio e uma regra.

32 Ao fim e ao cabo, o que sustenta a impronúncia no ordenamento jurídico pátrio é a concepção de defesa social. Percebe-se grande preocupação em conferir liberdade definitiva ao imputado, a revelar a existência do “*in dubio pro societate*” também nessa fase do rito escalonado do júri.

33 O “*in dubio pro societate*” acaba por ser regra no processo penal brasileiro, e no caso do rito do júri, uma série de decisões interlocutórias é imposta ao imputado. A impronúncia é tão somente mais uma. Nessa linha de raciocínio, o recebimento da denúncia merece estudo mais aprofundado, mormente por ser ato mecânico, como se o procedimento penal não constituísse martírio. Aproximando o recebimento da denúncia a “toque de caixa” e a impronúncia, percebeu-se que ambos tutelam a perversa lógica do sistema criminal: a vingança é o escopo primordial, portanto, os fins justificarão os meios.

34 Pano de fundo da impronúncia (regra do Código de Ritos) é a segurança pública e o dever do Estado de investigar, punindo os culpados, objetivando a manutenção da paz pública. Busca o legislador elastecer o processo, a fim de assegurar futura punição, pela precariedade das provas produzidas.

35 Passamos assim, ao juízo de proporcionalidade, considerando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à adequação, a impronúncia tem o condão de possibilitar ao Estado fazer valer a persecução penal e sancionar os culpados. No que tange à necessidade, verificou-se que a impronúncia é dos males o menor. Nesse sentido, preferível a impronúncia se comparado ao julgamento popular com todos os seus defeitos técnicos.

36 Rechaça-se a impronúncia do rito do júri, pois tal instituto não sobrevive á terceira etapa do juízo de proporcionalidade, é dizer, a proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras: o dever do Estado de processar e punir os crimes dolosos contra a vida escusa o aniquilamento de outros direitos fundamentais, sobretudo a presunção de inocência?

37 A impronúncia, conforme supra, caracteriza a falta de certeza. A dúvida está posta no juiz da primeira fase. Não considerar essa dúvida em favor do imputado significa desprezar a presunção de inocência, ignorar, ferir de morte a garantia constitucional. Ou seja: a busca implacável pela condenação não justifica a exclusão da presunção de não culpabilidade do ordenamento jurídico, como sói acontecer.

38 A impronúncia acaba por ferir a presunção de inocência sob todos os planos da garantia, a saber: como norma de tratamento: toda a sociedade enxergará no imputado o autor do delito. Portanto, as honra objetiva e subjetiva do réu estarão prejudicadas pelo “não dizer, não definir” estatal. Como norma de juízo não privilegia o acusado, ao reconhecer a insuficiência de provas e, mesmo assim, não declarar formalmente a inocência do impronunciado.

39 Ao fim e ao cabo, não resta opção a não ser rechaçar a decisão de impronúncia do ordenamento jurídico nacional, por se configurar ilegítima ausência de jurisdição, violadora da presunção de inocência, duração razoável do processo e de todo conteúdo principiológico garantista erigido pelo Estado Constitucional Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ALVIM, J.E. Carreira. **Natureza Jurídica da Liminar e o “Non Liquet” na Esfera Mandamental**. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 9.
- ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão de segurança jurídica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira**. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, n.4, p. 24-43, maio-ago, 2010.
- BADARÓ, Gustavo H.R.Ivahy. **A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal**. In: Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, jul 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino do Santos. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Vide: Revista Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.2, n. 3 e 4, 1999, p. 89-154.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. **Presunção de Inocência, devido processo legal, ampla defesa e outros tópicos de direito processual penal à luz da Constituição de 1988**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, v.2, n.4, 1997 jul/dez, p.59-68.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- _____. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 28 jun. 2015.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOLINA, Helena Magalhães. **Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art.32º, nº 2 da CRP)**. Vide: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXX, 1994, p.433-461.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18.ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação Da Pena e Garantismo**. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão criminal: características, consequências e abrangência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Revisão pro societate**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6716/revisao-pro-societate#ixzz3eOpcgsgQ> Acesso em: 28 jun. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Rev. Fac. Min. De Direito, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, p. 65-88, 1º e 2º sem. 1999, p. 68.

DANTAS, Miguel Calmon. **O Direito Fundamental à Processualização: Fundamento para uma teoria geral do processo**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. – Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.7.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável**

duração do processo na reforma do judiciário. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v.8, n. 15, 1º sem. 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 12.ed. Salvador: Juspodivm, v.1, 2010.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2.ed.Salvador: Juspodivm, 2ª ed., Salvador, 2013.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **O princípio da Legalidade como um Ideal Radicalmente Garantista.** In: Novos Desafios no Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. FÖPPEL, Gamil (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

_____. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio manifestação do direito penal do inimigo.** 2005. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.** 5.ed. v. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959-1962.

FERREIRA, Pinto. As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 12, 1997, p.181-203.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Pasado y futuro del estado de derecho.** Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>> Acesso em: 26 jun 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Exigências e perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade.** In: Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais Contemporâneos II. GAUER, Ruth Maria Chittó (ORG). Porto Alegre.: Ed. EDPUCRS, 2010, p. 273-294.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal.** In: EL HIRECHE, Gamil Föppel. Novos desafios do terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal.** In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). Salvador: Jus Podium, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência: princípios e garantias.** In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie,**

ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Haddad, Carlos H. Borlido; Quaresma, Lucas B. Otto. **Dois lados da mesma moeda: O tempo no STF.** In: in Revista de Direito GV vol.10, nº 02 São Paulo July/Dec. 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORGE, Caetano Martins. **O autor revel na absolvição de instância: sua decretação sem que se supram as omissões.** Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito de São Luiz do Maranhão, 1955.

JORIO, Israel Domingos. **In dubio, pobre do réu.** In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim – 257 – abril/2014.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1018.

_____. **Introdução crítica ao processo penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Quando o acusado é VIP, o recebimento da denúncia é motivado.** Conjur. 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-14/limite-penal-quando-acusado-vip-recebimento-denuncia-motivado>> Acesso em: 27 maio 2015.

MAIA, Rodolfo Tigre. **O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. 4 – n.16, jul/set. 2005, p.11-75.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo.** 1.ed. Porto Alegre: LexMagister, 2013.

_____. **O Supremo Tribunal Federal e o interrogatório nos procedimentos especiais.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI129970,61044O+Supremo+Tribunal+Federal+e+o+interrogatorio+nos+procedimentos>> Acesso em 26 jun 2015.

- MULRINE, Thomas V. **La duda razonable: cómo es definida en el mundo?** Traduzido por Nicolás Schiavo. In: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PASTOR, Daniel R. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal**. REJ – Revista de Estudios de la Justicia. Nº 4, 2004.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. In: La reforma de la Justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). COLOMER, Juan L. G; CUSSAC, José-Luis González (Coord). Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de Publicacions, 1997.
- PEREIRA, José Ruy Borges Pereira. **Tribunal do Júri – crimes dolosos contra a vida**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- PINTO, Monica. **El principio pro homine. Críterios de hermenéutica y pautas para la regulacion de los derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2015.
- PINTO, Ronaldo Batista. **A constitucionalidade da decisão de impronúncia**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 22 – Nº 263 – OUTUBRO/ 2014.
- PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal : parte geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado 4 (2006).
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. **O retorno do Você Decide e a ausência de fundamentação no tribunal do júri**. In: Conjur, 5 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-05/retorno-voce-decide-ausencia-fundamentacao-tribunal-juri>> Acesso em: 11 jun 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Estado de Derecho y los Problemas Sistémicos de los Derechos Humanos**. In: *Novos Desafios no Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. FÖPPEL, Gamil (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013