



FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DOUTORADO EM DIREITO

RICARDO ALVES DE LIMA

**O JUIZ DAS GARANTIAS COMO MEDIDA ANTIDISSONÂNCIA
COGNITIVA NA (DES)CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

SÃO PAULO
2023

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DOOUTORADO EM DIREITO

RICARDO ALVES DE LIMA

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO MEDIDA ANTIDISSONÂNCIA
COGNITIVA NA (DES)CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tese apresentada como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito à Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, na área de concentração em Função Social do Direito, e linha de pesquisa em Acesso à Justiça nas Constituições sob a orientação do Professor Doutor Luiz Regis Prado.

SÃO PAULO
2023

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

L732j Lima, Ricardo Alves de
 O juiz das garantias como medida antidissonância cognitiva na
 (des)construção do princípio da presunção de inocência/ Ricardo Alves de
 Lima – 2023.
 270 fls; 30cm.

 Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP),
 Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – São Paulo, 2023.

 Orientador: Prof. Dr. Luiz Regis Prado

 Inclui bibliografia

 1.Presunção de inocência. 2.Processo penal brasileiro. 3.Teoria da
 dissonância cognitiva. 4.Efeito primazia. 5.Efeito halo. 6.Viés confirmatório.
 7.Juiz das garantias. 8.Medida antidissonância cognitiva. I.Lima, Ricardo
 Alves de. II.Faculdade Autônoma de Direito. III.Título.

CDU 34

FOLHA DE APROVAÇÃO

RICARDO ALVES DE LIMA

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO MEDIDA ANTIDISSONÂNCIA COGNITIVA NA (DES)CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tese apresentada à Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo que é submetida à área de concentração em Função Social do Direito Constitucional, como obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Regis Prado

São Paulo/SP, ____ de _____ de 2023.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Regis Prado – FADISP (orientador)

Nome do professor(a) –

Nome do professor(a) –

Nome do professor(a) –

Nome do professor(a) –

Dedico este trabalho aos meus filhos Arthur e Eduardo, à minha esposa Cristina, aos meus pais Lia e Arivaldo, aos meus sogros Maria Cleuza e Antonio, aos meus irmãos, irmã e aos familiares e amigos que sentiram minha ausência em diversos momentos, e comigo superaram todos os desafios para reduzir algumas dissonâncias cognitivas.

Agradeço a Deus e à Nossa Senhora Aparecida por iluminar meus caminhos e me capacitar para que as melhores escolhas pudessem ser tomadas, assim fortalecendo-me na saúde e na perseverança.

Agradeço às pessoas queridas que contribuíram para essa conquista, e compartilharam deste rico e inesquecível momento acadêmico.

Agradeço aos professores do curso de Doutorado que abrilhantaram cada episódio de reflexão acadêmica e jurídica, alimentando e instigando a busca pelo desconhecido.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Luiz Regis Prado por ser o principal motivo para a tomada de decisão pela escolha do programa de doutoramento. Suas aulas e orientações foram de uma intensa riqueza intelectual que alicerçou o estudo da Ciência Penal, tão desvirtuada pela *doxa* que impregnou os conceitos e as práticas jurídicas mais importantes para o conhecimento jurídico.

O caminho da procura e da busca daquilo que é o direito mostra-se coberto de sangue, suor e de lágrimas, porquanto ele se confunde com o caminhar da própria humanidade¹.

¹ COSTA, José de Faria. Em redor do nómos (ou a procura de um novo nómos para o nosso tempo). *In*: AVELÃS, Antonio José Nunes; MIRANDA, Nelson Coutinho. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 80-81.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência versão técnica do axioma *in dubio pro reo*, com o passar dos séculos evoluiu em seu significado e se materializou constitucionalmente como o principal norte resultante de uma axiologia constitucional que transpôs as fronteiras jurídicas dos Estados. Refletiu-se no processo penal brasileiro, consequentemente o tornando mais garantista em vista à proteção dos direitos e das garantias fundamentais do acusado, na tentativa de isolar as veias inquisitivas que permeiam o imaginário e às práticas judiciais. A evolução da sociedade direcionou novos desafios e consequências que são resultantes da própria necessidade do sentimento de pertencimento ao grupo social, ou do individualismo cognitivo impregnado de crenças, ideias e desejos que afetam o comportamento do indivíduo, objeto de estudo da Psicologia Social. A Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger confirmou que a pessoa vive em um contínuo estado cognitivo de confirmação das relações de coerências (consonância) que causam a busca do afastamento das incoerências (dissonância), que são externalizadas em comportamentos e decisões de maior ou menor complexidade ou de importância. Os resultados da teoria festingeriana foram aplicados ao processo penal alemão por Bernd Schünemann, evidenciando alguns efeitos ao comportamento do juiz, especialmente da perseverança, da busca seletiva de informações e da correspondência comportamental que causam prejuízos direto à imparcialidade do julgador. Tais resultados foram aplicados ao processo penal brasileiro por Aury Lopes Junior, e em estudo de caso por Ricardo Jacobsen Gloeckner. Nos últimos tempos constatou-se um acentuado propósito de evidenciar o sistema acusatório brasileiro em detrimento da matriz inquisitiva presente em diversos procedimentos processuais penais. Como resposta a um processo penal mais imparcial, e despidido dos efeitos da dissonância cognitiva, do efeito primazia, *halo* e dos vieses confirmatórios, se apresenta o instituto do Juiz das Garantias, o qual com vigência suspensa, não perfectibilizou essa solução. O pontual estudo de caso exploratório com resultados apresentados no último capítulo revelou que a jurisprudência nacional desconhece ou despreza a Teoria da Dissonância Cognitiva e a sua importância para a projeção do princípio da imparcialidade em vista ao signo do princípio da presunção de inocência. O encontro dos propósitos para a evolução do sistema acusatório passará obrigatoriamente pela sustentação do instituto do Juiz das Garantias como medida antidissonância cognitiva no processo penal brasileiro. A metodologia de pesquisa empregada na análise dedutiva e comparativa de bibliografia nacional e internacional.

Palavras-chave: Presunção de inocência; Processo penal brasileiro. Teoria da dissonância cognitiva; Imparcialidade; Efeito primazia; Efeito *halo*; Vies confirmatório; Juiz das garantias. Medida antidissonância cognitiva.

ABSTRACT

The principle of the presumption of innocence, a technical version of the axiom in *dubio pro reo*, evolved in its meaning over the centuries and materialized constitutionally as the main north resulting from a constitutional axiology that crossed the legal borders of the States. It was reflected in the Brazilian criminal procedure, consequently making it more guaranteeing in view of the protection of the rights and fundamental guarantees of the accused, to isolate the inquisitive veins that permeate the imaginary and judicial practices. The evolution of society has led to new challenges and consequences that are the result of the very need for a sense of belonging to the social group, or of cognitive individualism impregnated with beliefs, ideas and desires that affect the individual's behavior, the object of study of Social Psychology. Leon Festinger's Theory of Cognitive Dissonance confirmed that the person lives in a continuous cognitive state of confirmation of coherence relationships (consonance) that cause the search to move away from inconsistencies (dissonance), which are externalized in behaviors and decisions of greater or lesser extent. complexity or importance. The results of the Festinger's theory were applied to the German criminal procedure by Bernd Schünemann, showing some effects on the judge's behavior, especially perseverance, selective search for information and behavioral correspondence that cause direct damage to the judge's impartiality. Such results were applied to the Brazilian criminal procedure by Aury Lopes Junior, and in a case study by Ricardo Jacobsen Gloeckner. In recent times, there has been a strong purpose of highlighting the Brazilian accusatory system to the detriment of the inquisitive matrix present in several criminal procedural procedures. As a response to a more impartial criminal procedure, and stripped of the effects of cognitive dissonance, the primacy effect, halo and confirmatory biases, the institute of the Judge of Guarantees is presented, which, with suspended validity, did not perfect this solution. The punctual exploratory case study with results presented in the last chapter revealed that the national jurisprudence ignores or despises the Theory of Cognitive Dissonance and its importance for the projection of the principle of impartiality in view of the sign of the principle of presumption of innocence. The meeting of the purposes for the evolution of the adversarial system will necessarily pass through the support of the institute of the Judge of the Guarantees as a cognitive anti-dissonance measure in the Brazilian criminal procedure. The research methodology used in the deductive and comparative analysis of national and international bibliography.

Keywords: Presumption of innocence; Brazilian criminal procedure. Cognitive dissonance theory; Impartiality; Primacy effect; halo effect; Confirmation bias; Warrant Judge. Cognitive anti-dissonance measure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	17
1.1 A psicologia social.....	17
1.2 A teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger.....	24
1.2.1 Os elementos coerência, incoerência e a racionalização na teoria da dissonância cognitiva.....	25
1.2.2 A consonância, a dissonância e a relação cognitiva.....	28
1.2.3 A relação relevante na consonância e na dissonância cognitiva.....	39
1.2.4 A magnitude da dissonância, suas fontes de resistência à mudanças e a delimitação cognitiva.....	43
1.2.5 A dissonância cognitiva pós-decisória.....	53
1.2.6 A dissonância cognitiva e a condescendência forçada.....	62
1.2.7 A dissonância cognitiva e a exposição à informação.....	67
1.2.8 A dissonância cognitiva e a influência no grupo social e nos fenômenos de massa.....	73
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	84
2.1 Do ordálio à presunção de inocência: a evolução do processo penal da idade média ao iluminismo.....	84
2.1.1 O ordálio e os parâmetros iniciais da verdade.....	88
2.1.2 O iluminismo e uma nova roupagem humanista no processo penal.....	93
2.1.3 O nascimento do axioma <i>in dubio pro reo</i> e do princípio da presunção de inocência.....	99
2.2 A materialização constitucional do princípio da presunção de inocência: revoluções e a primeira constituição.....	110
2.2.1 A presunção de inocência em alguns instrumentos jurídicos internacionais.....	113
2.3 A evolução do princípio da presunção de inocência em algumas constituições europeias e na brasileira.....	116

2.3.1 A presunção de inocência e a constituição italiana.....	117
2.3.2 A presunção de inocência e a constituição portuguesa.....	122
2.3.3 A presunção de inocência e a constituição espanhola.....	126
2.3.4 A presunção de inocência e a constituição brasileira.....	130

3 RAZÃO DE SER E AS CONSEQUÊNCIAS VINCULANTES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... 136

3.1 A razão de ser e o significado contemporâneo do princípio da presunção de inocência.....	136
3.2 As garantias processuais penais e o princípio da presunção de inocência.....	144
3.2.1 O princípio do devido processo legal.....	146
3.2.2 O princípio do juiz natural.....	149
3.2.3 O princípio do contraditório, a ampla defesa e as provas no processo penal.....	155
3.2.4 A igualdade de armas.....	160
3.2.5 O direito ao silêncio e de não autoincriminação.....	165
3.2.6 A duração razoável do processo e a aceleração processual.....	169
3.2.7 O duplo grau de jurisdição.....	175
3.3 As consequências processuais penais vinculantes ao princípio da presunção de inocência.....	181
3.3.1 A prisão preventiva e sua duração razoável em vista o princípio da presunção de inocência.....	181
3.3.2 A execução da pena após condenação em segunda instância e o princípio da presunção de inocência.....	190

4 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO MEDIDA ANTIDISSONANCIA COGNITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....205

4.1 Estudo de caso: o marco temporal do juiz das garantias e a dissonância cognitiva na jurisprudência brasileira.....	205
4.2 O juiz das garantias como medida antidissonancia cognitiva no processo penal.....	212

4.2.1 A primeira impressão, o efeito <i>halo</i> e o conhecimento prévio na contaminação cognitiva da imparcialidade no processo penal.....	216
4.2.2 O efeito perseverança e os elementos cognitivos incriminadores na busca seletiva de informações e os impactos no processo penal.....	231
4.2.3 A redundância, a atenção, o protagonismo judicial e a busca ativa de informações e seus efeitos no processo penal.....	236
4.2.4 O efeito correspondência comportamental e a dissonância cognitiva.....	241
CONCLUSÃO.....	234
REFERÊNCIAS.....	251

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do trabalho foi de conceituar e de contextualizar a Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger e o impacto das decisões judiciais tomadas com vieses cognitivos dissonantes na (des)construção do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro, e como tais aspectos relativizam as garantias processuais penais, situação agravada pelo afastamento da vigência do Juiz das Garantias instituído pela Lei n.º 13.964/2019.

Nos últimos anos há nítida transmutação do signo da presunção de inocência a qual ultrapassou o ambiente acadêmico e jurídico, e acelerou a sociedade para o uso de uma linguagem neopopulista voltada ao punitivismo a qualquer custo, com uma forte aliança ao direito simbólico e de resposta securitária que atingiu os principais alicerces do processo penal brasileiro: o devido processo penal, o princípio do contraditório e da imparcialidade judicial.

Neste cenário, a liberdade e a inocência vem sendo considerados antônimos do processo penal.

Esta visão deturpada se alia aos elementos cognitivos dissonantes inseridos em diversos contextos do processo penal – desde a investigação criminal, das medidas pré-processuais e da tendenciosa audiência de instrução e julgamento no juízo singular ou na sessão plenária do Tribunal do Júri –, que são carregados consciente ou inconscientemente pelo julgador até a prolação de sentença, ou no caso dos jurados até o momento de votação dos quesitos.

Em busca de um estanque à dissonância cognitiva do juiz que resulta do prévio contágio com os autos de prisão em flagrante, com o inquérito policial, ou com as demais informações produzidas sob a visão e a linguagem inquisitorial e distantes do contraditório judicial desmuniciado de vieses cognitivos, se apresenta o instituto do Juiz das Garantias.

Seu impacto será na formação imparcial do *standard* probatório que será alimentado pela atuação das partes processuais, e fundamentará o convencimento do juiz responsável pela instrução e o julgamento, dentro de fases distintas (pré-processual e processual).

Tendo em vista que os elementos parciais que conduzem ao desvirtuamento cognitivo se encontram dispersos na instrumentalização do processo

penal brasileiro, tanto no juízo singular como no procedimento bifásico do Tribunal do Júri, foram desenhados inúmeros exemplos nos quais foram aplicados os resultados da teoria festingeriana, e daqueles resultantes de experimentos e estudos de caso propostos por Bernd Schünemann e Ricardo Jacobsen Gloeckner.

Ao se aproximar a teoria festingeriana da realidade do processo-crime, evidenciando-se algumas de suas mazelas e nulidades, foram apontadas pontuais soluções jurídicas que se apresentam viáveis para a redução da magnitude da dissonância cognitiva e as consequências da primeira impressão e do viés confirmatório, do efeito primazia e do efeito *halo*.

Como consequência evidenciou-se que a Lei Mariana Ferrer causou um novo marco delimitador ao princípio da presunção da inocência e à plena defesa (e à plenitude de defesa) durante a audiência de instrução e julgamento (ou, na sessão plenária), eis que criou um *standard* moral do juiz, com previsão de sua emersão no momento da colheita da prova, restringindo a dialética probatória da defesa, e delimitando-a na presença dos jurados que serão influenciados pela dissonância cognitiva de grupo.

Durante todo o processo-crime há o acúmulo cognitivo dissonante pelo juiz, intensificado no momento da instrução pelo efeito perseverança e na busca seletiva de informações, e a dissonância cognitiva que exsurge pelas perguntas e da atuação da defesa que colidem com o seu *standard* moral, resultará na restrição cognitiva consciente ou inconsciente ao contexto probatório apresentado pela defesa. A negação da importância da prova, ou de sua perspectiva indigna são externalizadas em um momento de suma importância para a construção do convencimento.

Esse novo elemento cognitivo dissonante, além daqueles já existentes no processo penal, no cenário, no ritual e nos procedimentos do Tribunal do Júri, foram analisados pela teoria festingeriana, evidenciando que a novel legislação se apresenta inconstitucional, e causa absoluta de nulidade processual que deverá ser reconhecida em vista ao princípio da imparcialidade judicial.

Consequentemente aos jurados causa a restrição do entendimento do significado do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, em ambas as dimensões. Além disso, ocorre um desvirtuamento cognitivo dos jurados com a impregnação de vieses confirmatórios que causará maior atenção aos elementos probatórios ligados à acusação, os quais somados levam à condenação,

descartando ou reduzindo o valor dos elementos de defesa, em ruptura ao princípio da presunção de inocência como regra de juízo.

Além deste episódio, notou-se que a votação sequencial dos quesitos pelo Conselho de Sentença se apresenta eivada de elementos cognitivos dissonantes causados pela dissonância cognitiva pós-decisão (a partir do primeiro quesito votado), que conduzem ao alinhamento cognitivo dos jurados (influência de grupo), e com uma acentuada frequência pela mudança do sentido da escolha inicial pela culpa ou pela inocência do acusado. Como solução será possível a redução de sua magnitude através do redimensionamento do ato pela votação de quesitos em blocos.

Visando delinear outras consequências e aproximar as soluções necessárias, se propôs conhecer a realidade dos tribunais brasileiros quanto à compreensão e a aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva em julgamentos através de um pontual estudo de caso exploratório, realizado através da colheita de dados para sua análise e conclusão.

A conclusão apontou pelo desconhecimento da teoria festingeriana e pela sua incipiente aplicação. Esse resultado negativo, também foi relevado pela inoperância do instituto do Juiz das Garantias, ainda com vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, interrompendo uma das principais medidas para se combater e reduzir a dissonância cognitiva no processo penal brasileiro.

No primeiro capítulo foi analisada a Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger e os conceitos estruturantes da Psicologia Social, visando a melhor compreensão do comportamento humano, e o impacto dos elementos cognitivos dissonantes nas relações relevantes.

Evidenciou-se a tendência da pessoa pela busca incessante de um estado de coerência entre seus pensamentos, ideais e crenças que se externalizam em suas convicções, na linguagem e em seus comportamentos que racionalmente se voltam à redução ou à eliminação da magnitude da dissonância cognitiva, atingindo-a pessoal, profissional e socialmente.

Foi realizado o estudo dos experimentos delineados pela teoria festingeriana, e o impacto positivo ou negativo causados pela dissonância cognitiva pós-decisória, e dos processos de influência pela exposição à informação que podem acarretar elementos dissonantes suficientes para uma influência social, os quais podem apresentar uniformidade em certos grupos sociais.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo da origem da presunção de inocência transmutado no axioma *in dubio pro reo*, realizando-se uma historicidade das principais questões que marcaram a evolução do processo penal da Idade Média, passando pelo Renascimento e pelo Antropocentrismo, aportando nas teorias iluministas que direcionaram uma nova roupagem humanista, destacando o ser humano na sociedade e ultrapassando a antiga ideia de objeto processual.

Um momento marcando pela Revolução Francesa de 1789 e pela materialização constitucional do princípio da presunção de inocência, a qual avançou-se pelo ordenamento dos Estados através de sua inserção em instrumentos jurídicos internacionais.

Sua solidificação ocorreu pela inserção do princípio em algumas constituições democráticas, sendo destacada a análise de algumas dessas cartas constitucionais, empregando ênfase ao direito comparado nos principais aspectos do princípio da presunção de inocência na Constituição italiana de 1947, na portuguesa de 1976, na espanhola de 1978 e na brasileira de 1988.

O terceiro capítulo foi dedicado ao encontro do significado contemporâneo e da razão de ser do princípio da presunção de inocência, entrelaçando seu signo com as garantias processuais penais caras à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Houve a análise do princípio do devido processo legal (penal) e do juiz natural, e a sua interligação com o princípio do contraditório, da ampla defesa e a produção de provas no processo penal, em busca de um equilíbrio de armas entre acusação e a defesa. Tal encontro de sentidos deverá direcionar para um sistema acusatório que ultrapasse o sentido inquisitivo tão presente em práticas judiciais que ferem, por exemplo, o direito ao silêncio e de não autoincriminação.

Neste norte, em vista às garantias processuais integradas ao princípio da presunção de inocência são delineadas outras proteções inerentes à duração razoável do processo e de sua aceleração, e o direito ao duplo grau de jurisdição.

Tal caminho enveredou para o estudo do impacto de algumas consequências processuais penais, entre elas da prisão preventiva e de sua razoável duração, passando pela análise da interpretação do cabimento do início da execução penal após condenação em segunda instância, ou pelo conselho de sentença.

No quarto capítulo foi realizado o estudo de caso exploratório “o marco temporal do juiz das garantias e a dissonância cognitiva na jurisprudência brasileira”, e, de forma conclusiva foi realizada a proposta analítica do Juiz das Garantias como medida antidissonância cognitiva no processo penal brasileiro evitando-se a desconstrução do signo do princípio da presunção de inocência.

Para tanto houve uma aproximação da teoria festingeriana (e, de outros efeitos cognitivos e vieses evidenciados por outros pesquisadores que afetam o agir humano), ao instituto do Juiz das Garantias e da sua proposta delimitativa aos entraves de parcialidade no processo penal brasileiro, e que podem afetar a formação do convencimento do julgador (em sentido amplo).

A análise incluiu os resultados trazidos pela pesquisa de Bernd Schünemann e aplicados no processo penal alemão (efeito aliança, o efeito perseverança e a busca seletiva de informações), e os efeitos da primeira impressão, da primazia, *halo* e da *confirmation bias*, que podem ser delimitados em fases cognitivas distintas para o início da persecução penal (pré-processual e processual).

Evidenciou-se que os resultados, também podem ser aplicados para a redução da magnitude da dissonância cognitiva pós-decisão da sentença penal condenatória, da decisão de pronúncia, ou pela decisão não homologatória do acordo de não persecução penal – ANPP, reduzindo os efeitos negativos causados pela tendência dissonante à imparcialidade no processo penal brasileiro.

Quanto à metodologia de pesquisa foi realizada através da análise dedutiva e comparativa entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência nacionais e estrangeiras. Foi realizada uma revisão bibliográfica de teorias que regem à matéria, em busca de selecionar os conceitos que trouxeram os melhores argumentos para o correto exercício da hermenêutica no processo penal constitucional.

Foi procedida a análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal e de tribunais nacionais e estrangeiros que enfrentaram ou causaram algumas das problemáticas que conseqüentemente vem relativizando o princípio da presunção de inocência, aproximando o leitor às críticas e aos delineamentos necessários.

Na proposta do pontual e exploratório estudo de caso: o marco temporal do Juiz das Garantias e a dissonância cognitiva na jurisprudência brasileira, foi realizado o levantamento de dados processuais, e avaliados analiticamente para fins

da compreensão do alcance do conhecimento da teoria festingeriana em vista de um processo penal democrático e acusatório, e de sua conexão ao instituto do Juiz das Garantias.

Os dados foram coletados de forma qualitativa entre os julgados dos tribunais brasileiros, e sua análise revelou nitidamente o seu desconhecimento ou a ínfima aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger, ou daqueles estudos conexos e interdisciplinares, ao cenário do processo penal brasileiro.

A DISSONÂNCIA COGNITIVA

1.1 A psicologia social

A Psicologia Social é um dos ramos da psicologia que estuda o comportamento humano e de qual forma este é influenciado pela sociedade. Para alguns autores sua origem está diretamente interligada com a publicação da revista Grande Enciclopédia Soviética no ano de 1859.

Para o psicólogo e filósofo social russo Boris Pariguin a Psicologia Social nasceu no continente europeu na segunda metade do século XIX, nos países da Alemanha, Inglaterra, França e Rússia, e sua natureza poderá ser explicada através de respostas às hipóteses que circundam as características de sua origem.

Todavia afirma que somente houve um avanço no interesse pelos estudos dessa novel área ligada à psicologia quando seus conceitos e aplicabilidade foram se espalhando entre os americanos².

Boris Pariguin salientou pela existência da corrente doutrinária que admitiu que a Psicologia Social denominada inicialmente como a psicologia burguesa refletiu a realidade contextual da época, a qual foi marcada pelas teorias ideológicas do capitalismo.

Tal conclusão adveio da análise dos textos e das pesquisas publicadas pela Grande Enciclopédia Soviética, especialmente os trabalhos de N. S. Mansurov e E. S. Kuzmin, que afirmaram que a Psicologia Social surge através da denominada psicologização da Sociologia Burguesa:

A juízo de E. S. Kuzmin, a Psicologia Social, ramo da ciência psicológica, desenvolveu-se em duas direções, das quais uma surgiu devido às necessidades da Psicologia, e outra, devido às necessidades da luta ideológica e política das classes dominantes, ou seja, na opinião de E. S. Kuzmin, devido às necessidades da Sociologia burguesa³.

Contudo Boris Pariguin critica essa estrita vinculação da Psicologia Social à ideologia capitalista ou burguesa, sendo que em sua avaliação este ramo da psicologia está diretamente interconectado com os fatos e os conflitos da sociedade,

² PARIGUIN, Boris D. **A psicologia social como ciência**. Tradução de Dalcy Angelo. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972, p. 9.

³ Ibid., p. 10-11.

e, assim ela adquirirá uma feição além daquilo que representa seu próprio tempo, evoluindo através dos novos fatos e problemas que forem se acentuando pela convivência humana.

Pelo contrário o autor admite que a origem da Psicologia Social sofreu grande influência pela luta entre a teoria capitalista quando da tentativa de afastar o pensamento da ideologia marxista, apesar de não concordar com a delimitação de que esta derivou oportunamente dos interesses da classe dominante⁴.

Para Kevin Wheldall apesar da Psicologia Social se apresentar como uma recente ciência de estudo do comportamento humano surgida no século XIX, seu fundamento é solidificado pelo pensamento filosófico grego em Platão e em Aristóteles, o qual tem a ver com a organização e a estrutura social.

Com o avanço histórico e pelas novas perspectivas do Estado, a sociedade passou por uma revolução e novas interpretações foram somando-se e influenciando outros fatores de comportamento e de reorganização social evidenciados por Thomas Hobbes, Adam Smith, Jeremy Bentham, e, por fim passando pela sociologia de Auguste Comte⁵.

Os autores americanos William Lambert e Wallace Lambert interligam a Psicologia Social aos experimentos aplicados aos indivíduos pelo psicólogo social que busca encontrar apoio em tais resultados para a melhor compreensão do comportamento da pessoa, e como a realidade social lhe influencia em seus modos de interação⁶.

Será neste sentido que a Psicologia Social será a base fundamental para os experimentos da dissonância cognitiva objeto de estudo do presente capítulo.

⁴ “A necessidade que a burguesia sentia de armar-se com novos recursos ideológicos para lutar contra o marxismo e o interesse por justificar o regime capitalista deixou, sem dúvida alguma, um sério vestígio no nascimento e formação da Psicologia Social, particularmente no aspecto que apresenta dentro da orientação psicologia da Sociologia burguesa”. PARIGUIN, op. Cit., p. 11-12.

⁵ “[...], em A República, Platão delineou suas ideias para a constituição de uma sociedade ideal. Muitos séculos mais tarde, os filósofos ingleses do século XVII e XVIII estavam especulando sobre a natureza do homem e as forças que influenciavam suas ações. Tinham tendência acentuar teorias de comportamento social baseadas num único fator causal. Thomas Hobbes favoreceu a noção de poder. Adam Smith preferiu o interesse próprio, ao passo que Jeremy Bentham, baseado nas primitivas noções hedonistas, apresentou o “princípio do prazer”. Nenhuma dessas teorias filosóficas, porém, foi algo mais que simples especulação: nenhuma delas foi investigada de forma científica. As teorias do comportamento social foram também apresentadas pelos primeiros sociólogos. Auguste Comte. Fundador da Sociologia, tentou resolver o problema de como o homem podia influenciar a sociedade a ser simultaneamente influenciado por ela”. WHELDALL, Kevin. **Comportamento social**. Tradução de Maria Isabel da Silva Lopes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 21.

⁶ LAMBERT, William W; LAMBERT, Wallace E. **Psicologia social**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p. 7

Em busca de uma resposta mais científica quanto à conceitualização da Psicologia Social, o médico psiquiatra e psicólogo social Arthur Ramos realizou uma comparação científica entre a psicologia, a sociologia e a psicologia social, ligando-o comportamento social à sociologia, a qual seria então convertida na psicologia social.

Argumentou que em um primeiro momento a Psicologia Social não representaria uma ciência autônoma:

De um lado, no polo da Psicologia, tudo o que não pertence à psicologia fisiológica seria psicologia social: o homem é um animal gregário e todas as suas funções psíquicas só se compreenderiam no jogo de suas reações sociais; o comportamento humano é, antes de tudo, social, pela sua natureza ou pelo seus fins. De outro lado, todos os fatos sociais, tendo o homem como centro, reconheceriam uma base psicológica, e toda a sociologia se converteria numa psicologia social⁷.

Logo as suas interfaces podem ser variadas. Para Celso Pereira de Sá se apresenta nítida as relações (ou, solidariedade para René Duchac) da psicologia e das ciências sociais, que ocorrem a partir dos objetos comuns que são alvo de estudos, e são advindos das ciências humanas:

A solidariedade das ciências humanas tem, entretanto, por corolário, segundo esse autor [Duchac], a especificidade de cada uma delas. E é a partir de sua diferenciação acadêmica historicamente instituída que emergem e são constantemente retomadas as discussões quanto às imbricações, as supostas incompatibilidades e as possíveis articulações entre elas⁸.

As relações (ou, a sua própria ausência) dos objetos de estudos das ciências humanas direcionam pelo entendimento de uma divisão entre a psicologia individual e a psicologia coletiva:

[...], No caso das relações – ou da ausência delas – entre psicologia e sociologia, a concepção proposta por Émile Durkheim pode ser tomada como um dos principais divisores de águas. No mesmo sentido, dentro da psicologia, Wilhelm Wundt – que, a propósito, teve encontros pessoais com Durkheim, propõe uma nítida divisão entre psicologia individual, por cuja constituição ele mesmo fora um dos maiores responsáveis, e uma psicologia coletiva⁹.

⁷ RAMOS, Arthur. **Introdução à psicologia social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria-Editora da Casa do Estudante do Brasil, 1973, p. 17.

⁸ SÁ, Celso Pereira de. **Estudos de psicologia social: história, comportamento, representações e memória**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015, p. 25.

⁹ Ibid., p. 26.

Pelo estudo da Psicologia Social busca-se entender o ser humano no contexto social, e quais as influências que interferem na sua vontade individual e que são transpassadas para outras decisões, especialmente para aquelas que caracterizam uma necessidade de sua aceitação ou de se expressar na mesma direção do grupo, ou seja dentro de uma relação social.

Nesse sentido William Lambert e Wallace Lambert afirmam que os hábitos, as atitudes, as percepções, os juízos e as motivações de cada participante do grupo social ou familiar tornam possível o processo de familiarização, lhe empregando um estilo peculiar. Ao mesmo tempo esses fatores pessoais modificam-se através do processo de interação social, e impactam diretamente no comportamento interno e externo da pessoa¹⁰.

Todavia o ser humano quando vive em grupo se familiariza com as decisões tomadas por esse grupo, levando-o a tomar suas próximas decisões baseadas nesta interação social, lhe afastando momentaneamente do individualismo, por conseguinte originando o ser social. A Psicologia Social vem a interpretar como tal relação influencia em seu comportamento.

Para o psicólogo social Aroldo Rodrigues qualquer manifestação na interrelação social será interpretada pelo indivíduo como um estímulo, e por conseqüência será evidenciado um comportamento em resposta:

Um aperto de mão, uma reprimenda, um elogio, um sorriso, um simples olhar de uma pessoa em direção a outra suscitam nesta última uma resposta que caracterizamos como social. Por sua vez, a resposta emitida servirá de estímulo à pessoa que a provocou, gerando por seu turno um outro comportamento desta última, estabelecendo-se assim o processo de interação social¹¹.

O ser humano desde o seu nascimento desenvolve o seu lado social, situação que pode ser evidenciada com a sua própria história.

Por isso desde os primórdios entendeu que deveria viver em bando, em comunidade e em sociedade, e que praticamente tudo seria mais fácil se decorresse de uma interação com seu semelhante (além de outras interações com animais e as plantas).

Aprendeu que as interações sociais e seu alcance positivo dependem diretamente de seu comportamento externalizado.

¹⁰ LAMBERT, op. Cit., p. 8.

¹¹ RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1973, p. 3.

Essa dependência ou interdependência é que tornou os seres humanos com sentimento diversos. Será através de estímulos que ocorrerá um relacionamento dentro daquilo que se denomina sociedade (grupo social/familiar).

Desse modo se demonstra uma tarefa simples integrar o comportamento humano à interação social, e assim poder caracterizar a abrangência do estudo da Psicologia Social.

Para Aroldo Rodrigues o conceito de Psicologia Social passa pela definição do caráter latitudinal de uma investigação psicossocial, a qual destaca o forte papel dos fatores situacionais impregnados de estímulos sociais que possam direcionar o comportamento social do indivíduo.

Apresentou o exemplo da pessoa que se abriga em uma sombra em um dia de intenso calor, comportamento desligado de qualquer estímulo social, salvo se psiquicamente esse indivíduo considerar que as pessoas ao redor (estímulo social) considerem uma idiotice permanecer ao sol tendo uma sombra ao seu lado¹².

O simples fato de escolher viver em sociedade obriga o ser humano, de certa forma, a tomar atitudes baseadas em situações nas quais vivencia, por consequência a pessoa poderá ser considerada como um ser normal, se aceitando dentro de um contexto coletivo¹³.

O ser humano não consegue se afastar por completo, e sempre estará diante de comportamentos e de decisões que são tomadas em relação ao que outras pessoas deverão pensar, julgar ou aceitar.

Portanto o indivíduo sempre toma suas decisões esperando as consequências dos julgamentos da sociedade, se serão aceitos ou não dentro de um determinado grupo através de suas próprias ações, ou através da imitação daquelas ações do grupo a que pertence, ou que pretenda integrar.

Tal reação social poderá caracterizar uma negativa tendência instintiva da pessoa. Essa propensão sofre severa transformação dentro do ambiente social, eis que acentua de um lado um grande problema de estudo da Psicologia Social salientado por Arthur Ramos, e causada pela “moralização do indivíduo pela

¹² RODRIGUES, op. Cit., p. 6.

¹³ “[...]. Para Harry Charalambos Triandis o que é necessário que entenda é que atitudes envolvem o que as pessoas pensam, sentem, e como elas gostariam de se comportar em relação a um objeto atitudinal. O comportamento não é apenas determinado pelo que as pessoas gostariam de fazer mas também pelo que elas pensam que devem fazer, isto é, normas sociais, pelo que elas geralmente tem feito, isto é, hábitos, e pelas consequências esperadas de seu comportamento”. Ibid., p. 402.

sociedade onde nasceu como uma criatura em que as tendências não-morais e puramente egoístas são mais fortes que as tendências altruístas”¹⁴.

Como consequência será nítida a inconsistência comportamental que deve surgir em relação à atitude da pessoa. Nesse sentido para Aroldo Rodrigues o “fato de possuímos atitudes em relação a certos objetos sociais e a certas situações nas quais eles estão imersos explica certas inconsistências aparentes entre atitude e comportamento”¹⁵.

Muitas das vezes as decisões tomadas por conveniência ou pelo fato de transparecer que há um entendimento consciente de pertencimento naquele contexto social, levará o indivíduo a cometer erros gravíssimos na externalização comportamental.

De outro lado se a decisão for tomada individualmente, pensando de forma lógica, tais erros podem ser evitados, reduzindo o conflito aparente entre atitude e o comportamento.

A pessoa é dotada de consciência e de atitude para determinar suas próprias normas, mas estando inserida dentro de um círculo social tende a seguir àquelas impostas pela coletividade, instigando a se comportar e a tomar as decisões com base nas reações daquela sociedade ou do grupo.

Essa característica ambivalente não o torna um ser abstrato, sentido afirmado pelo psicólogo alemão Kurt Lewin criador da Teoria de Campo, extraído dos resultados dos experimentos interdisciplinares aplicados na dinâmica de pequenos grupos inseridos em um *layout* topológico, sob os quais foram aplicados um conjunto de forças (espaços sociais).

Tais soluções encontradas, também foram utilizadas para contraditar conclusões de sociólogos quando afirmavam que apenas o grupo social detém a “realidade e que a pessoa individual não passa de uma abstração – de um ser que deveria ser adequadamente descrito como uma amostra representativa dos grupos a que pertence”¹⁶.

¹⁴ RAMOS, op. Cit., p. 17.

¹⁵ RODRIGUES, op. Cit., p. 403.

¹⁶ “A percepção do espaço social e a pesquisa experimental e conceptual da dinâmica e leis dos processos no espaço social são de importância fundamental, teórica e prática”. KURT, Lewin. **Problemas de dinâmica de grupo**. Tradução de Miriam Moreira Leite. 4. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 87; Para Silvia Lane “a relação entre psicologia e psicologia social deve ser entendida em sua perspectiva histórica, quando da década de 1950 se iniciam sistematizações em termos de psicologia social, dentro de duas tendências predominantes: uma, na tradição pragmática dos Estados Unidos, visando alterar e/ou criar atitudes, interferir nas relações grupais para

Dentro dessa aplicabilidade a Psicologia Social, longe de qualquer monotonia e estática, pode contribuir para a compreensão dos problemas sociais com crescente *insight* de suas causas, e sem pormenores a psicologia experimental “foi, e é ainda em grande parte, uma operação baseada no laboratório, porque aí os pesquisadores podem isolar variáveis de interesse para uma observação perfeita e cuidadosamente controlada”¹⁷.

Por esse plano conceitual e interdisciplinar a Psicologia Social vem realizando estudos e experimentos para desvendar os motivos determinantes para que a pessoa aja de acordo com o seu semelhante, seguindo os costumes sociais, buscando na maioria das vezes o que melhor convém para seu grupo, não importando se o resultado está de acordo com aquilo que seja considerado certo por alguém distante de sua realidade, e se o seu comportamento adveio de tendências morais ou altruístas.

Para Silvia Tatiana Maurer Lane a Psicologia Social ao tratar de processos grupais, afirma que não se pode mais empregar uma separação entre o grupo e o indivíduo, ou seja o “grupo não é mais considerado como dicotômico em relação ao indivíduo (Indivíduo sozinho x Indivíduo em grupo)”¹⁸.

No âmbito individual a pessoa direciona por agir de outra forma, mas a ambiência social em diversos momentos acaba transformando seu comportamento que conflita com sua atitude, e esta age dentro de uma moral, de uma normatividade psicossocial que adveio do grupo, e, assim não se pode afastar a relação do indivíduo e do seu grupo.

Contudo tal reação não conduz a sua abstração ou a sua anulação individual, mas a caracterização de outros conflitos que podem ser descritos através de outros estudos e experimentos, tal como evidenciado pela Teoria da Dissonância Cognitiva.

harmonizá-las e assim garantir a produtividade do grupo – é uma atuação que se caracteriza pela euforia de uma intervenção que minimizaria conflitos, tornando os homes “felizes” reconstrutores da humanidade que acabava de sair da destruição de uma Segunda Guerra Mundial. A outra tendência, que também procura conhecimentos que evitem novas catástrofes mundiais, segue a tradição filosófica europeia, com raízes na fenomenologia, buscando modelos científicos totalizantes, como Lewin e sua teoria de campo”. LANE, Silvia Tatiana Maurer. A psicologia social e uma nova concepção do homem para a psicologia. In: LANE, Silvia Tatiana Maurer; CODO, Wanderley (Orgs.). **Psicologia social: o homem em movimento**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10.

¹⁷ WHELDALL, op. Cit., p. 25

¹⁸ LANE, op. Cit., p. 78.

1.2 A teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger

Leon Festinger (1919-1989) é o autor da Teoria da Dissonância Cognitiva, em seu título original *A Theory of Cognitive Dissonance*, a qual resultou de vasta pesquisa empírica ligada à Psicologia Social realizada entre os anos de 1951 e 1956, patrocinada pela Divisão de Ciências do Comportamento da Fundação Ford.

A pesquisa foi chefiada pelo autor e conduzida por equipe multidisciplinar de pesquisadores com apoio do Laboratório de Pesquisa de Relações Sociais da Universidade de Minnesota, Estados Unidos da América, culminando na publicação de suas conclusões pessoais em formato de livro no ano de 1957¹⁹.

Com formação em ciências e em psicologia, Leon Festinger destacou-se como importante pesquisador e professor de universidades americanas: MIT – *Massachusetts Institute of Technology*, Universidade de *Michigan*, Universidade de *Minnesota*, Universidade de *Stanford* e da *New School for Social Research*, de Nova York, sendo discípulo do psicólogo social Kurt Lewin (1890/1947)²⁰ e com ele desenvolveu estudos e pesquisas no Centro de Pesquisas Dinâmicas de Grupo no MIT criado por seu mentor.

Este capítulo do estudo realizará em um primeiro momento a pormenorização da Teoria da Dissonância Cognitiva, também denominada de teoria

¹⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida reimpressão publicada em 1962 por Stanford University Press. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

²⁰ Kurt Lewin foi um psicólogo alemão e o criador da teoria do campo psicológico, cunhando o termo da dinâmica de grupo; “O psicólogo Kurt T. Lewin foi quem introduziu o termo ‘dinâmica de grupo’ nas ciências sociais e ‘deu nome e identidade definitivos para o estudo dos grupos’ na Psicologia Social norte-americana (Martin-Baró). Suas proposições têm importância histórica para a ciência psicológica e seu legado apresenta-se ainda hoje como referência para a formação de psicólogos e demais profissionais que lidam com o fenômeno da grupalidade. Rose situa a obra de Lewin como parte de um movimento que levou a psicologia, no período do pré ao pós Segunda Guerra, a ‘direcionar-se para os processos inerentes às coletividades humanas’, de modo a ‘pensá-las e conceituá-las a fim de administrar indivíduos e organizações’. Formuladas entre as décadas de 1930 e 1940, as proposições de Lewin que inauguram e lançam as bases fundamentais da Dinâmica de Grupo parecem ainda integrar as tecnologias de regulação (ou controle) social do processo produtivo no capitalismo contemporâneo, sobrevivendo à transição histórica do taylorismo-fordismo ao assim chamado pós-fordismo (ou modelo flexível), [...], para K. Lewin a mudança na situação de um indivíduo se deve, em grande parte, a uma mudança na situação do grupo a que pertence, [...], como membro de um grupo, ele, habitualmente, tem os ideais e os objetivos do grupo. Gordon Allport assim sintetiza a concepção do autor: ‘o grupo a que pertence o indivíduo constitui a base de suas percepções, ações e sentimentos’, e ‘a menos que seja alterada a estrutura do grupo que os inclui, não é possível transformar fundamentalmente os indivíduos”. PASQUALINI, Juliana C.; MARTINS, Fernando Ramalho; EUZÉBIOS FILHO, Antonio. A dinâmica de grupo de Kurt Lewin: proposições, contexto e crítica. **Estudos de Psicologia**, Natal. v. 26, n. 2, p. 161-173, abr./jun. 2021. Disponível em: <pepsic.bvsalud.org/scieloOrg/php/reference.php?pid=S1413-294X2021000200005&caller=pepsic.bvsalud.org&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

festingeriana observando todos os conceitos, exemplos e as contextualizações feitas por seu criador.

A partir da análise de seus resultados será constituído um referencial teórico para o estudo da dissonância cognitiva e a (des)construção do princípio da presunção de inocência, definindo a aplicabilidade da teoria festingeriana no processo penal brasileiro, e demonstrando que o Juiz das Garantias resulta em importante inovação processual que atuará como medida antidissonância cognitiva.

1.2.1 Os elementos coerência, incoerência e a racionalização na teoria da dissonância cognitiva

Em sua formulação da Teoria da Dissonância Cognitiva Leon Festinger constata que a pessoa se esforça para manter-se em um constante estado de coerência consigo mesma, direcionando suas opiniões. Denota que algumas de suas atitudes são voltadas para manter-se integrada a determinado grupo que apresente certo comportamento que lhe seja vinculativamente coerente, interconectando o ser sociável.

Estudos e pesquisas têm assinalado a existência na pessoa desse estado de coerência entre as atitudes políticas, sociais, familiares e muitas outras, especialmente quanto ao seu conhecimento, suas crenças e o que efetivamente externaliza socialmente, ou no grupo ao qual pertence, significando tal reação um resultado positivo e almejado pelo indivíduo.

Exemplificando, acreditando na crença religiosa de que a bondade lhe conduzirá para perto do Criador, certa pessoa procurará todos os dias praticar o bem ao próximo, tornando-o extensão de suas atitudes (reação repetida), e um elemento de ligação de si com o grupo de pessoas que pensa de forma semelhante, vivenciando uma regra comum de seu comportamento.

Para Leon Festinger esta regra comum e de suma importância para certa pessoa poderá constituir-se em uma regra axiomática²¹.

Tal definição remete ao conceito de axioma (como um postulado), que traz o significado de uma proposição que não precisa ser provada, sendo aceita como verdade por dedução, e que acaba sendo evocada, principalmente, para se

²¹ FESTINGER, op. Cit., p. 11.

direcionar o pensamento inicial sobre opiniões, fatos ou atitudes comportamentais do ser humano.

Mesmo considerando que a pessoa se esforça para manter-se em um constante estado de coerência, o indivíduo poderá apresentar incoerências em suas opiniões, em suas atitudes e no seu comportamento social.

Leon Festinger define como as incoerências se manifestam, e como podem ser evidenciadas, indicando que as “incongruências, estas podem ser muito notórias e até dramáticas, mas se captam o nosso interesse, é, sobretudo, porque se situam em acentuado contraste com o fundo de coerência”²².

As incoerências são capazes de inserir a pessoa em um constante estado de divergência.

Tomando o mesmo exemplo exposto para a constatação da coerência, antagonicamente exsurge a incoerência. A pessoa caridosa e bondosa, pois temente a Deus, nega para si mesma a atitude de dar esmolas no semáforo, ou se irrita facilmente com pedintes que batem à sua porta pedindo algo para comer.

Posteriormente ao comportamento que por vezes é efêmero e incondicional, acaba se preocupando em ajudar na distribuição de alimentos na igreja (associação de pessoas) a que pertence, contribuindo com o grupo de amigos que percorrem a noite doando sopa aos desabrigados, satisfazendo suas incongruências.

A pessoa busca diante deste novo cenário manter-se coerente com suas próprias opiniões, e com as atitudes externalizadas que permeiam a sua inclusão e permanência naquele grupo.

Tal comportamento visa, também a redução das incongruências de seus anteriores pensamentos e atitudes. Para Leon Festinger o que acaba atraindo a atenção da pessoa são as exceções comportamentais daquele naturalmente evidenciado como coerente.

Para o indivíduo retratado nos exemplos acima, a opinião e atitude coerentes fazem parte de sua própria existência (ao menos de certo momento), as quais sempre foram utilizadas como fundamento para moldar sua vida, suas escolhas e toda uma busca por respostas positivas, sejam pessoais ou profissionais,

²² FESTINGER, op. Cit., p. 11.

especialmente para um aparente sentimento de pertencimento familiar, social, político, de grupo, entre outros.

Tais exceções, incongruências ou incoerências aparecem de forma tão acentuada que representam um forte contraste, fazendo com que a pessoa se sinta em um cíclico estado de alerta, de angústia e de penosidade consigo mesma.

Por isso a todo momento o indivíduo exercita-se mentalmente para rever suas opiniões e atitudes. Direciona sua cognição no sentido de se buscar uma resposta suficientemente significativa para a melhor compreensão desse incômodo, que em certa situação poderá ser evidenciado de forma mais plena.

Essa incoerência retratada por Leon Festinger como sendo uma exceção, por muitas vezes deixa de ser compreendida e acolhida pelo indivíduo. Em sua pesquisa o autor afirma que “só raras vezes – ou nunca – são psicologicamente aceitas como incoerências pelas pessoas em questão”²³.

De que modo a pessoa poderá tentar transpor ou vencer essa barreira psicológica que se apresenta inserida dentro de um próprio mecanismo de autodefesa?

Ao deparar-se com a exceção (incoerência) a pessoa tentará, em primeiro momento, racionalizá-la.

Para Leon Festinger ocorre que nem sempre a pessoa consegue encontrar uma explicação racional para as exceções. Por isso acaba se direcionando no sentido de eliminar tais incoerências.

Ilustrando o conceito o autor apresentou o caso do fumante que mesmo sabendo que o ato de fumar faz mal à saúde procura de forma incessante aproximar tal comportamento de sua coerência interna. Também procura afastar a incoerência de sua opinião ou atos, se autoquestionando dos benefícios e dos seus males para o encontro de uma resposta mais coerente com sua vontade.

Entretanto a incoerência continuará a existir mesmo quando a pessoa optou por encontrar respostas diversas para justificar a coerência de sua opinião e do seu comportamento.

Naquele momento a racionalização ocorreu em seu favor. O mecanismo de defesa foi utilizado para aproximar a realidade (ato de fumar) à coerência

²³ FESTINGER, op. Cit., p. 12.

psicologicamente criada como justificção de seus atos, buscando resultados positivos neste comportamento.

Contudo não houve a eliminaçō desta incoerência, e sua presença será marcante ao ponto se tornar um desconforto psicológico, uma inquietude atitudinal, quem sabe uma marca indelével em sua psique.

1.2.2 A consonância, a dissonância e a relaçaō cognitiva

Encontrando um conceito mais neutro, Leon Festinger propõe o uso de outras palavras para expressar o conceito das relaçōes de coerência e de incoerência.

Voltando-se para uma conotaçō que se afaste um pouco da logicidade expressa por tais palavras, foi adotado para coerência o termo consonância, e para incoerência o termo dissonância.

Essa nova acepçō, dentro de uma terminologia própria, trouxe significativa contribuiçō para o completo entendimento e a correta aplicaçō da teoria proposta.

Nesse sentido se torna imperativo a compreensō dos conceitos formais empregados na teoria para a definiçō do alcance e do alinhamento desta terminologia com seus significados implícitos.

De forma complementar foram definidos o significado do termo cogniçō e dissonância. Primeiramente, o elemento cogniçō traz o sentido de conhecimento, de opiniō ou de qualquer convicçō sobre o meio ambiente e sobre os comportamento dos seres humanos.

A dissonância foi conceituada como sendo a “existência de relaçōes discordantes entre cogniçōes, é um fator motivante *per se*”²⁴.

Aproximando-se do seu significado, liga-se com outras noçōes que detenham certas semelhanças, tais como a fome, a frustraçō, o desequilíbrio.

E, assim possibilita o encaixe desse sentido em diversas situaçōes cotidianas em que as pessoas exprimem opiniōes e atitudes, quando conectam tais relaçōes com sua própria essência.

²⁴ FESTINGER, op. Cit., p. 13.

Acrescendo à esta definição a dissonância será configurada entre dois elementos cognitivos (pares de elementos), que são evidenciados pelo fato de não se ajustar entre si, tais como, padrões culturais ou de grupo que se apresentam desarmoniosos, incoerentes.

No sentido contrário evidenciado em decorrência natural da definição acima proposta, deve-se revelar o significado de consonância entre os pares de elementos. Ao final representa que um elemento de forma harmoniosa e coerente decorrerá do outro.

Contextualizando, o cuidado com o filho recém-nascido decorre do prévio conhecimento pela mãe de sua saúde frágil, e de que tal prudência é necessária para mantê-lo vivo (elementos consonantes). Contrariamente, a genitora comete infanticídio durante o “estado puerperal”²⁵ (artigo 123 do Código Penal).

Tal reação representará a inconsistência entre os elementos cognitivos, podendo ter origem na “perturbação fisiopsíquica produzida pelo fenômeno do parto”²⁶. Outro exemplo de dissonância entre os pares de elementos ocorrerá quando a genitora abandona o recém-nascido para ocultar desonra própria (artigo 134 Código Penal)²⁷.

Em ambos os exemplos a genitora encontrar-se-á em complexas relações dissonantes.

Considerando esta interpretação proposta, Leon Festinger inicialmente definiu a dissonância cognitiva como uma “condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome”²⁸.

O posicionamento direcionando pelo autor denota ser uma motivação distinta daquelas que os psicólogos da época estavam acostumados a empreender

²⁵ “Por influência do estado puerperal o que, via de regra, pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que, estressadas pelos desajustamentos sociais, dificuldades da vida conjugal e econômica, recusa neurótica da maternidade, indesejada gravidez na viúva e na casada com homem estéril, ou o ainda estado aviltante inerente à mãe solteira [...], enfim, uma série de fatores situacionais constituídos pelas perturbações psicológicas da adaptação à natalidade, determinam enfraquecimento da vontade, obnubilação da consciência, podendo os sofrimentos físicos e morais acarretados pela délivrance levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após a mesma. Basta a mulher ser parturiente, ou já puérpera”. CROCE, Delton; CROCE JR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1219.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 420.

²⁷ A honra deverá ser analisada em seu “aspecto subjetivo ou psicológico. O sujeito ativo encontra-se em um estado de tortura íntima, ante a perspectiva iminente da perda da reputação que até então desfrutava. Reputa-se menor a magnitude da culpabilidade do agente”. Ibid., p. 479.

²⁸ FESTINGER, op. Cit. p. 13.

em seus experimentos, mas nem por isso menos poderosa. Aliás, essa é a substância da pesquisa contida na teoria.

Para a melhor compreensão da teoria foi necessário organizar seus componentes, trazendo palavras, conceitos e explicações mais adequadas e que possam exprimir, de um lado, o conteúdo das perguntas a serem respondidas, e de outro, o próprio resultado obtido através da análise dos dados efetivamente colhidos durante os estudos.

Considerando que a Teoria da Dissonância Cognitiva remonta aos anos 1950, dentro da proposta de estudo neste capítulo há o objetivo de delinear os principais aspectos dos novos conceitos, das aplicações e contextualizá-los para uma dimensão contemporânea, e que possa ser aplicada ao estudo do processo penal brasileiro, e do apriorístico significado do princípio da presunção de inocência.

A partir da breve definição realizada anteriormente o termo cognição distingue os elementos que serão a base das relações de dissonância e de consonância.

Os elementos representam sentimentos, desejos, a ambiência do mundo e os reflexos negativos ou positivos que a pessoa sente. Assim, os pares de elementos nestas relações dissonantes ou consonantes, representam os conhecimentos da pessoa.

Se apresenta de suma importância essa definição contida na teoria festingeriana, a qual destaca a necessidade de se observar a existência de pares de elementos, ligando toda a noção de ser humano com o seu ambiente.

Para o encontro de sua teoria Leon Festinger explorou em suas pesquisas diversas formas de relações, e por conseguinte contextualizou diversas situações para a tomada da decisão individual.

No mesmo sentido realizou a análise através de propostas que refletiam decisões por fenômenos de massa (sendo, também comprovada sua efetividade em grupos diminutos), buscando interconectar dois planos: o da pessoa e o do ambiente.

Por isso o termo conhecimento empregado por Leon Festinger afasta-se da ideia de um conceito estático, mas se apresenta propositalmente aberto para que possa expressar o maior número de elementos imagináveis entre crenças, atitudes, valores e comportamentos.

A sua aplicação conceitual deve ser no formato mais genérico e abrangente possível, se apresentando em constante desenvolvimento, possibilitando a sua integração às diversas relações de dissonância ou de consonância por ventura existentes na realidade da pessoa e em distintas áreas do saber.

A realidade surge como uma estreita ponte, um laço singular entre a formação dos elementos, e propriamente o que é importante para preenchê-los de conteúdo.

Leon Festinger afirmou que “esses elementos da cognição são receptivos à realidade. De um modo geral, espelham (ou refletem) a realidade. Esta pode ser física, social ou psicológica”²⁹.

Será neste sentido que cada pessoa representa uma aglutinação de valores, de interesses pessoais e sociais, de sentimentos (felicidade, amor, ódio), de emoção (alegria, afeto, medo).

Todos esses elementos se entrelaçam de acordo com que está direcionado dentro da realidade ambiental (da realidade da pessoa, ou na irrealidade, conforme será visto mais adiante), entre os outros elementos de cognição advindos da experiência ou resultante da troca cognitiva com outras pessoas.

Por esse lado a pessoa manterá uma experiência própria. Esta poderá se apresentar de forma original, ou advinda de um sentimento mais abrangente de pertencimento a um grupo.

Será resultante, também de certos modelos sociais que acabam influenciando seu agir, seu pensar e seus valores. Essa realidade acaba sendo externalizada, em momentos próprios, através das diversas formas de cognição e do agir.

Considerando que a realidade moldará o conteúdo da cognição, como resultado positivo os elementos (os conhecimentos) advêm da realidade os aproxima. Uma realidade que circunda as pessoas e os grupos, e que poderá representar a característica fundamental de certa sociedade.

Nesse sentido poder-se-ia realizar um exercício no qual a formação desses conteúdos se apresentaria de forma idêntica e influenciada pela mesma realidade, independentemente da pessoa que realiza o ato de cognição. Mas, ao

²⁹ FESTINGER, op. Cit., p. 19.

final essa assertiva não poderá ser verdadeira, pois não conduz ao mesmo resultado cognitivo.

Em certo momento de seu estudo o próprio criador da teoria decidiu por delimitar a abrangência do alcance dos elementos cognitivos, os quais em sua maior parte poderão corresponder à realidade envolta ao indivíduo.

Por isso traz a compreensão de que as pessoas detêm de forma particularizada seus elementos cognitivos, os quais podem se aproximar ou simplesmente se afastar da realidade como o indivíduo a entende.

Essa reflexão intrapessoal poderá não ser tão imparcial, e voltada para uma análise sobre si mesmo, pois resulta, também de conteúdos moldados dentro de uma circunscrição de grupo social (mesmo quando resultante de grupos menores).

Cada pessoa tem uma visão geral e ao mesmo tempo particular da realidade, mas as influências surgem em distintas dimensões.

Para explicar essa ilação na pessoa, colhe-se outro componente demasiadamente importante na teoria da dissonância cognitiva, qual seja, o ponto de pressão. Para tanto representa que “realidade que incide sobre uma pessoa exercerá pressões na direção do estabelecimento de correspondência entre os elementos cognitivos apropriados e essa realidade”³⁰.

O interessante ao se observar a existência das pressões para a interligação entre esses elementos, chegar-se-á à conclusão de que tais elementos cognitivos nem sempre se correspondem entre si. Diante disso, a realidade não é um fundamento essencial para a dissonância cognitiva.

Portanto a existência de certas pressões acaba sendo nitidamente evidenciada, todavia são essas necessárias para que ocorra um direcionamento em vista à confluência entre os elementos cognitivos adequados a essa realidade.

Tal conclusão foi apontada na pesquisa de Leon Festinger em que o conteúdo dos elementos cognitivos somente em parte podem equivaler à realidade, e que nem sempre esses se correspondem entre si.

Quiçá o conteúdo desses elementos reflete uma irreabilidade. A mente humana poderá projetar tais elementos, e exterioriza-los através de uma formação advinda de imagens irreais, de opiniões equidistantes e de atitudes deslocadas

³⁰ FESTINGER, op. Cit., p. 19.

daquela moldura que se apresenta minimamente real, dentro de uma possível adequação social.

Medidas que por apresentarem deficiências para sua validação sofrem influências positivas ou negativas advindas dos pontos de pressão, sendo estes importantes para a correta compreensão do alcance das relações que podem existir entre os pares de elementos cognitivos, as relações irrelevantes e o componente comportamental do indivíduo.

As relações irrelevantes se apresentam quando inexistente ligação entre os pares de elementos cognitivos. Assim, certo elemento não implicará em nada no outro elemento³¹. Exemplificando, a ausência de conhecimento técnico-jurídico por parte dos membros do corpo de jurados no tribunal do júri, traduz-se em outro aspecto de uma relação irrelevante entre os pares de cognição: conhecer dos fatos, e tomar a decisão com seus pares.

Subtende-se que para a teoria interessou apenas os pares de elementos que possam de alguma forma levar à ocorrência de relações dissonantes ou consonantes, não sendo uma tarefa fácil identificar em um primeiro momento se existe ou não uma relação cognitiva.

Nessa dimensão quais cognições feitas dentro de uma relação processual penal devem ser consideradas ou descartadas, e como se identificar a relevância cognitiva?

Para Leon Festinger “por vezes situações em que, por causa do comportamento da pessoa envolvida, elementos anteriormente irrelevantes tornam-se relevantes um para o outro”³².

Nesse âmbito a Lei n.º 14.245 de 22 de novembro de 2021, denominada Lei Mariana Ferrer, trouxe significativas alterações para o processo penal brasileiro, especialmente ao limitar uma possível relação cognitiva relevante entre informações e provas colhidas durante a audiência de instrução e julgamento.

³¹ Para Leon Festinger é uma relação irrelevante o conhecimento do tempo para o envio de uma carta pelo correio marítimo entre países, e ao mesmo tempo, saber a melhor época para a colheita de milho; É possível a constatação de uma relação irrelevante entre os pares de elementos cognitivos quando um indivíduo conhecedor dos requisitos para a impetração de um *habeas corpus*, ao mesmo tempo tem conhecimento do dessalga do bacalhau.

³² FESTINGER, op. Cit., p. 20.

Com sua vigência foi incluído o artigo 400-A no Código de Processo Penal que no primeiro momento evidenciou um dever de reação jurisdicional em prol da integridade física e psicológica da vítima e de testemunhas:

Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

No mesmo sentido foi a inclusão do artigo 474-A do Código de Processo Penal, quanto ao rito do Tribunal do Júri, limitando as relações cognitivas ao afastar da instrução e sessão plenária informações ou manifestações contrárias à dignidade da vítima.

A redação dos artigos direcionam para o estabelecimento de uma nova limitação ao princípio da ampla defesa previsto no artigo 5.º, inciso LV, e ao princípio constitucional da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, esculpido no artigo 5.º, inciso XXXVIII, letra “a”, ambos da Constituição Cidadã³³.

Em seu contexto a nova limitação encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1.º, inciso III da Constituição Cidadã, e se apresenta redesenhando na fórmula do respeito à dignidade da vítima, e de respeito a sua integridade psicológica.

A Lei Mariana Ferrer inovou em estabelecer uma responsabilização criminal objetiva. Atrelou a inobservância do ato de “zelar pela integridade física e psicológica” e de “respeitar a dignidade” a uma conduta que sofrerá punição civil, penal e administrativa, inaugurando uma nova roupagem do Direito Penal do Inimigo, agora o inimigo processual da dignidade e da integridade psicológica da vítima e de testemunhas, trazendo ares de utilitarismo processual.

³³ Para Lenio Luiz Streck o sentido e a complexidade do princípio da plenitude de defesa são maiores do que aquelas provenientes do princípio da ampla defesa e do contraditório “visto que ela abrange uma argumentação que transcende a dimensão meramente jurídica, na medida em que admite aspectos de ordem social, cultural, econômica, moral, religiosa, etc.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 406; “Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. Amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 38.

A garantia do respeito à integridade psicológica e da dignidade da vítima e de testemunhas será efetivada pela atuação do juiz, criando-se um figurativo aspecto do juiz da dignidade, da moralidade e do respeito.

Mas qual será o limite da retidão psicológica e da dignidade da vítima e de testemunhas frente à necessidade da relação probatória na qual será possível a interconexão daquelas relações cognitivas aparentemente irrelevantes, mas que se tornam relevantes no contexto da instrução penal.

Por consequência até qual ponto o padrão moral do juiz poderá interferir na apreciação da atuação da defesa que busca o encontro da verdade material, que por muitas vezes se encontra nebulosamente escondida por detrás de fantasias e de discursos solipsistas, carregados de um poder punitivista levantado pela acusação, e por parte de uma sociedade que é levada pelos vícios de seus próprios interesses.

O *standard* moral, a realidade pessoal e o conjunto de experiências do juiz poderá se encontrar em dissonância cognitiva com o conteúdo de defesa, pela repugnância do crime ou pela consonância com a acusação.

Qual o limite dessa intervenção do juiz? O seu comportamento poderá causar a ruptura cognitiva quanto ao sentido de imparcialidade, influenciado as partes e aos jurados que podem aderir ao padrão de conduta que acabará sendo imposto consciente ou inconscientemente pelo juiz.

Há um afastamento daquela possível relação cognitiva que seria formada mais ampla e imparcialmente na cognição dos jurados.

Os atos subsequentes do juiz a partir da audiência de instrução e julgamento até final sentença condenatória, também podem ser afetados consciente ou inconscientemente pela sua própria tomada de decisão que limitou àquela manifestação cognitiva da parte processual.

A defesa precisará exercitar outros instrumentos e narrativas racionais para contornar a eventual interferência em sua linha de defesa, sendo impedida de levantar fatos e acontecimentos da história da vítima que podem não ter uma contextualização direta à evidente imputação criminal.

Contudo, tais elementos cognitivos consubstanciam a anamnese da vítima, e por consectário daquelas lembranças necessárias para uma melhor interpretação dos atos do acusado, e que por vezes são desconhecidas dos jurados, receptores naturais desta mensagem de memória.

A valoração da prova e de sua narrativa pelos jurados pode encontrar subsídios na proposta de Marcella Nardelli pelo “método atomista ou holista”³⁴, e materializar um *standard* de motivação na tomada de decisão, a qual deverá estar em nítida relação com os parâmetros de racionalidade quando da análise dos fatos e das provas apresentadas pelas partes processuais.

Quanto ao Tribunal do Júri a Lei Mariana Ferrer ainda estabelece outros estanques à atuação e à contextualização da defesa quando literalmente precisa algumas condutas vedadas durante a instrução em plenário.

No primeiro momento impedirá a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos. No segundo, impedirá a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

A previsão infraconstitucional atinge diretamente o princípio da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, atesta o fracasso do legislante e de uma grande parcela da sociedade que se joga aos braços do autoritarismo, do direito penal do inimigo, da punição a todo custo em vista ao desrespeito ao princípio da presunção de inocência que está diretamente ligado ao *standard* probatório no processo penal³⁵.

Quanto à primeira vedação, o significado geral da palavra circunstância seria de uma situação, acidente ou conjunto de condições que acompanham um fato ou acontecimento e são intrínsecos a sua natureza; condição, conjunção ou conjuntura.

O seu significado jurídico é relacionado com a contingência ou atributo que antecede, acompanha ou segue o fato ou o direito para mudar-lhe, às vezes, a

³⁴ “Importa que na motivação estejam expressos os raciocínios válidos em sede de valoração probatória aptos a respaldar a decisão tomada e demonstrar ter a mesma suporte na prova disponível. Seja a partir de uma valoração baseada no método atomista, seja pelo método holista (desde que respeitados os parâmetros de racionalidade aplicáveis), a motivação deve apresentar a análise lógica e racional dos elementos probatórios e sua relação com as hipóteses aventadas pelas partes”. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova.** 2017. 523 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/Marcela%20Alves%20Mascarenhas%20Nardelli_Total.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³⁵ A “partir de uma concepção racional, a decisão que declara provada uma dada hipótese não deve decorrer da crença do juiz a respeito de sua veracidade, mas, ao contrário, deve ser concebida como a aceitação racional da validade da hipótese pelo juiz em face do suporte probatório que a mesma obteve em comparação com a hipótese contrária, uma vez observado e satisfeito o *standard* probatório aplicável ao caso”. Ibid., p. 168.

própria substância ou natureza. A palavra elementos significa aquilo que ajuda a formular um juízo ou a desenvolver um raciocínio³⁶.

Analisando o significado das palavras circunstância e de elementos, nota-se que pela sua semântica ocorre uma amplitude que se liga a um fato, esboçando novas características adjacentes que podem contribuir para sua melhor contextualização, acarretando um juízo mais fidedigno.

O obstáculo imposto pela Lei Mariana Ferrer relativiza o próprio significado das palavras circunstâncias e elementos que devem ser apresentados para que um terceiro possa incutir uma relação cognitiva para a tomada de decisão.

Outra limitação da relação cognitiva está contida nas expressões “alheios aos fatos objeto de apuração nos autos”, e “utilização de linguagem, de informações ou materiais que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.

Permitir que o juiz intérprete quais características e elementos são alheios aos fatos do processo-crime, excluindo a possibilidade de seu conhecimento e de seu raciocínio, limita de um lado a plenitude da defesa, e de outro a formação do veredicto pelos jurados, os quais são os principais destinatários das provas que possam impactar o juízo condenatório ou absolutório no Tribunal do Júri.

Sobretudo destoia do sentido da ampla defesa e da plenitude de defesa, a vedação do uso de linguagem coloquial, direta e que relate os fatos como ocorreram, quando corresponda à uma releitura das circunstâncias e dos elementos cognitivos, e que represente às falas das partes, da vítima, mesmo que possa vir a ser considerada inapropriada ou imoral, que cause vergonha, despudor ou até indecência.

O contexto da linguagem corresponde e faz parte do vocabulário e do conjunto de expressões usualmente utilizadas no dia a dia das pessoas, estando inserida na realidade musical como no *funk proibido*, entre outros estilos. A limitação desta expressividade é uma dessarroadada preocupação quanto à forma, e não com a substância do ato.

No Tribunal do Júri o raciocínio lógico e jurídico do juiz se apresenta equidistante da realidade dos jurados que representam essa importante instituição. Em primeiro momento pelo fato de ter acompanhado todas as fases processuais, e

³⁶ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua brasileira**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/creditos/>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

por deter o pleno conhecimento factual e jurídico, talvez já contaminado pela dissonância cognitiva.

Além disso o julgador já testou as teses jurídicas apresentadas pela acusação e pela defesa, especialmente pela divisão do rito em duas fases, onde até a pronúncia, ao certo, ocorreu uma delimitação cognitiva que pode ter se apresentado consonante ou dissonante com o seu pensamento, e a sua atitude ou comportamento poderá ser refletido durante a instrução em plenário e nos debates, caso seja o juiz-presidente do Tribunal do Júri.

Será nesse sentido que a Teoria da Dissonância Cognitiva traz mais uma importante constatação: o componente comportamental do indivíduo (julgador ao limitar a produção da prova), poderá ser um importante elo entre tornar um par de elementos cognitivos anteriormente sem conexão e irrelevantes, em uma relação dependente e amplamente consonante ou dissonante.

Analisando o contexto da Lei Mariana Ferrer a priori os elementos cognitivos alheios aos fatos, ou a linguagem, informação ou material ofensivo, podem se encontrar em uma relação irrelevante se não unidos a outros elementos que se encontrem incluídos, por exemplo, na linha de defesa do réu.

E tais elementos ao serem descartados não tornam a relação cognitiva relevante, não perfectibilizando a consonância ou a dissonância cognitiva com os elementos da acusação, e no mesmo sentido, com os elementos da defesa.

Somando-se a essa conclusão deve-se considerar que dois elementos que eram irrelevantes entre si, por causa do comportamento do indivíduo (da vítima ou do réu), se tornam relevantes entre si dentro de relações consonantes e dissonantes que podem ocupar ao mesmo tempo a mente do indivíduo (réu/vítima), e ser evidenciadas através de certos comportamentos, e que precisam ser conhecidas por aqueles que decidem sobre seu alcance no processo penal.

Isso tudo além das opiniões e de atitudes que ao serem apresentadas às partes que devem tomar uma decisão, pela absolvição ou pela condenação (no caso dos jurados), servem para criar o laço cognitivo necessário para a melhor compreensão de toda a relação probatória existente.

No procedimento do Tribunal do Júri os jurados que compõem o Conselho de Sentença representam seus pares, ou seja, as pessoas comuns advindas de uma sociedade plural, que têm o direito de acessar todas as circunstâncias e os

elementos que podem vir a ter ligação, mesmo que indireta, com a conduta criminal sob apuração e com a vida da vítima e do acusado.

Através do conhecimento dos elementos cognitivos que em primeiro momento podem ser destoantes, mas quando conectados podem representar uma nova direção, contribuindo para formular uma cognição distinta e importante para o juízo durante a votação dos quesitos, favorecendo a redução da magnitude da dissonância cognitiva advinda das informações apresentadas na sessão plenária e durante os debates.

1.2.3 A relação relevante na consonância e na dissonância cognitiva

Considerado o método científico³⁷ na proposição de hipóteses (afirmação sujeita à experimentação e à comprovação; suposição, conjectura³⁸), demonstra-se o caminho que será percorrido para a formulação de uma teoria. Não poderia ser diferente com Leon Festinger o qual pretendeu comprovar metodologicamente a sua Teoria da Dissonância Cognitiva.

Para esse encontro houve a proposta de responder algumas hipóteses, entre elas: ao perceber o incômodo psicológico pela ocorrência da dissonância a pessoa tentará reduzi-la à consonância? Para reduzir a dissonância a pessoa procurará abster-se de situações e de informações que possam causar seu aumento?

Em vista às soluções Leon Festinger realizou diversas pesquisas, projeções práticas e exemplificações para encontrar as resoluções mais próximas entre o conceito e à realidade.

Em primeira conclusão ao considerar-se a cognição entre os elementos mutuamente relevantes, somente haverá a relação dissonante se ao analisar isoladamente esses dois elementos, o inverso do primeiro decorrer do outro elemento³⁹.

³⁷ O método cartesiano com suas quatro regras para o conhecimento racional: evidência, análise, ordem e enumeração. DESCARTES, René. **Discurso do método**. Lisboa: Almedina, 2018, p. 15. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9789724422084/>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

³⁸ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar de língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2020, p. 668.

³⁹ A seguinte fórmula: “dito um pouco mais formalmente, x e y são dissonantes se não-x decorrer de y”. FESTINGER, op. Cit., p. 21.

Importante destacar dentro desta proposta de simplificação e de conceituação formal da dissonância cognitiva, quais são os seus componentes. Para uma relação consonante haverá de se aproximar dois elementos na cognição de certa pessoa, e que tais elementos sejam reciprocamente relevantes. Nesse contexto o aspecto da relevância ganha expressividade.

Contudo na relação dissonante serão desconsiderados os demais elementos cognitivos que possam ser relevantes entre si, ou que sejam relevantes para um ou ambos daqueles elementos, centrando a sua percepção apenas quanto aos dois elementos que se apresentaram mutuamente relevantes.

E de qual forma tais elementos relevantes se tornam dissonantes? Ao se analisar isoladamente cada um dos dois elementos, haverá de inversamente um elemento (do par) decorrer do outro.

Sendo que neste ponto a causa e aquela consequência então desejadas devem se apresentar como fatores essenciais nesta determinação. Com essa dimensão conceitual a expressão “decorrer de” é de suma importância para a teoria de Leon Festinger.

Ao assim considerar, nota-se que a central preocupação do autor foi a de demonstrar através de diversos exemplos, que a dissonância cognitiva entre os pares de elementos podem advir de distintas fontes, amplificando seu alcance.

Neste momento do estudo para fins de alcançar todos os liames da teoria proposta por Leon Festinger, convencionou-se a importância de entender os quatro exemplos utilizados para indicar as diferentes fontes das quais pode emanar a dissonância cognitiva.

Com o intuito de realizar uma releitura de quatro exemplos originalmente dispostos na obra⁴⁰, e aproximar o leitor de uma contextualização contemporânea, o estudo propõe exemplos de natureza jurídica, justificando sua aplicabilidade.

No primeiro, pela racionalidade a dissonância decorrerá de uma inconsistência lógica na cognição da pessoa, por exemplo, a *ratione decidendi* presente em sentenças e acórdãos.

O magistrado quando da fundamentação da sentença ou do voto deverá respeitar uma lógica construída com base nos fatos apresentados e no direito posto, bem como, em respeito ao sistema de precedentes instituído pelo Código de

⁴⁰ FESTINGER, op. Cit., p. 21-23.

Processo Civil de 2015 em seu artigo 927, com aplicação extensiva à seara penal, conforme previsão no artigo 3.º do Código de Processo Penal, buscando-se uma harmonia e a uniformização da jurisprudência.

Ao proferir a sentença, a qual é subdividida em três partes elementares: o relatório, a fundamentação e o dispositivo, nos termos do artigo 381 do Código de Processo Penal, a *ratione decidendi* deverá ser coerente em toda sua extensão, e coadunar-se com a parte dispositiva onde o juiz apresenta a solução final, seja na sentença absolutória ou condenatória.

Ao divergirem os elementos entre cognições: análise dos fatos (conduta criminal e autoria), disposições do direito penal e processual penal e a solução jurídica proferida, e nesta não se materializar a *ratione decidendi*, faz com que exsurja a dissonância cognitiva, eis que o inverso de uma cognição decorrerá a outra.

No segundo exemplo, a dissonância poderá advir dos hábitos culturais, podendo caracterizar o costume, quando essa reiterada prática social se tornar obrigatória. O costume é uma importante fonte de criação do direito, e na seara jurídico-penal somente poderá atuar subsidiariamente na criação de norma penal não incriminadora aplicável em favor do réu, e que esteja conforme à lei ou preencha sua lacuna⁴¹.

Relativamente à previsão no artigo 781 do Código de Processo Penal, a sentença estrangeira não poderá ser homologada caso seja contrária à ordem pública e aos bons costumes, caracterizando o inverso uma dissonância cognitiva entre os elementos contidos na sentença estrangeira e a sentença homologatória representativa do direito consuetudinário brasileiro.

Pelo exemplo do silogismo, a dissonância poderá resultar em virtude de uma opinião específica ser algumas vezes incluída por definição numa opinião mais geral. Por referência o silogismo jurídico na estruturação da norma penal e

⁴¹ Em “relação com a lei, o costume pode assumir três dimensões: *secundum legem*, que é o costume previsto em acordo à lei e, portanto, de caráter cogente; *praeter legem*, que é o costume supletivo, destinado a suprir as lacunas da lei,⁴⁶ e *contra legem*, que é o costume formado em sentido contrário ao da lei. Esta última forma, também denominada *consuetudo abrogatoria* ou *desuetudo*, resulta na não aplicação da lei em virtude de seu descompasso com a realidade histórico-cultural. Carece, porém, de toda eficácia, pois uma lei só pode vir a ser revogada por outro diploma legal, conforme o disposto no artigo 2.º, caput, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)”. PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. v. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 224.

processual penal, e quando da análise da lei, dos fatos e da aplicação da consequência legal.

Por exemplo, o reconhecimento fotográfico através de álbum de fotografias se encontra dissonante com o silogismo disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, evidenciando a nulidade do procedimento, e por consectário do reconhecimento pessoal, caracterizando uma “prova irritual”⁴².

Quanto ao último exemplo, pela experiência da pessoa ou na sua ausência, *v.g.*, a definição de vulnerabilidade disposta na legislação protetiva às condutas criminais sexuais que considerará a ausência de experiência e de discernimento da pessoa menor de quatorze anos quanto ao delito de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, caracterizado independentemente de consentimento da vítima.

Por definição de Luiz Regis Prado a vulnerabilidade em razão da idade ou da condição da pessoa diz respeito à possibilidade de reação contra terceiro que intervenha em sua sexualidade⁴³.

A vulnerabilidade transparece o elemento cognitivo dissonante do consentimento, o qual mesmo ocorrendo manterá a presença da dissonância cognitiva instituída por lei como elemento protetor da sexualidade do menor, ou quando da ausência de suficiência somática da pessoa.

Pela análise dos conceitos e exemplos apresentados é possível concluir que inexiste uma forma de se listar todas as relações dissonantes ou consonantes. Esse problema de medição resulta da própria proposta da teoria festingeriana.

Entretanto ao se considerar os dados empíricos gerados e a necessidade de se apresentar uma teoria condizente com seus resultados, transparece a premissa de ser prontamente identificável as dissonâncias, as consonâncias e a relação irrelevante (denominada como as três relações)⁴⁴, fator que até os dias atuais encontra barreiras ligadas à cultura e às experiências passadas.

⁴² “O reconhecimento fotográfico é um meio de prova irritual, isto é, uma prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório. O reconhecimento fotográfico vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida, pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial” GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, p. 175-205, mar./abr. 2007.

⁴³ PRADO, Curso de direito penal brasileiro, p. 819.

⁴⁴ As três relações: a relação irrelevante e a relação relevante, esta subdividia em dissonância e em consonância. FESTINGER, op. Cit., p. 23.

1.2.4 A magnitude da dissonância, suas fontes de resistência à mudanças e a delimitação cognitiva

Leon Festinger apontou a importância da definição da magnitude da dissonância cognitiva, distinguindo os graus de dissonância e o que realmente determina a força de uma relação dissonante. Como ponto determinante se apresenta qual a importância ou o valor dos elementos que compõem aqueles que se apresentam dissonantes ou consonantes.

Contextualizando essa magnitude, a importância dos elementos e das consequências à cognição, indicou duas situações cotidianas, uma de maior e outra menor expressividade.

Na primeira dar esmolas a um pedinte, mesmo tendo consciência de que não está realmente necessitado (a dissonância provavelmente será fraca). Na segunda ao não se preparar para um exame, apesar de ter a consciência de sua importância, a magnitude da dissonância se apresentará de forma mais acentuada, incluindo as consequências.

Os resultados da Teoria da Dissonância Cognitiva levam à conclusão de ser praticamente inexistente a não ocorrência de alguma relação dissonante (sendo esse o estado usual de coisas), seja de menor valoração (cognição trivial, habitual ou banal) ou de maior intensidade (cognição singular, extraordinária, valorativa).

Para toda e qualquer ação que uma pessoa possa empreender, para quase todo e qualquer sentimento que ela possa abrigar, é mais do que provável que exista pelo menos um elemento cognitivo em dissonância com esse elemento comportamental.

Nessa direção se faz necessário analisar o total de dissonâncias e de consonâncias com o elemento que está sendo considerado, para fins de compreender sua magnitude.

Estando todos os elementos consonantes dentro do mesmo grau de importância (relevância) com um elemento comportamental, a dissonância cognitiva será efêmera. Por outro lado se em relação ao número de elementos consonantes com um elemento comportamental houver uma grande quantidade de elementos dissonantes, haverá uma apreciável magnitude da dissonância total⁴⁵.

⁴⁵ FESTINGER, op. Cit., p. 24-25.

Na percepção do surgimento da dissonância cognitiva a pessoa tenderá a reduzir a magnitude de dissonância direcionando um esforço cognitivo pelo impulso ou pela tensão quando da aplicação de forças de pressão.

Para Leon Festinger a magnitude da dissonância está diretamente interligada com a força para a sua redução, e essa “presença da dissonância dá azo a pressões para reduzi-la ou eliminá-la. A força das pressões para reduzir a dissonância é uma função da magnitude da dissonância⁴⁶.

Portanto a mesma força que advém da dissonância será necessária na ação, na pressão voltada à sua eliminação. Se apresentam três soluções possivelmente hábeis para a eliminação da dissonância.

Na primeira solução pela mudança de um elemento cognitivo comportamental. Ocorrendo a dissonância a sua redução ou eliminação será realizada através da alteração do elemento cognitivo comportamental que foi percebido como sua causa.

Todavia nem sempre se conseguirá a eliminação da dissonância entre dois elementos comportamental ou ambiental. A pessoa pode ter uma grande dificuldade para alterar seu comportamento (por exemplo, deixar de fumar, de beber, de negar, de protagonizar). E ao eliminar certa dissonância, outra ou demais exsurtem pelo novo comportamento dentro de um ciclo vicioso.

Na segunda solução pela substituição de um elemento cognitivo ambiental. Há de se considerar que existe uma relação muito complexa com o meio em que a pessoa está inserida.

Para que essa solução possa refletir positivamente na eliminação ou na redução da dissonância, o meio deverá se encontrar sob o pleno controle do indivíduo. Tarefa que se apresenta de enorme dificuldade.

Delimitando esse contexto de ausência de controle do meio ambiente pelo indivíduo, tomar-se-á por exemplo o inquérito policial inserido nos autos do processo penal.

Para Bernd Schünemann o inquérito policial conduz a uma interpretação relativa dos fatos, pois o “inquérito é, em regra, parcial, eis que quase não é alimentado pela defesa”⁴⁷.

⁴⁶ Ibid., p. 25.

⁴⁷ Bernd Schünemann é um jurista alemão e professor catedrático de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e de sociologia jurídica da *Ludwig-Maximilians Universität*, em Munique,

Com a inclusão do inquérito policial nos autos do processo-crime, esse elemento de personalidade inquisitiva se torna um referencial de prova e de conclusões acerca do objeto investigado.

A decisão pelo não apensamento à denúncia ou queixa se distancia do pleno controle do juiz, situação confirmada pela práxis forense e disposta no artigo 12 do Código de Processo Penal. Assim, não se apresentará fácil uma mudança desse elemento cognitivo ambiental.

Para Leon Festinger “mudar o próprio meio a fim de reduzir a dissonância é mais exequível quando o meio social está em questão do que o meio físico está envolvido”⁴⁸. O controle da escolha dessa mudança física está diretamente interligado com o resultado pretendido. A ausência desse controle, por exemplo, afetará diretamente a redução da dissonância.

Representando um importante elemento cognitivo nas relações relevantes (dissonantes ou consonantes), o inquérito policial poderá conduzir à parcialidade cognitiva do julgador que consciente ou inconscientemente conduzirá o processo-crime até a sentença penal, ou até outros momentos processuais.

Para Bernd Schünemann em “virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo”⁴⁹.

De forma complementar a pessoa quando é muito hostil poderá pretender mudar sua ambiência para encontrar uma consonância cognitiva se cercando de outras pessoas hostis que estejam de acordo com o comportamento (cognições correspondentes), assim mantendo seu controle. Diferentemente do exemplo do inquérito policial e o processo-crime envolto na áurea do sistema inquisitivo.

Alemanha. Foi responsável por conduzir uma das primeiras pesquisas empíricas dentro das ciências sociais sobre a aplicação da dissonância cognitiva no processo penal alemão, criando a denominada hipótese do pré-julgamento. Com esta pesquisa procurou demonstrar a aproximação da teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger com a realidade do processo penal alemão, e o denominado efeito aliança que exsurge especialmente quando do comportamento do magistrado e de sua vinculação psicológica ao inquérito policial e ao conjunto probatório evidenciado pelo Ministério Público, responsável pela investigação ou pela acusação penal. Publicou no ano de 2000 os resultados de seus experimentos em formato de artigo “Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt. Strafverteidiger, n. 3, p. 159-165, 2000”. Em 2012 o artigo foi traduzido para o português. SCHÜNEMANN, Bernd. Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

⁴⁸ FESTINGER, op. Cit., p. 27.

⁴⁹ SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 35.

Poderá haver um enfrentamento cognitivo de maior complexidade quando a pessoa pretende eliminar a dissonância sem que a sua realidade seja afetada, atestando a ocorrência de algumas situações psicóticas.

Por exemplo, a pessoa ao se molhar na chuva ao certo continuará a ter a cognição de que está chovendo, mesmo que exerça uma forte pressão para eliminar tal cognição. Nesta linha a tentativa de mudar o elemento cognitivo dissonante com o inquérito policial sem o seu desapensamento dos autos do processo penal.

Em outras questões poderá manter a sua realidade alterando a sua opinião política ou jurídica. Para isso o ponto de apoio social (processos sociais) é um referencial perceptível quando se pretende reduzir ou alterar a dissonância cognitiva.

Dentro da ótica do processo penal esse movimento, mesmo que estritamente cognitivo, poderá surtir reflexos para a manutenção da imparcialidade na análise do conjunto informativo evidenciado, sendo externalizado pelo comportamento do julgador.

Na terceira solução pela adição de novos elementos cognitivos. A pretensão é pela redução da magnitude total da dissonância cognitiva entre os pares de elementos através da adição de novos elementos.

Na presença da dissonância cognitiva espera-se que a “pessoa busque ativamente novas informações que reduzam a dissonância total, e ao mesmo tempo, evite novas informações suscetíveis de aumentar a dissonância existente”⁵⁰.

O exemplo do fumante demonstra como poderá ocorrer a redução da dissonância entre o fumo e à saúde, e com o intuito de continuar fumando buscará outros elementos (ou pares de elementos) que adicionem severas críticas às pesquisas contra o fumo.

De forma diversa poderá alocar seu pensamento no comparativo entre outros perigos como os acidentes de trânsito que podem representar maiores índices de mortes. A dissonância cognitiva total será reduzida através da diminuição da importância daquela dissonância.

Atenta-se para outras formas de se buscar a redução da dissonância cognitiva, especialmente através do adicionamento de outros elementos (ou pares),

⁵⁰ FESTINGER, op. Cit., p. 28.

que de certo modo possam reconciliar os elementos pré-existentes então dissonantes.

Leon Festinger aborda a crença *Ifaluk* de que as pessoas são boas. As crianças desta cultura durante boa parte de sua infância passam por um período de agressividade. E para não se afastar de um pensamento consonante (as pessoas são boas), foi criada outra crença na qual os espectros malévolos entram nas pessoas de tenra idade.

As crianças ao serem agressivas não se afastam da crença de ser boas, reduzindo ou até eliminando a dissonância através da inclusão de um elemento em nível cultural. De sobremaneira há um enorme impacto de aceitação geral quando a dissonância ou a consonância são institucionalizadas⁵¹, aumentando sua intensidade de resistência.

Sendo observado o caso da dissonância sem que tenha sido identificada uma resistência à essa mitigação ou alteração, com certeza estar-se-á na presença de uma dissonância não duradora e imbuída de efemeridade, em sentido contrário à magnitude total já objeto de estudo, destacando-se a importância da medida de sua resistência.

Na Teoria da Dissonância Cognitiva são apresentadas as principais fontes de resistência à mudança, tal como foi tratado na redução da dissonância pela mudança de um ou de pares de elementos, seja comportamental ou ambiental.

As fontes estão ligadas diretamente ao sentimento de prejuízo e de satisfação (no cognitivo comportamental), e pela realidade inequívoca e social (no cognitivo ambiental).

A percepção de realidade é elevada como uma fonte suprema, a qual atrai para o seu contexto e para a sua órbita todos os elementos cognitivos⁵².

Considerando essas duas classes dos elementos cognitivos como base de verificação de sua resistência à mudança, a principal fonte de mudança de qualquer elemento cognitivo é a sua recepção à realidade, não apenas àquela sentida pela pessoa.

A resistência à mudança de elementos cognitivos comportamentais direciona que alguns comportamentos podem oferecer quase nenhuma resistência

⁵¹ FESTINGER, op. Cit., p. 29-30.

⁵² A interpretação direciona pela existência de diversas fontes de resistência, algumas com maior previsibilidade e incidência, e outras conectadas de forma mais específica a alguma situação.

às mudanças, resultando na alteração de condutas e de sentimentos: a escolha de uma roupa conforme a característica e a formalidade de uma festa; mudar de direção por causa de uma interrupção do caminho cotidianamente utilizado. Mudanças que não trazem maiores dificuldades e prejuízos cognitivos.

Todavia existem comportamentos para os quais a pessoa apresentará maiores dificuldades cognitivas em sua aceitação. A pesquisa direciona a aplicação do mesmo conceito de magnitude de dissonância para explicar a contraditória aceitação da mudança de um elemento cognitivo comportamental quando este estiver ligado às questões de frustração e de prejuízos, denominando-o de magnitude da resistência.

Leon Festinger aponta três características que podem tornar extremamente difícil a pessoa optar em mudar certo comportamento, as quais em síntese correspondem a uma mudança dolorosa, a um sentimento de satisfação, e esta mudança poderá se apresentar impossível. A partir desse ponto do estudo se dará ênfase à sua contextualização.

A pessoa cognitivamente define uma conduta externalizando-a em um comportamento, sendo que, depois de realizá-lo de forma cotidiana ou mesmo sendo realizado uma única vez, a aceitação de sua mudança poderá lhe acarretar diversos sentimentos e sensações de angústia, ansiedade, tensão, perturbação. Caracterizando-se em uma mudança dolorosa.

Considerando esse sentimento de perda ou de prejuízo a resistência à sua mudança poderá tomar outra dimensão, amplificando sua sensação, a qual é medida pela “extensão do prejuízo ou das aflições que terão de ser suportados”⁵³.

No mesmo contexto sendo um comportamento que lhe traga resultado positivo para a sua vida pessoal ou profissional, que lhe acalente, que lhe gere o sentimento de pertencimento a certo grupo, ou mesmo a sensação de autoridade, a resistência à sua mudança estará diretamente interligada ao prazer, ao contentamento ou à função do desejo (comportamento atual).

Enquanto isso poderá exsurgir um comportamento em que sua mudança se apresente impossível. Admitir que todo comportamento humano poderá ser mudado pelo simples fato de o querer, representa um erro.

⁵³ FESTINGER, op. Cit., p. 31.

Para Leon Festinger “alguns comportamentos, especialmente as reações emocionais, podem não estar sob o controle voluntário da pessoa. Por exemplo, uma forte reação de medo é virtualmente incontrolável”⁵⁴.

Além dessa dificuldade para uma mudança do comportamento advindo de reações psicoemocionais, existem aquelas situações que envolvem o caráter imutável das coisas, especialmente por não se poder voltar no tempo; que dependem do exclusivo interesse de um terceiro, ou seja, não se consegue alterar algo que já saiu da esfera de decisão exclusiva da pessoa.

Analisando mais profundamente esse aspecto Leon Festinger questionou de ser ou não infinita essa resistência à mudança do elemento cognitivo comportamental. Afirmar que existem limites e a “resistência à mudança que o elemento cognitivo possui não pode ser maior, é claro, que a pressão para responder à realidade”⁵⁵.

Retornando ao inicial estudo quanto à resistência nota-se que a realidade tornou-se o aspecto principal da Teoria da Dissonância Cognitiva, um parâmetro que a mediu por completo.

Senão, é claro, estar-se-ia na busca do entendimento dos limites de resistência e de mudança de irrealidades que a mente humana introduz como verdades incontestes. Situação fadada ao erro e ao fracasso se o objetivo é a compreensão do comportamento humano frente à realidade, e da projeção dos resultados desses estudos de forma mais abrangente possível.

A perspectiva da realidade transparece fortemente em algumas situações ambientais de ordem natural ou artificial, como uma forte barreira, em certo aspecto intransponível, à mudança dos elementos cognitivos ambientais.

Enquanto pela interpretação proposta, uma alteração cognitiva sobre a localização de um ponto fixo e estrutural corresponderá a uma resistência espacial intransponível.

Ao tratar-se de uma realidade mais abstrata como uma questão social, que acabou sendo estabelecida de acordo com os interesses de certo grupo de indivíduos, a mudança cognitiva somente encontrará resistência enquanto não forem localizados pontos convergentes em outra estrutura social (de grupo, especialmente).

⁵⁴ FESTINGER, op. Cit., p. 32.

⁵⁵ Ibid., p. 32.

A par disso chega-se à conclusão de que no quesito ambiental existe uma flexibilização à resistência enquanto abrangente um aspecto social controlado pela própria pessoa (quicá, por pessoa muito próxima). Esse controle de resistência é maior enquanto presente essa realidade social em grupos menores de indivíduos, até certo ponto, por exemplo o Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

Talvez a justificativa para esta resolução esteja mais conectada ao fato de existem diversas outras fontes de resistência, e que ao se alterar algum dos elementos, especialmente o cognitivo ambiental, algo que apresentava um resultado consonante poderá responder com a sua transformação em um cognitivo dissonante, sendo o inverso absolutamente possível (de dissonante para consonante).

Ultrapassando esse aspecto da magnitude de dissonância, ao se finalizar a análise dos aspectos da resistência à mudança dos elementos cognitivos comportamentais ou ambientais, outra dimensão exsurge quanto aos seus limites. Toma-se por parâmetro que a máxima dissonância que venha a ocorrer entre os pares de elementos é relacionada à resistência de mudança daquele elemento que se apresenta menos resistente.

Entretanto o limite da magnitude de dissonância não poderá exceder à máxima resistência do elemento menos resistente, o qual mudaria, eliminando a dissonância cognitiva.

Ao se interpretar tal definição, haverá a mudança do elemento quando perceptível que esse é o que menos reflete resistência, o que poderá levar a crer na existência de grau de sua importância para àquela dissonância que se apresentava resistida.

Desta forma, fica estabelecido um limite substancial à resistência que poderá ser refletida, qual seja, àquela máxima necessária para sua mudança. Salvo isso, o elemento dissonante se alterará, o que permite afirmar que sua magnitude encontra limite na percepção de sua importância.

Conquanto tal dedução da pesquisa, pode-se chegar à conclusão de que não haverá linearidade em uma frequência de máxima magnitude da dissonância, pois seria impossível afirmar que tal pessoa viva em uma constante dissonância, e que tais elementos se apresentem em seu valor máximo.

Nesse cenário poderá ser utilizado o método da redução aplicável quando existe uma acentuada dissonância, mas que é menor que qualquer resistência pela

pessoa em realizar a mudança de algum dos elementos envolvidos através da adição de novos elementos cognitivos.

Pela adição desses novos elementos a “dissonância total do sistema poderá ser mantida em níveis comparativamente baixos”⁵⁶.

Leon Festinger apresentou alguns exemplos ora simplificados⁵⁷. Alguém investe seu dinheiro na compra de um veículo, e descobre defeitos, consumindo muito combustível o que lhe traz desconfortos financeiros. Ademais, recebe críticas de seus amigos e familiares sobre o seu designer.

Se a dissonância se tornar suficientemente grande, e na mesma proporção a resistência à mudança do elemento comportamental menos importante, essa pessoa poderá decidir por vender o veículo, assumindo o prejuízo. A dissonância não excedeu à resistência.

Quando não houver delimitação à resistência da mudança do elemento comportamental. A dissonância pode ser tida por apreciável e inferior à máxima dissonância possível (menor que a resistência em mudar um dos elementos cognitivos).

Neste caso a pessoa ao invés de mudar os elementos dissonantes, poderá acrescentar novas cognições consonantes com a manutenção da propriedade do veículo, acrescentando o desejo de conduzi-lo velozmente, e o consumo de combustível terá significância menor, ocorrendo o desprezo da dissonância.

Considerando os exemplos em outros aspectos a conclusão será diversa. A pessoa não obteve o resultado necessário quando adicionou novos elementos cognitivos, e a sua situação financeira impede a venda do veículo (prejuízo).

Poderá haver a redução da dissonância com o acréscimo de outro elemento cognitivo de espécie diferente, a admissão de que a compra foi um erro, e que na próxima vez tomará uma decisão completamente oposta, podendo seguir o conselho recebido.

Leon Festinger denominou esse processo de se divorciar psicologicamente da ação, a qual é suficiente para representar uma redução substancial daquela dissonância cognitiva. Ou seja, poderá haver a redução da

⁵⁶ FESTINGER, op. Cit., p. 33.

⁵⁷ Ibid., p. 33-34.

dissonância cognitiva por adesão ou por equiparação a um elemento cognitivo externo.

Mas alertou que haverá uma forte resistência a esse processo, e o máximo da dissonância cognitiva passará pela resistência ao reconhecimento de que fora um tolo ou cometera um erro.

Por fim conclui-se que o limite da magnitude da dissonância encontra seu máximo na resistência à mudança do elemento cognitivo, especialmente do menos resistente (quando este não se afasta-se da realidade), demonstrando que o indivíduo mantém uma preocupação pela redução ou pela eliminação da dissonância cognitiva, o que afeta substancialmente o seu comportamento.

Existe uma opção de caminho para se evitar o aumento de dissonância cognitiva. O processo utilizado será o da seletividade, onde a pessoa procurará selecionar entre os elementos cognitivos o menos dissonante, ou acrescentar novas cognições que satisfaçam a consonância.

Sem que exista uma certa dissonância há uma clara ausência de motivação pessoal para a busca de apoio ou uma nova informação (novos elementos). Pela Teoria da Dissonância Cognitiva seria uma verdade geral que comporta exceções, por exemplo, a motivação pelo medo.

Para Leon Festinger alguma experiência passada poderá fazer com que tema certo comportamento, e isso faz com que a todo custo a pessoa evite a origem de uma dissonância, onde a “ação do medo de dissonância também pode acarretar a relutância da pessoa em agir comportamentalmente”⁵⁸.

O medo da dissonância evitará a ação. Mas existem sérias consequências, e “quando a decisão e a ação não podem ser indefinidamente proteladas, a tomada de iniciativa talvez se faça acompanhar de uma negação cognitiva da ação empreendida”⁵⁹.

Por esse caminho, ao cometer a ação que julga ser errada, a pessoa de imediato poderá admitir a dissonância, delimitando ou evitando-a.

⁵⁸ FESTINGER, op. Cit., p. 35.

⁵⁹ FESTINGER, op. Cit., p. 36.

1.2.5 A dissonância cognitiva pós-decisão

Realizando-se um corte quanto ao objeto de estudo no presente momento, há de se considerar que diversas foram as pesquisas direcionadas para a melhor compreensão do processo de tomada de decisões, as quais não serão analisadas.

Por isso neste ponto o estudo se atém aos problemas advindos pela ocorrência da dissonância cognitiva como resultado negativo depois da tomada da decisão.

Para substanciar a discussão Leon Festinger traz o entendimento de Donald K. Adams, para o qual a decisão tomada não resolverá por completo o problema surgindo quando da necessidade de escolha de duas alternativas que se apresentem interesses à pessoa que deverá decidir.

A decisão não encerra ou conta toda a sua história, eis que a consequência, o “apetite insatisfeito, a tensão não descarregada da alternativa rejeitada, ainda estão presentes, a menos que um novo processo, que poderá ser chamado de resolução de conflito, tenha lugar”⁶⁰.

Para o desconforto sentido pela tomada de decisão e pela escolha de uma das alternativas dentre aquelas mais atrativas haverá um novo problema, o qual possibilitará que a pessoa que tomou a decisão tenha novamente um momento de repensar, designado de reestruturação ou de reavaliação, e como consequência direta, haverá um acúmulo de conflitos.

Leon Festinger criticou o termo conflito utilizado por Adams⁶¹, o considerando muito abrangente, e afirma que ao se interpretar corretamente esse pensamento se fez premente o uso de uma terminologia mais coerente, ou seja, os termos resolução de conflito, e acumulação de conflito que devem ser considerados dentro do significado de redução de dissonância e de acumulação de dissonância.

Justificando a teoria da dissonância cognitiva pós-decisória, Leon Festinger realiza outra comparação com o pensamento de seu mentor Kurt Lewin, o

⁶⁰ Ibid., p. 37.

⁶¹ “[...], A distinção entre conflito e dissonância, pois são dinamicamente diferente em seus efeitos. A pessoa está numa situação de conflito antes de tomar a decisão. Tomada a decisão, ela deixa de estar em conflito; realizou uma escolha; por assim dizer, ela resolveu o conflito. Deixou de ser impelida em duas ou mais direções ao mesmo tempo. Está agora comprometida com o curso da ação que escolheu. Só aqui é que existe dissonância, e a pressão para reduzir essa dissonância não impele a pessoa em suas direções simultaneamente”. FESTINGER, op. Cit., p. 43.

qual já reconheceu em outros estudos a ocorrência de novos processos para se atingir um equilíbrio da decisão tomada, especialmente quando fez uma análise da eficácia de decisões em grupo, adotando que essa eficácia tem efeito de congelamento da constelação motivacional para a ação.

Leon Festinger analisou esse efeito de congelamento e o traz para dentro de sua teoria no sentido afirmando que depois da tomada de decisão resultar-se-á no início do processo de estabelecimento de elementos cognitivos consonantes. Salienta que o processo em busca desse equilíbrio poderá em alguns casos perdurar por um longo tempo.

Além disso o indivíduo que precisou tomar uma decisão entre duas alternativas propriamente atrativas em busca desse equilíbrio poderá alterar sua cognição no sentido de afastar das alternativas não escolhidas os elementos consonantes, e das alternativas escolhidas o inverso, afastando os elementos cognitivos dissonantes.

Para chegar a essa conclusão o autor buscou evidenciar alguns tipos de decisões já examinados por Kurt Lewin, Hovland e por Sears⁶², e assim elaborou sua denominação e conteúdo principal, que em síntese compreendeu:

a) Decisão entre alternativas completamente negativas: as alternativas negativas não induzem diretamente a uma decisão, salvo quando presentes outros fatores que forcem a escolha, determinando os elementos cognitivos dissonantes com a cognição resultante na ação do indivíduo;

b) Decisão entre duas alternativas, cada uma com aspectos positivos e negativos: resulta no modo mais comum de decisão, estando presente os elementos positivos e negativos na cognição, os quais serão dissonantes com a ação;

c) Decisão envolvendo mais de duas alternativas: situação comum que aumenta a complexidade do processo de escolha, o qual poderá incluir diversas alternativas, meios e modos de ação por parte do indivíduo que as molda até a decisão. Essa complexidade não traz dificuldades para a análise das dissonâncias pós-decisórias, pois evidencia-se que todos os elementos que levariam a uma ação diferente da escolha, se apresentam dissonantes.

Por estas conclusões a dissonância cognitiva é a consequência mais evidente e quase inevitável da tomada de uma decisão, e a magnitude da

⁶² Ibid., p. 38-41.

dissonância pós-decisão dependerá da natureza específica de suas determinantes. Quanto maior se apresentar a importância da decisão tomada, maior será a dissonância que exsurgirá depois desta decisão.

Nesse sentido a importância de uma decisão que acarrete maiores reflexos positivos ou negativos na vida pessoal, profissional ou social do indivíduo, denotará a magnitude da dissonância pós-decisória a ser enfrentada.

Assuntos corriqueiros tendem a trazer desconforto e dissonância (a escolha de um restaurante), mas em escala muito menor do que aqueles que tragam reflexos mais duradouros, tais como o investimento na compra de um imóvel, a escolha de um novo emprego, a opção por um ano sabático para novos estudos (novo compromisso) ou para a própria libertação espiritual, entre outros.

Inexiste conflitos entre tais elementos cognitivos, mas no fato de ser necessário uma escolha, uma ação que direciona para caminho oposto.

Outro determinante para a maior ou menor dissonância cognitiva pós-decisão será a análise daquela opção não escolhida. Depois da decisão ainda se encontram na pessoa elementos cognitivos (características desejáveis ou indesejáveis) que por si fundamentariam a decisão em outra direção, e quanto mais intensa a “atração relativa das alternativas preteridas em face da alternativa escolhida, maior será a proporção de elementos pertinentes que estarão em dissonância com a cognição corresponde a ação”⁶³.

A crescente ou a relativa atratividade estará diretamente interligada com a elevação, com a moderação ou com a baixa importância daquela alternativa escolhida pelo indivíduo, o que importará em pressões para a redução da dissonância cognitiva vinculada ao momento pós-decisório.

Da teoria festingeriana são colhidos três principais pontos de pressão visando essa redução de intensidade⁶⁴. O primeiro pela mudança ou revogação logo depois de tomada a decisão, mas antes que outras e novas experiências se acumulem. A decisão tomada levou em conta a ponderação entre a relação dos elementos dissonantes, a qual não poderia superar o somatório ponderado das consonâncias.

Ocorre que o exercício da revogação da decisão se torna muito simples para a redução da dissonância (aparente quando o indivíduo é mais perturbado com

⁶³ FESTINGER, op. Cit., p. 41.

⁶⁴ FESTINGER, op. Cit., p. 45-50.

a dissonância criada pela decisão, do que confortado pelas consonâncias). Essa inversão não conduz a redução da dissonância, senão ao seu aumento, salvo se a dissonância se apresente esmagadora.

Atenta-se que a pessoa poderá revogar psicologicamente a decisão, aceitando a escolha errada, ou de não ter sido a responsável pela escolha. Situação que acaba por reconduzir a pessoa em uma situação de conflito, e precisará refazer a escolha (a qual talvez não precise, ou não possa ser reformulada). Aponta-se a raridade em tal ponto de pressão para redução da dissonância pós-decisão.

O segundo ponto de pressão pela mudança de cognição sobre as alternativas, considerando a presença de elementos cognitivos favoráveis e desfavoráveis à decisão. A eliminação da dissonância passaria pela adição ou pela subtração de importantes elementos cognitivos dissonantes em vista ao aumento da consonância.

O entrave maior para tal exercício será a capacidade mental do indivíduo, onde devem ser incluídos elementos cognitivos importantes em consonância com a ação ou com a decisão.

O terceiro ponto através do estabelecimento da sobreposição cognitiva, com o alinhamento de elementos cognitivos contidos em cada uma das alternativas para que dentro de um mesmo contexto eles possam conduzir a um resultado satisfatório.

Nesse contexto alguns elementos cognitivos podem acabar sendo semelhantes até idênticos, reduzindo a dissonância. De outra forma, acrescentando ou descobrindo de forma concomitante novos elementos cognitivos que correspondam à alternativa escolhida.

Em uma análise final das manifestações de pressão para a redução da dissonância cognitiva pós-decisão chama a atenção o fato de que simplesmente reduzir a importância geral da decisão não representa uma fonte apropriada para a diminuição da dissonância cognitiva.

Com fundamento neste ponto do estudo pode-se formular a seguinte hipótese: a dissonância cognitiva poderá atingir a tomada de decisão do jurado no Tribunal do Júri, no momento posterior ao conhecimento do resultado da votação do quesito anterior e influenciar a votação do próximo quesito?

A resposta é afirmativa. Por isso, exsurge a dissonância cognitiva pós-decisória à votação sequencial dos quesitos pelos jurados no Tribunal do Júri.

A magnitude da dissonância cognitiva pós-decisão será medida conforme a importância da decisão tomada, a qual no Tribunal do Júri se apresenta elevada, especialmente depois do voto proferido pelo jurado no Conselho de Sentença.

O jurado que ao votar “não” para o primeiro quesito (inciso I, artigo 483 CPP), será impactado por uma intensa dissonância cognitiva pós-decisão revelada pelo conhecimento do resultado dos votos que somados podem ter direcionado pela resposta positiva aquele quesito.

Antes da tomada desta decisão o jurado se apresenta em nítida dissonância cognitiva (conflito) com os elementos cognitivos expostos pela acusação e pela defesa durante a instrução em plenário e nos debates⁶⁵. No momento da tomada de decisão pelo voto (escolha), o jurado reduziu momentaneamente a magnitude da dissonância cognitiva que se acumulava em sua psiquê desde o início da sessão do plenário do júri.

Ao decidir pelo voto durante certo momento ocorreu o efeito congelamento daquelas imagens e informações cognitivas que motivaram a ação do jurado (pelo sim ou pelo não), favorecendo o processo de revigoramento dos elementos cognitivos consonantes com a recém decisão tomada.

Se o resultado da votação dos demais jurados se coadunar com o voto “não”, a dissonância cognitiva pós-decisória não será estabelecida, e o conflito interno foi solucionado. A angústia dissolve-se, também pela ocorrência da redução da dissonância cognitiva entre os elementos cognitivos considerados para a tomada de decisão.

Todavia na sequência ao seu voto, e ao tomar o conhecimento do resultado da votação do quesito onde a maioria escolheu pelo “sim”, o jurado acumulará a dissonância cognitiva pós-decisão.

Ao mesmo tempo haverá uma pressão cognitiva pela redução ou a eliminação da sua magnitude através da inclusão de novos elementos consonantes com a sua decisão ou dissonantes com a decisão do grupo (Conselho de Sentença).

⁶⁵ O jurado, o Conselho de Sentença observará uma forte contradição entre os elementos consonantes com a acusação e do reflexo do sentido de justiça, e os elementos dissonantes que lhe serão apresentados pela defesa, a qual não é rica em detalhes/fórmulas/cenário como é o próprio significado de justiça que de antemão é imposto a todo cidadão. Os elementos consonantes foram apresentados por primeiro através da acusação e pelo panorama ao qual o jurado é exposto desde o momento em que é convocado para a lista de jurados e pelas fórmulas aplicadas nos ritos e procedimentos. O réu não participou dessa ambiência, é apenas um número processual e uma imagem já desenvolvida pela mídia, pelas *fakes news*, pela própria fotografia mental do jurado, e somente exsurge no momento da sessão do plenário.

Nesse contexto o jurado poderá aplicar três pontos de pressão em vista à redução da dissonância cognitiva pós-decisão. No primeiro, alinha mentalmente a decisão pela mudança ou pela revogação dos elementos consonantes que formaram a sua primeira decisão (voto não), antecipando-se a outras possíveis experiências que possam ser acumuladas (prosseguimento da votação).

Com o conhecimento do voto da maioria pelo “sim”, esta informação se torna um novo e importante elemento dissonante que se soma aqueles dissonantes que existiam na cognição no momento da decisão tomada, e podem superar o anterior somatório dos elementos que foram consonantes com o “não”, direcionando o jurado para a revogação de sua cognição anterior. Seu próximo voto poderá ser influenciado pela decisão de grupo.

Assim, ao não poder desfazer o voto já proferido, o jurado direcionará o total de elementos existentes que sejam dissonantes com o “não” para formar a decisão a ser proferida no segundo quesito (inciso II, artigo 483 do CPP). Seu novo voto deverá acompanhar o elemento convincente do grupo social (Conselho de Sentença), que votou pelo reconhecimento da materialidade do fato no primeiro quesito.

Por um outro ponto de vista, o jurado poderá simplesmente revogar psicologicamente a decisão tomada, entendendo que ao escolher o “não”, o fez de forma errada, situação evidenciada pelo “sim” do grupo.

Alternativamente, decidirá não ter sido o responsável pela escolha, colocando a culpa nas cognições direcionadas pelos atores processuais na sessão plenária. Assim, poderá corrigir essa cognição na sequência (próximo quesito).

Em qualquer das situações uma nova inconsistência exsurge, e a redução da dissonância cognitiva pós-decisão poderá não se apresentar eficaz, contribuindo para novas dissonâncias cognitivas.

Pelo segundo ponto de pressão, o jurado decidiu manter a escolha do “não” para a votação do próximo quesito. Houve a ponderação dos elementos dissonantes e consonantes com a primeira decisão tomada.

Assim procurará mentalmente escolher novos e importantes elementos consonantes com a defesa, com o estado de inocência ou pela dúvida nas provas. Há uma soma de todos os elementos consonantes (antigos e novos) para fins de manter-se a coerência da primeira decisão.

Por isso, e ao mesmo tempo direcionará pela eliminação daqueles elementos dissonantes trazidos pela acusação e que possam levar ao reconhecimento de culpa do réu, focando em possíveis erros ou nulidades processuais levantadas, reduzindo-se a eventual dissonância cognitiva pós-decisória com o resultado já conhecido da votação dos demais jurados.

Pela sobreposição cognitiva como terceiro ponto de pressão, o jurado visa restabelecer um alinhamento total de consonância entre todos os elementos cognitivos que contribuíram para a tomada de decisão, e possam direcionar pela manutenção da sua escolha.

Para tanto procurará sopesar as principais características dos elementos consonantes com a sua decisão (voto não), cotejando seu conteúdo e o mérito daqueles que detenham os aspectos mais importantes, que no caso referem-se à cognição pela absolvição.

A influência cognitiva se torna mais aparente quando da votação do quesito obrigatório e genérico da absolvição do réu (inciso III, do artigo 483 do CPP). O jurado por íntima convicção decidirá sobre a absolvição ou não, sendo que poderá no momento de votação deste quesito passar por forte persuasão cognitiva advinda da votação dos anteriores quesitos, e pelo desconhecimento do seu real significado e alcance do quesito.

A votação do quesito de absolvição não poderá ser considerada contraditória em relação ao reconhecimento da materialidade e da autoria do crime⁶⁶.

Esta matéria é considerada complexa e estritamente jurídica, e desconhecida pelo corpo de jurados que é formado por pessoas (em sua grande parte) desprovidas de conhecimento jurídico.

A racionalização dos jurados não será jurídica (sendo essa a principal característica do Tribunal do Júri, o julgamento por seus pares), mas contextual, intuitiva, impregnada de crenças, ideais, opiniões, experiências profissionais, e de vivências sociais, bem como, de outros elementos cognitivos que direcionam seu

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 196.966-ES**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65799307&num_registro=201100282601&data=20161017&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 jan. 2023.

comportamento, sem distanciar-se daquela busca incessante em manter-se em um constante estado de coerência.

Além disso, ao se deparar com o importante papel de julgador quando de sua escolha para o Conselho de Sentença⁶⁷, o jurado será impactado com outros elementos cognitivos dissonantes com o estado de liberdade e o princípio da presunção de inocência, estando naquele momento desprovido de conhecimento de seu significado e de suas consequências para o processo penal.

O princípio da presunção de inocência deverá ser explicado em detalhes pelo juiz-presidente, contribuindo para o entendimento pelos jurados do seu significado e alcance processual penal.

Deverá ser transferida uma nova imagem aos jurados, na qual a principal função do magistrado é de proteger o princípio da presunção de inocência, das garantias processuais e dos direitos fundamentais do cidadão e do réu, reduzindo-se aquela fotografia perfeita do justo, e de representante estatal na persecução penal, contribuindo para a eliminação de dissonâncias cognitivas⁶⁸.

Estes elementos cognitivos por muitas vezes são falsos. A visão do réu com vestimenta de cárcere e algemado⁶⁹, a prévia situação do réu já se encontrar preso, a necessidade de sua escolta por policiais fortemente armados até o banco dos réus.

Toda essa contextualização contribui para generalizar o estereótipo (efeito *halo*) de periculosidade, acentuado o repúdio e o medo para com a presença do réu. Imagens que impactam no momento do veredicto.

Durante a instrução e os debates em plenário os elementos dissonantes são acrescidos à inicial cognição do jurado pelo assento do representante do

⁶⁷ Advindo um sentimento de eleitos para satisfazer os desígnios da justiça, de se encontrar na Casa da Justiça, onde o crime é a dissonância cognitiva dentro deste cenário. Local onde o jurado, o Conselho de Sentença estará na constante busca para manter a consonância cognitiva nos detalhes apresentados pela acusação, pela imagem e presença do juiz presidente, dos policiais, dos ritos e fórmulas ambientados em favor do pensamento do justo.

⁶⁸ Visando a proteção do signo do princípio da presunção de inocência por todos aqueles envolvidos em um processo penal a Câmara de Deputados da Itália pela proposta de lei n.º 3304/2021 de alteração do Código de Processo Penal, determinando a publicação no ambiente forense de um cartaz/sinal reafirmando que “o acusado não será considerado culpado até à condenação em definitiva nos termos do artigo 27.º da Constituição”. Ao proferir a sentença o juiz deverá incluir a fórmula a ser lida para os presentes “esta sentença está sujeita a recurso na forma e nos prazos da lei, e nos termos do artigo 27 da Constituição o réu não é considerado culpado até a condenação final”. ITÁLIA. Câmara dos Deputados. **AC.3304**, de 05 de outubro de 2021. Disponível em: <https://parlamento18.openpolis.it/singolo_atto/55855>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁶⁹ Em evidente contradição ao disposto no artigo 474, § 3.º do Código de Processo Penal.

Ministério Público no alto ao lado do juiz-presidente, e pela posição do réu prostado à frente do juiz durante seu interrogatório⁷⁰.

Ocorrerá a dissonância cognitiva quando o jurado é exposto a todos os elementos do tribunal do júri, especialmente aqueles que descaracterizam a presunção de inocência do réu.

Primeiramente o jurado buscará em sua consciência e na sua cognição os elementos necessários para não estar dissonante com a decisão que irá proferir. Mas esta decisão poderá se encontrar eivada de vícios de compreensão causados pela própria dinâmica do processo penal e do rito do Tribunal do Júri.

O jurado não quer entrar em dissonância cognitiva com essa importante decisão. Mas é exposto a toda gama de elementos cognitivos consonantes com a culpa, reafirmados pela figura de poder do Estado contida no julgador, bem como, na figura que representa a proteção da lei e da sociedade que resplandece na atuação do Ministério Público.

Essa perspectiva do cenário e a sequencial votação pelo Conselho de Sentença, faz com que o jurado que votou pelo “não” nos quesitos anteriores, no momento da votação do quesito da absolvição genérica, seja influenciado negativamente pelo resultado da votação anterior, e mude aquela cognição consoante com a absolvição pela dissonância cognitiva pós-decisória evidenciada pela decisão do grupo⁷¹.

A essência contida na votação do quesito genérico de absolvição (e dos demais quesitos), e que satisfaz sua própria existência no Tribunal do Júri, não poderá ser relativizada pelo procedimento dissonante contido na votação sequencial proposta pelo processo penal brasileiro.

O desrespeito consciente ou inconsciente e a contaminação cognitiva do jurado pela disposição sequencial do voto dos quesitos e a sua instrumentalização “agravada pelo modelo de aparência racional”⁷² causam a ruptura do princípio da

⁷⁰ Durante o interrogatório o réu deverá se utilizar de púlpito, falar de frente para os jurados, e não ficar sentado em uma cadeira em postura de súplica em frente ao juiz.

⁷¹ O cenário onde os jurados ficam um ao lado do outro formando um grupo indissociável, imperando a imagem de solução unânime, de pensamento igual e equânime. A sala especial que confere o sentido de distanciamento e de local protegido do réu (do algoz), de união do grupo (Conselho de Sentença). E a incomunicabilidade dos jurados se apresenta contrária a todo esse contexto. Jurados que formam um único grupo que decidirá tentando adivinhar os elementos cognitivos despertados na mente de cada um de seus membros, e na loteria do voto secreto uma procura em aproximar as consonâncias e de afastar as dissonâncias.

⁷² ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7.

presunção de inocência, e por reflexo do senso comum que deverá conduzir ao livre convencimento pelo juiz leigo, que naquele momento da votação poderá exprimir seu lado mais humano, abnegado e clemente.

Será neste sentido que a dissonância cognitiva pós-decisão do jurado no Tribunal do Júri resultante da votação sequencial dos quesitos poderá ser reduzida, quiçá eliminada, através de nova instrumentalização do processo de votação, excluindo-se a votação sequencial dos quesitos que contemplem a temática materialidade do fato, autoria ou participação e do quesito genérico de absolvição.

Passando pela criação de um bloco de votação onde os jurados votam ao mesmo tempo as três temáticas em urnas separadas.

Os votos serão posteriormente contabilizados e revelados em conjunto, sem que se possibilite o conhecimento do resultado antes do votação geral dessas temáticas. Tal proposta poderá ser ampliada para a votação em bloco dos demais quesitos dispostos do § 3.º ao 6.º do artigo 483 do Código de Processo Penal.

A proposta não representa uma reconfiguração do Tribunal do Júri, mas uma redução significativa da magnitude da dissonância cognitiva que advém do seu rito procedimental, e que se apresenta dissonante às garantias processuais penais. A plenitude de defesa deverá ser observada até o final da votação dos quesitos, afastando as dissonâncias cognitivas e demais efeitos de vieses cognitivos.

1.2.6 A dissonância cognitiva e a condescendência forçada

A condescendência⁷³ forçada⁷⁴ revela-se pelo comportamento de uma pessoa que se apresentará de forma inverso às suas próprias convicções, podendo causar a disseminação pública de afirmações conexas ou contrárias à uma realidade que não acredita.

Através da condescendência forçada restará infligida contra o indivíduo certa influência para que redirecione suas opiniões, convicções, princípios, crenças e ações, que podem ser direcionadas no sentido de assumir ou se distanciar de um comportamento.

⁷³ “Qualidade ou atitude do que transige, do que cede às vontades ou aos pedidos de alguém, geralmente para não desagradar”. MICHAELIS, op. Cit.,

⁷⁴ A terminologia “condescendência forçada” foi criada por Leon Festinger para fins de abreviar o significado de “condescendência pública sem aceitação privada”. FESTINGER, op. Cit., p. 85.

Para Leon Festinger a influência poderá não trazer reflexos imediatos na atitude da pessoa, em outros poderá ser bem-sucedida mudando suas opiniões ou crenças, afetando seu comportamento manifesto, mas privadamente mantem suas convicções originais. Tal resultado é importante à Teoria da Dissonância Cognitiva⁷⁵.

A condescendência pública sem que ocorra a alteração da ideia ou do ideal privado se faz presente quando estão incidentes certas condições e a sua causa for motivada pela ameaça (castigo/punição) ou pela recompensa (atração/desejo).

Este comportamento ocorrerá de duas formas, sendo que em uma primeira hipótese a condescendência é causada pelo emprego da ameaça de punição que será aplicada quando a pessoa não transigir ou não se submeter ao novo comportamento. Ao indivíduo restam duas alternativas, a de condescender (se o castigo é mais forte) ou de sofrer a punição.

Na segunda hipótese a condescendência pública ocorrerá através da oferta de uma retribuição satisfativa, a qual tem efeito de atração direta aos desejos e aos interesses da pessoa que se pretenda condescender⁷⁶ superando a sua resistência, a qual se obtida desta “maneira em nível público ou manifesto, a opinião privada manter-se-á essencialmente inalterada no momento e, por conseguinte, estará em discrepância com o comportamento ou a expressão pública”⁷⁷.

Na pesquisa pretendeu-se separar os resultados práticos capazes de distinguir a ocorrência da condescendência pública sem alteração na convicção privada daquela pessoa em que ocorra essa mudança. Leon Festinger sugere dois processos pelo qual poderá ser possível a identificação da disformidade entre o comportamento ou uma declaração condescendente, e a opinião privada.

O primeiro processo consistirá na remoção da fonte de influência ou de pressão: a pessoa que direciona certo comportamento influenciada por outras. Ao afastar essa fonte de pressão e o comportamento da pessoa não corresponder

⁷⁵ Ibid., p. 82.

⁷⁶ A conduta criminal da condescendência criminosa é prevista no artigo 320 do Código Penal brasileiro: “deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

⁷⁷ FESTINGER, op. Cit., p. 83.

àquele publicamente condescendente, se confirmará que seu comportamento privado não se coadunou⁷⁸.

No segundo processo pela medição direta da opinião através da provocação de uma declaração particularizada. Com esse material é realizada uma verificação entre a declaração pública e a privada. Havendo a discrepância entre a convicção externalizada e a privada há a prova da condescendência forçada, sem a simultânea alteração da opinião privada.

Leon Festinger analisou dois experimentos realizados por McBride e Burdick na década de 50, para a verificação da condescendência forçada através da ameaça de punição ou pela oferta de recompensa. A condescendência forçada ocorreu de forma mais acentuada quando houve a ameaça ou a recompensa, e quando ausentes não ocorreu com a mesma frequência⁷⁹.

Os resultados obtidos nos experimentos foram utilizados para fins do encontro pela existência da dissonância cognitiva e a sua consequente medição. Os elementos cognitivos existentes na opinião ou na crença privada são distintos daqueles contidos na ação ou na opinião externalizada (condescendência forçada), e por isso, tais elementos são mutuamente dissonantes. Mas em qual grandiosidade?

O tema da magnitude foi tratado em diversos momentos na Teoria da Dissonância Cognitiva e analisada neste estudo. Todavia foi preciso entender quais os elementos cognitivos dissonantes e consonantes com a cognição resultante do comportamento manifesto pela condescendência forçada⁸⁰.

⁷⁸ Nos anos 50 Coch e French constataram que em uma fábrica quando houve alterações de tarefas os operários tiveram uma acentuada queda de produção (16,67%), e alguns nunca voltaram ao mesmo nível. Houve uma influência de grupo “padrões de grupo”, que trouxe novos contornos de comportamento ao grupo. Apenas uma operária depois de 10 dias da mudança obteve um aumento de produção, ultrapassando seus colegas. Houve forte pressão por parte do grupo e essa operária reduziu sua produção. ‘Por outras palavras, em face de ameaças e punições, essa prensadora, que talvez quisesse trabalhar mais depressa, submeteu-se à pressão exercida sobre ela pelos outros do grupo’. Ao transferir os operários do grupo para outras funções, e com a redução do ponto de pressão, a operária aumentou significativamente a produção (53,34%). Foi ‘evidente que ela estivera condescendendo publicamente sem aceitação privada; quer dizer, as suas opiniões íntimas não favoreciam a restrição de produção’. Ibid., p. 84.

⁷⁹ Como resultados: 1. Condição de recompensa: 14% manifestaram condescendência forçada. Isto é, mudaram sua opinião manifesta quando foi oferecida uma recompensa pela condescendência, mas depois reverteram à opinião inicial num questionário anônimo. 2. Condição de ameaça: 12% mostraram condescendência forçada. 3. Condição de controle: 3% deram provas de condescendência forçada. A diferença entre a condição de controle e as outras duas condições possui elevada significância estatística”. Ibid., p. 85.

⁸⁰ FESTINGER, op. Cit., p. 87.

Ao se considerar a presença de elementos cognitivos consonantes com a ação da pessoa (a satisfação pela recompensa, ou pela evitação da punição) e dissonantes, depender-se-á de um cálculo da quantidade de elementos e da amplitude de sua importância para se concluir pela magnitude da dissonância causada pela condescendência forçada.

Houve a necessidade de se ponderar tais elementos para concluir que a resistência à mudança no comportamento ou na opinião externalizada deverá conter no máximo 50% de elementos dissonantes.

Sendo esse um ponto mínimo de equilíbrio entre as relações consonantes e as dissonantes. Assim, quando do comportamento condescendente a soma das relações consonantes é maior do que as dissonantes.

A magnitude da dissonância cognitiva pela condescendência forçada (entre convicção e comportamento) poderá ser verificada de duas formas. Na primeira hipótese quando a recompensa ou a punição fica visivelmente menor em importância (uma ameaça de morte para a declaração de algo banal). Deste modo ocorrerá uma menor intensidade da dissonância entre a convicção da pessoa e o comportamento condescendente.

Para Leon Festinger “a máxima dissonância possível seria criada se a recompensa, ou punição, fosse apenas escassamente suficiente para suscitar a desejada conduta ou expressão manifesta”⁸¹. Quanto maior a punição/recompensa, menor será o grau de dissonância cognitiva do comportamento exteriorizado.

Na segunda, quando a recompensa ou a punição são irrisórias e insuficientes para que a pessoa realize o comportamento ou a opinião infligida, o então comportamento manifestado estará consonante com sua opinião privada, e apresentará uma resistência. Uma máxima dissonância com a pequena recompensa ou com a míude punição.

Por outro lado a partir da constatação da presença da dissonância cognitiva (em maior ou menor grau) haverá pontos de pressão voltados para a sua diminuição ou eliminação, seja através da redução do número de relações dissonantes ou pelo aumento do número de relações consonantes.

Quando ocorrente a condescendência forçada poderá se verificar a eliminação por completo da dissonância cognitiva no momento em que a pessoa

⁸¹ Ibid., p. 88.

muda a opinião ou seu comportamento na mesma direção daquela externalizada. Por consequência a primeira hipótese de condescendência pública poderá torna-se uma opinião ou comportamento consonante na pessoa.

O que chama a atenção é que frequentemente e de forma integrada à oferta de recompensa ou de punição exsurtem outros fatores persuasivos e argumentativos na direção de influenciar a pessoa pela condescendência forçada, o que lhe traz consequências negativas, tornando-a mais vulnerável às influências externas para que mude sua convicção, percebendo que esse é o caminho mais fácil para que a dissonância cognitiva seja eliminada⁸².

Concluiu-se que a intensidade da promessa ou da punição afetará a dimensão da condescendência forçada.

Para se conseguir a mudança da opinião particular em resposta à mera condescendência pública, a melhor maneira de consegui-la será pela oferta da recompensa ou punição em medida suficiente para suscitar a condescendência manifesta.

Quanto menor a intensidade da promessa (pela anuência), ou da punição (pela intransigência), há uma maior chance de frequência na ocorrência da condescendência forçada, e a redução da dissonância cognitiva através da mudança de opinião ou do comportamento por parte da pessoa.

Todavia havendo uma intensidade maior da recompensa ou da punição prometida ou aplicada à pessoa e capazes de conduzir à uma condescendência forçada, gerará um menor grau da dissonância entre os elementos cognitivos e o comportamento.

O resultado acarretará uma estreita relação capaz de direcionar à mudança na opinião privada do indivíduo. Com o aumento de elementos consonantes caso a pessoa realize a alteração de sua opinião ou do comportamento manifesto, causará a drástica redução da dissonância cognitiva.

⁸² A imparcialidade na tomada de decisão poderá sofrer desajuste através da condescendência forçada. Ao ser aplicada ao Tribunal do Júri, subentende-se que o jurado deverá realizar a busca ativa da informação, mas poderá encontrar resistência, ou sofrer direcionamento quando for alvo de pressão pela condescendência forçada (promessa ou punição), e ser influenciado pela busca seletiva de informações durante a sessão plenária pelos atores processuais, tal como o agir do juiz, da acusação ou pelos demais membros do Conselho de Sentença, ou externamente por terceiros interessados, pela influência de grupo ou pela mídia, sendo esses pontos que serão estudados nos próximos itens.

Por conclusão a pessoa à qual foi direcionada uma recompensa ou punição insuficiente para denotar o comportamento manifesto, aumentará substancialmente sua própria convicção original.

1.2.7 A dissonância cognitiva e a exposição à informação

A busca por informações de interesse cognitivo está diretamente atrelada à motivação pessoal. Para exemplificar tal enunciado pode-se ligá-lo ao exemplo utilizado por Leon Festinger do público interessado à uma conferência sobre as vantagens de um veículo com o motor mais potente. Mas qual será o público interessado que voluntariamente ouvirá essa conferência?⁸³

Em rápida análise desse contexto se extraiu diversas conclusões: pessoas interessadas no assunto por desejar um veículo mais potente (ou um veículo elétrico com menor impacto ambiental); indivíduo que está em meio a um processo mental para uma aquisição; pessoas que não se interessam pelo tema, mas pelo ambiente descontraído e festivo; pessoas ativamente curiosas e que detêm prazer no recebimento de novas informações para uso imediato ou futuro, ou, para o próprio alinhamento cognitivo.

O maior ou menor grau de importância e de satisfação pessoal pela informação, seja-o pela conexão ao prazer de um momento de passeio, de passatempo ou de curiosidade, ou especialmente, pela interconexão cognitiva, são levadas em consideração para conduzir a uma futura ação relevante pelo indivíduo.

Considerando a relevância do elemento cognitivo que será capaz de conduzir ao comportamento ou opinião expressada, há de se levar em conta que se esse indivíduo não nutrir qualquer interesse pela informação exposta, a dissonância cognitiva não se fará presente.

Havendo pertinência na informação atrelada a uma próxima ou até futura conduta, a motivação e a busca ativa de informações se fazem presentes, interconectando os elementos cognitivos da pessoa.

Leon Festinger chama a atenção quanto à ocorrência de imparcialidade na busca de tais conteúdos, e a por isso a pessoa não escolherá apenas uma das “espécies de informação para ouvir, evitando todas as demais espécies. Pelo

⁸³ FESTINGER, op. Cit., p. 116-117.

contrário, seria motivada no sentido da aquisição de cognições sobre todos os aspectos e todas as alternativas”⁸⁴.

O interessante dessa conclusão passa pelo significado de busca ativa e de imparcialidade. Assim, não há nesta situação a incidência de uma busca seletiva de informações, mas sua total ampliação que direciona a pessoa a buscar o máximo de informações relevantes e que possam lhe trazer uma extensa contextualização do assunto para a tomada da decisão.

Por isso Leon Festinger afirma que a uma situação de pré-ação ou pré-decisão caracterizar-se-á por uma busca extensa [busca ativa] e não-seletiva de informações relevantes.

O que chama novamente a atenção pela presença ou não da dissonância cognitiva. Para a pessoa que não detinha nenhuma motivação pessoal sua cognição será consonante, ou até mesmo estar-se-á na presença de uma relação irrelevante.

Por outro lado para uma pessoa que recém comprou um veículo e compareceu à conferência sem nutrir elementos cognitivos dissonantes entre a escolha do atual veículo e a informação, e acaba sendo acidentalmente exposto ao elemento de potência e de tecnologia do novo motor, poderá apresentar dissonância cognitiva?

Essa exposição acidental poderá ocorrer através da inserção de elementos dissonantes dentro de um contexto pré-concebido e que esteja ordenadamente consonante para a pessoa, e poderá ao certo não originar a dissonância cognitiva.

Considerando que a pessoa pré-questionada sobre o elemento cognitivo o qual já se apresentava dissonante será possível que o aumento da “dissonância através da simples exposição acidental não ocorrerá com frequência nos casos em que certa dissonância já exista e a pessoa esteja, portanto, precavida”⁸⁵.

Poderá haver a exposição numa base irrelevante, sendo está a preferível dos publicitários que inserem um novo elemento dissonante dentro de comerciais, sem que a pessoa deliberadamente procure se expor a tal informação. Contudo, acaba sendo direcionada a um pensamento de desejo ou de insatisfação por um recente comportamento que poderá atribuir um viés dissonante, ou pelo aumento dessa condição pré-existente.

⁸⁴ FESTINGER, op. Cit., p. 117-118.

⁸⁵ FESTINGER, op. Cit., p. 123.

Apesar disso não quer dizer que tal dissonância cognitiva não possa ser introduzida, no sentido de se fazer valer um interesse alheio pelo meio da exposição forçada da informação. Entretanto, conforme resultados já colhidos neste estudo, quanto maior a intensidade de força na condescendência forçada, provavelmente diminuída será a magnitude da dissonância cognitiva.

Por isso que os resultados da teoria festingeriana direcionam que nem sempre a exposição forçada dará origem à dissonância. Conclui-se que no curso ordinário dos acontecimentos se tais elementos dissonantes se encontrem incluídos em acontecimentos normais e no dia a dia da pessoa, a dissonância cognitiva poderá ser produzida com uma certa frequência.

A interação accidental ou provocada com outras pessoas se torna uma das principais fontes de potencial dissonância cognitiva das informações, especialmente quando os indivíduos não compartilham das mesmas ideias e denotam comportamentos distintos.

O momento de interação seja para expor sobre a tomada de decisão, ou pela descrição de sua ideia ou convicção, poderá ser um daqueles em que a dissonância cognitiva se fará presente pela fala, muitas vezes desprestigiada entre os interlocutores.

Em princípio a pessoa pode estar apenas buscando uma afirmação consonante de sua ideia, e acaba recebendo involuntariamente um novo elemento dissonante ou a evidenciação de um já presente em sua cognição.

Inexiste a possibilidade do controle total do meio em que a pessoa se encontra inserida, tampouco uma forma linear de autoproteção de elementos dissonantes. Não há uma fórmula pré-concebida de como enfrentá-las sem que por muitas vezes ao se tentar reduzir ou eliminar a dissonância se acabe contribuindo para o aumento de sua magnitude.

No interesse de fechar o ciclo avaliativo da exposição à informação e à dissonância cognitiva assim originada ou aumentada, Leon Festinger analisou um estudo de Cooper e Johoda da década de 50, sendo enfrentadas as variáveis da dissonância cognitiva quando incluídas à força.

As temáticas que ganharam nítida importância na época ainda resistem a uma complexa e estrutural deficiência, qual seja, a reação de pessoas quando se depararam involuntariamente com preconceitos incluídos em propagandas. Atualmente, o estereótipo de culpado é um evidente elemento cognitivo dissonante

com as garantias processuais penais, e que encontrou vida longa nas investigações criminais, no processo-crime, sendo renovado nas políticas criminais punitivistas.

A relação dissonante evidenciada por Leon Festinger foi que pessoa prefere não enfrentar as consequências de ideias opostas em vista ao descompromisso de ser forçado defender-se ou de assumir seus erros⁸⁶.

Em busca de se evitar a dissonância cognitiva os experimentos denotam que poderá haver a compreensão inicial da mensagem, onde a pessoa percebe a crítica envolvida na informação e realiza a desidentificação com o preconceito tratado, ou pelo afastamento da compreensão original da mensagem, eliminando a percepção inicial criada pelo incorreto conteúdo da mensagem.

Há o exercício pela invalidação da mensagem, a qual é pré-aceita pela pessoa que ao mesmo tempo a invalida quando afirma que cada um detém o livre arbítrio para manter seus preconceitos. Ocorre a assunção de que o preconceito é parte inafastável das condições usuais daquela minoria retratada. Como exemplo contemporâneo o racismo estrutural que se alocou na linguagem e no agir de muitas pessoas.

Por outra modalidade de tratar a informação o sujeito se afasta e não apresenta uma errônea percepção inicial ligada àquela cognição. O interessante é que a dissonância cognitiva não será evidenciada. Para Leon Festinger “com base apenas nessa descrição é difícil, naturalmente, saber se o sujeito reagiu de forma instantânea à dissonância ou se, por outro lado, nunca foi reconhecida a informação potencialmente geradora de dissonância”⁸⁷.

Nesse sentido a exposição forçada à informação e a dissonância cognitiva estão diretamente atreladas ao cognitivo inicial da pessoa. Essa percepção inicial poderá sofrer alteração conforme a exposição voluntária ou involuntária às novas informações, ou às novas características ou elementos cognitivos, reduzindo ou eliminando-a, quiçá, tornando-a grandiosa.

As conclusões deste ponto da Teoria da Dissonância Cognitiva podem ser aplicadas ao processo penal brasileiro. Primeiramente uma necessária referência quanto à distinção de significado entre os termos busca ativa de informações, e a busca seletiva de informações.

⁸⁶ FESTINGER, op. Cit., p. 125-126.

⁸⁷ FESTINGER, op. Cit., p. 126.

A busca ativa de informações denota a expansão de análise feita pela pessoa para fins de amplificar o campo de conhecimento daqueles elementos a serem ponderados em uma futura tomada de decisão. Tais elementos podem se apresentar consonantes, dissonantes ou até mesmo irrelevantes com sua cognição.

Outro sentido advém do termo busca seletiva de informações que resulta da análise feita pela pessoa dos elementos que sejam consonantes com a sua cognição, e nesta busca consciente ou inconscientemente realizará a desconsideração daqueles elementos dissonantes.

Existe uma nítida reação cognitiva para fins de reduzir ou eliminar a magnitude da dissonância cognitiva entre os pares de elementos que se apresentaram relevantes, e se obtenha uma tomada de decisão com maior carga de consonância com os elementos originais da cognição.

O processo penal no sistema acusatório visa ampliar o campo de produção de elementos probatórios pelos atores processuais possibilitando ao julgador a acurada análise do “*standard* probatório”⁸⁸. A ponderação destes critérios será desprovida de parcialidade se realizada através da busca ativa de informações, e não pela busca seletiva de elementos informativos inseridos nos autos do processo-crime.

Ao tratar as provas produzidas pela acusação e pela defesa com a mesma pertinência, interconectando-as cognitivamente com as futuras ações no processo, a posterior tomada de decisão na sentença penal será fundada em uma ampla conjuntura dos fatos e das provas, afastando a seletividade probatória e a dissonância cognitiva.

Quando o juiz responsável pela instrução do processo-crime não obtém o acesso aos autos do inquérito policial (preestabelecimento cognitivo) inexistirá um liame emocional que o conecte cognitivamente com as provas e àquelas informações produzidas unilateralmente pelo processo investigativo policial, e que se apresentam distantes do princípio do contraditório.

Tal afastamento do inquérito policial revela a interconexão da cognição do juiz com a motivação advinda de sua função judicante, consonante com os

⁸⁸ Gustavo Badaró define *standards* de prova como sendo os “critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessária para que o julgador considere um enunciado fático como provado”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 236.

princípios processuais penais, especialmente da imparcialidade, distanciando-se de uma relação entre elementos naturalmente dissonantes.

Com fundamento na teoria festingeriana Bernd Schünemann propôs que dentro do sistema do processo penal alemão quando da busca de coerências ou de redução de dissonâncias, emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações, especialmente considerando a função do juiz na audiência de instrução e julgamento criminal.

O efeito perseverança, inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida direcionam que aquelas informações previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas⁸⁹.

O resultado do princípio da busca seletiva de informações favorecerá a validação da hipótese originária existente na cognição e anteriormente aceita, e que serviu de parâmetro da busca daquele conteúdo que possa exprimir o resultado que confirme a concepção, evidenciado pela “coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores”⁹⁰.

Na conclusão de seu experimento Bernd Schünemann afirmou pela parcialidade cognitiva do magistrado advinda da leitura dos autos do inquérito policial, momento em que formará uma concepção dos fatos e da conduta criminal, sendo habitual que o “magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas”⁹¹.

A teoria festingeriana pode ser aplicada aos problemas que resultam da própria subversão de veracidade e do conteúdo probatório que emanam, por exemplo da prisão em flagrante posteriormente convertida em prisão preventiva, onde impera-se a busca seletiva de informações para a confirmação da hipótese da necessidade e da legitimidade da prisão cautelar.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 34

⁹⁰ SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 34.

⁹¹ Ibid., p. 35.

Torna-se evidente o pleno exercício cognitivo pelo julgador para fins de reduzir os elementos dissonantes entre liberdade e à prisão, correspondendo a um problema gnosiológico.

Em sua pesquisa Ricardo Jacobsen Gloeckner referiu-se a três problemas epistemológicos diretamente interconectados ao fato do processo penal não representar um local de descoberta da verdade, e nesta busca resultam diversos filtros quando há um afastamento de uma etiqueta epistêmica.

O primeiro problema é causado pela sub-rogação da prisão cautelar ao estatuto de decisão de mérito; o segundo reside na definição de prisão em flagrante como um local de verdade, e o terceiro é pela transmutação da instrumental prisão cautelar em um momento e ato probatório⁹².

Ricardo Jacobsen Gloeckner justifica a acentuada tendência de se contextualizar a prisão em flagrante dentro de um regime de veracidade que acaba por direcionar toda a política probatória no caso concreto, o que significa a visão de túnel evidenciada por “Findley e Scott que detectaram, no processo penal, a ocorrência de um fenômeno denominado *tunnel vision*, apresentado como um ‘compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas’”⁹³.

Deixa-se de olhar para o lado. Foca-se todo o aparato investigativo sob um único possível culpado, ou sob uma única direção probatória, dentro, também da evidente busca seletiva de informações defendida por Bernd Schünemann, reafirmando os efeitos da dissonância cognitiva da teoria festingeriana.

O aspecto principal dos resultados da aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva na busca seletiva de informações para a redução das dissonâncias cognitivas em vista à tomada de decisão no processo penal brasileiro será tratado com maior amplitude quando da análise da temática do Juiz das Garantias.

1.2.8 A dissonância cognitiva e a influência no grupo social e nos fenômenos de massa

Encontra-se no grupo social uma das principais fontes de dissonância cognitiva, bem como este se apresenta como um instrumento hábil e capaz de

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, nov.-dez. 2015.

⁹³ GLOECKNER, op. Cit., p. 266.

reduzir ou de eliminá-la. A dissonância no grupo social apresenta-se em primeiro plano na forma de discordância de opiniões, ideias, convicções e de comportamentos, podendo atingir proporções de fenômenos de massa.

A dimensão da dissonância cognitiva no grupo social estará diretamente interligada com a possibilidade de se gerar novos elementos cognitivos consonantes ou dissonantes (dentro de um processo de influência), os quais serão somados à cognição da pessoa, e servem de apoio em vista a sua redução, também à sua magnitude. Para Leon Festinger “os processos de comunicação e influência social estão, por conseguinte, inextricavelmente entrecidos nos processos de criação e redução da dissonância”⁹⁴.

Sendo ao certo que será através do processo de apoio social que a pessoa em estado dissonante encontrará em seu próprio grupo as respostas conexas às relações entre os elementos com as suas cognições (e que pretende manter), em vista à redução da magnitude da dissonância cognitiva, ou a sua eliminação por completo.

Destaca-se que a magnitude da dissonância cognitiva no grupo social está diretamente interligada com o número de elementos cognitivos consonantes ou dissonantes que detenham certo grau de importância na opinião daquele indivíduo sob influência.

Dentro do grupo social em que o indivíduo se encontra inserido existem elementos cognitivos que são literalmente capazes de serem justificados pela própria experiência humana, e que por isso não serão capazes de trazer uma significativa dissonância cognitiva.

Existem duas variáveis que podem ser aplicadas à magnitude da dissonância dentro do grupo, a realidade física comprovada (uma realidade consonante e que alguma opinião contrária não será capaz de criar significativa dissonância), e a concordância de grupo.

Na concordância de grupo a dissonância cognitiva será relativizada pelo fato que a pessoa que expressa alguma opinião já detém o prévio conhecimento de que outras pessoas do grupo possuem a mesma linha de cognição (consonância).

⁹⁴ FESTINGER, op. Cit., p. 161.

Outras variáveis podem ser adicionadas ao contexto do grupo social, e que direcionam para a importância daqueles elementos cognitivos que se apresentem dissonantes.

Por isso a magnitude da dissonância cognitiva no grupo social está diretamente interligada com o grau de importância da pessoa ou daquele grupo que exprimiu a opinião ou o comportamento, os quais poderão estar de acordo com o fluxo contínuo de conhecimento de grupo.

No mesmo sentido o reflexo da atratividade da pessoa ou do grupo está nitidamente ligada à magnitude da dissonância, e a “variável, quando referente ao grupo, tem sido frequentemente denominada coesão, a qual denota a soma total das atrações que impelem os membros para o grupo e os mantêm nele”⁹⁵.

Será de forma consequencial que a própria extensão do acordo (consonância) ou do desacordo (dissonância), revelará a sua magnitude. Quanto maior o número de relações dissonantes entre todos os elementos cognitivos importantes para a pessoa ou para o grupo, maior será o grau da dissonância cognitiva total.

Leon Festinger trouxe um exemplo sobre o tratamento à delinquência juvenil. Uma opinião é no sentido de um tratamento mais rigoroso (com fatores agravantes), e a outra com menos rigor (com fatores atenuantes). Por consequência haverá a dissonância, mas sua magnitude será menor. Ao se acrescentar uma opinião que excluiu o tratamento rigoroso e o moderado, e aplique a mediação voltada ao acolhimento e cortesia, com certeza a dissonância entre os grupos de elementos cognitivos se apresentará demasiada⁹⁶.

Nesse âmbito como tratar a redução da dissonância cognitiva no grupo social? Somam-se a este ponto as teorizações e os casos práticos de redução de dissonância cognitiva já alinhados no presente estudo.

Em relação à discordância social poderá ser aplicado três pontos de pressão. O primeiro pela mudança da própria opinião, sendo eficaz desde que o grupo não se apresente em desacordo com a nova opinião ou o comportamento.

Pela influência na mudança de opinião do grupo, onde o integrante que detém a opinião ou o comportamento buscará alterar àquela que pertence ao grupo e se encontra distante ou dissonante da sua.

⁹⁵ FESTINGER, op. Cit., p. 163-164.

⁹⁶ FESTINGER, op. Cit., p. 164.

E no terceiro ponto, pela redução da importância da opinião ou da pessoa, denominado de processo de não-comparabilidade, incluindo características que expressem a sua insignificância e o uso de termos pejorativos ou hostis⁹⁷.

A magnitude da dissonância e dos pontos de pressão gerados para fins de sua redução se tornaram mais evidentes podendo causar a alteração da opinião da pessoa dependendo da sua importância ou do grupo, e do grau de sua atratividade.

Quanto maior for a atratividade o seu reflexo será sentido na mudança da opinião para se coadunar com o grupo, e quanto menor o magnetismo a rejeição à opinião será sentida.

Leon Festinger apresentou os resultados de outro experimento conduzido por Schachter, sobre a discussão quanto à delinquência juvenil, sendo que tal temática não era de interesse do grupo, no qual foi incluída uma pessoa para fazer a figuração do dissidente contumaz. Concluiu-se que a figura do membro dissidente e de opinião contrária do grupo não foi significativa para direcionar sua exclusão do grupo, tendo em vista que o tema ou questão tratada era largamente irrelevante para o grupo⁹⁸.

Considerando outros aspectos da Teoria da Dissonância Cognitiva houve um alcance maior da compreensão da ocorrência de uma uniforme dissonância cognitiva no grupo social, ligando-os a boatos generalizados, negação da realidade e da proselitização em massa, tendo em vista um evento de interesse geral que acaba proporcionando uma reação quase idêntica⁹⁹.

A dissonância cognitiva uniforme poderá ser aparente em um grupo social quando um fato ou informação se apresenta de forma inegável, contrário a alguma crença, ideal, convicção ou comportamento. A dissonância generalizada precisará passar por pontos de pressão para sua redução, ao certo encontrando no apoio social sua maior fonte.

No mesmo sentido quando da ocorrência de boatos generalizados, para se evidenciar o desprezo à verdade, dependerá essencialmente da identificação de

⁹⁷ “Quando a magnitude da diferença de opinião aumenta, quando a relevância da opinião do grupo aumenta, quando a atração exercida pelo grupo recrudescer e quando a quantidade de outros elementos cognitivos consonantes com a opinião declina, deverão observar-se maiores tendências para mudar a própria opinião em resposta à dissonância, maior esforço no sentido de influenciar aqueles que discordam (sobretudo os que manifestarem a maior discordância) e maior propensão para considerar não-compatíveis os que discordam de nós”. Ibid., p. 164-166

⁹⁸ FESTINGER, op. Cit., p. 169.

⁹⁹ Idem, p. 174.

uma informação com os interesses do grupo. Seus membros devem se encontrar em circunstâncias análogas para poder causar o efeito de disseminação.

Somente quando ocasionada a dissonância cognitiva uniforme entre seus membros, e exsurgirem os pontos de pressão para sua redução através da alocação dos elementos cognitivos (negando a sua validade, ou pela inclusão de novos elementos), que tal boato tenderá a atingir a uma grande proporção.

A negação da realidade conquanto todas as provas direcionam ao contrário ocorre quando um grupo social tende a manter a sua opinião ou crença desconsiderando o contexto fático e comprovável em sua volta, sejam em situações mais comuns, ou quando envolvem comprovação científica.

Invariavelmente há uma grande dificuldade de se manter tal convicção contrária à realidade. Mas dentro de um sistema de crença ou por causa de uma ação realizada pela pessoa, evidenciando-se qualquer direção dispare à esta cognição será causada uma forte dissonância cognitiva. A tendência é pela negação da validade de qualquer acontecimento que serviu de origem para a dissonância cognitiva.

A proselitização em massa denota ser um processo de influência igual aos casos isolados, entretanto com um dimensão muito superior. Para Leon Festinger “as atividades de angariação de prosélitos podem ser manifestações de pressão para reduzir a dissonância”¹⁰⁰.

Novamente a dissonância cognitiva se faz presente, e por conseqüência os pontos de pressão para a sua redução normalmente são evidenciados pela inclusão de novos elementos ou a valorização daqueles mais consonantes com o sistema de crença defendido e tido por verdadeiro pelo grupo.

Ponderando os principais aspectos estudados se torna evidente a influência de grupo e os fenômenos de massa hiperbolizados pela moderna e instantânea mídia social, direcionando-se pela necessária análise do impacto da dissonância cognitiva no princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro.

Afetando, também a habilidade cognitiva dos jurados no Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, tornando inexistente o alcance da imparcialidade e da isenção do jurado se antes do julgamento este já foi diretamente influenciado e

¹⁰⁰ FESTINGER, op. Cit., p. 179.

contaminado com aquelas informações e detalhes que muitas vezes se encontram extra autos, criados pela mídia sensacionalista.

A capacidade de decidir de forma independente e desvinculada já foi relativizada pela exposição social. Para Artur César de Souza “se um réu já foi julgado pela mídia, como o jurado vai inocentá-lo e depois voltar a ter uma vida normal na sociedade?”¹⁰¹

No processo penal como um todo pode ser caracterizado pelo neopopulismo penal que se equipara a um fenômeno de massa que busca desestabilizar o sistema penal acusatório através da criminologia midiática, pela inflação legislativa-penal e pelo recrudescimento punitivo.

Para Luis Flavio Gomes e Débora de Souza Almeida, o “populismo penal midiático é, antes de tudo, um saber criminológico ou um discurso de expansão do poder punitivo (do hiperpunitivismo)”¹⁰².

O neopopulismo penal nos traz uma inverdade sobreposta, demasiadamente cara à liberdade, às garantias constitucionais e aos direitos fundamentais.

Funda-se na crença do discurso populista que visa o apoio e a delimitação de um consenso através do manejo da massa popular (dissonância cognitiva no grupo social), impregnado pela pseudociência penal que advém do pensamento do senso comum, e de medidas repreensivas cada vez mais enérgicas, sobretudo gravosas, caracterizando o hiperpunitivismo, a política do encarceramento e do inimigo público.

Tal contexto é resultante de uma evolução social que já delineava o pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez, pelo qual advertia que dentro de uma sociedade pós-industrial e tecnológica emergem novos riscos, advindos dos outros interesses ou valores sociais que direcionam para um acentuado exercício protetivo, caracterizando-se uma “expansão do direito penal”¹⁰³.

Nasce e renasce uma sociedade marcada pelo medo, pelo sentimento de insegurança pública e jurídica, e pela sensação de ineficiência do sistema penal, e

¹⁰¹ Neste sentido, SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 61. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197961/>>. Acesso em: 06 jan. 2023.

¹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, p. 28-30.

tal compreensão acaba por afetar o processo penal brasileiro afastando-o de sua essencialidade, em todos os seus aspectos.

Tudo isso vem a direcionar uma visão limitada do direito penal, das garantias processuais penais, evidenciando o controle social pelo uso de sua força punitiva, e pela disseminação em massa de elementos dissonantes com a liberdade e os direitos fundamentais.

Essa faceta da política criminal dissonante que se apresenta evidente na realidade brasileira desnatura o sentido de convívio social, e apresenta uma realidade criada para a discriminação e para o ódio, que afeta diretamente os princípios penais constitucionais.

Volta-se para o recrudescimento penal dentro de uma evidente política do encarceramento e do esquecimento, onde se busca afastar o delinquente do convívio social em nítida aversão à doutrina da ressocialização nascente da prevenção especial positiva conforme lição de Francisco Munõz Conde e de Winfried Hassemer:

A finalidade última das sanções penais, bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinquente, evitando desta forma que, uma vez cumprida sua pena, volte a delinquir¹⁰⁴.

Essa característica neopunitivista passa pela instrumentalização de um processo penal inquisitivo e dissonante, e os fins acabam sendo sopesados pela constante irrigação de elementos dissonantes por toda a sociedade, especialmente pelas instituições estatais e por uma legislação processual penal que delimita a ampla defesa e o princípio da presunção de inocência.

Os ideais (elementos cognitivos) do neopopulismo penal são disseminados dentro de um processo de influência social. Será neste grupo social onde serão encontradas uma das principais fontes de dissonância cognitiva, bem como este se apresenta como um instrumento hábil e capaz de reduzir ou de eliminá-la. Entretanto, os elementos dissonantes ao sistema acusatório restam impregnados de forma contundente, desequilibrando todo o processo penal.

Essa dissonância no grupo social apresentou-se em primeiro plano na forma de discordância de opiniões, ideias, convicções e de comportamentos,

¹⁰⁴ CONDE, Francisco Munoz; WINFRIED, Hassemer. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 234-235.

atingindo proporções de fenômenos de massa, utilizando-se da tecnologia comunicacional.

A dimensão da dissonância cognitiva no grupo social estará diretamente interligada com a possibilidade de se gerar novos elementos cognitivos consonantes ou dissonantes (dentro de um processo de influência), os quais serão somados à cognição da pessoa, e servem de apoio em vista a sua redução, também à sua magnitude. Para Leon Festinger “os processos de comunicação e influência social estão, por conseguinte, inextricavelmente entretecidos nos processos de criação e redução da dissonância”¹⁰⁵.

Resultando em um novel, conflitante e dissonante cenário social que representa um terreno fértil para o exercício do autoritarismo, para a segregação social e para se jogar na vala comum todos os direitos fundamentais do ser humano, dilapidando nossa democracia e o Estado Democrático e Social de Direito já corroído pelo emergencialismo no direito e do processo penal simbólico.

Sérgio Moccia em análise da legislação antimáfia italiana já alertava pelo impregnado recrudescimento penal e pelo simbolismo emergencial disposto em legislação que se afastou dos direitos fundamentais, e do próprio significado de bem jurídico-penal:

[...], Totalmente irracional – de confiar unicamente ao direito penal a solução do problema da criminalidade organizada, que, reduzido a uma mera questão de ordem pública, deveria justificar a adoção de providências emergenciais, caracterizadas pela improvisação, pelo caos, rigorismo repressivo, pelo caráter simbólico [...]. O emergencialismo, em outras palavras, gerou o uso simbólico do direito penal, em nome de uma presumida política criminal da eficiência, que acabou por suplantiar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes¹⁰⁶.

Todo esse movimento faz nascer uma pseudo roupagem de legitimidade social e constitucional do direito e do processo penal, onde em sua realidade impera a autoridade estatal, disfarçada de defesa da ordem, da paz social e de uma obscura segurança jurídica, que nebulosamente conduz à eficiência processual penal.

¹⁰⁵ FESTINGER, op. Cit., p. 161.

¹⁰⁶ MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 58-91, jan./mar.. 1999. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17285>. Acesso em: 18 set. 2022.

Quedou-se a bastilha, mas não o imperialismo do interesse de uma minoria que se faz maioria para no engodo alcançar reflexos positivos individualistas de uma política de subtração de direitos fundamentais.

Esse efeito negativo do recrudescimento penal atinge o significado maior do princípio da presunção de inocência, e advém nas últimas décadas desse crescente movimento populista, neopopulista, de veia representativa e que conduz, ao certo, a uma dicotomia existencial, e para Carlos de La Torres paira em um fenômeno “democrático ou antidemocrático”¹⁰⁷, e hiperboliza pelo medo, incendiando e dividindo toda a sociedade.

Em um sentido mais abrangente, sobretudo dentro de um pensamento pseudo garantista, o movimento neopopulista vem a consolidar-se na figura denominada por Jürgen Habermas como um “novo autoritarismo internacional”¹⁰⁸, o qual acaba por impregnar diversas políticas estatais, maculando-as pela essência antidemocrática, sentido que se impregnou no processo penal brasileiro nas últimas décadas.

E parte da sociedade aceita tais efeitos negativos nas garantias e nos direitos fundamentais em troca de promessas do combate à criminalidade e do aumento da sensação de segurança pública.

Efeitos ilusórios que não depuram sua verdadeira origem, mas que são resultantes de um sentimento amargurado pelo desencontro das inverdades prometidas por uma liderança política que trouxe outras divisões à já comprometida unidade social, e que não conseguiu satisfazer aos interesses de uma classe que emergindo financeiramente não encontrou respostas em todos os setores sociais, acentuando a individualização de seus interesses.

E de um modo alargado como consequência à sociedade, se fez presente grandes disparidades políticas, sociais e econômicas, originando novas castas sociais, e se afastando de um sentido mais efetivo para a distribuição de riquezas, esse importante elemento para o equilíbrio social, e para a materialização de uma

¹⁰⁷ TORRES, Carlos de La. El populismo y la promesa de una democracia más inclusiva. In: **Geografía del populismo**: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump. RIVERO, Angel; ZARZELEJOS, Javier; e PALACIO, Jorge del (org.). 2. ed. Madrid: Tecnos, 2018, p. 54-55.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. Por uma polarização democrática: como por abaixo o populismo de direita? Tradução de Veyzon Campos Muniz. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 5, n. 2, p. 135-147. 2017.

“justiça equitativa” defendida por John Rawls¹⁰⁹, quiçá uma “justiça possível” pela substancialidade da ideia de justiça de Amartya Sen¹¹⁰, e que deveria restar vigente dentro de um Estado Democrático de Direito.

Essa transposição disruptiva que atingiu diretamente os direitos fundamentais da ordem social, desaguou neste novo fenômeno do neopopulismo penal, ou do populismo penal que se funda, conforme alertaram Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza Almeida no:

Método hiperpunitivista que se vale do (ou que explora o) senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como ‘solução’ para o problema da criminalidade¹¹¹.

Para Eugenio Raul Zaffaroni ocorreu um nítido avanço repreensivo pela “cascata de leis punitivistas com que os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação em massa e à crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais”¹¹².

A desenfreada busca por efetividade no processo penal, diga-se efetividade da prisão, e o incitamento dos elementos cognitivos dissonantes com a liberdade, fez com que Roberto Delmanto evidencie-se o surgimento do Estado policialesco:

Há que se ter muito cuidado e controle do poder estatal, sob pena de instituir-se um indesejado “Estado policialesco” que, de tal forma dotado de poderes investigatórios e invasivos, venha a ameaçar não só aqueles que cometem crimes, mas a todos os cidadãos. Um Estado arbitrário, que beira o ditatorial, apoiado em lei e com a chancela de juízes e tribunais¹¹³.

O neopopulismo penal em suas diversas formas e propostas que visam o enrijecimento penal e da instrumentalização pela eficiência do processo penal em

¹⁰⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman, Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

¹¹¹ GOMES; ALMEIDA, op. Cit., p. 12.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1934 a 1945**. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, 82.

¹¹³ DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 249. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 01 dez. 2022.

evidente cariz emergencialista e de garantias processuais penais simbólicas, se traduz no limítrofe pensamento de ser a única solução, um elemento cognitivo da eficiência do sistema penal, um signo para combater uma crescente criminalidade sem que sejam enfrentados os reais desafios sociais e jurídicos.

A fragilização dos princípios e das garantias processuais fundamentais à liberdade humana e à convivência social, especialmente o da presunção de inocência que sofre com sua relativização em prol de uma visão amargurada do fenômeno criminal.

Por isso evidencia os aspectos dos elementos da dissonância cognitiva que exsurtem no grupo social, e são disseminados através da mídia e das redes sociais, nutridos pelos fenômenos de massa que impactam diretamente o sentido do princípio da imparcialidade, projetando tal fenômeno para as quatro linhas do processo-crime.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 Do ordálio à presunção de inocência: a evolução do processo penal da idade média ao iluminismo

Uma antiga e medieval crença portuguesa relacionada às formas de julgamento no processo penal, que simboliza aquele país, é a denominada lenda do Galo de Barcelos, como ficou conhecida a história do inocente condenado à morte que foi salvo da forca minutos antes de seu trágico fim por um cantar de um galo já despojado de suas penas e preparado para satisfazer o mais requintado paladar do juiz sentenciante, que se viu obrigado a absolvê-lo. Delimitou-se os primeiros traços do sentido da presunção de inocência como uma garantia processual penal¹¹⁴.

A ideia de trazer inicialmente a pequena fábula portuguesa tem por finalidade chamar a atenção para o fato que o cerne da questão que se pretende tratar no presente capítulo é conhecida de longa data, e remete ao inquisitivo tratamento processual penal vivenciado na Europa medieval.

Ao mesmo tempo serve para apontar que o contemporâneo significado do princípio da presunção de inocência foi sendo construído ao longo dos séculos para fins de afastar a delimitação protetiva que o julgamento no processo penal sofreu pelas atrocidades justificadas nas teorias do teocentrismo e do absolutismo.

Nessa contextualização o princípio da presunção de inocência vem sofrendo acentuada (des)evolução com o decorrer do desenvolvimento das civilizações, e pela renovação do pensamento jurídico, especialmente da Ciência Penal e do processo penal no Brasil, e em alguns países europeus.

Todavia as marcas negativas causadas pela contraditória evolução social, e pela alternância em sua linha interpretativa que em certos momentos direcionaram pela restrição na aplicabilidade do princípio, causaram sérios problemas para a contenção dos limites da atuação do Estado quando do exercício da persecução penal, e assim, restringiram ainda mais os direitos e as garantias processuais dos indivíduos.

¹¹⁴ O início do presente estudo considerará as bases do processo penal vivenciado na Europa durante a Idade Média Clássica e a Idade Média Tardia (séculos XI a XV).

Em outros episódios houve um acelerado alargamento da extensão protetiva do significado do princípio, por vezes alterando sua essência através de interpretações desprovidas de fundamentos jurídicos, voltando-se para a aplicação direta em situações individualizadas, que acabam por macular seu significado maior¹¹⁵.

O resultado contribuiu para sua incompreensão por parte da sociedade, que dentro de uma análise aliada aos altos índices de delinquência criminal, elege o princípio da presunção de inocência como um obstáculo em vista à segurança pública, e o causador da inoperância do processo penal brasileiro.

Por esse norte imbuído dos fundamentos da Ciência Penal e do garantismo penal, somaram-se ao princípio da presunção de inocência, demais garantias processuais penais decorrentes de inúmeros outros princípios materializados constitucionalmente que foram surgindo com a evolução e a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos.

Dentre aquelas garantias pode-se incluir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que fizeram com que a caricatura do princípio da presunção de inocência, por assim dizer, fosse tomando contornos mais acentuados a fim de enfatizar os aspectos que a nova realidade jurídica em respeito aos direitos fundamentais e nas garantias processuais penais passou a exigir do ordenamento jurídico fundado no legítimo Estado Democrático de Direito.

Por reflexo tal significado se apresentou como suficiente para o afastamento, mesmo que incipiente, da condenação sumária e sem a presença de fatos e de provas concretas, comum de um período vivenciado por uma comunidade envolta em crenças e nas trevas.

Na época em que a história do Galo de Barcelos é contada vê-se nitidamente a preocupação daquela sociedade que ao estar diante de uma condenação por assim dizer injusta ou até mesmo imotivada – dada à conotação de inexistência da prática do delito que exsurge do conto –, resolve dar vida a um ser

¹¹⁵ Neste sentido a discussão da existência de um garantismo hiperbólico monocular, e a proposta de um garantismo integral, em contraponto à maximização do garantismo penal. FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral [e não o garantismo hiperbólico monocular] e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4.^a Região**, Porto Alegre, n. 28, 24 mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 22 dez. 2022.

inanimado para que este exerça o papel heroico de salvar um inocente da sua condenação à pena de morte.

Certamente não só o céptico questionaria a lenda. No entanto o que se quer apontar é a função da lenda daquela época até os dias atuais. Ao tempo em que a condenação era algo divino e provinda dos céus, a absolvição, por sua vez, também deveria advir de origens supra-humanas, ou da clemência daquele que na terra representava o ser onipotente.

O reconhecimento mesmo que fragmentário da existência de um princípio de presunção de inocência (em suas diversas denominações), apesar de imbuído de resquícios medievais, faz com que a própria sociedade não encontre mais satisfação em histórias e nas crenças populares.

E quando evidente a prática de uma conduta criminal, que seja instrumentalizado o julgamento pela ótica de um processo penal institucionalizado, e eficiente para a proteção daqueles bens legitimamente eleitos.

Luiz Regis Prado denota a imprescindibilidade da teoria do bem jurídico “já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do direito positivo”¹¹⁶.

Outra importante definição é trazida por Luigi Ferrajoli, afastando uma visão utilitarista do direito penal, e afirmando pela necessária presença da lesividade do resultado da conduta humana, a qual “condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como ‘lesão’, ‘dano’ e ‘bem jurídico’ são claramente valorativas”¹¹⁷.

O hodierno sentido do princípio da presunção de inocência dentro dos contornos fundamentais do direito constitucional, ergue-se ao acusado como uma de suas mais fortes garantias processuais penais, instrumentalizando o processo penal que buscará dar uma resposta efetiva e protetiva aos bens valorados dentro da teoria do bem jurídico-penal.

Tal garantia não significa impunidade, e deverá ser interpretada de forma coerente para que não acabe por impedir a atuação do Estado quando exerce seu

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 428.

magistério persecutório em salvaguarda de toda a coletividade, dentro das condições e das exceções penais e processuais existentes.

Todavia o evoluído sentido do princípio no ordenamento jurídico penal e processual penal sofre negativos reflexos advindos da praxe jurídica que acabam por lesar e descurem seu verdadeiro sentido, originando prejuízos infundáveis ao bem maior da liberdade do indivíduo, e ao sentido *lato sensu* de justiça que deve emanar do sistema processual penal.

Será neste cenário que se justifica a escolha pelo tema, e se apresenta necessário o contínuo estudo do significado e do alcance do princípio da presunção de inocência e de seus corolários materializados no processo penal.

Para o encontro do seu mais acurado e contemporâneo significado será analisada no decorrer do capítulo, a evolução histórica do axioma “in dubio pro reo” ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, passando os olhos pelo sistema inquisitivo da Idade Média e suas provas de fogo, e a inicial reestruturação processual penal advinda pela *Magda Carta Libertatum* de 1215, e *per saltum*, à Declaração Inglesa de Direitos de 1689, à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que culminou na sua inclusão no preâmbulo da Constituição Francesa de 1791¹¹⁸.

Entre os séculos XIX e parte do XX o princípio da presunção de inocência passou por severas críticas que questionaram sua legitimidade e aplicabilidade ao processo penal. Quanto a esse período Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho resume que “o princípio sofreu grande crítica, especialmente da Escola Positiva, por Garofalo, por Ferri e por Manzini, esse último considerando-o um verdadeiro absurdo”¹¹⁹.

Posicionamento que a partir da segunda metade do século XX, foi tomando outros rumos quando do redescobrimento da importância de estudos anteriores que aprofundaram a essência do princípio da presunção de inocência contida no pensamento de “Hobbes, Beccaria, Pufendorf e Carrara: [...] perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna que se diga provisório o estado de liberdade, e, por conseguinte, normal o estado de detenção”¹²⁰,

¹¹⁸ FRANÇA. **Constituição francesa**, 1791. Disponível em: <<https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

¹¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 109.

¹²⁰ Ibid., p. 109.

influenciando a sua inclusão na Constituição italiana de 1947, mesmo com um significado inicialmente mais limitativo.

Na segunda metade do século XX houve a concretização do princípio da presunção de inocência com a sua inclusão na Constituição portuguesa de 1976, e na espanhola de 1978. Nesta esteira evolutiva tomou de forma reflexiva a Constituição brasileira de 1988, a qual adotou certos aspectos da fórmula da italiana de 1947, em vista à presunção de não-culpabilidade.

Por outro lado, a Constituição Cidadã foi influenciada pelo decorrer natural da essência contida nas outras constituições ora citadas, justificando a análise do princípio pelo estudo comparativo do ordenamento jurídico-constitucional luso-brasileiro, interligando-o com o italiano e o espanhol.

Em sua legitimidade constitucional, sem adentrar na procura de respostas às efemeridades sociais, e do pensamento emergencialista processual penal que tomam conta atualmente da discussão jurídica no Brasil, advinda do reconhecimento da autoaplicabilidade de princípios, ou pela procura desmedida de sua mitigação jurisprudencial ou legiferante, a interpretação do princípio da presunção de inocência (de não-culpabilidade), vem se adequando às diretivas internacionais, em busca de um necessário equilíbrio.

2.1.1 O ordálio e os parâmetros iniciais da verdade

Na Europa medieval o processo penal vigente entre o século XI até fim do século XVIII apresentava-se enraizado nos fundamentos do direito romano canônico, sendo preponderante seu caráter inquisitório, com supremacia da autoridade do Estado (em seu significado *lato*) sobre a liberdade individual como uma das formas de controle dos delitos.

Período em que vigorou a presente e inescusável verdade acusatória, de seus métodos de indução em busca da confissão do suspeito, e sua consequente condenação pela imputação divino criminal.

Para Afrânio Silva Jardim o sistema processual inquisitório surgiu com fundamento no Direito Canônico em desacordo com o próprio modelo romano que vigia até então o qual mantinha uma dimensão acusatória:

Não é difícil perceber que tal sistema debilitava em muito a persecução penal, sendo fruto da sociedade liberal e individualista romana. Como toda evolução humana (e mesmo da natureza em geral) se faz através da oposição dos contrários, dialeticamente surgiu, posteriormente, o sistema inquisitório, sob a forte influência do Direito Canônico. Na verdade, o sistema inquisitorial opõe-se ao sistema acusatório, como consequência da própria alteração estrutural da sociedade, encontrando campo fértil na Idade Média¹²¹.

Durante a Idade Média¹²² – passando por seus períodos da idade média clássica e da idade média tardia –, tem-se uma época de grandes paradoxos na comunidade¹²³, eis que presente de um lado a virtude da santidade, e do outro o pecado humano, estando este bastante evidente na figura da mulher, dentro de um pensamento hodiernamente misógino, discriminador e que foi capaz de atravessar os séculos, trazendo infundáveis consequências negativas para a vida das mulheres, especialmente uma acentuada violência de gênero¹²⁴.

Nesse período o julgamento do acusado era o mais nobre existente, vez que segundo a doutrina da época o julgador era Deus. Fato que em não raras exceções acarretava durante o julgamento a predominância de procedimentos processuais penais hoje rechaçados por grande parte da sociedade contemporânea, especialmente o uso da tortura para à confissão.

Em razão disto e, também devido ao fato de que a comunidade medieval elevava a divindade ao ápice da pirâmide de legitimação – o mais alto poder da época –, o processo penal obedecia uma lógica conceitual psíquica e interna do

¹²¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 42. Nesta linha “embora haja reminiscência do princípio no Direito Romano, o processo inquisitivo encobriu-o inteiramente”. CARVALHO, op. Cit., p. 109.

¹²² “Admirador dos clássicos, o italiano Francesco Petrarca (1304- 1374) já se referira ao período anterior como de tenebrae: nascia o mito historiográfico da Idade das Trevas’. FRANCO JR, Hilário. **A idade média: nascimento do ocidente**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2001. p. 9.

¹²³ Época do feudalismo afastando o conceito moderno de sociedade. “A sociedade feudal considerava que havia três estamentos sociais: a nobreza, o clero e o povo. O povo, o chamado Terceiro Estado, era constituído dos homens comuns, dos servos e dos comerciantes burgueses”. CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 110.

¹²⁴ “Durante todo o período medieval o pensamento misógino ocupou os escritos clericais. A mulher era considerada um ser muito mais próximo da carne e dos sentidos e, por isso, uma pecadora em potencial. Afinal, todas elas descendiam de Eva, a culpada pela queda do gênero humano. No início da Idade Média, a principal preocupação com as mulheres era mantê-las virgens e afastar os clérigos desses seres demoníacos que personificavam a tentação carnal. A partir do século XI, com a institucionalização do casamento pela Igreja, a maternidade e o papel da boa esposa passaram a ser exaltados. Criou-se uma pedagogia da salvação feminina a partir basicamente de três modelos femininos: Eva (a pecadora), Maria (o modelo de perfeição e santidade) e Maria Madalena (a pecadora arrependida)”. VENTORIM, Eliane. Misoginia e santidade na baixa idade média: os três modelos femininos no livro das Maravilhas (1289) de Ramon Llull. **Revista Eletrônica de História Antiga e Medieval**, Madrid, n. 5. p. 193-211. jun./dez. 2005. Disponível <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2227049>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

homem que tinha o Ser místico como supremo, o que tornava o julgamento um momento inquestionável, eis que considerado justo segundo à vontade de Deus.

O ordálio que configurava “qualquer prova jurídica usada na Idade Média, sob o nome de Juízo de Deus”¹²⁵; a tortura, as ínfimas possibilidades de defesa das acusações, o prejulgamento eram concebidos como meios legítimos para alcançar a provável, legítima e quase sempre inafastável condenação criminal.

Inexistia qualquer preocupação em questionar o procedimento processual penal havido por legítimo por parte do julgador ou da comunidade, uma vez que todos estavam convictos se o acusado fosse inocente Deus intercederia em seu favor, e a sua inocência restaria materializada.

Ao se evidenciar a condenação e, por fim a aplicação da sanção que exsurgia na qualidade de pena capital, seria o natural resultado de prova de sua culpabilidade, também atestada pela não intervenção divina.

Os *homens* estavam certos de que o que faziam era justo e nobre – até mesmo porque agiam em nome do ser divino. Para Calvino a regra superior da infinita justiça “é a vontade de Deus, o que Ele quer há que considerá-lo justo porque Ele o quer, [pois encontra-se] tão desligado das leis, que é lei de Si mesmo e de todos os demais”¹²⁶.

O processo penal com ares inquisitórios era aceito sem oposições da sociedade e, por vezes do próprio acusado. Para José da Costa Pimenta o processo penal era repleto de formalidades criadas para justificar conclusões eclesiásticas quanto à conduta profana:

O inquisitio assume um papel, um desenvolvimento e uma importância consideráveis, ocupando a maior parte do tempo e dos recursos. A audiência é apenas uma formalidade destinada a expor as conclusões do inquérito e a tirar as respectivas consequências. São as jurisdições eclesiásticas que, no direito romano do Baixo Império, encontram os princípios fundamentais do processo penal de tipo inquisitório. Deram-lhe, aliás, o máximo desenvolvimento, e o nome que lhe ficou lembra o Tribunal da Inquisição ou do Santo Ofício¹²⁷.

¹²⁵ HOUAISS. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

¹²⁶ GOYTÍSOLO, Juan Vallet de. **A encruzilhada metodológica jurídica no renascimento, a reforma, a contra-reforma**. Tradução de Fernando Luso Soares Filho. Lisboa: Edições Cosmos, 1993, p. 27.

¹²⁷ PIMENTA, José da Costa. **Processo penal: sistemas e princípios**. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony, 2003, p. 91.

Para Aury Lopes Junior durante a Idade Média para o vicioso processo penal bastava uma meia culpa para a condenação criminal, eis que durante a “inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade¹²⁸.

E todo esse direcionamento procedimental do processo penal provinha do manual inquisitório, o qual traçava todos os aspectos mais importantes na aplicação da colheita da prova, de sua valoração para fins do encontro da culpa e do culpado.

Para Aury Lopes Júnior a semiprova conduzia a uma condenação justa, dentro do pensamento da época disposto no *Directorium Inquisitorum*, onde “Eymerich orientava que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”¹²⁹.

Por tais motivos importante se faz uma ressalva: não se pode analisar e questionar o sistema processual penal da Idade Média a partir dos atuais conceitos gerais de direito e dos respectivos princípios constitucionais, bem como, tomar por base as garantias processuais penais hodiernas e aplicá-las em casos passados, senão com o intuito de uma necessária evolução do aprendizado. Ao retroceder o atual significado garantista ao sistema falacioso, comete-se ao mesmo tempo o erro de equipará-lo.

Obviamente não se olvida de considerar que existiram excessos e atrocidades, para as quais todas as críticas são direcionadas. Marcante se faz a referência ao pensamento de José de Faria Costa no qual as “instituições e os homens devem ser compreendidos à luz da história”¹³⁰.

Tudo evolui e não foge à regra até mesmo o sistema falacioso. A sociedade evolui independentemente da justiça ou da maldade do sistema, em especial seu sistema de punição caracterizado pelo processo penal, o qual em sua concepção moderna se transmuda em direito constitucional aplicado, respeitando sua natureza e autonomia.

¹²⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 57-58.

¹²⁹ Ibid., p. 58.

¹³⁰ COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 74, v. LXXIV, p. 89-105, 1998.

Por esse norte em algumas pinceladas antecipa-se algumas características do evolutivo direito penal e do processo penal que estão umbilicalmente em consonância com o direito constitucional, onde o exercício punitivo encontra seus fundamentos e suas limitações, especialmente na teoria do bem jurídico-penal e das garantias processuais penais.

Nas últimas décadas houve um avanço para um Direito Constitucional Penal Constitucional (ou do Direito Penal Constitucional), que justifica a atuação minimalista da intervenção estatal, seja no momento da criação da lei, de sua interpretação e da aplicação através do processo penal.

Neste sentido, Maria Fernanda Palma considera que:

[...]. A problemática do Direito Constitucional Penal está directamente relacionada com a justificação do poder estatal. Pela complexidade do seu problema central, em que duas questões concêntricas de validade se conjugam quanto a conteúdos legislativos marcados historicamente por instituições enraizadas na Cultura e articuladas com a Moral, esta disciplina requer um espaço analítico de cruzamento do Direito Constitucional, do Direito Penal e da Filosofia do Direito¹³¹. [...], De qualquer modo, mais do que uma Constituição Económica – que pode ser posta em causa por uma visão minimalista da intervenção do Estado, uma Constituição Penal é indispensável para legitimar o poder punitivo do Estado¹³².

Entretanto em período que antevêm a todo esse pensamento evolutivo do bem jurídico-penal, dos valores e da aplicabilidade dos princípios constitucionais, do direito penal constitucional e das garantias processuais penais, a sociedade necessariamente passou pela reconexão de seus fundamentos em vista a maior proteção do ser humano.

Houve uma reconstrução de significados e o afastamento de teorias centradas no ser divino e no poder absolutista, através das novas características humanistas evidenciadas pelo antropocentrismo no período histórico do Renascimento.

Prorrompendo com alguns dos conceitos ainda então existentes da Idade Média, adentrando-se entre os séculos XIV e XVI, surge o renascimento como um dos mais importantes movimentos de renovação cultural ocorrido na Europa, impregnando grandes mudanças na cultura, na arte, na filosofia, na ciência e na matemática.

¹³¹ PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 21.

¹³² Ibid., p. 14.

É neste momento de transição histórico-cultural que se tornam perceptíveis os avanços na literatura, na arquitetura, no humanismo e da economia, e de maior liberdade criatividade, e da capacidade inventiva do ser humano¹³³.

Por muitos historiadores o Renascimento cultural na Europa foi considerado um dos marcos da era moderna, e motriz do rompimento das tradições feudal e teocêntrica. O Renascimento até certo ponto do homem, por assim dizer, que por seus méritos pessoais assume um novo papel, agora de protagonista na sociedade denominado pelo humanismo da era do antropocentrismo¹³⁴.

Como consequência na esfera jurídico-penal e processual penal, transparece certa transformação, ainda incipiente em relação à proteção do ser humano, mas que inicialmente e de forma gradativa foi ultrapassando o julgamento pelo ser Divino, para o proveniente do desejo absolutista do rei, e depois do Estado.

Nas palavras de Francesco Calasso, ao lado do Renascimento erguia-se uma “ameaçadora sombra do *princeps ab legibus solutus* e a estrutura maciça do Estado onipotente”¹³⁵, o que não significou grandes avanços em prol a um processo penal mais garantista no sentido mais contemporâneo da palavra.

2.1.2 O iluminismo e uma nova roupagem humanista no processo penal

Ainda no contexto histórico – especialmente entre os séculos XVII e XVIII, mais marcante no último –, com as influências do Iluminismo surge o pensamento crítico contra o ainda processo de cunho autoritário e inquisitorial característico do antigo regime.

O lado humano é exaltado com maior intensidade, e será neste sentido que para Ricardo Castilho esse momento representou grandes transformações da estrutura social:

¹³³ Nesta linha, ACKER, Maria Teresa Vianna Van. **Renascimento e humanismo**: o homem e o mundo europeu do século XIV ao século XVI. 12 ed. São Paulo: Atual, 1992.

¹³⁴ Na evolução do pensamento a partir do século XX, e parte do século XXI, exsurge a teoria do Biocentrismo, capaz de redesenhar a configuração da dignidade do ser humano como centro do universo, para a inclusão da dignidade animal, e todas as formas de vida são importantes. SILVA JÚNIOR, Sebastião Donizete da; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. Do antropocentrismo ao biocentrismo: uma aproximação entre a dignidade humana e a dignidade animal não humana. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 4, p. 100-118, fev. 2020. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1631>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

¹³⁵ GOYTÍSOLO, op. Cit., p. 18.

O iluminismo, como base filosófico-teórica do liberalismo, despertava os homens de muitos países para uma nova ideia, a de que não estavam fadados à imobilidade social por determinação de nascimento. O raciocínio seguinte era de uma lógica tão simples quanto grandiosa: se não é Deus quem define a posição social, a estrutura atual não precisa ser eterna e o homem pode alterá-la¹³⁶.

No iluminismo a razão humana é considerada a luz para o esclarecimento de todas as dúvidas, dos conflitos na sociedade, e a ampliação da liberdade humana representou um elo integrativo.

Sua valoração perante a sociedade evidencia a necessidade de acentuadas mudanças nos procedimentos processuais penais então vigentes, e a possível redução do poder da igreja, com o abandono do julgamento pelo ser divino que restou impregnado no falacioso processo penal da idade média, que, indubitavelmente, ainda mantém resquícios até os dias atuais.

Alexandra Vilela comparou esse momento histórico à falência do processo penal inquisitivo, em leitura de humanistas da época, especialmente Beccaria, Montesquieu e Voltaire, direciona que:

Com efeito, humanistas anteriores e contemporâneo a este autor (Beccaria) como, por exemplo, Montesquieu e Voltaire, haviam já escrito sobre a necessidade de se operar um corte com a mentalidade vigente na época. Está bom de ver que os excessos e os arbítrios a que conduziu este processo haveriam de contribuir decisivamente para sua falência, e, aliado a este factor, há ainda a considerar o facto de os pensadores e juristas da altura terem olhado para o modelo britânico de processo penal, de estrutura acusatória, tribunal de júri e método de íntima convicção, que, na prática, se vem revelar de resultados bem mais humanos¹³⁷.

O movimento lento iniciado no renascimento, e que tomou maiores proporções no pensamento libertário, veio a fundamentar a Revolução Francesa de 1789¹³⁸. Momento em que o iluminista colocou o homem como capaz de se autodeterminar, concretizando o entendimento de que a solução dos seus conflitos

¹³⁶ CASTILHO, op. Cit., p. 107.

¹³⁷ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 30 e ss.

¹³⁸ O movimento que culminou na Revolução Francesa inicia-se figurativamente como revolta “no início de 1789, o rei Luís XVI, preocupado com o desemprego crescente e com a crise financeira, lembrou-se de convocar a organização para tentar envolver todo mundo na solução do problema. Para isso, precisava compor a assembleia com representantes que deviam, de algum modo, ser votados. Pecou pela arrogância ao escolher para local da primeira reunião o suntuoso palácio de Versalhes. O resultado, previsível, foi um confronto entre o povo esfomeado, comerciantes espoliados, nobres descontentados e religiosos desencantados, e a realeza, absoluta, absolutista e absolutamente alheia à realidade do reino”. CASTILHO, op. Cit., p. 110.

deveria passar do julgamento divino para a intervenção humana, em especial do Estado, afastando-o dos interesses individualistas.

Todavia, durante boa parte do Iluminismo a liberdade dos indivíduos resta brutalmente limitada, agora pelos interesses e privilégios à classe burguesa e pela onnipresente autoridade do Estado, como já alertava Cesare Beccaria:

Abra-se a História e veremos que as leis, embora sejam ou devam ser pactos de homens livres, a maior parte das vezes foram apenas instrumento das paixões de uma minoria, ou nasceram tão-só de uma fortuita e passageira necessidade; veremos que elas não são já ditadas por um frio observador da natureza humana que em um só ponto concentrasse os actos de uma multidão e os analisasse segundo este princípio: a máxima felicidade repartida pelo maior número¹³⁹.

Em relação aos principais atos do processo penal vigentes na época, tem-se na mesma pessoa do juiz as funções de instrução, acusação e de julgamento, estando o acusado em posição desproporcional, acarretando ao certo infundáveis prejuízos ao pleno exercício de seus direitos, bem como às garantias processuais modernamente concebidas e que se encontravam em fase embrionária.

Contexto ao qual levou a Cesare Beccaria afirmar em sua clássica obra pela necessidade do julgamento no processo penal pelos integrantes do próprio povo (por exemplo, o conselho de sentença no tribunal do júri).

Como isso seria proporcionado um afastamento das ideias teocêntricas, bem como propondo uma separação das funções do magistrado, ou seja, do próprio Estado em vista ao que mais tarde veio a delinear os princípios da igualdade e da imparcialidade.

Cesare Beccaria afirmou que haveria felicidade naquela nação em que existam “leis segundo a qual cada homem deve ser julgado pelos seus pares, porque, quando se trata da liberdade e da sorte de um cidadão, é preciso calar os sentimentos que inspira a desigualdade”¹⁴⁰.

Para Afrânio Silva Jardim a separação de funções do juiz inquisidor (acusação e julgamento) e a eleição de um órgão acusador, representou significativa evolução da instrumentalização do processo penal e da delimitação dos poderes estatais:

¹³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 61-62.

¹⁴⁰ Ibid., p. 89.

Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada. O processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nulla poena sine judicio*¹⁴¹.

Esse pensamento fundamentou muitas mudanças nas nuances processuais penais em vista da criação de maiores e mais complexas garantias ao acusado, seja no processo penal em si, tal como nos iniciais procedimentos investigatórios.

Neste novel período em contrário senso ao pensamento da razão e da maior preocupação com o ser humano, o processo penal mantém vivos os resquícios inquisitivos.

É iniciado através de uma denúncia secreta “quem pode defender-se da calúnia, quando ela está armada com o mais forte escudo da tirania: o segredo”¹⁴², entre outros hábeis procedimentos de tortura que visavam extrair a verdade processual, ou a verdade contornada pela vontade do julgador.

São Tomás de Aquino escreveu no século XIII em sua Suma Teleológica, no capítulo Tratado sobre a Justiça, na questão 60: do Juízo no artigo 3.º Demais, uma passagem que direciona-se pelo mesmo significado atrelado à suspeita, a qual em sua definição traz a injustiça, em sentido contrário ao juízo, à razão da qual emana a justiça: “sendo ilícito; o juízo fundado numa suspeita há de forçosamente reduzir-se à injustiça, pois, o juízo é um ato de justiça, como se disse (a. 1). Ora, a injustiça é genericamente sempre um pecado mortal, como já se estabeleceu”¹⁴³.

Acresce-se aquele processo penal iniciado através de uma denúncia anônima ou por mera suspeita, a evidente inexistência de oralidade acusatória, e de uma oralidade defensiva (inexistia um diálogo processual), imperando um processo evidentemente escrito, com o agravante de que poucas pessoas dominavam a escrita naquela época.

¹⁴¹ JARDIM, op. Cit., p. 43.

¹⁴² BECCARIA, op. Cit., p. 91.

¹⁴³ AQUINO, São Tomás. **Suma teleológica**. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

O contraditório¹⁴⁴ – uma das garantias primordiais do processo penal moderno –, não se encontrava presente. Extrai-se que desse sistema o acusado é submetido ao processo penal, e desde seu início é considerado culpado pelas acusações que lhe são rogadas, e conforme alertado a semiprova era suficiente para externalizar a culpabilidade do acusado, e sua consequente condenação criminal, por vezes à pena de morte.

É extremamente visível a possibilidade de condenação sumária do acusado desde a ocorrência da mera notícia da prática de um delito, e do simples indício de sua autoria. Vigia neste sistema processual penal, mesmo durante o iluminismo, o princípio da culpabilidade em contraposto ao da presunção de inocência (situação que marcou sua história evolutiva)

A tortura – existirá um interrogatório mais sugestivo do que obrigar o acusado a confessar pela imposição da dor –, é aceita, protegida e se apresenta como o meio mais eficaz e absoluto de se obter a confissão.

Nesse cenário a tortura se apresentou como uma triste e marcante evolução do sistema processual penal que admitia a prova da verdade através do ordálio, das provas de fogo que se apresentavam insuperáveis, salvo a externa intervenção divina.

Considerando o pensamento de Cesare Beccaria inexistia meio mais eficaz, e com certeza mais nefasto do que o emprego da tortura como instrumento processual penal:

A única diferença entre a tortura e as provas de fogo e da água fervente é que o êxito da primeira parece depender da vontade do réu, e o da segunda de um facto puramente físico e extrínseco; mas esta diferença é apenas aparente e não real. É tão difícil dizer livremente a verdade entre os espasmos e os suplícios, quanto o era evitar sem fraude os efeitos do fogo e da água fervente¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5.º, inciso LV da Constituição Federal de 1988); “O processo penal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório” (artigo 32.º, n. 5 da Constituição da República Portuguesa de 1976). A Lei n.º 13.964 de 24/12/2019, traz importante inovação quanto ao contraditório e à imparcialidade, criando a figura do Juiz das Garantias, e fixando em seu artigo 3.º-A que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

¹⁴⁵ BECCARIA, op. Cit., p. 95.

Será pela tortura que a negação de culpa é vencida pela dor e pelo cansaço, que acabam direcionando para uma interna e dissonante aceitação de culpa:

Todo o acto da nossa vontade é sempre proporcionado à força da sensação de que é a causa; e a sensibilidade de cada homem é limitada. Portanto a sensação de dor pode crescer de tal modo que, ocupando toda a sua sensibilidade, não deixe liberdade alguma para o torturado senão a de escolher o caminho mais curto, naquele momento, para se subtrair ao sofrimento. Então a resposta do réu é tão necessária como as impressões do fogo ou da água. Então o inocente sensível declarar-se-á culpado quando julgar com isso fazer cessar o tormento¹⁴⁶.

Nestes moldes todas as formas de tortura são reconhecidas como válidas pelo processo penal durante toda a idade média, e por longo tempo durante o iluminismo, a fim de se extrair a confissão espontânea do acusado – mesmo quando aniquilado o real significado de espontaneidade.

A confissão possui caráter decisório na sentença de condenação, sendo a prova maior, eleita como a rainha das provas, sendo capaz de satisfazer o princípio da culpabilidade então vigente. Para Alexandra Vilela ainda naquele período “a confissão é, sem sombra de dúvidas, a regina *probatumum*, e por tal facto todos os meios se conjugam com vista a obtê-la”¹⁴⁷.

Tem-se através dessa prática da tortura e pela consequente confissão do acusado, que dúvidas não restariam quanto à culpabilidade imputada ao confidente, fundamentando sua sumária condenação em uma simples suspeita (juízo de injustiça), ou através de uma semiprova colhida pelos instrumentos mais enérgicos ou pelos métodos mais desestimulantes à negação da culpa, mesmo sendo esta última inexistente¹⁴⁸.

É válido afirmar sem adentrar-se neste momento no cerne do estudo desta questão, que as garantias processuais rechaçadas no processo penal vigente naquela época no pensamento delineado por Cesare Beccaria, delimitam o sustentáculo do atual Estado de Direito Democrático. Esta orientação inexistia na época, conforme já fora exposto anteriormente, significando um avanço.

¹⁴⁶ Ibid., p. 96.

¹⁴⁷ VILELA, op. Cit., p. 30.

¹⁴⁸ Difere-se a instrumentalização da vontade humana através da tortura daquela trazida pela Teoria da Dissonância Cognitiva, a qual funda-se em elementos cognitivos, e não em elementos infligidos pela dor, salvo quanto à condescendência forçada.

A necessária organização do Estado constitucional significou para José Joaquim Gomes Canotilho uma ordem legítima de sua atuação em vista aos reclamos de toda a sociedade. Para o constitucionalista português a conexão entre o significado do direito e do alcance de poder no Estado constitucional revela que “[...] o poder do Estado dever organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional”¹⁴⁹.

Transpassado essas fases históricas (do ordálio, do renascimento e do iluminismo), em especial já quase todo o período iluminista, se constata de sobremaneira, a necessidade de evolução do processo penal no sentido da melhor adequação de suas bases para se alcançar fundamentos e instrumentos mais legítimos para a solução dos conflitos jurídico-penais¹⁵⁰, dentro de uma ótica cientificista e da ciência penal e processual penal.

Por isso a sociedade mais evoluída já não se satisfaz com os meios processuais até então aplicados, tornando importante a recapitulação do nascimento e da materialização do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, dentro de sua vertente constitucional, a qual mais se aproxima do seu real significado.

2.1.3 O nascimento do axioma *in dubio pro reo* e do princípio da presunção de inocência

A historicidade do direito penal e do processo penal visando superar seu aspecto estritamente retributivo¹⁵¹ que advinha da magia e dos anciões nas tribos, da Lei de Talião prevista no Código de Hamurabi (1770-1750 a.C), e da

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 98.

¹⁵⁰ Consubstanciando-se na doutrina da mediação e da negociação busca-se resolver alguns conflitos através de um aparato judicial que detém, em alguns aspectos maior eficiência. Já em 1985 José de Faria Costa delineava pela aplicação da teoria da diversão (desjudicialização) a qual deve ser “entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento”. COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?” **Separata do Boletim da Faculdade de direito de Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXI, n. 61, p. 91-158, 1985.

¹⁵¹ Conceito superado pelo princípio da imputação delineado pela doutrina de Hans Kelsen. KELSEN, Hans. **Sociedad y naturaleza**: una investigación sociológica. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945.

religiosidade¹⁵², mas compondo-se, também da vingança privada; da *Blutrache*¹⁵³; das penas draconianas; das *Ordalias*; das prisões que intensificam a dor social, e que ora servem de escola à marginalidade; do processo inquisitório ao atual processo acusatório, que muito tem de avançar em seus procedimentos.

Sobretudo traz que o direito penal e o processo penal precisam encontrar um limite que lhe justifique, delimitando a persecução e a reprimenda estatal, quiçá, também os estereótipos que o marcam indelevelmente¹⁵⁴.

Apesar dessa evolução do pensamento individual e primitivo ao sentido de interesse coletivo, a partir da idade antiga passando por todas as fases da idade média à contemporânea, e que vem permeando um constante empreendimento pela renovação do pensamento jurídico, nota-se a crescente necessidade de afinação de conceitos caros à compreensão de todos os fenômenos sociais, e que impactam diretamente na aplicação do direito, dentre eles a presunção de inocência.

E se propõe uma delimitação conceitual entre a origem e o significado do axioma *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência. Considerando as primeiras definições que podem ser interligadas ao sentido do postulado Luigi

¹⁵² Henrique Garbellini Carnio identifica a convergência nos estudos de Kelsen e de Frazer ao tentar interpretar a magia e a natureza primitiva. Agrega à pesquisa o pensamento de Marcel Mauss, estudando o ensaio 'esboço de uma teoria geral da magia', em busca corrigir alguns equívocos de de sua interpretação, e traz à tona a evolução da magia desde a sua origem, e apresenta os agentes, crença, atos e ritos como elementos inerentes à magia. No desenvolvimento dos atos, a magia pode muitas vezes ser confundida com atos jurídicos, técnicas e ritos religiosos. Nessa perspectiva, associou-se obrigação jurídica com magia, pela existência de solenidade, de palavras e gestos que obrigam e vinculam (Marcel Mauss). Associou a magia com a política, pela submissão do homem primitivo aos superiores que concentram o poder que inicialmente pertencia ao grupo social. A diferença entre magia (coercibilidade com os espíritos) e religião (aliança com Deus). Para impedir a arbitrariedade na ação divina, estabelecendo-se um vínculo (jurídico) entre homens e divindades. Denota-se que a obrigação de dar um presente gera outra de retribuir e se essa regra é quebrada, a vingança estabelece a justiça (retribuição). Inexistia a gratidão (desenvolve-se com o Cristianismo), apenas vingança. Mas essa justiça deveria partir de uma autoridade sobre humana, daí a ligação da retribuição com a magia. E a magia é relacionada com fenômenos naturais, pois o homem primitivo interpretava o princípio da retribuição nos infortúnios corporais, nos fenômenos naturais perigosos (trovão, raio, erupções vulcânicas, tempestades...). Os fenômenos naturais relacionam-se com os atos sociais, especialmente com a violação da ordem social e são interpretadas como castigo. Constata-se então, que as sociedades primitivas se regiam pelo princípio social da retribuição, mas sem pensamento causal, buscando no sobrenatural a explicação dos fatos. A sociedade moderna a partir do pensamento causal estruturou o vínculo jurídico a partir das origens nas trocas. CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁵³ Dentre as várias funções da retribuição na sociedade primitiva, destaca-se a proteção da vida do grupo como um todo. Três eram as condições normativas básicas: proibição do incesto, proibição de derramamento de sangue entre membros da tribo e vingança de sangue quando se diz respeito a membros de outra tribo. [...], o sistema social, desde o seu nascedouro com o homem primitivo, apresenta vínculo jurídico, moral retributiva (dentro do limite de possibilidade de interpretação e do estado de desenvolvimento mental do homem primitivo), vingança social como função social, na compreensão de reação moral e jurídica. Ibid., p. 49-50.

¹⁵⁴ Neste sentido: PRADO, Curso de direito penal brasileiro, p. 48.

Ferrajoli nos traz os escritos do jurista romano Eneu Domício Ulpiano (223-150 a.C), ao apóstolo Paulo (67-5 a.C) e de alguns brocados medievais:

O escrito de Trajano 'satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare' (Ulpianus, 10 de officioproconsulis, D. 48.19.5. pr.), a máxima de Paulo (69 ad edictum) 'ei incumbit probatio qui dicit non qui negat' (D. 22.3.2) e os brocados medievais 'affirmanti non neganti incumbit probatio' e 'actore non probante reus absolvitur'¹⁵⁵.

Embora a origem do aforismo *in dubio pro reo* possa ser vislumbrada no Direito Romano desde a Roma Antiga¹⁵⁶, especialmente por influência do Cristianismo, tomou amplo significado como uma regra tradicional no sistema da *Common Law*, que mais tarde viria a ser integralizado como o então princípio da presunção de inocência.

Seguindo-se a uma reestruturação a partir do século XIII, alguns Estados preocupados com a liberdade e a proteção de direitos essenciais do ser humano, adotaram em seus ordenamentos jurídicos o axioma *in dubio pro reo* com diferentes denominações, nuances e significados, sendo que, literalmente a expressão "presunção de inocência" pode não ter sido empregada em um primeiro momento.

Séculos depois fizeram sua transposição, em especial em suas constituições em respeito à principiológica extraída da *Magna Carta Libertatum* assinada pelo Rei João da Inglaterra – João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, que previu originalmente em seu item 1.1 que nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder

¹⁵⁵ FERRAJOLI, op. Cit., p. 500; Em tradução livre: "É melhor deixar impune a ação do culpado do que condenar o inocente"; "A prova está naquele que diz, não quem nega"; "A prova repousa na afirmativa e não na negativa"; "o autor que não prova, o culpado é absolvido".

¹⁵⁶ O processo penal romano é marcado por exacerbado componente religioso, e pela distinção entre o público e o privado. "Assim, estabelecia-se a oposição entre os *delicta*, correspondentes aos delitos privados, e os crimina, correspondentes aos crimes públicos. Note-se que tal divisão estava fundada, principalmente, num critério de direito processual. Enquanto aos *delicta* se reservava a persecução pelo processo penal privado, fundado no *ius civile*, em que o Estado se apresentava como árbitro entre litigantes particulares (TUCCI, 1976, p. 21), com a imposição de penas privadas; aos crimina se perquiria por processo penal público, com base no *ius publicum*, em que o Estado se posicionava como titular do poder de punir, no interesse da coletividade (TUCCI, 1976, p. 21), com a imposição de penas públicas, sendo apenas esses últimos constitutivos de um verdadeiro, embora primitivo, direito penal". ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30945.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país¹⁵⁷.

Salienta-se que não houve a previsão direta do axioma *in dubio pro reo*, mas sua essência se fez presente. A partir deste sentido que se evocou o poder do povo para a limitação ao poder punitivo do Estado, vislumbrando-se o surgimento das primeiras garantias processuais penais.

Já no século XVII, a Declaração Inglesa de Direitos de 1689 - “Bill of Rights”, aprovada no Parlamento e imposta aos soberanos, revela em seu artigo 16, toda a preocupação na época para se conter qualquer laço tirano, definindo que através desta petição de seus direitos foi estimulado, particularmente, pela declaração de S. A. o Príncipe de Orange (depois Guilherme III), que levará a termo a liberdade do país, que se acha tão adiantada, e esperamos que não permitirá sejam desconhecidos os direitos que acabamos de recordar, nem que se reproduzam os atentados contra a sua religião, direitos e liberdades¹⁵⁸.

Nestas passagens encontra-se parte da essência do que viria a ser denominado princípio da presunção de inocência inserida entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII¹⁵⁹, culminada pela Revolução Francesa de 1789.

Avançando-se nos séculos, nos dias atuais o emprego conceitual do axioma *in dubio pro reo* extraído da obra de Luigi Ferrajoli, para o qual no processo penal garantista a definição entre certeza objetiva ou subjetiva, e de sobremaneira da incerteza, tomam maior importância em vista o princípio *in dubio pro reo*, e o da presunção legal de inocência:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. E o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva - não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos

¹⁵⁷ INGLATERRA. **Magna carta libertatum**, 1215. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

¹⁵⁸ INGLATERRA. **Declaração inglesa de direitos**, 1689. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/74887/mod_resource/content/1/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%201689%20-%20Bill%20of%20Rights.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

¹⁵⁹ Neste sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas¹⁶⁰.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes o *in dubio pro reo* conduz ao princípio da presunção de inocência, o qual seria a sua “versão técnica”¹⁶¹. Para Ricardo Alves Bento o axioma *in dubio pro reo* é composto por um indeterminado conjunto de regras que expressam a ideia de proteção ao ser humano, e vem sendo aplicado nos últimos séculos:

O *in dubio pro reo* é o mais conhecido conjunto de aforismas que expressam a ideia de proteção dos direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais podemos citar: ‘in dubio reus est absolvendus’ (em caso de dúvida o magistrado há de absolver o acusado), ‘In dubiis, abstinence’ (em caso de dúvida, se abstenha de julgar), ‘Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt’ (em casos de duvidosos de se optar pela interpretação mais favorável ao acusado)¹⁶².

Dentro de uma visão mais alargada contrapondo-se ao entendimento pela separação de conceitos e de momentos distintos da existência do axioma *in dubio pro reo* e do princípio da presunção de inocência, tem-se que a definição mais coerente segue pela própria evolução do significado do axioma em princípio. Assim, caracteriza a sua materialização constitucional em forma de princípio, em diversas dimensões.

Seguindo-se por esta linha a presunção de inocência se originou figurativamente como o axioma *in dubio pro reo*, tendo em vista o momento histórico e cultural vivenciado nos primórdios da idade antiga, e pelo enfretamento das mutações processuais penais da idade média onde imperava o agir inquisitivo e a preponderância da vontade do ser divino no ápice das decisões sociais, especialmente daquelas que conduziam à punição.

Tendo em vista a realidade de um sistema penal arcaico que deslocava o ser humano apenas como objeto processual, e lhe dispensava qualquer tratamento humano e protecionista, imperando a mentalidade punitivista e a presunção de culpabilidade, houve a limitação do alcance do verdadeiro significado da presunção de inocência.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, op. Cit., p. 85.

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flavio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: RT, 1998, p. 101.

¹⁶² BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. *In*. SILVA, Marco Antonio Marques da. **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 581.

Essa complexidade de sentido que dificultava sua integral aplicação, resultou no fatiamento simbólico do alcance da presunção de inocência, traçando através do axioma *in dubio pro reo* os primeiros passos em vista à limitação da proposta punitiva e dos procedimentos processuais penais da época, aplicando-o diretamente nas questões instrumentais, por exemplo, o surgimento de uma dúvida razoável, ou da evidente falta de provas da autoria da conduta criminal¹⁶³.

Por isso a presunção de inocência relativizada na figura do axioma *in dubio pro reo* foi conectada inicialmente ao contexto probatório (onde imperava a semiprova), no qual uma simples prova testemunhal era suficiente para a condenação, e somente a intervenção divina seria capaz de impedir a aplicação da pena.

Sendo essa uma das formas para que dentro de um sistema penal voltado à condenação fosse possível instituir um elemento que limita-se o agir punitivo, ligando-o às questões probatórias no processo penal, sem contudo inferir no julgamento pessoal do magistrado, e nas escolhas divinas ou do rei.

Momento histórico e social no qual qualquer proposta de se presumir inocente até a certeza de culpabilidade seria originalmente afastada, pelo próprio sistema inquisitivo onde vigorava a presunção de culpa.

Contudo transparece que em certa conjuntura histórica, especialmente por causa do fenômeno da codificação do direito, houve a tentativa de substituição de sua denominação agora inspirada pela nova realidade social e jurídica, a qual, entretanto não foi capaz de perfectibilizar um caminho próprio e específico do axioma *in dubio pro reo* como o amplo axioma ou princípio da presunção de inocência, denotando sua coexistência de forma fragmentada.

Permaneceu no ordenamento jurídico e na praxe do direito, pelo afastamento da aplicação do princípio da presunção de inocência em questões de falta de provas e na dúvida razoável (regra de juízo), sendo reconhecido a sua fatia: o axioma *in dubio pro reo* para fundamentar a absolvição, quando deveria o ser pela aplicação do significado maior advindo do princípio da presunção de inocência.

¹⁶³ “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 676-MT**. Retora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Aliás, fragmentação de sentidos que resiste até o presente momento, fazendo com que dentro da “lógica sistemática do *in dubio pro reo*, no caso de matriz inquisitória, passa a ser *in dubio pro hell*”¹⁶⁴, como afirmado por Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira a presunção de inocência traz como consequência jurídica não apenas a solução da dúvida em favor do acusado, mas que a certeza deverá imperar para que seja possível a flexibilização dos direitos fundamentais e das garantias processuais penais do réu:

In dubio, isto é, em caso de *dúvida*, deve permanecer íntegro o direito à *realidade jurídica* de inocente; por isso, deve-se indeferir a restrição pretendida, não porque a dúvida deva ser resolvida em favor do réu, mas porque somente a certeza poderá, em tese, flexibilizar o exercício de um direito já anteriormente afirmado¹⁶⁵.

De forma semelhante Gustavo Henrique Badaró entende pela confusão integrativa de significados entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, especialmente quando do surgimento de uma dúvida razoável, na questão probatória:

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A ‘presunção de inocência’ também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*¹⁶⁶.

Hodiernamente dentro do sistema processual penal um dos significados do princípio da presunção de inocência está diretamente ligado ao ônus da prova, devendo ser mantido esse *status* até que exista uma prova robusta de efetiva culpabilidade que leve a uma condenação criminal transitada em julgado. O processo penal se compõe com a certeza da culpa, e não na certeza da inocência.

Para Marcella Nardelli há evidente reducionismo ao se equiparar um *standard* probatório ao princípio do *in dubio pro reo*, eis que não se podem ofertar

¹⁶⁴ ROSA; KHALED JR, op. Cit., p. 7.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 175.

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 68.

todas as garantias ao acusado quanto à solidez probatória para o sustento de uma condenação criminal. Inexistem preceitos para se constatar qual o grau de confirmação foi atingido com base na prova disponível. E, sustenta que a “falta de previsão expressa de um *standard* mais rigoroso para a decisão penal condenatória acaba por legitimar decisões fundadas em um padrão mais fraco de constatação”¹⁶⁷.

Relativamente a essa particularidade para José Nereu Giacomolli “não há nexos entre o estado de inocência e a liberdade pessoal, mas sim com o encargo probatório, em razão do modelo acusatório específico de processo penal”¹⁶⁸.

Para João Bernardino Gonzaga a partir do pensamento iluminista e das reformas culturais e sociais consequentes, houve um aprimoramento do direito penal e do processo penal transformando-os em ciência jurídica:

O movimento reformador aí surgido se exerceu como não podia deixar de ser, dentro das necessidades históricas e da formação cultural da época. Através de uma política-social, examinaram-se os limites do Poder Público, investigam-se os privilégios das classes dominantes, agitou-se o problema das garantias individuais. Eliminando tudo quanto era mau do passado, esse movimento levou de roldão o Direito repressivo, mercê dos seus profundos vícios, e assim, de um momento para o outro, se viu nossa disciplina vazia de conteúdo. Cumpria, pois refazê-la, adequada ao novo pensamento. Essa grande tarefa que coube aos juristas, depois chamados de clássicos¹⁶⁹.

Para o autor emerge uma nova roupagem aflorando os princípios basilares do direito penal e da instrumentalização do processo penal:

O que construíram, em poucas décadas, nunca será demasiado exaltar. Formaram o Direito Penal como verdadeira ciência jurídica, sistematicamente organizado, lógico e justo, impregnado de liberalismo. Escreveram os primeiros códigos. Assentaram os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade entre crime e pena. Com equilíbrio, aboliram o antigo rigor, sem olvidar a segurança social. Preocuparam-se com as garantias de defesa, asseguraram a publicidade dos processos e da condenação¹⁷⁰.

¹⁶⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. SANTORO, Antonio Ramirez; et.al (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 12.

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016, p. 89.

¹⁶⁹ GONZAGA, João Bernardino. Considerações sobre o pensamento da escola positiva. **Revista Ciência Penal**, São Paulo, n. 3, p. 372, 1974.

¹⁷⁰ Ibid., p. 372.

Ademais, para Winfried Hassemer a ciência jurídico-penal é uma construção lógica entre a Filosofia e a Ciência Penal:

Às linhas mestras da Política criminal pertencem a noção de Direito, a imagem do ser humano e a dignidade humana, humanidade e tolerância, racionalidade e praticabilidade – um arsenal de instrumentos da Filosofia do Direito. As fronteiras do Direito penal legítimo se determinam através da teoria dos bens jurídicos penais, que nada mais é do que um rebento da Filosofia idealista e do Iluminismo. [...]. A origem filosófica das teorias da justificação da pena constitui um exemplo das mantidas entre ‘Filosofia e a Ciência Penal’ (Frommel), relações estas que, de tão evidentes, dispensam demonstração. De modo análogo, o conceito de ação (Radbruch), a teoria do ilícito (Wolff) ou o princípio da culpabilidade (Kaufmann) são categorias fundamentais da responsabilidade penal que não dispensam fundamentação filosófica¹⁷¹.

Nessa coalização de significados, apesar da origem remota e fragmentária do referido postulado, pode-se afirmar que a presunção de inocência é hoje um instituto, um principado de direito processual penal constitucional – já antecipando em parte uma das características do presente tema –, resultante de forte transformação a partir de sua origem como o axioma *in dubio pro reo* pela indelével influência iluminista, da filosofia e da ciência penal e processual, fundadas na percepção de liberdade humana.

Conceito de liberdade que é marcante na obra de Montesquieu no clássico o *Espírito das Leis*, onde o iluminista defendeu a ideia do homem responder por seus atos dentro de sua esfera de liberdade¹⁷². Em outras palavras, tudo pode ser feito se permitido por lei, e se esta for violada se faz necessária a presença de prova legítima e eficaz para que o Estado possa exercer o *jus puniendi*.

Para Cesare Beccaria o direito de punir encontra limite pelo conjunto mínimo de regras que protegem a pessoa da atuação do Estado, as quais quando extrapoladas exsurtem as atrocidades do passado:

A necessidade que obrigou os homens a ceder parte da sua liberdade; é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça; é facto, mas não é direito¹⁷³.

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 26-27.

¹⁷² MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁷³ BECCARIA, op. Cit., p. 65.

Nessa direção ao romper com as atrocidades jurídicas marcantes do processo penal do antigo regime, em especial com o princípio da culpabilidade, consubstanciado nos já citados entendimentos constantes deste estudo, se tornam ainda mais evidentes os ensinamentos da obra *Dei Delitti e Delle Pene*, escrita por Cesare Beccaria em 1764 durante o iluminismo, na qual defende, além de tudo, a observância do princípio da presunção de inocência no processo penal, traçando por assim dizer, novos rumos às garantias processuais penais.

Na esteira do seu entendimento o acusado não poderá ser considerado culpado antes da sentença condenatória, tampouco a sociedade poderá negar em seu favor sua proteção pública e significativa de inocente, senão quando se alcançar à certeza de que realmente violou aquele pacto outorgado à sociedade, se comprometendo apenas em razão das limitações impostas pelo natural convívio em sociedade.

Referiu-se ao pacto decorrente do Contrato Social de 1748, extraído do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, no qual se buscou o encontro uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes¹⁷⁴.

Por conseguinte no processo penal antigo a sentença era proferida por quem fazia a vez do agora juiz – o inquisidor por assim dizer –, após o decorrer de uma investigação puramente inquisitória e sem qualquer garantia ao acusado.

Esse julgamento estava longe de alcançar a certeza da violação à norma incriminadora (muitas vezes não escrita, e por outras inexistente) e de garantir os reais interesses da sociedade. Por isso houve a necessidade de se rever os conceitos e a instrumentalização do processo de julgamento em busca de maiores garantias processuais penais ao acusado.

Passando rapidamente os olhos sobre a política criminal moderna, a qual se direciona para a melhor escolha dos bens tuteláveis e do caminho para a efetivação da tutela jurisdicional, não poderá ser afastada da integração entre a Filosofia e a Ciência Penal no pensamento de Winfried Hassemer.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli defendem que a política criminal é a “ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem

¹⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”¹⁷⁵.

O atual ordenamento jurídico brasileiro fundamentado no sistema *civil law*, de inspiração romano-germânico, se direciona para esse sentido, eis que o princípio da presunção de inocência adquire significado mais abrangente, devendo o acusado ser tratado como inocente desde o início até o final do processo transitado em julgado.

Como regra de tratamento processual até o proferimento de sentença judicial condenatória transitada em julgado e que reconheça, sem sombra de dúvidas, a certeza da culpa (sentido *lato*)¹⁷⁶, e tenha sido proferida dentro de uma roupagem da estrita observância das garantias constitucionais, em respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, e do duplo grau de jurisdição, com a possibilidade de revisão pelos tribunais superiores.

Cesare Beccaria já criticava o modelo imposto em sua época, fundado na aplicação na presunção de culpa: Qual é, pois, o direito se não o da força que dá potestas ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é o réu culpado ou inocente? Por muito tempo ecoou esse pensamento¹⁷⁷.

Por isso que esse dilema não é novo: a conduta criminal e a autoria são certas ou incertas. Se certas não convém que lhe aplique outra pena diferente daquela que se encontra prevista em lei, e é inútil a tortura porque inútil a confissão do acusado. Se são incertas não se deve atormentar um inocente, pois ele é, segundo a lei, uma pessoa cujos delitos não estão provados.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

¹⁷⁶ “Para que o princípio da presunção de inocência desempenhe sua função de garantia, alguns tribunais constitucionais desenvolveram o standard da prova ‘para além da dúvida razoável’. A jurisprudência constitucional estrangeira deu passos significativos na superação do uso meramente retórico da categoria da prova ‘para além da dúvida razoável’, atribuindo-lhe significado normativo mais denso e operativo. Alguns tribunais constitucionais – e.g. Tribunal Constitucional da Espanha e Corte Constitucional da Colômbia – têm procurado tutelar essa dimensão do princípio da presunção de inocência por meio da exigência, por um lado, de comprovação da culpa para além de qualquer dúvida razoável e, por outro, da obrigatoriedade de valoração integral do conjunto probatório e de motivação lógica e racional acerca desses elementos probatórios”. BORGES DE SOUZA FILHO, Ademir. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 189-234, jan.-abr., 2022.

¹⁷⁷ BECCARIA, op. Cit., p. 93.

2.2 A materialização constitucional do princípio da presunção de inocência: revoluções e a primeira constituição

Alçado à condição de princípio fundamental do processo penal o princípio da presunção de inocência foi pela primeira vez literalmente disposto no ordenamento jurídico francês, instado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 9.º “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”¹⁷⁸.

Desta definição emerge outros significados como uma regra processual (inocência presumida), e como regra de tratamento (liberdade, salvo a indispensabilidade da prisão).

Será em 1791 que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e sobretudo o princípio da presunção de inocência restou descrito na forma de preâmbulo da Constituição Francesa, perfectibilizando sua materialidade constitucional, se apresentando como a origem constitucional do princípio.

Em sentido contrário, Ricardo Alves Bento entende que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 12 de janeiro de 1776, se apresentou como a primeira Declaração de Direitos Fundamentais em sentido moderno, pois veio a salvaguardar algumas garantias constitucionais do processo penal:

Anterior, portanto, à Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rousseau, Montesquieu, baseada nos escritos de Jefferson e Adams, colocados em prática por James Madison e George Mason. A Declaração de Virgínia abarcava as bases dos Direitos do Homem, especialmente assegurando o direito de defesa nos processos criminais, bem como, julgamento célere por júri imparcial, posto que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra ou julgamento de seus pares¹⁷⁹.

Para o autor a presunção de inocência estava incluída nesta Declaração: “já existia uma priorização, para não se partir de uma presunção absoluta de culpabilidade do cidadão, havendo um abrandamento de norma, pela presunção, de que possivelmente o cidadão possa ser inocente de imputações feitas”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Disponível: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

¹⁷⁹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 36.

¹⁸⁰ Ibid., p. 37.

Tal referência de forma mais completa estaria prevista no artigo 10.º da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, nos seguintes termos:

Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país¹⁸¹.

Contudo o enunciado não leva à conclusão de que houve a inclusão direta do axioma *in dubio pro reo* (mesmo em sua versão fracionada), ou da própria positivação do princípio da presunção de inocência.

Todavia nota-se que ao se utilizar de diversas expressões protetivas dispostas na frase “nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país”, foram lançadas as bases para a inclusão em textos constitucionais (ao considerar a Declaração como sendo a Constituição da Virgínia, uma das 13 colônias inglesas), de um alargamento de garantias e de direitos fundamentais cunhados no fim do século XVIII durante o iluminismo.

Logo depois da Declaração da Virgínia em plena consolidação da Revolução Americana (ambas inspiradas nos ideais iluministas vivenciados naquela época) culminou-se na independência americana em 4 de julho de 1776, e na primeira Constituição Americana de 1787, a qual foi ratificada em 1789 pelos treze estados americanos.

Essa constituição poderia ter trazido em seu bojo a inclusão do princípio da presunção de inocência, tal como foi feita posteriormente pela Constituição Francesa de 1791.

Ao analisar o contexto da época nota-se que há uma preponderância temporal entre as revoluções e as constituições citadas, mas ao certo que a Revolução Francesa não teve inspiração direta na Revolução Americana.

¹⁸¹ EUA. **Declaração de direitos de Virgínia**, 1776. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

Neste sentido ensina Carolina Alves de Souza Lima:

Apesar de a Revolução Americana anteceder a Francesa, sua fonte de inspiração foram igualmente os ideais do Iluminismo dos séculos 17 e 18. No entanto, existiram causas específicas, ligadas à realidade das colônias inglesas da América do Norte, que ensejaram sua independência em 1776, reunindo-se primeiramente em uma confederação e posteriormente em Estado federado, com a promulgação da Constituição norte-americana em 1787¹⁸².

Tampouco através da “primeira emenda” à Constituição Americana aprovada em 1789, e que passou por ratificação em 15 de dezembro de 1791, com o acréscimo da Carta de Direitos – *Bill of Rights*, que se tornaram as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América (original de 1787 e ratificada em 1789)¹⁸³, houve qualquer menção explícita ou a efetiva inclusão do princípio da presunção de inocência.

Fazendo-se um paradigma evolutivo ao pensamento moderno e de harmonização, assume-se uma materialidade constitucional advinda de instrumentos jurídicos cunhados para salvaguarda dos direitos humanos e das garantias processuais do cidadão (pensamento que inexistia naquela época)¹⁸⁴.

Desta forma apesar da Declaração da Virgínia não representar a formalidade constitucional de Estado, expressou sua materialidade e os ideais libertários da época, dentre os quais foram se solidificando diversos princípios, tal como o da presunção de inocência.

Analisando a redação atual da Constituição Americana nota-se pela inexistência de uma expressa previsão da aplicação do princípio da presunção de

¹⁸² LIMA, Carolina Alves de Souza. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. Tomo: direitos humanos. 1. ed. mar. 2022. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/autor/578/carolina-alves-de-souza-lima>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

¹⁸³ EUA. **Carta de direitos dos Estados Unidos da América**, 1791. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

¹⁸⁴ A materialização de um direito penal europeu se faz desnecessária uma formal constituição europeia, e ligando-se à matéria ventilada: “esse sistema necessariamente não precisará de uma Constituição Europeia para sua legitimação, mas sim, deverá ser consubstanciado na ideia que emana de todo o pensamento jurídico-constitucional e do Direito Penal Internacional, pela eleição de valores e de bens jurídicos supranacionais”. LIMA, Ricardo Alves de. **Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu**. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 204; Na mesma pela existência de bens jurídicos-penais transcendentais: “bens jurídicos e interesses que transcendem os limites do direito penal nacional. Assim, por exemplo, é indiscutível que a comunidade internacional tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos reconhecidos no artigo 55.º, c, da Carta da ONU”. AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. Tradução de Alexandra Rosado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.

inocência, o que não afasta o direito americano de sua observância. No julgamento paradigmático “Coffin v. United States” pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1895, houve a reafirmação da aplicação do princípio da presunção de inocência no ordenamento e no direito americano.

Para o magistrado do caso Edward Douglas White o “princípio de que há presunção de inocência em favor do acusado é a lei indubitável, axiomática e elementar, e sua aplicação está na base da administração do nosso direito penal”¹⁸⁵, denotando a transcendência deste importante e integrador princípio.

Destarte quando o homem firmou as bases do contrato social concedendo ao Estado poderes para limitar a sua liberdade individual, não legitimou sua atuação ilimitada e inescrupulosa.

Por isso o Estado não poderá desconsiderar as características e os valores do cidadão enquanto pessoa, e restar corrompido pelos excessos ou pela tirania, eis que não será aceito passivamente. Reflexo já reafirmado pelo histórico de lutas e de guerras vivenciadas nos últimos séculos.

2.2.1 A presunção de inocência em alguns instrumentos jurídicos internacionais

O princípio fundamental de presunção de inocência foi previsto em outros instrumentos que gravaram o respeito aos direitos humanos essenciais em uma sociedade preocupada com a proteção do ser humano, de sua cultura e com sua liberdade individual.

Acentua-se a existência de diversos instrumentos jurídicos internacionais voltados à proteção dos Direitos Humanos que o Brasil se tornou signatário, sendo que sua força normativa no cenário nacional e internacional, podem ser analisados em Teodoro Silva Santos e de Ionilton Pereira do Vale¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Tradução livre do original, p. 453: “The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law”. EUA. **Suprema Corte**. *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 4 de março de 1895. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/432/>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

¹⁸⁶ VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos: a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1120-1135, 2016. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18103>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

Neste diapasão a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da qual o Brasil foi signatário em sua origem, sendo a sua atual denominação, Declaração Universal dos Direitos Humanos dispôs sobre o princípio da presunção de inocência em seu artigo 11.º, definindo que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa¹⁸⁷.

Para Irineu Cabral Barreto o conjunto de princípios insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos dirigem todo um ideal internacional a “atingir por todos os povos e por todas as nações e que devem ser considerados patrimônio comum da Humanidade e inscritos numa consciência jurídica comum aos povos de todos os continentes”¹⁸⁸.

O ideal foi reproduzido pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950¹⁸⁹, com denominação oficial de Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Em seu artigo 6.º definiu que a pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada de uma forma justa e equitativa, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial.

Especificamente quanto ao princípio da presunção de inocência delimitou que qualquer pessoa acusada presume-se inocente até prova em contrário. Deve ser informada o mais rápido possível da acusação contra ela para preparar a sua defesa. Tem direito a ser representada por um advogado pago pelo Estado em caso de necessidade financeira.

Com linguagem direta o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 definiu em seu artigo 14, n. 2 que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa¹⁹⁰. Quanto à amplitude de seu significado ao ser promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, definiu no seu artigo 1.º que o Pacto

¹⁸⁷ O Brasil integra a ONU desde 1945, sendo signatário original da Declaração em 1948.

¹⁸⁸ BARRETO, Irineu Cabral. **A convenção europeia dos direitos do homem anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 22.

¹⁸⁹ FRANÇA. **Tribunal europeu dos direitos humanos**, 2022. Disponível em: <https://echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_POR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022. A Convenção entrou em vigor em 3 de Setembro de 1953, e foi ratificada em Portugal pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro.

¹⁹⁰ ONU. **Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém¹⁹¹.

No sentido de integração regional a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica¹⁹², definiu em seu artigo 8.º, n. 2, que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992¹⁹³, e deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Ultrapassando o Atlântico a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 definiu em seu artigo 7.º que toda pessoa tem o direito que sua causa seja apreciada por um tribunal, e ampliando o sentido do direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente¹⁹⁴.

Pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, através do seu artigo 10, garantiu-se a essência da presunção de inocência, definindo que nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração¹⁹⁵. Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 98.386 de 9 de dezembro de 1989¹⁹⁶, e deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

¹⁹¹ BRASIL. **Decreto n.º 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹² COSTA RICA. **Convenção americana de direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/convencaoamericanaDireitosHumanos.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹³ BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹⁴ GÂMBIA. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**, de 27 de julho de 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹⁵ OEA. Colômbia. **Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura**, de 09 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹⁶ BRASIL. **Decreto n.º 98.386**, de 9 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 nov. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

Em sentido mais alargado pelo Estatuto de Roma de 1998 foi criado o Tribunal Penal Internacional o qual dispensou um amplo arcabouço protetivo ao acusado, prevendo em seu artigo 66 a aplicação do princípio da presunção de inocência que toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.

Sendo que incumbirá ao Ministério Público o ônus da prova da culpa do acusado, e delimitando a condenação criminal somente quando ultrapassado qualquer dúvida razoável¹⁹⁷. Foi promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 4.388 de 25 de setembro de 2002¹⁹⁸, o qual deverá ser executado e cumprido integralmente.

Por fim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, dispões em seu artigo 48.º que todo o acusado se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa, lhe sendo garantido o respeito dos direitos de defesa¹⁹⁹, evidenciando o princípio da presunção de inocência e os direitos fundamentais como parâmetros para o exercício da defesa.

2.3 A evolução do princípio da presunção de inocência em algumas constituições europeias e na brasileira

Considerando a contextualização do seu surgimento e de sua evolução histórica, passando pelos instrumentos jurídicos internacionais, se faz necessária a análise das principais dimensões do princípio da presunção de inocência comparativamente nas constituições luso-brasileiras, tendo em vista a similitude de suas origens e a integração de seus povos.

Por isso realizou-se o estudo comparativo do princípio da presunção de inocência na Constituição portuguesa de 1976, e na Constituição brasileira – Constituição Cidadã de 1988.

¹⁹⁷ ITÁLIA. **Estatuto de Roma do tribunal penal internacional**, de 17 de julho de 1998. Disponível em: <<https://acnudh.org/pt-br/estatuto-de-roma-del-tribunal-penal-internacional/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹⁸ BRASIL. **Decreto n.º 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁹⁹ FRANÇA. Conselho Europeu de Nice. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**, de 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 23 nov. 2022.

No mesmo sentido houve uma análise da comparabilidade dos conceitos empregados ao princípio pela Constituição italiana de 1947, e pela Constituição espanhola de 1978, sendo que existe uma complementação de sentidos.

As referidas constituições democráticas foram analisadas considerando uma linha temporal a partir de sua publicação.

2.3.1 A presunção de inocência e a constituição italiana

A Constituição italiana de 1947 em seu artigo 27, § 2.º, nos traz a fórmula “o imputado não é considerado réu até condenação definitiva”²⁰⁰, a qual de forma literal, em uma primeira impressão, direciona pela aplicação contida do princípio em seu viés de não-culpabilidade, que se apresentaria distante do significado do princípio da presunção de inocência.

Entretanto com o tempo a doutrina e a jurisprudência foram moldando sua dimensão, reaproximando-a do conceito extraído de alguns instrumentos jurídicos internacionais que aperfeiçoaram sua interpretação.

Há de se considerar que a clássica doutrina italiana muito antes da própria Constituição referida já consagrava o princípio da presunção de inocência, dentro de um maior grau de efetividade.

Encontra-se na obra de Francesco Carrara na proposta de estudo contida no volume V da brochura de direito criminal publicada em 1874, que a presunção de inocência representa um postulado da Ciência Penal:

Mas o postulado do qual a Ciência parte nesta segunda série de estudos é a presunção de inocência e, portanto, a negação da culpa. Já não permite, como na primeira parte, que as autoridades tenham um culpado perante si; mais nem diz eu protejo esse culpado para que não o castigue além da medida certa quebrando os cânones e critérios que estabeleço sobre os dogmas da razão para determinar tal medida²⁰¹.

²⁰⁰ ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana de 1947**. Roma: Assembleia Constituinte, [2022]. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022. Tradução livre: “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

²⁰¹ Tradução livre: “Ma il postulado da cui parte la Scienza in questa seconda serie studii é lá presunzione di innocenza, e cosi la negazione della colpa. Non piu, come nella prima parte, essa concede alle autorità che stia dinanzi a loro un colpevole; piu nem dice io proteggero questo colpevole perché voi non lo puniate oltre la giusta misura frangendo i canoni ed i criterii che io stabilisco sui dogmi della ragione per determinare siffatta misura”. CARRARA, Francesco. **Opuscoli di diritto criminale**. V. 5. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, p. 17-18. Disponível em: <<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044061693057&view=1up&seq=7>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

Para Francesco Carrara a proteção é advinda como resultado naturalístico da Ciência Penal (racionalidade) a qual prescreve os meios de investigação, punição e o tratamento a ser dispensado durante o processo penal:

Aqui a Ciência diz o oposto: rosto levantado diz, eu protejo este homem porque ele é inocente: então eu o proclamo até que você tenha provado sua culpa: e essa culpa você deve provar com os meios e com as formas que eu prescrevo para você, e que você deve respeitar, porque também procedem de dogmas de absoluta racionalidade²⁰².

Como consequências ao processo penal advindas do princípio da presunção de inocência, destacam-se do pensamento de Francesco Carrara a observância das competências jurisdicionais; a temporalidade da acusação, devendo ser justa e o mais completa possível, e a moderação no uso da prisão preventiva.

Salientou pela plenitude de defesa e a produção de provas com a avaliação da veracidade dos testemunhos, e na limitação legal da valoração da confissão; pela imparcialidade na avaliação dos indícios e das provas, evitando-se dar ao falso a aparência de verdadeiro. E, quanto ao conteúdo da sentença criminal, este deverá respeitar as formalidades legais, possibilitando o manejo de recursos de apelação ou de revisão.

De forma paradigmática Francesco Carrara coloca a presumível inocência como condição essencial para a existência e para a legitimidade do processo penal:

[...] em uma palavra do começo ao fim como manda como condição absoluta de legitimidade do processo, e do julgamento, só tem uma palavra: faça isso porque o homem que você suspeita é inocente; e você não pode negar sua inocência até que tenha provado sua culpa; nem podeis chegar a tal demonstração se não correrdes por este caminho que vos mostro²⁰³.

Já no século XX Luigi Ferrajoli criticou o abandono doutrinário e jurisprudencial que o princípio da presunção de inocência sofreu ante as ideias

²⁰² Tradução livre: “Qui la Scienza dice il contrario: a fronte levata essa dice, io proteggo quest'uomo perché é innocente: tale io lo proclamo finché voi no abbiate provato la sua colpevolezza: e questa colpevolezza voi dovete provarla con i modi e con le forme che io vi prescrivo, e que voi dovete rispettare, perché esse pure procedono da dogmi di assoluta ragione”. CARRARA, op. Cit., p. 18.

²⁰³ Tradução livre: “[...] in una parola da capo a fondo in quanto essa comanda come assoluta condizione della legittimità del procedimento, e del giudizio, essa non ha che una sola parola: fate questo perchè l'uomo da voi preso in sospetto é innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finchè non abbiate dimostrato la sua reità; nè potete raggiungere siffatta dimostrazione se non correte per questa via che io vi segno”. Ibid., p. 18-19.

plantadas pela Escola Positiva Italiana (século XIX) advogada por Raffaele Garofalo, e por Enrico Ferri, que direcionaram pela ilogicidade da fórmula da presunção de inocência, ante a necessidade de se manter uma substancialidade do processo penal em contrário à forma.

Teoria que foi reforçada por Vincenzo Manzini precursor da Escola Técnico-Jurídica italiana, que acabou estigmatizando o princípio, tornando-o irracional, e um dos responsáveis pelo grande golpe contra o princípio pelo Código Rocco de 1930, o qual expurgou por completo sua aplicação²⁰⁴.

Pela visão garantista de Luigi Ferrajoli como resultado negativo do abandono por mais de meio século do princípio da presunção de inocência, somente retomado a partir da Constituição italiana de 1947, foram enormes os prejuízos ao seu significado garantista.

Período que causou detrimento no sentido da regra de tratamento do acusado, causando a exclusão ou a limitação da liberdade pessoal, e no sentido de regra de juízo que delimita o ônus probatório à acusação com a absolvição do acusado em caso de dúvida²⁰⁵.

Foi nesse sentido que analisando algumas destacadas decisões judiciais quanto ao princípio da presunção de não-culpabilidade (*principio di non colpevolezza*) previsto na Constituição italiana, o Tribunal Constitucional da Itália direcionou a partir dos anos 1960 uma interpretação mais integrativa e com nítido sentido expansionista de seu significado.

Pela Sentença n.º 107 de 1957, com relatoria do juiz Ernesto Battaglini, houve a definição pela garantia da exclusão da presunção de culpa do acusado ao longo do julgamento, ou seja, durante todo o curso da relação probatória no processo penal²⁰⁶.

Na Sentença n.º 115 de 1964, com relatoria do juiz Biagio Petrocelli, definiu que os critérios de humanidade reafirmados pela Constituição italiana

²⁰⁴ Maiores detalhes, FERRAJOLI, op. Cit., p. 442.

²⁰⁵ Ibid., p. 442.

²⁰⁶ ITÁLIA. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 107**. Relator: Juiz Ernesto Battaglini. Roma, 26 junho de 1957. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1957/0107s-57.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022. Tradução livre: “[...] contiene una norma tendente a garantire la esclusione della presunzione di colpevolezza nell'imputato durante tutto lo svolgimento del rapporto processuale”.

serviram de inspiração para a feitura de novas leis, também para o exercício da hermenêutica pelos tribunais²⁰⁷.

Ao proferir a Sentença n.º 175 de 1970, com relatoria do juiz Francesco Paolo Bonifacio, reafirmou-se a relação probatória com o princípio da não-culpabilidade, definindo que “há que considerar também que a posição do arguido é presidida pela presunção de inocência, em virtude da qual não a falta de prova da inocência, mas a presença de provas contra ele pode justificar a condenação”²⁰⁸.

A Sentença n.º 124 de 1972, com relatoria do juiz Enzo Capalozza evidenciou uma importante correlação de identidade substancial entre o significado da presunção de não-culpabilidade (principio di non colpevolezza) prevista no artigo 27, item 2 da Constituição italiana de 1947, com a presunção de inocência (presunzione di innocenza) prevista no artigo 6, § 2.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950 – CEDH, ratificada pela Itália em 1955.

Por essa interpretação o Tribunal Constitucional italiano entendeu que a Convenção contém regras sobre prisão preventiva nos termos do artigo 5.º, alíneas b e c), que parecem incompatíveis com a presunção de inocência (presunzione di innocenza), mas conciliáveis com a presunção de não-culpabilidade (presunzione di non colpevolezza), o que direciona a conexão de seu sentido com a relação probatória na instrução do processo penal, e a não presença de elementos que delimitam seu significado²⁰⁹.

Reafirmando a extensão do princípio da presunção de inocência, em recente decisão o Tribunal Constitucional italiano através da Sentença n.º 182 de 2021, com relatoria do juiz Giovanni Amoroso, reconheceu a direção de reforço do seu significado trazido pela Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e

²⁰⁷ ITÁLIA. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 115**. Relator: Juiz Biagio Petrocelli. Roma, 16 dezembro de 1964. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1964/0115s-64.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022. Tradução livre: “[...] che le leggi penali vanno ispirandosi sempre più ai criteri di umanità riaffermati dalla nostra Costituzione”.

²⁰⁸ ITÁLIA. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 175**. Relator: Juiz Francesco Paolo Bonifacio. Roma, 16 novembro de 1970. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1970/0175s-70.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022. Tradução livre: “[...] occorre pur considerare che la posizione dell'imputato é presidiata dalla presunzione di non colpevolezza, in forza della quale non già la mancanza di prove di innocenza, ma la presenza di prove a carico può giustificare una sentenza di condanna”.

²⁰⁹ ITÁLIA. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 124**. Relator: Juiz Enzo Capalozza. Roma, 22 junho de 1972. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1972/0124s-72.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022. Tradução livre: “[...] la Convenzione contiene norme sulla carcerazione preventiva (art. 5, lett. b e c), che sembrano incompatibili con la presunzione di innocenza, ma conciliabili con la presunzione di non colpevolezza”.

Liberdades Fundamentais – CEDH, através do conteúdo da Diretiva n.º 343/2016 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

Fato reforçado pela constante interpretação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao interpretar o artigo 82, item 2 alínea “b” do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) de 1957, com alteração pelo artigo 2.º do Tratado de Lisboa de 2007.

Destaca-se do acórdão o maior alcance da disposição convencional do princípio da presunção de inocência frente à possível delimitação de interpretação que pode resultar do artigo 27, § 2.º da Constituição italiana, em sua versão de não-culpabilidade:

[...] Na interpretação e aplicação dada pelo Tribunal de Estrasburgo (ex *plurimis*, ECtHR, grande câmara, julgamento de 12 de julho de 2013, Allen v. Reino Unido), a disposição convencional, além disso, assume um significado mais amplo em relação ao parâmetro nacional, apresentando um escopo não estritamente endoprocedimental²¹⁰.

Quanto aos efeitos que o princípio da presunção de inocência condiciona para dentro do processo penal, vindo a representar as garantias processuais:

Por um lado, a presunção de inocência constitui uma ‘garantia processual’ destinada a operar ‘no âmbito de um processo penal’, produzindo efeitos em matéria de ‘ônus da prova’, no funcionamento das ‘presunções legais de facto e da lei’, sobre a aplicabilidade do ‘privilegio contra a autoincriminação’, bem como no que diz respeito à ‘publicidade pré-julgamento e manifestações prematuras, pelo tribunal de primeira instância ou outros funcionários públicos, da culpa do arguido’²¹¹.

Externamente ao processo penal a observância do significado do princípio da presunção de inocência traz reflexos positivos para todos os aspectos pessoais e profissionais daquele acusado que restou absolvido, cessando qualquer reação negativa causada pelo processo-crime:

²¹⁰ ITÁLIA. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 182**. Relator: Juiz Giovanni Amoroso. Roma, 07 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0182s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%20182%20del%202021&terms=presunzione%20innocenza>>. Acesso em: 27 dez. 2022. Tradução livre: “[...] Nell’interpretazione e applicazione datane dalla Corte di Strasburgo (ex plurimis, Corte EDU, grande camera, sentenza 12 luglio 2013, Allen contro Regno Unito), la norma convenzionale, peraltro, assume un più ampio rilievo rispetto al parametro nazionale, presentando una portata non strettamente endoprocedurale”.

²¹¹ Tradução livre: “[...] Da una parte, la presunzione di innocenza costituisce una «garanzia procedurale» destinata ad operare «nel contesto di un processo penale», producendo effetti sul piano dell’«onere della prova», sulla operatività delle «presunzioni legali di fatto e di diritto», sull’applicabilità del «privilegio contro l’autoincriminazione», nonché in ordine «alla pubblicità preprocessuale e alle espressioni premature, da parte della Corte processuale o di altri funzionari pubblici, della colpevolezza di un imputato»”. Ibid.

A presunção de inocência, 'em consonância com a necessidade de garantir o direito assegurado' pelo art. 6º, nº 2, da CEDH 'é prático e eficaz', estende os seus efeitos para fora do processo penal e opera no tempo seguinte à sua conclusão ou interrupção, não em função de prestar garantias processuais ao arguido, mas para efeitos de 'proteger as pessoas que foram absolvidas de uma acusação criminal, ou em relação às quais um processo criminal foi interrompido, de serem tratadas por funcionários e autoridades públicas como se fossem de fato culpadas do crime alegado'²¹².

Será neste sentido que o princípio da presunção de inocência proporciona a salvaguarda no âmbito do processo penal, com estrita pressuposição na relação probatória, afastando condicionantes que levam à autoincriminação, e distanciando os efeitos negativos (internos e externos ao processo) causados pelo pré-julgamento pela mídia e pelos tribunais.

2.3.2 A presunção de inocência e a constituição portuguesa

Com influência resultante da Convenção Europeia dos Direitos Humanos em vigor desde 1953, e daqueles instrumentos de cunho internacional e integrativos já citados, o princípio da presunção de inocência até a promulgação da Constituição portuguesa de 1976 não fazia parte do arcabouço constitucional.

Para Alexandra Vilela o princípio da presunção de inocência era “desconhecido do ordenamento jurídico português, quer ao nível das constituições anteriores, quer ao nível da legislação ordinária, afirma-se como uma das garantias constitucionais do processo penal a observar no decurso daquele”²¹³.

O princípio da presunção de inocência foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição da República Portuguesa de 1976, estando consagrado na fórmula prevista em seu artigo 32.º, n. 2 na qual o arguido (acusado) se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa²¹⁴.

²¹² Tradução livre: “[...] la presunzione di innocenza, «in linea con la necessità di assicurare che il diritto garantito» dall'art. 6, paragrafo 2, CEDU «sia pratico e effettivo», estende i suoi effetti al di fuori del processo penale ed opera nel tempo successivo alla sua conclusione o interruzione, non in funzione di apprestare garanzie procedurali all'imputato, ma allo scopo di «proteggere le persone che sono state assolte da un'accusa penale, o nei confronti delle quali è stato interrotto un procedimento penale, dall'essere trattate dai pubblici ufficiali e dalle autorità come se fossero di fatto colpevoli del reato contestato»”. Ibid.

²¹³ VILELA, op. Cit., p. 17.

²¹⁴ PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: Assembleia Constituinte, [2022]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

Salienta-se um detalhe de suma importância, conforme previsão na Constituição portuguesa o princípio da presunção de inocência somente cessará com o trânsito em julgado da sentença de condenação.

Entretanto no ano de 1981 foi apresentado pelos juristas portugueses António Barbosa de Melo, José Carlos Vieira de Andrade e por José Manuel Cardoso da Costa, um estudo e respectivo projeto para a revisão da Constituição visando o estabelecimento de uma nova dimensão delimitativa ao princípio da presunção de inocência. Os autores sugeriram que a presunção de inocência cesse com a sentença de condenação de primeiro grau, ainda que não definitiva, pois a partir desse momento passa a existir uma presunção de culpa²¹⁵.

Tal proposta não vingou. O princípio da presunção de inocência que se coaduna com as demais garantias constitucionais existentes no ordenamento constitucional português, e resta vigorosamente observado e protegido pelo Tribunal Constitucional, a mais alta corte de Justiça de Portugal.

O Tribunal Constitucional de Portugal em recente decisão no julgamento da Reclamação n.º 6/2022, com o acórdão n.º 175/2022 da lavra do Relator Conselheiro Pedro Machete, reafirmou os principais significados que advém do princípio da presunção de inocência.

Na interpretação foi salientando que o princípio no quesito probatório se apresenta mais amplo do que o sentido advindo do axioma *in dubio pro reo*, devendo assegurar uma arquitetura garantista em todas as fases pré e processuais, destaca-se pela sua especial incidência na formação do conjunto probatório:

[...], Mesmo a nível probatório, ele tem um sentido e alcance mais amplos que o princípio *in dubio pro reo*, como explica Helena Magalhães Bolina (cit., págs. 443-446): O princípio *in dubio pro reo* só se aplica no caso de surgir a dúvida quanto à apreciação da matéria de facto. O princípio da presunção de inocência, atento o objetivo que visa atingir, intervém em momento anterior, condicionando o surgimento dessa dúvida, impondo-o em todas as situações em que, à luz da verdade material, a culpabilidade do arguido não possa considerar-se afirmada com certeza (cfr. Helena Magalhães Bolina, Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção da inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXX, Coimbra, 1994, págs. 440-442)²¹⁶.

²¹⁵ MELO, António Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 51.

²¹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Reclamação n.º 6**. Relator: Cons. Pedro Machete. Lisboa, 15 de março de 2022. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220175.html>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Nos fundamentos do seu voto o Conselheiro Pedro Machete reafirma a distinção entre o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Em um primeiro momento em seu aspecto legal havendo dúvida quando da colheita ou da apreciação da prova, essa dúvida razoável se interpreta em favor do acusado (estando diante do *in dubio pro reo*).

No segundo momento, deve-se analisar se a certeza evidenciada no convencimento do juízo foi bem fundamenta (estando diante da presunção de inocência).

Sobressaindo-se do voto o seguinte trecho:

A dúvida é, assim, por imposição do princípio de presunção de inocência, uma dúvida legal: uma dúvida que deve surgir em determinadas circunstâncias e constitui também matéria de direito, não só a questão de saber se a dúvida surgida na apreciação da prova foi resolvida favoravelmente ao arguido – caso em que se está perante a verificação do respeito do princípio *in dubio pro reo* –, mas também se, em face da prova produzida, a dúvida surgiu quando devia, ou, noutra perspetiva, se o juízo de certeza foi bem fundado. Nesse caso, o princípio cujo respeito se avalia é, não já o *in dubio pro reo*, mas, mais rigorosamente, o princípio da presunção de inocência²¹⁷.

Nesse contexto o princípio da presunção de inocência em evidente amplitude ao axioma *in dubio pro reo*, destaca-se no tratamento do acusado durante todas as fases da persecução penal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Traz reflexos delimitativos ao legislante para a criação ou alteração da legislação que possa afetar seu significado constitucional, e em matéria probatória afasta o juízo de qualquer tipo de dúvida razoável, seja em sua colheita, ou em sua valoração.

Outro julgamento em sede de Recurso de Constitucionalidade n.º 1330/2021, perante o Tribunal Constitucional de Portugal, no qual foi proferido o acórdão n.º 125/2022, com relatoria da Conselheira Joana Fernandes Costa.

A interpretação pela importante dimensão do estatuto do arguido (acusado), e de seus reflexos nos direitos e nos deveres processuais das partes no processo penal, conforme disposições incluídas nos itens 1, 2 e 5 do artigo 32.º da Constituição portuguesa alcançadas pelo princípio da presunção de inocência:

²¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Reclamação n.º 6, op. Cit.

[...], O ‘processo criminal assegura todas as garantias de defesa, consagrado no n.º 1, tem como conteúdo essencial a exigência de que o arguido seja tratado como sujeito, e não como objeto do procedimento criminal’ (cf. Acórdãos n.º 695/95 e 619/98). Da conceção do arguido como autêntico sujeito processual e, sobretudo, da proteção da liberdade de autodeterminação processual que nessa condição vai implicada, resulta, em primeira linha, que ao mesmo seja reconhecida a faculdade de definir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo, decidindo, na condição, tanto quanto possível, de ‘senhor do seu destino’ (Nuno Brandão, *Acordos sobre a Sentença Penal: problemas e vias de solução*, Julgar, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, 161-168, p. 166), ‘sobre se e como quer pronunciar-se’ (Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 122)²¹⁸.

O princípio da presunção de inocência se coaduna com o sistema acusatório do processo penal, estabelecendo-se que o acusado seja considerado como sujeito processual, permitindo uma ampla possibilidade de participação probatória.

Para Jorge de Figueiredo Dias e para Nuno Brandão esse contexto integrativo conduz a uma “posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso, através da concessão de autónomos direitos processuais, legalmente definidos”²¹⁹.

Em seu voto a Conselheira Joana Fernandes Costa salientou a trajetória de interpretação do princípio da presunção de inocência pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, (v.g, *Saunders v. Reino Unido*, analisado no acórdão de 17 de dezembro de 1996, *Shannon v. Reino Unido* pelo acórdão de 4 de outubro de 2005, e *Jalloh v. Alemanha*, no acórdão de 11 de julho de 2006).

Ao conjugá-lo com outros princípios importantes para a formação do estatuto do arguido (acusado), dentre os quais da dignidade humana, do direito ao silêncio e a da não autoincriminação, evidenciados no momento do juízo de valor da prova, predomina o entendimento de haver uma limitação de alcance das declarações proferidas pelo acusado, as quais devem ser adequadas em respeito à sua decisão de vontade, protegendo seu direito ao silêncio e à confissão.

²¹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Recurso de Constitucionalidade n.º 1.330**. Relatora: Cons. Joana Fernandes Costa. Lisboa, 03 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220125.html>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos processuais penais: o arguido e o defensor**. Coimbra, 2020, p. 29.

2.3.3 A presunção de inocência e a constituição espanhola

A Constituição espanhola de 1978 definiu em seu artigo 24, n. 2 que todos têm direito ao juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência²²⁰.

O Tribunal Constitucional da Espanha logo depois da promulgação da Constituição de 1978 proferiu uma das primeiras decisões quanto à interpretação do novel princípio da presunção de inocência incluído no artigo 24, sendo denominada de Sentença 31/1981, de 28 julho de 1981²²¹, a qual representou a hermenêutica constitucional que daria o tom do significado do princípio dentro do ordenamento jurídico-constitucional espanhol, e de sua integração ao processo penal.

Apesar da interpretação do princípio estar diretamente contida no voto vencido do magistrado don Angel Escudero del Corral, ela se tornou uma importante definição do significado da presunção de inocência.

Pode-se extrair distintas justificativas para o reconhecimento do alcance do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição espanhola, sendo uma das primeiras o sentido originário contido na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, e na interpretação do caso St"gmüller julgado em 1969 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, interpretando o artigo 6.2 da Convenção Europeia.

Na Sentença 31/1981 o magistrado tomou como fundamento a explícita aparição do princípio da presunção de inocência na Constituição italiana, e nas reiteradas decisões proferidas pela Corte Constitucional nas sentenças (107/1957, 33/1959, 120/1967, 64/1970, 124/1972, 88/1976).

Pela interpretação houve o nítido afastamento da aplicação inversa do sentido do princípio da presunção de inocência, ou seja, do princípio da

²²⁰ ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constituição Espanhola de 1978**. Madrid: Presidência do Governo, [2022]. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

²²¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n.º 31**. Relator: don Manuel Garía-Pelayo y Alonso. Madrid, 28 de julho de 1981. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt-BR/Resolucion/Show/31>>. Acesso em: 31 ago. 2022; O voto vencido foi proferido no dia 31 de julho de 1981. BOE n.º 193 de 13 de agosto de 1981.

culpabilidade, e a valoração do *standard* probatório, interligando-o ao axioma *in dubio pro reo*, quando do surgimento de uma dúvida razoável, conforme trecho destacado:

[...], Critério de atribuição do ónus material da prova no processo penal, o que implica que aquele que sustenta a acusação, deve conseguir a convicção do juiz sobre a realidade dos factos que afirma serem subsumíveis na previsão do tipo e sua atribuição de culpa ao sujeito passivo do processo, de modo que, apesar da atividade exercida nesse sentido, restar alguma dúvida no campo do juiz, tanto sobre os fatos constitutivos do crime como preventivos ou extintivos, tal circunstância necessariamente desempenharia em benefício do condenado²²².

Extrai-se do contexto do voto que existe uma dimensão evolutiva entre o princípio da presunção de inocência e o axioma *in dubio pro reo*.

É nítido pelo exercício interpretativo realizado pelo magistrado que o constitucionalismo espanhol desde o ano de 1812 consagrou uma delimitação ao sentido punitivo do processo penal.

Consequentemente resultando em um autêntico direito fundamental inseriu-se na transformação da doutrina, da legislação e da jurisprudência espanhola, transcendendo-se numa garantia ao acusado. Ressalta-se a seguinte passagem contida no voto:

[...], A presunção de inocência que em sua formulação latina de *in dubio pro reo* tem estado presente em nosso ordenamento jurídico e na própria jurisprudência penal como princípio geral (SS. 23 de maio de 1964, 4 de fevereiro de 1965, 30 de janeiro de 1965, 24 de janeiro, 1963, 10 de outubro de 1962, etc.), passou a existir, conforme afirmado na Sentença, desde a sua constitucionalização no art. 24.2 do E.C., autêntico direito fundamental, vinculante aos Tribunais de Justiça e dotado de garantia de proteção constitucional²²³.

²²² Destacado da Sentença 31/1981. Tradução livre: [...] “Criterio de atribución de una carga material de la prueba en el proceso penal, que comporta, que el que sostiene la acusación, deba lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma subsumibles en la previsión del tipo y su atribución culpable al sujeto pasivo del proceso, de forma que, si a pesar de la actividad desarrollada en tal sentido, permaneciera alguna duda en el ámbito del juez, tanto sobre los hechos constitutivos del delito como impeditivos o extintivos, tal circunstancia habría de jugar necesariamente en beneficio del reo”.

²²³ Destaque da Sentença 31/1981. Tradução livre: [...] “La presunción de inocencia que en su formulación latina del *in dubio pro reo* ha estado presente en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia penal como un principio general (SS. 23 de mayo de 1964, 4 de febrero de 1965, 30 de enero de 1965, 24 de enero de 1963, 10 de octubre de 1962, etcétera), ha venido a ser, como se afirma en la Sentencia, desde su constitucionalización en el art. 24.2 de la C. E., un autêntico derecho fundamental, vinculante para los Tribunales de Justicia y dotado de la garantía del amparo constitucional”.

No âmbito da doutrina espanhola desde a inserção do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1978, houve uma expansão de seu significado, consolidando-se no sentido mais integrador advindo das garantias processuais.

Essa evolução é marcante em posicionamentos doutrinários, os quais foram se consolidando na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.

Para Ana Maria Ovejero Puente há uma nítida evolução dos temas centrais e probatórios que interagem com o princípio:

Inicialmente, a presunção de inocência foi explicada como uma das garantias processuais contidas no art. 24.2 CE, especificamente aplicável ao processo penal. Sua localização constitucional sugeria isso. Deste período inicial são os trabalhos que se aprofundam na relação da presunção de inocência com a prova de acusação, com a prova circunstancial, com os limites da prisão preventiva, com o ónus da prova, com as ‘teorias da árvore envenenada’, com a importância da fase oral do julgamento e o princípio da imediação, com as testemunhas referenciais ou com a livre formação da convicção do juiz (741 LECrim)²²⁴.

Destarte a partir da inclusão do princípio da presunção de inocência na Constituição espanhola de 1978, se desprende um claro sentido de sua autonomia em dois sentidos, um de cunho processual ligado à atividade probatória necessária à culpabilidade, e outro de natureza extraprocessual delimitando qualquer consequência ao acusado que tenha origem externa ao processo.

Por consectário e de forma equitativa tal interpretação conduz a um juízo valorativo justo no momento da decisão final quanto à inocência ou a culpabilidade do acusado.

Destaca-se do pensamento de Ana Maria Ovejero Puente:

²²⁴ PUENTE, Ana Maria Ovejero. Protección del derecho a la presunción de inocencia. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 40, p. 431-455, 2017. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/Dialnet-ProteccionDelDerechoALaPresuncionDelInocencia-6273572.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022; Tradução livre: “En un principio, la presunción de inocencia se explicó como una de las garantías procesales contenidas en el art. 24.2 CE, aplicable específicamente al proceso penal. Su localización constitucional así lo sugería. De esta primera época son los trabajos que profundizan en la relación de la presunción de inocencia con la prueba de cargo, con la prueba indiciaria, con los límites de la prisión provisional, con la carga de la prueba, con las ‘teorías del árbol envenenado’, con la importancia de la fase del juicio oral y el principio de inmediación, con los testigos referenciales o con la libre formación de la convicción del juez (741 LECrim)”.

Como direito autônomo, a presunção de inocência passa a ser definida tanto por sua natureza processual (amplamente estudada e relacionada à atividade probatória) quanto por sua natureza extraprocessual com a qual, justamente, foi assegurada a realização de um julgamento justo antes da imposição da penalidade. Nesse sentido, a presunção de inocência é afetada e passa a ser interpretada pela jurisprudência do TC como um direito protetor da dignidade pessoal contra qualquer ação sancionadora ou limitadora de direitos, imposta fora do processo judicial²²⁵.

Em recente interpretação do princípio o Tribunal Constitucional da Espanha no julgamento do Recurso de Amparo n.º 6974-2004, através da Sentença 111/2011²²⁶, com presidência do magistrado don Eugeni Gay Montalvo, destacou em linha temporal as duas decisões paradigmáticas acerca da aplicação do princípio da presunção de inocência na produção e na valoração de provas no processo penal espanhol.

No primeiro destaque tratou da Sentença 31/1981, reafirmando a contemporaneidade de sua interpretação:

Temos afirmado desde o STC 31/1981, de 28 de julho, que o direito à presunção de inocência configura-se, como regra de julgamento e do ponto de vista constitucional, como o direito de não ser condenado sem prova válida de culpa, o que implica que existe uma atividade probatória mínima realizada com as garantias necessárias, referindo-se a todos os elementos essenciais do crime, e que dela se possa inferir razoavelmente os fatos e a participação do acusado neles²²⁷.

Ao referenciar a Sentença n.º 189/1998 o magistrado traz uma consequente ligação entre a interpretação valorativa das provas e do fato a ser provado, e quando da quebra dos direitos fundamentais em sua colheita, consequentemente exsurge a violação ao princípio da presunção de inocência, conforme trecho evidenciado:

²²⁵ PUENTE, op. Cit., p. 440. Tradução livre: [...] “Como derecho autónomo, la presunción de inocencia pasa a ser definida tanto por su naturaleza procesal (ampliamente estudiada y relacionada con la actividad probatoria) como por su naturaleza extraprocesal con la que se aseguraba, precisamente, la celebración de un juicio justo antes de la imposición de la pena. En ese sentido, se incide en la presunción de inocencia comienza a ser interpretada por la jurisprudencia del TC como un derecho protector de la dignidad personal frente a cualquier acción sancionatoria o limitativa de derechos, impuesta al margen del proceso judicial”.

²²⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n.º 111**. Relator: don Eugeni Gay Montalvo. Madrid, 04 de julho de 2011. BOE n.º 184, de 2 agosto de 2011. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/pt-BR/Resolucion/Show/6893>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²²⁷ Destacado da Sentença n.º 111/2011. Tradução livre: “[...], Venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”.

[...], Assim, conforme disposto no STC 189/1998, de 28 de setembro, só será possível verificar a violação do direito à presunção de inocência quando não houver provas processuais válidas, ou seja, quando os órgãos judiciais tiverem apreciado um actividade probatória lesiva de outros direitos fundamentais ou carente de garantias, ou quando o resultado da referida avaliação não é fundamentado, ou, finalmente, por ser ilógico ou insuficiente, é desarrazoado o *iter discursivo* que conduz da prova ao fato provado²²⁸.

Apesar da interpretação contida na Sentença 189/1998 destacada acima, direcionar uma aproximação pela aplicação relativizada do princípio da presunção de inocência, ao ser analisada inversamente destaca-se o sentido protetivo e garantista, eis que abrange a análise entre prova e fato e suas consequências jurídicas, ou seja, a leitura do *standard* probatório no processo penal.

2.3.4 A presunção de inocência e a constituição brasileira de 1988

Elevado à categoria de princípio fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o axioma da presunção de inocência no sentido advindo de sua fórmula original foi inserido no artigo 5.º, inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²²⁹.

Considera-se a primeira Constituição brasileira a prever expressamente o princípio, apesar que a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 já havia previsto um direcionamento sobre a necessidade de formação de culpa para a prisão, conforme expressado no inciso VIII do artigo 179²³⁰.

²²⁸ Destacado da Sentença n.º 111/2011. Tradução livre: “[...], De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter discursivo* que conduce de la prueba al hecho probado”.

²²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2022.

²³⁰ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro: RJ, Império do Brasil, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 11 ago. 2022; “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada,

A fórmula do atual princípio da presunção de inocência que destaca a expressão ninguém será considerado culpado, se apresenta muito criticada pela doutrina brasileira pelo fato de não se incluir em sua definição legislativa os traços comuns – a fórmula geral consagrada pelos já citados instrumentos²³¹ de respeito aos direitos humanos –, e essenciais em uma sociedade que deverá presumir o acusado inocente até que se prove o contrário, em respeito aos bens jurídicos valorados.

Será neste sentido que Luiz Regis Prado direciona quanto à necessidade da reafirmação de conceitos caros à Ciência Penal. E considerando o Estado Democrático e Social do Direito a definição da tutela penal não poderá ser distanciada do pressuposto do bem jurídico-penal, e somente poderá ser considerada legítima pela ótica constitucional, e quando socialmente necessária.

E conseqüentemente deverá imperar a sua imprescindibilidade para “assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana”²³².

Em vista do não uso da fórmula geral amplamente transporta por outras constituições estrangeiras e pelos instrumentos jurídicos internacionais, em tese não restaria consagrado o princípio da presunção da inocência, mas o da desconsideração prévia da culpabilidade, denotando sua aplicação mais restrita.

De fato a Constituição brasileira adotou a redação parecida com a disposta no artigo 27, n.º 2 da Constituição italiana de 1947 o “imputado não é considerado réu até condenação definitiva”, já objeto de análise. Tais traços conceituais foram resultantes de movimento protagonizado por parte da doutrina italiana (Escola Positiva Italiana) que defendia a restrição do alcance do princípio da inocência com vistas a garantir a eficácia do processo penal.

fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

²³¹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Pacto Civil dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, consagram a fórmula que o “acusado se presume inocente”, diferentemente da Constituição brasileira, que dispõe somente acerca da não-culpabilidade, através da fórmula “ninguém será considerado culpado”.

²³² PRADO, Bem jurídico, op. Cit. p. 67-68; A dignidade da pessoa humana. PRADO, Luiz Regis. **Acerca do princípio da dignidade humana**. 2020. Disponível em: <<https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/Acerca%20do%20Principio%20de%20Dignidade%20da%20Pessoa%20Humana.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

O doutrinador italiano Enrico Ferri sustentava que só se poderia admitir a presunção de inocência do delinquente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim somente enquanto não se reunisse prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado e não sua inocência²³³.

O Código Rocco de 1930 influenciado pela Escola Técnico-Jurídica de Vincenzo Manzini afastou o princípio da presunção de inocência sob a alegação que este representava uma falha estatal quando da demonstração da culpa do acusado.

Em retórica o autor afirmava que “se a inocência do réu é presumida, ele pede bom senso, então por que ele está sendo processado? [...] Agora, pode-se admitir que a experiência histórica coletiva ensina que a maioria dos acusados é inocente?”²³⁴.

Momento histórico e jurídico em que houve a renovação do sentido punitivo do sistema inquisitivo atrelado à expressão “presunção”, a qual integraria uma relação probatória e a técnica do convencimento do juiz, em claro afastamento ao sentido garantista.

Todavia mesmo posteriormente ao fim do regime fascista, e pós Segunda Guerra Mundial, em 1947 quando da redação do artigo 27, § 2.º da Constituição italiana sob a influência do período fascista e da tecnicidade jurídica, houve um afastamento do real sentido histórico e político do princípio da presunção de inocência, estabelecendo uma visão mais limitada e técnica quando do emprego da expressão da não-culpabilidade.

Essa pseudo herança também foi assumida pelo ordenamento jurídico brasileiro quando da aprovação do Código de Processo Penal de 1941²³⁵, do qual é nítido o reflexo da ideologia da presunção de culpa defendida pela Escola Técnico-Jurídica italiana.

²³³ A respeito do debate travado pelas escolas penais italianas sobre o princípio da presunção da inocência, de um lado a escola clássica, cujo expoente máximo era Francesco Carrara, e de outro as escolas positivista e técnico jurídica, representadas por Enrico Ferri e Vincenzo Manzini. TORRES, Jaime Vegas: **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La ley, 1993.

²³⁴ MANZINI, Vincezo. **Trattato di diritto processuale penale italiano**. v. 1. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1967, p. 226-228. Tradução livre: [...] “Se si presume l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui? [...] Ora, si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegna che la massima parte degli imputati è innocente?”

²³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Da exposição de motivos do referido instrumento legislativo elaborada pelo então ministro da Justiça Francisco Campos colhe-se o caráter repreensivo e delimitativo proposto pelo novel código, envolto na forma mais eficiente para a delimitação do catálogo de garantias e de favores que as leis processuais penais asseguravam aos réus, tidas por responsáveis pelo alto índice de criminalidade naquela época²³⁶.

Ultrapassando esse período fascista e ditatorial, resta evidente a claudicante redação do princípio da presunção de inocência na Constituição brasileira de 1988.

Ela acabou por também mesclar os sentidos contidos na redação do princípio na Constituição italiana de 1947, da portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978, criando-se uma redação *sui generis* que literalmente resulta em uma compreensão muito distante do seu real sentido, precisando de um exercício hermenêutico mais profundo e garantista para sua melhor compreensão.

Superando longas discussões entre interpretações limitativas e extensivas da expressão do princípio, para Gustavo Henrique Badaró a redação do princípio da não-culpabilidade ante a terminologia presunção de inocência são apenas variantes semânticas que carregam a mesma complexidade de significado:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias — se é que isto é possível —, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito²³⁷.

Contrariamente a extensão de significado Edilson Mougenot Bonfim:

[...] Sustenta a boa doutrina que a expressão 'presunção de inocência' é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. [...], este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória²³⁸.

²³⁶ CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos ao código de processo penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.

²³⁷ BADARÓ, Processo penal, op. Cit., p. 65.

²³⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 101.

A forma redacional não pode acarretar uma proteção deficiente do princípio da presunção de inocência. E, dentro de um esforçado exercício hermenêutico o silogismo advindo do princípio vem sendo observado pelos juristas e aplicadores do direito brasileiro, em certos momentos com maior ou menor expressividade nas garantias processuais penais.

O princípio da não-culpabilidade como definiu a Constituição Cidadã se caracteriza como um norte na luta contra o abuso de poder das autoridades policiais e judiciárias, limitando o uso indevido de medidas de coação à liberdade do cidadão.

Limita o poder estatal em especial nas questões que envolvem a aplicação da medida cautelar de prisão preventiva, do instituto da prisão temporária²³⁹ e da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, temas que serão analisados com maior detalhe neste estudo.

Nas últimas décadas o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema do princípio da presunção de não-culpabilidade logo depois de sua inserção na Constituição brasileira de 1988, quando analisou o Habeas Corpus n.º 68641 / DF, com relatoria do ministro Celso de Melo.

Neste julgamento proferido em 05 de novembro de 1991 houve a definição que a pena-base não poderia ser majorada em consideração à existência de outro processo em curso sem condenação definitiva, o que afrontava diretamente o significado do novel princípio:

[...], A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5., LVII).

O acórdão complementou o sentido da garantia ao duplo grau de jurisdição, bem como da manutenção do princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

²³⁹ Definida pela Lei 7.960/1989, de 21 de dezembro de 1989, a qual será imposta quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Não convém a análise de sua legitimidade constitucional.

E inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção 'juris tantum' de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento -, a ostentar o 'status' jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes²⁴⁰.

Considerando o contexto fático apresentado no julgamento destacado o princípio da presunção de inocência (presunção de não-culpabilidade) foi interpretado em seu sentido mais amplo.

Houve sua aplicação em um primeiro momento para fins de delimitar as causas para o aumento da pena-base, e por outro lado, serviu para se firmar o posicionamento de que o sentido do princípio não poderá sofrer relativização proveniente de investigações criminais, tampouco através de sentenças condenatórias não transitadas em julgado.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 68641-DF**. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 05 de junho de 1992. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110105/false>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

RAZÃO DE SER E AS CONSEQUÊNCIAS VINCULANTES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 A razão de ser e o significado contemporâneo do princípio da presunção de inocência

A partir do surgimento de um novo contexto social afastando-se inicialmente do modelo absolutista (não completamente do modelo inquisitivo), o ser humano sentiu a necessidade pela garantia de determinados valores até então considerados insignificantes.

Nesta evolução a sociedade seguiu pela busca de mecanismos que viessem resguardar os valores do indivíduo, e aptos a afastar as condenações indevidamente ditadas pela figura do Estado absolutista, limitando-o em vista à garantia da segurança jurídica, um dos atuais pilares do direito.

Prevendo os acontecimentos humanos, Cesare Beccaria fundando seu pensamento em Montesquieu, buscou despertar nos novos pensadores a preocupação pela humanidade, deixando destacado seu pensamento quanto à razão: “imortal Montesquieu tocou de leve esta matéria. A indivisível verdade forçou-me a seguir as pegadas luminosas deste grande homem, mas os pensadores para quem escrevo saberão distinguir os meus passos dos dele”²⁴¹.

Durante o longo período de desenvolvimento da razão humana e do pensamento jurídico, constata-se que o axioma da presunção de inocência foi elevado ao nível constitucional, apesar de manter uma acentuada contradição em seu significado.

Contudo ao consagra-se materialmente como princípio constitucionalmente deverá nortear a sequencial atuação legiferante, exigindo-se a ponderação pela hermenêutica constitucional na medida em que os interesses se conflitem²⁴².

²⁴¹ BECCARIA, op. Cit., p. 63.

²⁴² “Os princípios constitucionais, como já se disse, permeiam toda a Constituição, chocando-se, por vezes, uns com os outros, o que necessitará, evidentemente, da devida harmonização com a cedência parcial recíproca. Esses princípios norteiam também o legislador ordinário, o Judiciário, e o próprio Executivo. São a ápice do sistema jurídico, e é natural que tudo que se lhes siga faça a devida vênua a essas manifestações principiológicas”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 228

Indiscutivelmente com o desenvolvimento nos últimos séculos, especialmente a partir do século XX pela expansão do sentido da integração social, novos espaços foram tomando forma, e por isso necessitaram de novas intervenções pelo direito.

A repaginação da sociedade é constante e crescente. Em solo europeu nas últimas três décadas houve um significativo avanço da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço de 1951²⁴³ de fins primários meramente econômicos para o sentido contemporâneo de União Europeia, com acentuado desenvolvimento social e do direito comunitário.

Por esta linha não olvida-se do sentido transnacional do direito em vista de uma comunidade que procurou uma maior integração de seus Estados-membros conforme alargamento pelo Tratado de Amsterdam em 1997²⁴⁴, para se criar um espaço penal onde impere a “tríade: Liberdade, Segurança e Justiça”²⁴⁵, no qual a Ciência Penal é invariavelmente sustentáculo.

Seja pelo ordenamento nacional ou internacional, nítido e imperativo se faz o alcance da certeza da autoria e da materialidade do crime para se direcionar por uma posterior condenação. Somando-se outros significados refletidos pelo princípio da inocência, evitando-se abusos e o uso da restrição à liberdade como meio para se alcançar resultados positivos na persecução penal.

Para André Carvalho de Ramos o “princípio da presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar (não pode ser antecipação da prisão definitiva), e fundamentada”²⁴⁶, coadunando-se com sua acepção protetiva à liberdade humana.

A partir da origem e da historicidade do princípio da presunção de inocência abordado no segundo capítulo deste estudo, imprescindível trazer alguns pontos que revelam e que caracterizam sua razão de ser e seu contemporâneo significado.

²⁴³ A CECA – Comunidade do Carvão e do Aço fundada pelo Tratado de Paris em 1951, foi a primeira entidade supranacional europeia voltada para o desenvolvimento social e econômico.

²⁴⁴ UE. Holanda. **Tratado da União Europeia**, de 02 de outubro de 1997. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal europeu**: relatório para provas públicas de agregação. Coimbra, 2004; RODRIGUES, Anabela Miranda. **Para uma política criminal europeia**: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

²⁴⁶ RAMOS, André Carvalho de. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 783.

Para Alexandra Vilela o princípio da presunção de inocência possui mais de um sentido apriorístico, e dentro de seu duplo significado em um campo de atuação, o primeiro como regra de tratamento a ser dispensado ao acusado ao longo do processo penal, e outro como regra de juízo, “fundando-se cada um deles numa cultura jurídica própria, ou no legalismo dos iluministas, ou no pragmatismo gnosiológico jurídico anglo-saxônico”²⁴⁷.

A presunção de inocência acaba por impor um verdadeiro dever de tratamento (regras de tratamento e de julgamento) ao acusado, atuando em duas dimensões.

Para Aury Lopes Júnior na “dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador [...] e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (in dubio pro reo)”²⁴⁸.

Sua repercussão deverá ser aplicada em todo o processo penal, evitando-se a tomada de decisões restritivas ao direito de liberdade, por exemplo, a abusividade na imposição de prisão cautelar.

Como regra de tratamento externo deverá impedir que o processo penal invada a vida do acusado, e torne-a uma verdadeiro martírio. Para Aury Lopes Júnior “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”²⁴⁹.

Nesse âmbito como regra de tratamento enquanto pendente uma condenação definitiva o processo penal deverá proporcionar ao acusado sua condição de inocente durante todas as fases e práticas judiciais, impedindo em estrita observância deste fundamental direito qualquer situação que caracterize pré-julgamento de culpabilidade.

Há de se considerar uma tarefa árdua a pretensão desse valoroso princípio da presunção de inocência. O investigado ou já durante todo o processo-crime, não poderá sofrer redução de sua condição humana.

Para Alexandra Vilela deverá ser afastado qualquer tratamento de inferioridade, seja diminuindo-o “social, moral e fisicamente no confronto com outros

²⁴⁷ VILELA, op. Cit., p. 58.

²⁴⁸ LOPES JÚNIOR, 2018, op. Cit., p. 59.

²⁴⁹ “A presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”. Ibid., p. 59.

cidadãos, que no momento, não se encontram sujeitos a qualquer processo crime”²⁵⁰.

A sociedade por muitas vezes é contraditória em sua própria essência. Ela luta por liberdade, pelas garantias e pela observância dos direitos fundamentais do ser humano, mas quando surge um suspeito de um delito – e apenas suspeito –, é a primeira a manifestar sua revolta incondicional, condenando-o antecipadamente através de diversos mecanismos não jurídicos, mas sobretudo que beiram ao neopopulismo penal²⁵¹, dentro do efeito da dissonância cognitiva pela influência de grupo social.

Parte da sociedade rejeita as garantias processuais e desconfia que as instituições de Estado aplicam corretamente a sanção cabível em proteção ao bem jurídico legitimamente eleito²⁵². Uma desconfiança generalizada que atinge a escolha dos bens jurídicos, e questiona a eficiência de sua proteção, elegendo o princípio da presunção de inocência como um delimitador da aplicação da justiça.

Embora as garantias processuais tenham evoluído permanece um sentimento primitivo no ser humano: a culpa estará sempre refletida no acusado, apesar de ter sido inocentado, deixando-o com uma marca indelével no tempo.

O suplício, as misérias do processo penal de Francesco Carnelutti, acabam se traduzindo na própria natureza punitiva revelada pela sociedade²⁵³.

²⁵⁰ VILELA, op. Cit., p. 58.

²⁵¹ A Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019 buscou evitar os espetáculos mediáticos das prisões que a sociedade brasileira vem presenciando nas últimas décadas. O Juiz das Garantias previsto no artigo 3.º-F Código de Processo Penal, deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, evitando-se os efeitos da dissonância cognitiva de grupo, que pode atingir uma proporção de massa, e por reflexo traz vieses cognitivos ao processo-crime.

²⁵² Se apresenta complexa a discussão se os bens jurídico-penais escolhidos pelo legislador infraconstitucional devem guardar ressonância com aqueles tutelados pela Constituição. A “Constituição que define, propõe e impõe – a constelação de valores ou interesses susceptíveis de integrar o sistema dos bens jurídico-penais, como tais, servir de referentes teleológico-materiais das incriminações a pôr de pé pelo legislador ordinário”. ANDRADE, Manuel da Costa. **Constituição e legitimação do direito penal, diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. São Paulo: Renovar, 2004. p. 53-54; Quanto ao conceito de bem jurídico-penal e sua consonância com os ditames constitucionais. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, ano 4. p. 151-198, abr./jun. 1994.

²⁵³ “Com esmero Santo Agostinho trata do assunto nas seguintes palavras, a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura. [...]. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão”. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinali. 7. ed. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 47-48.

Na lição de Giuseppe Bettiol a balança deverá inclinar-se para o direito à liberdade humana, e no “conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do arguido, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade”²⁵⁴.

Retornando aos característicos fundamentais do princípio da presunção de inocência, as garantias processuais penais deverão ser observadas em favor do acusado, que como condenado ou culpado pelas acusações não poderá ser considerado senão após a decisão definitiva.

Nesse sentido todas as medidas de coação visando à reclusão do acusado devem deixar de exprimir uma antecipação da tutela do *jus puniendi* do Estado, as quais somente terão validade se devidamente necessárias e fundamentais para a salvaguarda da conclusão do processo-crime.

A incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito da sentença penal traz instrumentos hábeis para o julgador quando da análise das provas trazidas aos autos pela acusação, verificando a sua insuficiência probatória decida pela absolvição do acusado.

Deverá aplicar em sentença os ditames mais amplos do princípio da presunção de inocência, do qual a máxima *in dubio pro reo* se fragmentou ante a realidade de sua evolução e da prática jurídica.

O princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo liga-se à estrutura do processo, em particular à técnica de averiguação dos fatos praticados, sendo certo que a sua realização completa apenas se compadece com a estrutura do processo penal acusatório (princípio acusatório), caracterizado pelo fato de o acusado se encontrar desonerado de demonstrar a sua inocência, realidade que acabou perdendo significado pela relativização do princípio.

Em contraponto a acusação se encontra obrigada a carrear para o processo toda a prova da plena culpabilidade²⁵⁵, cabendo ao Ministério Público o “ônus de provar a responsabilidade do acusado de modo a eliminar a dúvida”. Bem como, municiar o processo com a prova escusatória de culpabilidade, e em situação

²⁵⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Editora LDA, 1974, p. 295.

²⁵⁵ [...] “E esse ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação”. GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1998, p. 112; TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 69.

de dúvida deverá o juiz absolver sem que sobrevenha qualquer consequência “negativa ao acusado”²⁵⁶. Esse é o resultado mais esperado.

Silogismo que representa a plena resposta ao princípio da presunção de inocência assinalada por Giulio Illuminati²⁵⁷, diversamente da disposição contida na Constituição italiana.

Para Gustavo Henrique Badaró evidencia-se o aspecto delimitador que a presunção de não-culpabilidade impõe como modelo processual acusatório:

A presunção de não-culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria²⁵⁸.

A presunção de inocência eleita pelo legislador constitucional como imprescindível deverá abranger todas as fases do processo penal, trazendo ao acusado as garantias necessárias para que possa se defender das acusações, restando minimizada a possibilidade de condenação em caso de dúvida, seja esta de autoria, materialidade ou de outra circunstância típica²⁵⁹.

Para José de Faria Costa “estas garantias evidenciam uma proteção do bem jurídico-penal legitimamente eleito”²⁶⁰.

²⁵⁶VILELA, op. Cit., p. 59.

²⁵⁷ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bolonia: Zanichelli, 1979, p. 20-21.

²⁵⁸ BADARÓ, **processo penal**, op. Cit., p. 67.

²⁵⁹ “El derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía fundamental que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas demás garantías del proceso”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentencia n.º 12**. Relator: do Ponente D. José C. González. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, ano CIV, n. 2, p. 192-200, 2005.

²⁶⁰ “Uma das funções que, em teia de complementaridade, se agrega à função primacial do direito penal – como se viu, a proteção de bens jurídicos – é a função ou vertente de garantia. Na verdade, através do direito penal definem-se rigorosamente os comportamentos penalmente relevantes. Ora, esta simples actividade legiferante – hoje tida quase por uma evidência – constitui (a partir do pensamento da Ilustração e muito particularmente como herança valiosíssima do Ideário da Revolução Francesa) e constitui ainda uma barreira à tendência centrípeta de esmagamento que o poder do Estado sempre desenvolve em face dos direitos fundamentais da pessoa humana”. COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 67.

Pelo princípio da presunção de inocência se originam prerrogativas processuais ao acusado e uma segurança jurídica à coletividade contra abusos pelo poder do Estado, e de seus representantes.

Como não poderia olvidar-se desta razão de ser e do significado do princípio da presunção de inocência emanam diversas consequências aos procedimentos processuais penais adotados em especial ao acusado, os quais sentem, em muitos casos, neste princípio fundamental, um limitador de sua aplicação e em outros o traçar de seu verdadeiro caminho epistemológico.

Uma das primordiais consequências vinculantes ao princípio da presunção da inocência para o deslinde do processo penal se apresenta na limitação da possibilidade de condenação quando se apresente uma dúvida razoável²⁶¹, em vista ao natural afastamento de uma condenação indevida e firmada sob uma frágil análise do *standard* probatório que fundamentará o convencimento do magistrado.

Como afirmou Francesco Carrara a prova para condenar deve ser certa como a lógica e exata como a matemática, afastando-se a mera possibilidade²⁶². Sem essa certeza, sem a prova incontestável de culpabilidade do acusado, tornar-se-á obrigatória e inadiável sua absolvição.

Por outro lado para José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira o princípio da presunção de inocência considerado em todo o seu rigor verbal poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e de cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal, em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas, e a aplicação e interpretação das normas criminais em juízo), originando instabilidade jurídica, em especial às instituições judiciais.

Todavia ao comentarem o artigo 32.º da Constituição portuguesa de 1976, os referidos autores direcionam algumas consequências derivadas do princípio da

²⁶¹ “Como regla del juicio el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable”, destaque da Sentença n.º 12. Revista Jurídica de Catalunya, op. Cit., p. 192.

²⁶² “Aplicação do princípio ‘in dubio pro reo’. Autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade. Tal não é bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena. Como afirmou Carrara, ‘a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática’. Deram parcial provimento. Unânime (RJTJERGS 177/136)”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n.º 0006071-16.2016.8.26.0565**. Relatora: Des. Patrícia Pires, São Paulo, 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171204-09.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

presunção de inocência como regras de juízo a serem observadas no processo penal, tais como: a proibição da inversão do ônus da prova; a preferência pela sentença de absolvição em detrimento ao arquivamento processual; a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/90), e a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal²⁶³.

Para Anabela Miranda Rodrigues o princípio da presunção de inocência por sua característica norteadora do processo penal não poderá servir de meio comprometedor da atuação do Estado que foi legitimado para a defesa dos direitos coletivos, mas o direito de punir é delimitado e passa a justificar-se à luz da “necessidade – uma <amarga necessidade>, como já foi dito – e a pena ganha uma finalidade não escatológica mas terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial)”²⁶⁴.

Jorge de Figueiredo Dias eleva o princípio da presunção de inocência (in dubio) à categoria dos princípios fundamentais do processo penal, mas em contrapartida alerta para a observância de suas nuances quando de sua aplicação no processo-crime, “uma vez que, se tomada ao pé da letra, pode tornar ilegítima a utilização de qualquer medida de coação contra o arguido”²⁶⁵.

Maria João Antunes ao analisar o Código de Processo Penal português traçou uma dupla faceta do acusado, seja como objeto ou na figura de sujeito processual. Enquanto meio de prova e objeto de aplicação daquelas medidas de coação necessárias para seu deslinde. E, justifica que essa dupla faceta do processo penal português corresponde ao dever de “respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, aqui incluído o arguido, e de, por outro, deve ter ao seu dispor os mecanismos necessários para uma eficaz administração da justiça”²⁶⁶.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

²⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização - jurisdicionalização – consensualismo e prisão. Projeto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 30.

²⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal - questões fundamentais**: a doutrina geral do crime. Tomo I, parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 70.

²⁶⁶ ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação. In: **Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1248-1249.

Inexiste um ponto delimitador à instrumentalização processual penal que causa a ruptura do princípio da presunção de inocência, reafirmando a teoria festingeriana, e acentuando os vieses cognitivos impregnados da linguagem punitivista.

Maria Fernanda Palma já alertava sobre a função do processo penal como um confrontador do acusado com os órgãos da justiça punitiva, e até onde essa função representou uma verdadeira intervenção pré-punitiva demolidora da presunção de inocência²⁶⁷.

Feitas tais observações passa-se à análise da reciprocidade que advém do princípio da presunção de inocência com as garantias processuais.

O princípio da presunção de inocência acaba por sustentar um arcabouço de tratamento jurídico refletido em outros importantes princípios gerais e fundamentais ligados ao processo penal, direcionando ao acusado outras garantias processuais inerentes ao “devido processo legal”²⁶⁸.

3.2 As garantias processuais penais e o princípio da presunção de inocência

As garantias processuais penais se apresentam como resultado positivo da marcante evolução social nos últimos séculos, ultrapassando o limitado pensamento jurídico-penal da Idade Média, e que sofreu acentuada transformação a partir dos ideais do Renascimento.

Momento no qual houve o maior destaque do ser humano como centro do universo, e o nascimento da acepção de pessoa humana, do seu direito de ser tratada como tal dentro da esfera de sua liberdade e de suas responsabilidades, limitando os interesses puramente individuais.

A dignidade humana é afluada pelo conhecimento, pelas artes e pela ciência, e o direito passa a reconhecê-la e respeitá-la em vista a uma maior proteção das imposições onipotentes do rei soberano, sobretudo pelo rompimento da sua dependência exclusiva do ser divino.

²⁶⁷ PALMA, Maria Fernanda. **O problema penal do processo penal**: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41-53.

²⁶⁸ Garantindo às partes uma atuação efetiva durante o desenrolar do processo (deduzindo pretensões, produzindo provas, fazendo alegações), na busca do convencimento do juiz, obrigando este à plena obediência ao princípio. BONFIM, op. Cit., p. 96-97.

Tais aspectos culminaram no legítimo movimento iluminista, desprendendo-se de uma antiga roupagem. Fundando-se na razão humana e na busca pela melhor compreensão da ciência, pregou os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade que encontraram seu ápice na Revolução Francesa, e no dia no 26 de agosto de 1789 foi aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual direcionou para a proteção de direitos fundamentais.

Desprende-se pela presença embrionária do sentido e do alcance daquele que viria a se transformar no princípio da legalidade e do devido processo legal, ao prever em seu artigo 7.º que ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita. E no artigo 8.º ao estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada²⁶⁹.

Nesse gradual desenvolvimento que consubstanciou o direito constitucional, foi que o direito penal e o processual penal começam a encontrar seus legítimos fundamentos, mesmo que alguns desses já orbitassem naturalmente a ideia de sociedade, tais como os princípios gerais de direito.

Para Luiz Regis Prado tais princípios resultam em relevante transformação na ordem jurídica, e na sua moderna conceituação condicionam a toda a atividade legislativa, e assumem uma característica universal e imutável, sofrendo modificações pela própria evolução do sistema e das instituições sociais, econômicas, políticas, jurídicas e outras²⁷⁰.

Momento esse que traz uma nova roupagem à responsabilização criminal. Para Luiz Regis Prado há um avanço significativo do conceito finalista de ação na “concepção do homem como um ser responsável, como pessoa, emerge o conceito finalista de ação enquanto estrutura lógico-objetiva, realidade ôntica – de ordem atemporal, anespacial e universal”²⁷¹.

Esse contexto conduz a futura consagração em garantias constitucionais e processuais penais contemporâneas, que transmutaram por completo os valores e a legitimidade do nosso sistema jurídico-constitucional, mas de sobremaneira dependem do correto exercício da hermenêutica constitucional para que seus fins

²⁶⁹ FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1.789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁷⁰ PRADO, Tratado, op. Cit., p. 260.

²⁷¹ Ibid., p. 141.

sejam atingidos, os direitos reconhecidos e salvaguardados, sendo o encontro inicial de sua legitimidade.

Com esta evolutiva trajetória em busca de uma identidade jurídico-penal-constitucional para destacar as limitações ao *jus puniendi* estatal, Luiz Regis Prado reafirma que as normas de Direito público que se referem aos direitos e garantias fundamentais consubstanciam explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal – princípios penais constitucionais -, próprios do Estado democrático de Direito, que impõem limitação infranqueável ao *jus puniendi* estatal (processo penal)²⁷².

Por essa razão direciona-se o estudo desta evolução e do surgimento de alguns conceitos e dos principais princípios e garantias processuais penais inerentes à limitação do exercício do poder estatal, ligando-os ao princípio da presunção de inocência.

3.2.1 O princípio do devido processo legal²⁷³

Dentre os pilares que sustentam a legítima atuação do Estado em qualquer ato processual destaca-se o princípio do devido processo legal. Seu alcance conceitual e a sua flexibilidade posicional dentro da estrutura do ordenamento jurídico faz com que este princípio seja a todo tempo testado, e consequentemente aprimorado.

Como contribuição para o seu fortalecimento conceitual, e em sua primeira previsão Constitucional, a *Magna Carta Libertatum* assinada pelo Rei João da Inglaterra – João Sem Terra em 15 de junho de 1215 definiu em seu § 39, que nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país²⁷⁴.

A percepção do seu significado não era exata tal como hodiernamente. A expressão original em inglês *the law of the land* na tradução livre “com a lei do país”

²⁷² PRADO, Tratado, op. Cit., p. 52.

²⁷³ Para Rogério Lauria Tucci, sua denominação mais técnica para a seara penal será devido processo penal. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

²⁷⁴ INGLATERRA, *Magna carta libertatum*, op. Cit.

e, pela interpretação semântica condiciona ao entendimento que o julgamento deverá ser realizado conforme as leis aprovadas no país.

William Stubbs entende que a expressão remonta ao ano de 1037, e foi cunhada por Corando II, fundador da Dinastia Franca. Para Nelson Nery Junior a expressão somente apareceu no ano de 1354 em lei inglesa assinada pelo Rei Eduardo III.

Evolutivamente, para Vincenzo Vigoriti a Carta Magna é considerada atualmente como o precedente direto da 5.^a Emenda da Constituição Norte-Americana²⁷⁵, estabelecendo algumas garantias processuais penais.

Para Miguel Daladier Barros com a aplicação do instituto evitava-se a formação dos tribunais de exceção, ou dos julgamentos deliberados cujas regras seriam criadas conforme a conveniência do julgamento de réus.

Ao limitar as liberalidades irresponsáveis de seus julgadores, com a sua evolução histórica, especialmente de sua conceitualização jurídica, o referido instituto foi transformado no atual princípio do devido processo legal²⁷⁶.

Ultrapassando o histórico inicial de sua origem novos significados foram sendo extraídos, e quanto ao referido princípio do devido processo legal sua presença se tornou marcante em diversos diplomas constitucionais.

Na Constituição Francesa de 1791 através da reprodução em seu preâmbulo da própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, nos termos já delineados nesta pesquisa.

Porventura se fez presente em documentos internacionais que procuraram aproximar-se de uma integração transnacional, realidade que contribuiu para moldar outras dimensões comunitárias.

Porquanto na esteira do direito anglo-saxão a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 demarcou a importância e a extensão conceitual do princípio em dois momentos, primeiramente na 5.^a emenda de 1791²⁷⁷:

²⁷⁵ CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O devido processo legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 11, n. 2, p. 233-261, dez. 2016

²⁷⁶ BARROS, Miguel Daladier. **Magna carta de 1215, Inglaterra 800 anos depois**. Imperatriz: Ethos Editora, 2015. p. 130-131.

²⁷⁷ Em 1791 ao ratificar a Carta dos Direitos dos Estados Unidos de 1789, foram incorporadas as 10 primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal²⁷⁸.

Depois do fim da Guerra Civil americana o alcance do significado jurídico do *princípio due process of law* se deu através de sua consagração na seção 1 da 14.^a emenda de 1868 da Constituição Americana:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis²⁷⁹.

Foi nesta direção de proteção à dignidade humana que os princípios constitucionais emergiram e trouxeram uma nova dimensão garantista, sobretudo, ao direito e processo penal que através dos princípios penais²⁸⁰ e das garantias no Direito Processual Constitucional²⁸¹ vinculam a atuação do Estado em todos seus atos e níveis, mormente quando exercita o monopólio da persecução administrativa e judicial.

Para Nereu José Giacomolli o “nível constitucional normatiza, delimita e exige o processo devido. Como base principiológica da qual emanam todos os

²⁷⁸ EUA. [Constituição (1787)]. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/constituicao_eua.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ “A presença de matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal. Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, comportando sejam divididos em princípios explícitos e implícitos. Os explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da Constituição. Os implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidos. [...], Os segundos, aplicáveis a todas as áreas, mas referem-se ao aspecto de conteúdo das incriminações e direcionam para a tutela de bens de relevância social”. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: safE, 2003. p.13; Pela autonomia da disciplina denominada Direito Constitucional Penal. PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

²⁸¹ “[...] proceso como parte vital en la trilogía estructural del Derecho Procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso)”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho procesal constitucional: el debido proceso**. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2010, p. 26.

princípios e garantias constitucionais (princípio-garantia)”²⁸², transferindo ao devido processo um modelo de processo penal constitucional.

Portanto “irradia a sua materialização de forma contextual, integral e global, abarcando os seus consectários explícitos (ampla defesa, v. g.) e implícitos (*in dubio pro reo*, v. g.)”²⁸³.

Para Maria Fernanda Palma a constituição de valores está aberta para readaptações, para a evolução social e para a superação da antinomia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, tal como é feita por Radbruch. Permite o encontro de uma Constituição de valores que se impõe à Constituição positiva, mas é relativamente aberta e apta à configuração desses valores através de fins concretos determinados no processo político²⁸⁴.

O princípio do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa foram sendo integrados ao texto de convenções internacionais que perquiriram harmonizar as legislações de seus signatários, os quais comungando dos mesmos valores e interesses puderam trilhar o caminho de desenvolvimento refletivo pelos conceitos e institutos, ampliando o raio de proteção dos Direitos Humanos, e da eficiência garantista do processo penal.

3.2.2 O princípio do juiz natural

Em uma de suas primeiras aparições o princípio do juiz natural foi estabelecido pela *Magna Carta Libertatum* de 1215, que definiu em seu § 39, que nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado. E não se poderá mandar proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

A expressão mediante um julgamento regular pelos seus pares com a lei do país identifica o nascimento de alguns princípios, entre eles o princípio do juiz natural, e da necessidade da estruturação de um julgamento por pessoas distintas da figura central do rei, o que contribuiu para a inicial delimitação dos poderes do soberano.

²⁸² GIACOMOLLI, Nereu J. **O devido processo penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 94.

²⁸³ Ibid., p. 94.

²⁸⁴ PALMA, op. Cit., p.41.

Durante o século XVII o Parlamento Inglês no ano de 1628 elabora a *Petition of Rights* (Petição de Direito) a qual foi iniciada por Sir Edward Coke, e enviada ao Rei Charles I, contendo uma declaração das liberdades civis fundada na Magna Carta de 1215, delimitando a aplicação da lei pelo princípio da legalidade, e constituindo a forma de julgamento por tribunal constituído por seus pares:

E considerando também que na carta designada por 'Magna Carta das Liberdades de Inglaterra' se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país²⁸⁵.

Para Luigi Ferrajoli o princípio do juiz natural originou-se entre os conflitos vivenciados na Inglaterra e na França nos séculos XVII e XVIII, que direcionavam pela limitação do poder do rei, o qual em diversos momentos e por interesses particulares apropriava-se da jurisdição pessoalmente ou através de juízes especiais, momento que se evidenciou uma reversão das atribuições dos juízes ordinários para o sentido atual do princípio do juiz natural²⁸⁶.

Há uma nítida vinculação entre o princípio da isonomia e do princípio do juiz natural consagrado na Inglaterra do século XVII através da *Petition of Rights* de 1628, na *Bill of Rights* de 1689, ampliada e solidificada pela Revolução e Constituição Francesa de 1791.

²⁸⁵ INGLATERRA. **Petition of rights**, 1628. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

²⁸⁶ “Em 1612 o grande jurista Sir Edward Coke, Chief Justice da Court of Common Pleas, sustentou à presença de Jaime I que este, exatamente porque era ‘fons iustitiae’, não tinha o poder de julgar em concreto [...]. E a mesma tese, como narra Montesquieu, foi sustentada em 1639 pelo Presidente do Parlamento de Paris, Nicolas Bellièvre, contra Luís XIII, que desejava julgar o duque de Valette pessoalmente [...], recorde-se a greve, o exílio em massa e, subsequentemente, a anistia e o restabelecimento de todo Parlamento parisiense, em 1732, em resposta às contínuas desconfianças de Luís XV, que cada vez mais frequentemente se via constrangido a fazer valer suas prerrogativas recorrendo às ‘lettres de jussion’ ou tomando lugar no Parlamento através de seu ‘lit de justice’. [...], o rei tentou na França reapropriar-se da jurisdição por formas de ‘justice retenue’, mais uma vez expressa, não só mediante intervenções pessoais e diretas, mas através de comissariados delegados destinados a afastar as magistraturas permanentes. A expressão ‘iudex delegatus’ passou desse modo a designar o juiz ‘especial’ ou ‘extraordinário’, encarregado pelo rei de determinados atos do processo ou de processos e assuntos particulares. E a antiga relação entre ‘ordinários’ e ‘delegados’ se inverteu, no sentido de que o ‘juiz ordinário’ tornou-se sinônimo do hodierno ‘juiz natural’, estável e legalmente investido nas funções judiciais [...]. FERRAJOLI, op. Cit., p. 469-470.

Para Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho a sua “vinculação com o princípio da isonomia decorre da necessidade de assegurar aos réus o mesmo tratamento: julgamento pelas mesmas regras e pelos mesmos juízes”²⁸⁷.

Na França do século XVIII a Lei 16-24 de agosto de 1790 tratou da organização judiciária, definindo que a ordem constitucional dos tribunais não poderá ser “perturbada, nem os litigantes subtraídos dos seus juízes naturais, por comissão alguma, nem por outras atribuições ou evocações que não as que vierem a ser determinadas pelas leis”²⁸⁸, direcionando como direito dos litigantes o julgamento por um tribunal composto por juízes naturais.

Nesta senda em sua versão constitucionalizada o artigo 4 do capítulo V da Constituição francesa de 1791 delimitou a atuação do Estado através do princípio do juiz natural, definindo que os “cidadãos não podem ser subtraídos dos juízes que a lei lhes designa, por comissão alguma, nem por outras prerrogativas e evocações senão aquelas determinadas pelas leis”²⁸⁹.

A Espanha do século XIX materializou o princípio do juiz natural no artigo 16 da Constituição espanhola de 1876 dispondo que “nenhum espanhol poderá ser processado nem sentenciado senão pelo juiz ou tribunal competente, em virtude de leis anteriores ao delito e nas formas que estas prescrevam”²⁹⁰, bem como, dispôs sobre os princípios da legalidade e da anterioridade no direito penal.

O Brasil dos séculos XIX e XX não foi alheio à esse importante princípio constitucional, sendo que encontramos o princípio do juiz natural em todas as constituições (exceto na de 1937): Constituição do Império do Brasil de 1824 (artigo 179, incisos XI e XVII); na Constituição da República de 1891 (artigo 72, § 15), na Constituição da República de 1934 (artigos 25 e 26); Constituição da República de 1967 (artigo 150, § 12, e § 15).

Compreendendo a sua importância, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em artigo 10 definiu o alcance do princípio do juiz natural pelo

²⁸⁷ CARVALHO, op. Cit., p. 86.

²⁸⁸ FRANÇA. **Lei 16-24 de agosto de 1790**. Disponível em: <<https://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>>. Acesso em: 3 dez. 2022. Tradução livre: “L’ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d’autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi”.

²⁸⁹ FRANÇA. [Constituição (1791)]. **Constituição Francesa de 1791**. Paris, Assembleia Nacional Constituinte Francesa, [2022]. Disponível em: <<https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

²⁹⁰ ESPANHA. [Constituição (1876)]. **Constituição Espanhola de 1876**. Madrid, Palácio do Senado, [2022]. Disponível em: <<https://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022. Tradução livre.

qual todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele²⁹¹.

A extensão protetiva pelo princípio da presunção de inocência e da ampla defesa é encontrada em seu artigo 11, que traz uma ampliação na qual todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Para Ernest Beling o princípio do juiz natural “teve origem como uma limitação do poder absoluto e para aprofundar a distinção entre a administração e a justiça cuja necessidade já se impunha desde o Iluminismo”²⁹² em nítida reação ao poder do rei.

Pelo garantismo penal e processual enraíza-se pelo reflexo de proteção que advém do princípio do juiz natural, o qual procura evitar a criação de tribunais de exceção, e por seu cariz indelével de garantia jurisdicional começa a ser cultivado em um segundo momento pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953:

Artigo 6.º, n.º 1: 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 [...], quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela²⁹³.

O princípio do juiz natural adquire nuances pela redação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 8.º, n.º 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 natureza²⁹⁴.

²⁹¹ ONU. **Declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021. O Brasil integra a ONU desde 1945, sendo signatário original da Declaração.

²⁹² BELING, Ernest. **Derecho procesal penal**. Tradução de Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943, p. 33.

²⁹³ FRANÇA. **Tribunal europeu dos direitos humanos**, 2022. Disponível em: <https://echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_POR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022

²⁹⁴ COSTA RICA, Convenção americana de direitos humanos, op. Cit.

Prestigiando o princípio do juiz natural, a Constituição portuguesa de 1976 em seu artigo 32.º, n.º 9 direciona que nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. Complementando esse sentido de processo garantista ampliou-se o significado do princípio da ampla defesa através da fórmula o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso (n.º 1).

Desponta-se o direito à ampla defesa como um norte garantista nos procedimentos penais. Nesta esteira em seu n.º 10, definiu que perante os tribunais nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa²⁹⁵.

Consequentemente com maior amplitude o artigo 32, n.º 5 reafirmou o compromisso da estrutura acusatória do processo penal, prevendo que estão a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório²⁹⁶.

Para Jorge de Figueiredo Dias do princípio do juiz natural destoam três importantes significados, no plano da fonte, a referência temporal e a ordem taxativa da competência²⁹⁷.

Quanto à extensão do sentido desses princípios como garantais processuais para José Joaquim Gomes Canotilho as clássicas garantias processuais, também coadunam-se em direitos, e superando seu caráter instrumental se percebem como direitos dos cidadãos de exigir uma atuação do poder público em vista à própria proteção daqueles direitos que possam estar sendo alvo de relativização²⁹⁸.

Com o mesmo comando a Constituição espanhola de 1978 consagrou o princípio do juiz natural em seu artigo 24, n.º 1 prevendo que as pessoas têm o direito de obter uma tutela efetiva dos juízes e dos tribunais relativamente ao pleno exercício de seus direitos e interesses legítimos, não podendo ser desamparadas²⁹⁹.

E não foi indiferente na disposição do n.º 2 do mesmo artigo que delimitou o julgamento pelo juiz ordinário determinado por lei, e evidenciou o princípio da

²⁹⁵PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, op. Cit.

²⁹⁶ Ibid.,

²⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322-323.

²⁹⁸ CANOTILHO, op. Cit., p. 396.

²⁹⁹ ESPANHA, Constituição Espanhola, op. Cit. Tradução livre: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

ampla defesa e do contraditório ao determinar que a defesa deverá ser técnica e assistida por advogado.

Somando-se a isso definiu que os réus detêm o direito de ser informados sobre a acusação dentro de um processo penal público, que não se alongue no tempo e seja coberto por todas as garantias processuais, evidenciando-se o aproveitamento de provas relevantes pela defesa, e que não será admitida a autoincriminação em reflexo ao princípio da presunção de inocência³⁰⁰.

Por seu norte, a Constituição Brasileira de 1988 legitimou constitucionalmente as garantias processuais penais como resultado da axiologia valorativa do bem jurídico eleito à proteção³⁰¹.

Neste sentido protetivo a Constituição Cidadão de 1988 consagrou em seu artigo 5.º, Inciso LIII, o princípio do juiz natural³⁰² ao dispor que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Para Antonio Scarance Fernandes do sentido mais amplo da dúplici garantia prevista na redação constitucional (proibição de tribunais extraordinários, e o impedimento da subtração da causa ao tribunal competente), destoam três regras de proteção, a delimitação do exercício da jurisdição aos órgãos constitucionalmente instituídos, que ninguém poderá ser julgado por órgão instituído após os fatos, e o impedimento à discricionariedade no exercício da jurisdição entre os juízes pré-constituídos³⁰³.

³⁰⁰ Ibid. Tradução livre: “asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

³⁰¹ O bem jurídico é defendido penalmente só diante de certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 109; Em decorrência da unidade do ordenamento jurídico – e do sistema de sanções –, tanto a lei penal como a administrativa tutelem bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, tendo por escopo maior garantir a prevalência dos direitos fundamentais através da prevenção e da repressão. PRADO, Tratado, op. Cit., p. 17.

³⁰² Como extensão de aplicabilidade das garantias processuais, no processo judicial ou administrativo, Ada Pellegrini Grinover salientou que a Constituição de 1988 manteve em sua redação o sistema jurisdicional uno, assim, inexistindo o contencioso administrativo. Porém, afirma que há entre nós tribunais administrativos, os quais são despidos de função jurisdicional, para solucionarem os litígios entre cidadão e a administração, devendo a esses serem aplicados os princípios constitucionais de proteção aos direitos individuais e coletivos, sejam estes relativos aos interesses públicos ou privados. GRINOVER, Ada Pellegrini. A atividade administrativa em face do sistema constitucional. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

³⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 136.

O Juiz das Garantias instituído pela Lei n.º 13.964/2019 representa uma proteção maior à liberdade e às garantias processuais penais na fase pré-processual, bem como, uma demarcação do exercício jurisdicional que não afronta o princípio do juiz natural.

3.2.3 O princípio do contraditório, a ampla defesa e as provas no processo penal

O princípio do contraditório assinala que o processo penal somente será tido por válido e legítimo se dentro de uma estrutura acusatória forem oportunizados todos os meios legais de defesa ao acusado, de se opor, de contradizer à acusação e às provas constantes dos autos.

Para Aury Lopes Junior o ato de contradizer uma suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética³⁰⁴. Sua inobservância levará o processo à insanável nulidade.

Será neste sentido que o avanço da sociedade e da Ciência Penal sedimentou o entendimento em que o julgamento de um crime deverá ser precedido de uma acusação realizada pelo Ministério Público, órgão distinto do julgador. Esse julgamento deverá respeitar os limites impostos pela estrutura processual acusatória. É o estabelecimento de uma dialética entre o interesse punitivo do Estado, do interesse libertário do indivíduo, e da sociedade que deseja afastar as condenações indevidas.

Aury Lopes Junior relembra que o princípio do contraditório denota um método de confrontação entre a prova e a comprovação da verdade. O argumento jurídico no processo funda-se no conflito, afastando o sentido de juízo potestativo:

[...], disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo³⁰⁵.

³⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 39.

³⁰⁵ Ibid., p. 39.

Para Manoel Monteiro Guedes Valente a nova roupagem acusatória e contraditória procurou afastar a tortura e desvalorizar a confissão do réu que por muitos anos restou utilizada como a principal prova da culpabilidade no processo penal. Sua origem se inicia “com o movimento do jusnaturalismo (com Grotius e Puffendorf), se concretizou em Montesquieu e Voltaire, mas acentuou-se em Rousseau e Beccaria”³⁰⁶.

A estrutura acusatória do processo penal para José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira é representada pela dimensão material (fases processuais bem distintas: instrução, acusação e julgamento), e pela dimensão orgânico-subjetiva (distinção entre juiz de instrução e o juiz julgador), mantendo-se em cada função orgânica sua independência, imparcialidade e os limites da lei³⁰⁷.

O princípio do contraditório alia uma proteção maior ao acusado, delimitando a atuação do Estado na persecução penal, e amplia as garantias processuais inerentes à sua defesa, tornando obrigatório ao juiz dispensar o mesmo tratamento e de ouvir as razões apresentadas pelas partes, proporcionando a efetiva participação do réu na audiência, na colheita de provas, e sobretudo devendo ser o último a se pronunciar.

Pondera-se pela incidência do instituto do segredo de justiça aos atos em que por muitas vezes uma divulgação indevida poderá acarretar prejuízos infundáveis para a presumível inocência do acusado, à sua privacidade e intimidade.

Para Maria João Antunes o princípio do contraditório e do sistema acusatório representam mais uma delimitação a ser imposta ao princípio da publicidade, em salvaguarda dos direitos das partes e testemunhas, garantindo a “realização da justiça e a descoberta da verdade material, por via do normal funcionamento dos tribunais”³⁰⁸. Liga-se ao princípio da presunção de inocência como regra de tratamento.

O princípio do contraditório e da ampla defesa incorporados à Constituição Brasileira de 1988 no inciso LV, do artigo 5.º podem ser traduzidos pelo

³⁰⁶ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Processo penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 130.

³⁰⁷ CANOTILHO; MOREIRA, op. Cit., p. 372.

³⁰⁸ ANTUNES, op. Cit., p. 44; O direito à privacidade representou um avanço civilizacional, o qual se inclui no sistema acusatório do processo penal “para lá de toda aquela perene conflitualidade é preciso não perder de vista que a privacidade – enquanto bem ou valor, mas sobretudo como modo-de-ser e de estar – ganhou o merecido estatuto que hoje ocupa o catálogo axiológico dos povos da nossa galáxia civilizacional em tempos bastante recentes”. COSTA, José de Faria. **As telecomunicações e a privacidade**: o olhar (in)discreto de um penalista. Direito penal da comunicação: alguns escritos. Coimbra: Coimbra Editora, p. 158-159, 1998.

brocardo jurídico *audiatur et altera pars*, o qual expressa literalmente o sentido do seu alcance: o direito de ouvir e de ser ouvido dentro do processo penal e administrativo.

Para Aury Lopes Junior uma reconstrução da história onde a acusação e a defesa contribuem com suas versões. O “adágio está atrelado ao direito de audiência [...]. Para Goldschmidt, também serve para justificar a face igualitária da justiça, pois *quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la outra*”³⁰⁹.

Para Ada Pellegrini Grinover a evolução do princípio do contraditório e das garantias processuais, abrangendo o processo administrativo, nos traz que a nova dimensão “não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública”³¹⁰.

Nesta direção todos os atos, as provas, os documentos, as oitivas e os testemunhos deverão ser conhecidos e poderão ser contraditados pela outra parte, essencialmente pela defesa que poderá apresentar interpretação jurídica diversa à legislação, à doutrina ou à jurisprudência colacionadas ao processo, em busca do sentido mais amplo do *pro libertatis* que deverá imperar no processo penal.

Sem dúvidas quanto à interligação do princípio do contraditório e da ampla defesa com o *standard* probatório. Para Antônio Magalhães Gomes Filho “a verdadeira pedra angular da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de prova à observância do contraditório”³¹¹.

Para Ada Pellegrini Grinover, o princípio do contraditório rege e protege constitucionalmente a produção de provas no processo penal:

Não pode ficar à margem de tais garantias o direito à prova, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito ao contraditório³¹².

³⁰⁹ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 39. Tradução livre: “quem ouve uma das partes, deve o mesmo favor à outra”.

³¹⁰ GRINOVER, op. Cit. p. 39.

³¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008. p. 247-297.

³¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 4, out./dez, 1993.

O órgão acusador haverá de provar o fato que imputa ao acusado, pois seu *status quo* é a ausência de culpabilidade. O direito brasileiro como reflexo não admite as provas ilícitas no processo penal³¹³.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n.º 695895/MS³¹⁴, com relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, reafirmou pelo posicionamento da impossibilidade do uso de provas colhidas ilicitamente, e pela inaplicabilidade ao caso sob julgamento da exceção trazida pela “teoria da descoberta inevitável”³¹⁵.

Enquanto isso vigora o entendimento quando exsurge uma prova ilícita que poderá beneficiar o acusado. Neste sentido a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP definindo que “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”. Apesar dessa não ser uma posição pacífica.

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho aplicando a teoria do ordenamento jurídico Norberto Bobbio, direciona que a garantia da ampla defesa afasta a vedação da prova ilícita, não apenas porque a norma permissiva (*lex favorabilis*) deve prevalecer sobre a proibitiva (*lex odiosa*), mas, principalmente, porque o interesse jurídico mais valioso deve prevalecer nesta ponderação.

³¹³ Comparativamente o legislador constitucional português incluiu no artigo 32.º, item 8, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 695895**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 08 de novembro de 2022. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=170222384®istro_numero=202103074478&peticao_numero=&publicacao_data=20221116&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³¹⁵ “Ao ressaltar, no artigo 157, parágrafo 2º do CPP, as provas relacionadas à fonte que, ‘por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova’, o legislador de 2008, com o advento da Lei n. 11.690 positivou a teoria da descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente. A estratégia consiste em se aproveitar no processo penal as provas que, malgrado ilícitas ou destas derivadas, seriam obtidas, autonomamente, no curso regular da persecução penal. Trata-se da efetivação da ponderação de interesses na esfera da vedação às provas ilegais. A inspiração decorreu do caso *Nix v. Williams-Williams II*, em 1984, em que, valendo-se de uma declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia localizou o corpo da vítima de um homicídio. Em que pese a ilegalidade da prova, demonstrou-se que esta seria obtida, mesmo não havendo a referida declaração, haja vista que um grupo de voluntários já procurava pelo cadáver. A Suprema Corte americana, então, ponderando a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), admitiu a declaração como prova hábil a condenar o acusado”. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Teoria da descoberta inevitável: quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 42-59, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1985/pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

E o direito à liberdade e à ampla defesa denotam interesse jurídico mais valioso do que o direito à privacidade, manifesta-se, portanto favoravelmente ao poder do réu no processo penal produzir a prova considerada ilícita³¹⁶.

O sistema probatório no processo penal deverá ser sopesado pela consciente acusação, e pela colheita válida de provas constitucionalmente admitidas. Em revés estar-se-á diante de um ato inquisitorial, de feição imparcial e de raiz puramente securitária.

Para Rogerio Greco Filho é fácil verificar como o sistema inquisitivo não convêm à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou³¹⁷.

Sentido reafirmado por Fernando da Costa Tourinho Filho ao direcionar que no processo tipo acusatório como o brasileiro vigora o princípio segundo o qual o “acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza do direito ‘primário e absoluto’ de defesa”³¹⁸.

E nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho sem esse processo de diálogo entre os atores processuais, em momento anterior ao pronunciamento estatal, a “decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça”³¹⁹.

Um diálogo necessário e complementar, também entre o significado desses dois importantes princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Inexistirá um sistema acusatório sem a observância do contraditório e da ampla defesa em favor do réu.

Para Vicente Grego Filho para a “[...] estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar”³²⁰.

A homogeneidade do sentido protetivo e garantista que advém desses princípios penais constitucionais direciona que nenhum processo penal ou administrativo (investigativo³²¹), poderá sobreviver intacto sem a presença de

³¹⁶ CARVALHO, op. Cit., p. 75.

³¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

³¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 65.

³¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 137.

³²⁰ GRECO FILHO, op. Cit., p. 55.

³²¹ O “novo interrogatório judicial, que com tal roupagem definitivamente passou a ser visto, não mais como meio de prova, mas como verdadeiro meio de defesa”. MOURA, Maria Thereza Rocha de

profundas máculas e de vícios aparentes se acabar por deixar de respeitar seu significado finalístico.

Por outro lado compreende-se que o modelo constitucional é o sistema acusatório, em contraste aquele enraizado no Código de Processo Penal, que é nitidamente inquisitório, o qual permanece com essa roupagem mesmo depois da alteração do seu artigo 3.º-A pela Lei 13.964/2019³²², remodelando-o para uma estrutura acusatória.

Ademais uma situação que é nitidamente conturbada com suspensão *sine die* da vigência do Juiz das Garantias, a ser analisado juntamente com o princípio da imparcialidade judicial e a teoria festingeriana.

Por isso em respeito à axiologia constitucional, qualquer exercício de interpretação que pretenda limitar o alcance ou o significado de tais princípios, e da estrutura acusatória do processo penal³²³, seja em um caso concreto ou de forma puramente abstrata que procura justificar um juízo negativo, deverá ser extirpado, dentre aqueles os eivados de dissonância cognitiva.

3.2.4 A igualdade de armas

O princípio da igualdade de armas de origem anglo-saxônica urge como corolário do contraditório processual determinando que as partes (acusação e defesa) estejam durante todo o processo penal num mesmo patamar, e que seus atos sejam banhados pelos mesmos instrumentos que permitam uma discussão processual adequada e um enfrentamento equilibrado.

Resulta do princípio da presunção de inocência diretamente pela análise do *standard* probatório na sentença penal, e da constatação da insuficiência de provas ou pela dúvida razoável, a consequente decisão em favor da absolvição (em

Assis; SANTOS, Leandro Galluzzi dos. 20 anos de vigência da Constituição da República e processo penal. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 163-182.

³²² Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³²³ “Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da lei, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório”. LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 36.

detrimento ao arquivamento dos autos³²⁴), em resposta ao ônus probatório que deverá ser assumido de pronto pela acusação em resposta à paridade de armas.

Para Winfried Hassemer a dúvida razoável deverá ser um ônus processual assumido por quem começa e conduz, e deverá ao final arcar com suas consequências, o Estado sancionador³²⁵.

A acusação em muitos casos se apresenta com um aparato administrativo, judicial e econômico superior ao da defesa. O princípio da igualdade de armas aliado às demais garantias constitucionais tem finalidade de equilibrar as partes, e permitir um desenvolvimento claro, coeso e legítimo do processo penal in concreto³²⁶.

O princípio da igualdade de armas apresenta-se no meio do conflituoso interesse que resulta do direito de punir (estatal) e do direito de liberdade (do acusado).

Nesse contexto o princípio adquiriu variadas denominações: igualdade de armas, igualdade das partes, paridade de armas ou paridade processual. Todas com o mesmo significado, pois advêm do princípio da isonomia ou da igualdade disposto no *caput* do artigo 5.º da Constituição Brasileira de 1988.

Quanto à instrumentalização do processo penal, será através do princípio da paridade processual que às partes serão garantidas as mesmas reações processuais. Para Edilson Mougenot Bonfim no “âmbito do processo penal, às partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades de alegação e de prova, cabendo-lhes iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades”³²⁷.

A relativização da isonomia processual deverá revelar o significado garantista do processo penal, considerando o direito fundamental à liberdade do acusado.

³²⁴ O arquivamento do processo se apresenta ineficaz para neutralizar a estigmatização do acusado. ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e oportunidade**. Jornadas de direito processual penal do Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995, p. 336-337; Para Francesco Carrara o arquivamento dos autos em contrapartida à absolvição denota um cenário que fragmenta o sistema acusatório e o princípio do contraditório. CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Campinas: Editora LZN, 2002, p. 276-277.

³²⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 232.

³²⁶ VALENTE, op. Cit., p. 130.

³²⁷ BONFIM, op. Cit., p. 105-106.

Por isso a igualdade “[...], não é absoluta, sofrendo temperamentos, principalmente pelo princípio do favor rei”³²⁸, afastando o sistema inquisitivo, e o figurativo *in dubio pro societate*, o qual fragmenta o Poder Judiciário de seu principal papel de “órgão contramajoritário, no contexto democrático e constitucional, perdendo a posição de guardião último dos direitos fundamentais”³²⁹.

Cotidianamente depara-se com decisões emanadas dos Tribunais Superiores reafirmando o princípio da paridade de armas em questões que poderiam ter sido aplicadas pelos juízos criminais de primeira e de segunda instância, mas que denotam uma falta de compreensão do alcance do sentido do princípio que não está somente ligado ao processo penal garantista, mas se apresenta como um dos vetores das garantias penais processuais, possibilitando o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, desaguando-se no devido processo penal.

A defesa tem o direito de produzir e de ter acesso a todo o conjunto probatório que seja eficaz para conduzir a instrumentalização processual em respeito ao sistema acusatório. O princípio da paridade de armas denota, sobretudo a uma necessária correlação de equilíbrio do poder. Entretanto um poder que encontra limites à defesa.

Exemplo disso é o fato da defesa no processo penal se apresentar desmuniciada de poder (autoridade pública), e ao precisar de acesso a imagens mantidas por terceiros não vislumbrará qualquer possibilidade de comando para a sua entrega.

Os detentores das provas somente agem de acordo com o comando estatal (ordem judicial ou policial). Por outro lado o Ministério Público detém poder de comando na obtenção de provas e para a sua requisição por diligências.

Quando o Poder Judiciário cria um filtro para a produção de provas, através do indeferimento de algum pedido da defesa em vista a juntada ou da requisição de provas em posse de terceiros, além de caracterizar uma nítida quebra do princípio da paridade de armas privilegiando-se à acusação, por consequência desnatura todo o sentido do sistema acusatório, causando prejuízo direito ao contraditório e à ampla defesa.

³²⁸ BONFIM, op. Cit., p. 105-106.

³²⁹ DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate***. Florianópolis: Editora Emais, 2018, p. 202.

Neste sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 1666694-SP, com relatoria do ministro Gilmar Mendes, pela qual houve o restabelecimento no processo crime do princípio da paridade processual, evidenciando que a defesa tem o direito à produção de provas em respeito à paridade de armas, devendo-lhe ser oportunizada o acesso às imagens de câmeras de monitoramento em posse de terceiros, e que o indeferimento pelo juiz de primeiro grau acarreta prejuízos à defesa a ser restabelecido pela ordem de habeas corpus para garantir que as imagens sejam preservadas e levadas aos autos³³⁰.

Mutatis mutandis se apresenta a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* 145418-SP, com relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual considerou que o extravio de provas causa a perda de sua possibilidade de uso tanto para a acusação como para a defesa em atenção ao princípio da paridade de armas e da comunhão da prova³³¹.

Todavia recente revés sentido pelo princípio da igualdade de armas advém da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.768, a qual acrescentou mais uma pedra sobre o princípio.

Ao analisar o mérito da ADI decidiu-se que o fato do representante do Ministério Público se sentar ao lado do juiz não conduz à violação da isonomia, do devido processo legal e da paridade de armas³³².

Analisando o voto da ministra Carmén Lúcia, relatora da ADI, em contra-argumento aos parâmetros parciais e cenográficos expostos em favor da declaração da inconstitucionalidade das disposições legais contidas na Lei Complementar 75/1993 e na Lei 8.625/1993, que colocam o representante do *Parquet* no mesmo plano à direita do julgador, nota-se sua inconsistência com a atual disformidade da realidade encontrada na práxis jurídica, especialmente na seara criminal:

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 1666694-SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400299/false>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n.º 145418-SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101024381&dt_publicacao=08/06/2021>. Acesso em: 05 dez. 2022.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4768-DF**. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, 23 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

[...] O fundamento pelo qual a disposição dos atores processuais comprometeria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, por inculcar no jurisdicionado a incorreta impressão de parcialidade do julgador, confusão de atribuições entre este o membro do Ministério Público, ou até mesmo conluio, não se sustenta. Inexiste elemento concreto que autorize a conclusão de que a proximidade física com o membro do Ministério Público possa influenciar ou comprometer a parcialidade do magistrado na condução das audiências de instrução ou na prolação de sentença³³³.

Pela tentativa de trazer mais equilíbrio visual entre as partes processuais foi apresentado o PL n.º 3.528/2019, o qual em seu original prevê a inclusão do § 2.º ao artigo 6.º da Lei n.º 8.906/1994: durante as audiências de instrução e julgamento realizadas no Poder Judiciário, nos procedimentos de jurisdição contenciosa ou voluntária, os advogados do autor e do requerido devem permanecer no mesmo plano topográfico e em posição equidistante em relação ao magistrado que as presidir.

Pela proposta da emenda n.º 1 ao PL n.º 3.528/2019, ambicionava-se incluir o Ministério Público, mantendo-se todos os atores processuais no mesmo plano físico³³⁴. Houve a rejeição da emenda e a proposta do texto original foi aprovada no Senado Federal, transformando-se na Lei n.º 14.508 de 27 de dezembro de 2022³³⁵.

Tal alteração legislativa pouco importará na disposição e no restabelecimento da paridade de armas entre a defesa e a acusação no processo penal brasileiro.

A manutenção do elemento dissonante ao conhecimento das partes, testemunhas e dos jurados no processo penal é evidente. O efeito de parcialidade que pode ser causado pela dissonância cognitiva ante o assento do Ministério Público ao lado do órgão julgador, continuará se fazendo presente no cenário judicial e na cognição humana (vieses cognitivos à presunção de inocência).

³³³ Voto da Relatora Min. Carmén Lúcia. Disponível em: <<https://www.amperj.org/wp-content/uploads/2022/11/CONAMP-ADI-4768-voto-relatora.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

³³⁴ BRASIL. **Emenda 1 PL n.º 3528/2019**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8014197&ts=1669902955585&disposition=inline&ts=1669902955585>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

³³⁵ BRASIL. **Lei 14.508**, de 27 dezembro de 2022. Altera o Estatuto da OAB. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 2022. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14508&ano=2022&ato=659oXQU9kMZpWT0fb>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

3.2.5 O direito ao silêncio e de não autoincriminação

O direito ao silêncio veio contrariar o que o processo penal primitivo privilegiava pela confissão extraída através da tortura, a qual era legitimamente aceita. O direito ao silêncio e da não autoincriminação derivam do princípio *nemo tenetur se detegere*, que significa o direito de não produzir prova contra si mesmo³³⁶.

O direito ao silêncio está previsto no inciso LXIII do artigo 5.º da Constituição Brasileira de 1988, através da fórmula o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. A partir da orientação trazida pelo princípio em questão o silêncio não pode ser considerado em desfavor do acusado.

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho o princípio do direito ao silêncio no Brasil, sofreu grande influência internacional, especialmente do direito norte-americano, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1966:

A construção do princípio recebeu forte influência do direito norte-americano (privilege against self-incrimination), que tem por fundamento a 5ª Emenda à Constituição, que proíbe que alguém seja compelido a se auto acusar. [...], o privilégio foi consolidado no acórdão *Miranda v. Arizona* (1966)³³⁷.

Para Guilherme de Souza Nucci a não produção de provas contra si caracteriza a imunidade à autoacusação que decorre da interpretação em conjunta do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio. E adverte que refletiria a falência do aparato persecutório estatal qualquer dependência do agir do acusado para a colheita de elementos que venham sustentar a ação penal³³⁸.

Por sua vez a legislação infraconstitucional traz a garantia ao direito de permanecer calado e de que o silêncio que não importará em sua confissão, não poderá ser interpretado em desfavor do acusado, conforme previsão no artigo 186 do Código de Processo Penal brasileiro.

Apesar da relativização do princípio do direito ao silêncio através da imposição contida no artigo 198 do Código de Processo Penal brasileiro, no qual o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, reafirma-se que o direito ao silêncio, também é

³³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

³³⁷ CARVALHO, op. Cit., p. 121.

³³⁸ NUCCI, op. Cit., p. 38.

uma das formas de autodefesa do acusado. Por isso, integra o arcabouço das garantias processuais e o exercício da ampla defesa.

Em recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, com decisão monocrática do ministro Feliz Fischer no *Habeas Corpus* n.º 628224-MG, considerando a patente ilegalidade, concedeu liminar de ofício para fins de se realizar nova audiência de instrução, oportunizando-se ao paciente quando do seu interrogatório se manifestar livremente quanto ao mérito, de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio advogado em nítida correlação com o direito de autodefesa³³⁹.

Em sentido mais abrangente o julgamento no Superior Tribunal de Justiça do REsp. n.º 1825622-SP, com relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, no qual foi reconhecida a nulidade do processo, e que se apresenta inexecutável imputar à defesa o ônus de comprovar eventual nulidade processual advinda de ilegalidade que se apresenta latente no processo crime, ademais quando atinge diretamente as garantias constitucionais do acusado.

Contextualizando-a ao direito ao silêncio e de não produzir prova contra si, a decisão reconhece o direito do acusado proceder à resposta apenas das perguntas que entender conveniente para sua autodefesa:

[...], 4. O interrogatório é, em verdade, o momento ótimo do acusado, o seu dia na Corte (day in Court), a única oportunidade, ao longo de todo o processo, em que ele tem voz ativa e livre para, se assim o desejar, dar sua versão dos fatos, rebater os argumentos, as narrativas e as provas do órgão acusador, apresentar alibis, indicar provas, justificar atitudes, dizer, enfim, tudo o que lhe pareça importante para a sua defesa, além, é claro, de responder às perguntas que quiser responder, de modo livre, desimpedido e voluntário³⁴⁰.

Comparativamente a Constituição portuguesa de 1976 não prevê expressamente o princípio do direito ao silêncio. Entretanto a doutrina e a jurisprudência se posicionam majoritariamente em favor de sua aplicabilidade ao

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 628224-MG**. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 07 de dezembro de 2020. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119144395&tipo_documento=documento&num_registro=202003031874&data=20201209&formato=PDF>. Acesso em: 04 dez. 2022.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1825622-SP**, com Relatoria do Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 28 de outubro de 2020. DJE em 28/10/2020, com trânsito em julgado em 26/11/2020. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995766&num_registro=201902015019&data=20201028&formato=PDF>. Acesso em: 5 dez. 2022.

processo penal português, o qual advém do princípio da dignidade humana incluído no artigo 1.º, e pela força jurídica dos direitos, das liberdades e das garantias processuais expressamente previstos na Constituição, nos termos do artigo 18.º, parte 2, em reflexo dos instrumentos jurídicos internacionais.

Para Jorge de Figueiredo Dias a “posição do arguido há de ser sempre de livre declaração e participação, não podendo, em consequência, ser penalizado pelo silêncio que eventualmente se reserve”³⁴¹.

Em sentido mais alargado para Manuel Costa Andrade, Jorge de Figueiredo Dias e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, o direito ao silêncio abrange a não entrega de documentos ou informações que possam ser incriminatórios, ou de qualquer prova de sua culpabilidade³⁴².

Pela interpretação do Tribunal Constitucional de Portugal, o princípio do direito ao silêncio está diretamente integrado ao sistema acusatório, por consectário as garantias processuais devem direccionar a instrumentalização processual penal em todas as suas fases.

Por sua vez o *ônus probandi* está diretamente ligado à vontade do acusado dentro de seu direito de afirmação e de autorrealização pessoal, assegurando sua participação positiva ou negativa dentro da sua liberdade de declaração e de não autoincriminação protegida pelo princípio da presunção de inocência:

Se a estrutura acusatória fixada ao processo penal e a sua vinculação ao ônus de assegurar todas as garantias de defesa impõe que o processo penal se organize e desenrole, em todas as fases e atos que o integram, de acordo com o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, isso significa, no plano probatório, que qualquer contributo do arguido, quer resulte em favor ou em desfavor da sua posição, haverá de constituir uma afirmação esclarecida e livre de autorrealização pessoal³⁴³.

Todavia a Constituição espanhola de 1978 prevê claramente o direito ao silêncio na parte 3, do artigo 17 na fórmula que toda a pessoa detida deve ser

³⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In: **Jornadas de direito processual penal. Direito processual penal**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995, p. 27.

³⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 43-44.

³⁴³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Terceira Secção). **Processo n.º 739/2020**. Rel. Cons. Joana Fernandes Costa. Julgamento em 21/12/2020. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200770.html>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar.

Em complementação prevê o direito de não autoincriminação na parte 2 do artigo 24 na fórmula “[...], a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados [...]”³⁴⁴.

Para Susana Álvarez de Neyra Kappler o valor constitucional ao silêncio exsurge como um direito de defesa dentro do devido processo legal, impedindo a autoincriminação do réu, e determinando que a sentença não possa ser fundamentada em provas colhidas sob métodos coercitivos ou de pressão física ou psicológica:

En palabras de Asencio Gallego ‘el derecho al silencio es una manifestación del derecho de defensa, o mejor dicho, de la autodefensa del investigado. No implica, en contra de lo que pudiere pensarse, la renuncia a ejercitar la defensa. [...], El derecho al silencio, como manifestación específica del derecho de defensa, no excluye otras actuaciones ni es incompatible con ellas, ni el ejercicio de otras conductas puede ser valorado en orden a menguar el valor del silencio’³⁴⁵.

O Tribunal Constitucional da Espanha vem reafirmando decisões anteriormente proferidas no sentido de proteção às garantias processuais, sendo que a livre decisão pela declaração do acusado (confissão) e de sua admissão no processo penal não pode ser interpretado como uma relativização dos direitos fundamentais³⁴⁶.

Nesta direção assume que a validade e a legitimidade probatória da confissão do acusado desde que observada a inexistência de coerção, sendo-lhe garantido o direito ao silêncio e de não autoincriminação. Tal condição delimita o juízo valorativo para qualquer exclusão da prova que foi voluntariamente admitida, não afetando qualquer direito fundamental do acusado.

No Tribunal do Júri o direito ao silêncio está assegurado nos termos do artigo 478, inciso II do Código de Processo Penal, e durante os debates as partes

³⁴⁴ ESPANHA. Constituição Espanhola, op. Cit.

³⁴⁵ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea. **Revista de Estudios Europeus**, n. 1 (extraordinario monográfico), p. 46-64, 2017.

³⁴⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Recurso de Amparo n.º 4857-2001**. Sentencia 184/2003. Madrid, 23 de outubro de 2003. BOE n.º 272 de 13/11/2003. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/4959>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

não poderão, sob pena de nulidade processual, fazer referências ao silêncio do acusado ou à ausência de seu interrogatório³⁴⁷.

Os jurados não podem ser influenciados pela indevida alegação de que o réu denota ser culpado pois não se pronunciou na sessão, ou durante todo o processo, invocando a máxima “quem cala consente”.

A magnitude da dissonância cognitiva entre os elementos cognitivos da culpabilidade e do silêncio impactam diretamente a percepção do presumível e constitucional estado de inocência do réu, e podem direcionar pela necessidade de redução desta dissonância através da inclusão de elementos consonantes com a liberdade, causando pressão cognitiva nos jurados.

Ademais poderá ter o efeito contrário na cognição dos jurados e causar a busca seletiva de informações e de elementos consonantes com a culpabilidade que acaba sendo reafirmada pelo episódio que interconectou a culpa com o silêncio do acusado prostando e estereotipado a sua frente.

O impacto da pressão psicológica pela redução da dissonância cognitiva será constatada no momento da votação dos quesitos, ante o conflito existente entre absolvição e condenação (escolha de alternativas), e será aumentado de forma considerável depois da votação do primeiro quesito, através da dissonância cognitiva pós-decisória à votação sequencial dos quesitos pelo Conselho de Sentença.

3.2.6 A duração razoável do processo e a aceleração processual

Para Santo Agostinho (354-430) o rápido julgamento do inocente indevidamente acusado visa minimizar os espinhos do processo penal e da “estigmatização social”³⁴⁸.

Em sua passagem o Ser divino é testemunha e age rapidamente para libertar Alípio. A sua prisão denota um rito de passagem para a lapidação de sua

³⁴⁷ Um dos motivos da anulação do julgamento do caso da “Boate Kiss”, foi pela impressão que os jurados tiveram depois de ser questionado o silêncio dos réus na sessão plenária.

³⁴⁸ “Mas a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu”. LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 30.

personalidade, o preparando para suas grandes responsabilidades futuras que deveriam ser envoltas à Justiça³⁴⁹.

A normatização do princípio da duração razoável do processo em vista à presunção de inocência não é uma preocupação recente, Cesare Beccaria tratou do tema em 1764, afirmando que “o próprio processo deve terminar no mínimo de tempo possível. Que contraste mais cruel do que a indolência de um juiz e a angústia de um réu?”³⁵⁰.

A importância de se interpretar o processo penal, sobretudo com a utilização do método do processo constitucional, onde as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto da Constituição e ao ser transpassadas ao processo, o faz adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com outro compromisso ético³⁵¹, em vista à manutenção do estado de inocência do acusado.

Uma dimensão importante do princípio da presunção de inocência, mas acaba assumindo valor autônomo quanto à obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias processuais, e que não afetem o direito à defesa. Com esse entendimento Guilherme de Souza Nucci:

[...], Buscando-se respeitar o estado de inocência, conjugado com o direito ao processo célere, associando-se a todas as especificações para se realizar, legitimamente, uma prisão cautelar, possa o indiciado ou réu permanecer semanas, meses, quiçá anos, em regime de restrição de liberdade, sem culpa formada. Ingressa, nesse cenário, o critério da razoabilidade, devendo o magistrado avaliar, no caso concreto, o que ultrapassa a medida do bom senso³⁵².

A injustificável demora do processo penal além de poder significar restrições ilegítimas dos direitos do acusado, acabará por esvaziar de sentido e retira conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência.

O direito ao processo célere é um corolário do princípio. Esta garantia tem a ver não só com os prazos legais para a prática dos atos processuais, mas com a sua observância pelo próprio julgador.

³⁴⁹ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução do latim para português de Arnaldo do Espírito Santo et al. edição bilíngue. Lisboa: Centro de Literatura e Cultura Portuguesa e Brasileira. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000. p. 241-244.

³⁵⁰ BECCARIA, Cesare. Op. cit. p. 103.

³⁵¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 57-63, out./dez. 1994.

³⁵² NUCCI, op. Cit., p. 43.

Há uma evidente apropriação do tempo de liberdade humana. Para Aury Lopes Junior “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível”³⁵³. Para Germano Marques da Silva a duração razoável do processo penal constitui um direito subjetivo do acusado³⁵⁴.

Roberto Delmanto destaca que o princípio da razoável duração das agruras do processo penal se tornou um preceito de ordem internacional, sendo adotado por diversas legislações, denotando a garantia do direito de o acusado ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade, em vista às respostas à sociedade ou a sua declaração de inocência:

Art. 9º, 3, 2ª parte, do PIDCP; art. 7º, 5, 2ª e última partes, da CADH (Pacto de San José da Costa Rica), não se admitindo dilações indevidas (art. 14, 3, c, do PIDCP), e a do direito de o acusado jovem ser julgado o mais rápido possível (art. 10, 2, b, do PIDCP; art. 5º nossa Constituição da República (art. 5º, 5, da CADH), [...], demonstram a preocupação dos países civilizados em diminuir, ao máximo, o tempo de custódia cautelar, a fim de evitar ainda maiores iniquidades resultantes da inflição de sofrimentos morais e físicos a um acusado que acaba absolvido³⁵⁵.

O princípio da razoável duração do processo foi instituído na Constituição Brasileira de 1988 através da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, e incluindo no inciso LXXVIII do artigo 5.º, que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação³⁵⁶.

Houve uma evidente ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e das garantias processuais em vista à presunção de inocência.

Todavia qual será a medida do razoável? Na jurisprudência brasileira há uma nítida mitigação do princípio da duração razoável do processo, sendo que já se tornou costumeira a justificativa pela demora na apreciação da causa pela sua complexidade, pelo acúmulo de serviços, pela impossibilidade de análise isolada dos prazos.

³⁵³ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 30.

³⁵⁴ SILVA, Germano Marques da. Princípio da celeridade e prazos do inquérito. **Revista Julgar**, n. 34, Coimbra, p. 139-147, 2018. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-09-GMS.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

³⁵⁵ DELMANTO, op. Cit., p. 372.

³⁵⁶ O avanço da tecnologia vem permitindo o rápido início da prestação jurisdicional, a qual se tornou mais evidente através do processo eletrônico, do inquérito policial eletrônico, entre outras implantações tecnológicas.

Temerariamente aduz que a atuação da defesa, é um obstáculo à razoável duração da defesa, como se esta não devesse atuar incisivamente na produção probatória em vista à manutenção da presumível inocência do acusado:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Alegação de excesso de prazo. Inocorrência. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz. Inexistência de mora processual atribuível ao Poder Judiciário. 2. *Habeas corpus* indeferido³⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal vem afastando o argumento de descumprimento de prazos e do seu excesso tempo de duração razoável do processo pela ausência de teratologia, de ilegalidade ou de abuso de poder no processo-crime.

Neste sentido o julgamento do AgRg no HC198396-SP, com relatoria do ministro Roberto Barroso, onde impera-se o argumento da sobrecarga de processos e da inexistência de abuso de poder:

[...] Razoável duração do processo. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a *razoável duração do processo* não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto. (...) A sobrecarga de *processos* em trâmite nos Tribunais Superiores inviabiliza, na hipótese, compreender violada a garantia constitucional da razoável duração do processo³⁵⁸.

Há um nítido afastamento do princípio da duração razoável do processo, com sua relativização em prol à manutenção do interesse punitivo e como justificativa da falta do aparelhamento do estado, do acúmulo de processos nas varas criminais, e sobretudo pelo manejo defensivo do acusado, o que extrapola o sentido do princípio da presunção de inocência.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 170165-AL**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 2021. Redação da ementa pelo Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5674977>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg HC n.º 198396-SP**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de julho de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447145/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

Torna-se evidente o encargo probatório da defesa³⁵⁹. Se o acusado não constrói uma narrativa exculpante dentro de um diálogo processual, necessitando reafirmar e provar sua inocência, simplesmente os princípios e as garantias processuais serão insuficientes para afastá-lo de uma condenação criminal.

Com uma realidade distinta o instituto da aceleração processual restou consagrado no artigo 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976, onde expressa que o arguido deverá ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa em respeito à sua dignidade humana.

A duração razoável do processo é garantida através do instituto da aceleração processual, que acabou sendo um conceito legitimado, como deveria de ser, e transposto nos artigos 108º e 109º do Código de Processo Penal português no qual constam definidos os requisitos e as formas de sua incidência, a identificação dos prazos excedidos, os prazos processuais razoáveis para o deslinde do feito, e tomadas as medidas cabíveis para apuração dos fatos que ocasionaram os atrasos, e a possível punição do responsável³⁶⁰.

Da doutrina portuguesa destaca-se o posicionamento de Germano Marques da Silva, pela nítida interligação do princípio da aceleração processual com os fins do direito em respeito ao princípio da presunção de inocência:

A celeridade processual é uma exigência, um princípio e uma garantia que decorrem do art. 32.º, n.º 2, da Constituição [...], e também do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). A celeridade na conclusão do processo é do interesse do arguido e, por isso, foi erigida em garantia constitucional do processo penal, mas é também do interesse do ofendido e da comunidade. É também condição importantíssima para a realização dos fins do direito e das sanções penais³⁶¹.

Com uma redação direcionada à prisão preventiva, mas com alcance de significados, a Constituição espanhola de 1978 previu no artigo 17, item 4 que por lei se determinará o prazo máximo de duração da prisão preventiva.

³⁵⁹ Para Nereu José Giacomolli “o encargo probatório da acusação não se reduz à demonstração da autoria e da existência do fato, mas de toda a dimensão jurídica, ou seja, de todos os elementos do crime (objetivos e subjetivos) e das circunstâncias conformadoras da imputação, bem como da espécie da sanção e da quantidade da pena. Para tanto, o afastamento do estado de inocência exige demonstração suficiente, mormente na perspectiva qualitativa”. GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica (cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2016, p. 97.

³⁶⁰ PORTUGAL. **Decreto-lei n.º 78 de 1987**. Código de Processo Penal. Lisboa: Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58863837>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

³⁶¹ SILVA, Princípio da celeridade e prazos do inquérito, op. Cit., p. 141.

Como reflexo positivo foi incluído no Código de Processo Penal espanhol Ley de Enjuiciamiento Criminal – Real Decreto de 14/09/1882, a nova redação trazida Ley Orgánica 13/2003, onde figurou o instituto da aceleração processual no item 6 do artigo 504, a qual será aplicada quando a prisão preventiva ultrapassar dois terços de seu prazo de duração³⁶².

Logo em seguida à nova redação do código de processo penal espanhol, a doutrina destaca o grande abismo entre o princípio da presunção de inocência e a demora do processo penal, evidenciando a necessária aceleração processual. Para Daniel Roberto Pastor acarreta a neutralização da presunção de inocência:

Por um lado, o prolongamento da ação penal sem definição da relação material que fundamenta a ação fere os fins substantivos da lei objetiva, impede que a paz jurídica, comprometida pela suspeição, seja restabelecida com a sentença, seja ela absolutória ou condenatória. Por outro lado, o direito fundamental do arguido a ser julgado o mais rapidamente possível é também violado pela excessiva duração do processo³⁶³.

A Constituição Brasileira de 1988 de forma tímida incluiu o instituto da aceleração processual na reforma trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, através do enunciado incluído no inciso LXXVIII do artigo 5.º “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo sem haver correspondência de sua previsibilidade expressa no Código de Processo Penal³⁶⁴, o qual tornaria mais claro sua aplicabilidade, evitando-se a dependência exclusiva da interpretação dos areópagos pátrios.

³⁶² ESPANHA. **Real Decreto de 14/09/1882**. Código de processo penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&b=573&tn=1&p=20031126#a504>>.

Acesso em: 26 nov. 2022. Tradução livre: “quando a medida de detenção provisória convencional ultrapassar dois terços da sua duração máxima [...]. Para estes efeitos, a tramitação do procedimento gozará de preferência sobre todas as outras”.

³⁶³ Tradução livre: “por un lado, la prolongación del enjuiciamiento sin definición sobre la relación material que subyace a la acción perjudica los fines sustantivos del derecho objetivo, impide que la paz jurídica, jaqueada por la sospecha, se restablezca con la sentencia, sea absolutoria o condenatoria. Por el otro, también el derecho fundamental del imputado a ser juzgado tan rápidamente como sea posible es violado por la excesiva duración del proceso”. PASTOR, Daniel Roberto. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Jueces para la democracia**, n. 49, p. 51-65, 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839241>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

³⁶⁴ Na prática processual penal há audiências de instrução que duraram alguns minutos, não sendo o sentido apriorístico do instituto da aceleração processual, a qual deverá estar interconectada com as garantias processuais, especialmente com o princípio da presunção de inocência. O “grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do tempo do direito. Agora, interessa-nos o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado, o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal”. LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 30.

José Nereu Giacomolli conecta o sentido da celeridade processual às garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões penais, as quais se não observadas conduzem a uma ilação processual e do próprio instituto da celeridade. Por outro lado, a atividade jurisdicional deverá ser efetivada em um prazo razoável, sob pena da transgressão da razoabilidade³⁶⁵.

Para Aury Lopes Junior no processo penal brasileiro restou vigente a doutrina do não prazo:

[...] sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo. O fato de o Código de Processo Penal fazer referência a diversos limites de duração dos atos (v.g. arts. 400, 412, 531 etc.) não retira a crítica, posto que são prazos despidos de sanção. Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo-sanção = ineficácia. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento³⁶⁶.

Todavia o dispositivo constitucional da celeridade processual incluído na Constituição brasileira deverá encontrar novos parâmetros instrumentais a ser incluídos explicitamente no Código de Processo Penal que deverão impor limites temporais à persecução penal e a devida punição de sua não observância por aquele que de forma injustificada causar prejuízos à liberdade humana.

3.2.7 O duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição concede às partes do processo penal a possibilidade de recorrerem da sentença exarada pelo órgão do Poder Judiciário de primeiro grau para uma superior instância. Caracteriza-se pela nova análise de uma decisão proferida pelo órgão dentro da hierarquia judiciária.

O princípio do duplo grau de jurisdição restou previsto na alínea “h” do item 2, do artigo 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto de São José da Costa Rica de 1966, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678/1992. O artigo 8.º trata das Garantias Judiciais, assentando o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Nesse âmbito outro instrumento internacional de proteção dos direitos humanos, o Protocolo n.º 7 incluído na Convenção para a Proteção dos

³⁶⁵ GIACOMOLLI, op. Cit., p. 373.

³⁶⁶ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 31.

Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinado em Estrasburgo no ano de 1994, e arquivado no Conselho da Europa, define uma diretiva para a inclusão do direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal, nos termos do item 1 do artigo 2.º, “qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação”³⁶⁷.

Pelo Estatuto de Roma assinado em 17 de julho de 1998 foi criado o Tribunal Penal Internacional prevendo-se nas alíneas “a” e “b” do n. 1 do seu artigo 81, a garantia do duplo grau de jurisdição, podendo ser interposto recurso da sentença condenatória ante a ocorrência de erro de fato ou de direito, por vício processual ou qualquer outro motivo que possa vir a afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença³⁶⁸.

Para Guilherme de Souza Nucci apesar do princípio do duplo grau de jurisdição deixar de se apresentar literalmente na Constituição Federal de 1988, é sem dúvida um princípio básico do processo penal, e restou consagrado na própria estrutura constitucional do Poder Judiciário³⁶⁹.

Apesar de sua não previsão literal a própria Constituição Federal de 1988 amplia a proteção dos direitos fundamentais conforme o disposto no § 2.º do artigo 5.º, definindo que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por seu turno com a reforma da Constituição Brasileira de 1988 através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e com a inclusão do § 3.º no artigo 5.º, estabeleceu-se novo regime convencional, ao definir que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, não restam dúvidas da vigência de tal princípio protetor no ordenamento constitucional brasileiro, reconhecido majoritariamente pela doutrina e

³⁶⁷ FRANÇA. **Protocolo n.º 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, 22 de fevereiro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

³⁶⁸ Promulgado no Brasil através do Decreto n.º 4.388/2002.

³⁶⁹ NUCCI, op. Cit., p. 44.

pela jurisprudência pátria. Entendimento que permite a revisão dos fatos e do direito no recurso em segundo grau de jurisdição.

Todavia a sua não inclusão no texto constitucional por omissão e falta de interesse do legislante, acaba gerando conflitos interpretativos que levam à delimitação de seu significado, e acarreta a fragmentação do princípio da presunção de inocência.

No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 601832, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela relativização do duplo grau de jurisdição o qual deve comportar as exceções previstas no ordenamento jurídico pátrio, e mesmo considerando que tal princípio restou previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e internalizado no ordenamento jurídico, não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. Ademais a própria Constituição estabelece exceções a sua aplicação³⁷⁰.

Essa realidade não é apenas a brasileira. A Constituição portuguesa de 1976 não incluiu expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, apesar que a hermenêutica constitucional empregada para a interpretação do n.º 2 do artigo 32, permitiu o reconhecimento de sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Constitucional de Portugal, *v.g.*, importante julgamento realizado no ano de 1994 pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

[...] A Constituição portuguesa não consagra directamente a existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Só indirectamente o direito ao recurso é consagrado na medida em que fala de tribunais de recurso. III - Na medida em que a Constituição consagra a existência de Tribunais de recurso tem entendido o Tribunal Constitucional que uma das garantias de defesa a que se refere o artigo 32, n. 2 da Constituição é o direito ao recurso. IV - A chamada 'revista alargada' ao permitir que, nos casos do n. 2 do artigo 410 do Código de Processo Penal do Supremo Tribunal de Justiça se possa pronunciar sobre matéria de facto é uma das garantias de defesa no recurso³⁷¹.

A mesma interpretação foi recentemente exarada pelo Tribunal Constitucional de Portugal mantendo-se o entendimento pela não inclusão literal do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição portuguesa de 1976, o que não

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI n.º 601832 AgR**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de março de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88004/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

³⁷¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso n.º 045690**. Relator: do Cons. Amado Gomes. Lisboa, 09 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/6F0C0F8B7074BB84802568FC003AD678>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

afeta o reconhecimento da sua aplicabilidade, permitindo o pleno exercício do recurso para revisão de fatos e de direito da decisão proferida em primeira instância³⁷².

Comparativamente não se encontra de forma expressa o princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição espanhola de 1978. Entretanto o Tribunal Constitucional da Espanha vem reconhecendo o *doble grado de jurisdicción* (duplo grau de jurisdição) em matéria penal para fins de revisão de fatos e de direito da sentença proferida em primeira instância com fundamento no artigo 24, item 2 da Constituição espanhola³⁷³.

Tal entendimento exprime o acesso ao juiz ordinário com todas as garantias processuais. Como exceção ao princípio as decisões proferidas em infrações de menor potencial, e quando julgado em primeira instância pelo próprio Tribunal Constitucional, a qual na visão da jurisprudência espanhola não se considera uma vulnerabilidade do princípio³⁷⁴.

Trazendo o exemplo da legislação brasileira – embora existam acaloradas discussões acerca da questão – esta determina que antes da análise em segundo grau de instância da sentença penal condenatória, não pode ser iniciado o cumprimento da pena imposta pela condenação criminal, sendo esse o reflexo interpretativo do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Para parte da doutrina, embora seja a corrente minoritária, o cumprimento da pena só poderá se iniciar após o trânsito em julgado da sentença penal, em consonância com o princípio da presunção de inocência.

De forma inovadora a condenação em primeira instância pelo Tribunal do Júri sofreu acentuada alteração limitativa ao princípio da presunção de inocência, apesar de manter intacto o princípio do duplo grau de jurisdição, através da inovação

³⁷² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo n.º 1088/2019** (acórdão 646/2020). Relatora: Cons. Maria José Rangel de Mesquita. Lisboa, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200646.html>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

³⁷³ “Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência”. ESPANHA, Constituição espanhola, op. Cit.

³⁷⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Recurso de Amparo n.º 1406-2020** (Sentencia n.º 121). Madrid, 02 de junho de 2021. BOE n.º 161 de 07/07/2021. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/26738#complete_resolucion&hallazgos>. Acesso em: 17 dez. 2022.

legislativa trazida pela Lei n.º 13.964/2019, a qual alterou a redação da alínea “e” do artigo 492 do Código de Processo Penal.

Haverá a prisão do recém condenado em primeira instância se presentes os requisitos da prisão preventiva nos termos dos artigos 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal, ou pelo tempo da pena igual ou superior a 15 (quinze) anos no Tribunal do Júri, denotando o subterfúgio da antecipação do cumprimento da pena.

Evidencia-se uma constante mudança de linguagem garantista ora punitivista (elementos cognitivos que se apresentam díspares) na interpretação do princípio da presunção de inocência, muitas vezes inflamada quando se enfrentam situações emergenciais de descontrole da criminalidade.

Inexiste um plano nacional sólido, coeso e legítimo para uma política criminal que venha a combater sua verdadeira origem, os outros aspectos de uma marcante, histórica e presente deficiência social. E, por isso o direito penal e o processo penal são atingidos em sua estrutura basilar.

Nesta mesma linha o Tema de Repercussão Geral 1068 perante o Supremo Tribunal Federal quanto à execução imediata da decisão condenatória depois do julgamento perante o Tribunal do Júri, que joga por terra qualquer significado do princípio da presunção de inocência, nos mesmos moldes da historicidade dos julgamentos que objetivaram sua melhor compreensão.

Ao se agregar esse conteúdo limitativo (em plena redução da magnitude da dissonância cognitiva pela inclusão de elementos dissonantes) do princípio visando justificar uma linguagem punitivista do encarceramento, e interconectá-la com a mesma esteira de sentido que advém da prevalência da soberania dos veredictos, se apresenta um risco à estrutura acusatória.

Tratar do direito à liberdade humana – e da garantia a um julgamento justo, equânime e findo, dentro da certeza que lhe garante –, de tal forma em que a vontade da maioria (mesmo de um número mais limitado de seus pares influenciados socialmente) prevalece frente à axiologia da Constituição Cidadã.

A decisão do tribunal do júri não representa nada mais do que a primeira prognose sobre a conduta criminal, a materialidade e a autoria, tal como em qualquer outro julgamento de um júízo singular.

Ante o fato de ter sido julgado por seus pares, dentro de uma pseudo unanimidade da contagem dos votos consonantes com a punição (veja a

dissonância cognitiva pós-decisão ante a sequencial votação dos quesitos), não se reveste de certeza para fundamentar a *ratio decidendi* de uma condenação, e por reflexo desconstruir o princípio da presunção de inocência, quiçá o de não-culpabilidade até sentença final transitada em julgado.

A única intenção é de blindar as convicções consonantes, a qual se apresenta temerária, e imbuída de propósitos recrudescedores de uma doença social denominada política do encarceramento, e que a cada momento recebe novas denominações, tais como política da bala, do Direito Penal máximo, do Direito Penal do inimigo, da lei e da ordem, entre outras.

E por fim estar-se-á brindando ao emergencial, ao neopopulismo penal dentro de uma linguagem assimétrica e do encarceramento que foi pulverizada socialmente (dissonância cognitiva no grupo social com efeitos de fenômeno de massa) sem a análise profunda de sua constância.

Prevalecerá a última palavra, a mutação inconstitucional deste signo indissociável à liberdade e à dignidade da pessoa humana, que é representado pelo princípio da presunção de inocência, e que deverá ser observado em todos os tipos de julgamentos, sem queimar etapas em vista à (in)efetividade processual.

Outra questão exsurge ao se considerar o requisito da pena superior a quinze anos. A prisão se apresentará imperativa depois do julgamento por homicídio qualificado (pena de 12 a 30 anos), quando presente mais de uma qualificadora, as quais serão utilizadas para aumento da pena-base.

E acrescentando o aumento de 1/6 (um sexto) da pena mínima estipulada, ou de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo de condenação do preceito secundário³⁷⁵ por cada uma das qualificadoras, a possibilidade de uma pena igual ou superior quinze anos se torna evidente. Além disso poderá haver a aplicação de circunstâncias agravantes e de outras causas de aumento, elevando a pena final.

³⁷⁵ O Superior Tribunal de Justiça evidenciando a falta de legislação específica quanto ao incremento da pena-base, enfrentou a omissão decidindo que: “[...] considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo) a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n.º 1617439-PR**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=115677266®istro_numero=201903339653&peticao_numero=202000529209&publicacao_data=20200928&formato=PDF>. Acesso em: 04 dez. 2022.

Portanto exsurge outra fórmula mágica para o início da cumprimento da pena logo depois da decisão de primeiro grau pelo Tribunal do Júri, e o afastamento dos efeitos suspensivos previstos pelo princípio do duplo grau de jurisdição, e da mitigação do princípio da presunção de inocência.

3.3 As consequências processuais penais vinculantes ao princípio da presunção de inocência

Depois da análise dos princípios e das garantias processuais penais que se ligam diretamente ao princípio da presunção de inocência, mister o encontro das consequências processuais penais que advém das medidas de coação cautelar, especificamente quanto à prisão preventiva frente aos ditames de sua moderna conceitualização.

Neste momento do estudo, também se propõe a análise da execução da pena depois da condenação em segunda instância, seu histórico e o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial no processo comum e no rito do Tribunal do Júri, passando pela leitura das consequências processuais penais vinculantes, especificamente à plenitude de defesa, ao direito ao silêncio e os seus efeitos à presumível inocência.

3.3.1 A prisão preventiva e sua duração razoável em vista o princípio da presunção de inocência

A partir da análise do que fora exposto, partindo-se do pressuposto de que o corolário do princípio da presunção de inocência poderá sustentar, sem qualquer receio, que a prisão preventiva nos moldes contemporâneos e discriminatórios que se apresenta e como medida de coação à liberdade individual, reflete total desconsideração do aclamado princípio da presunção de inocência, e serve como um parâmetro, um “barômetro do funcionamento do sistema de justiça penal”³⁷⁶.

Desse significado exsurge a proteção jurídico-penal constitucional, através desta característica garantística que advém ao processo penal, o acusado

³⁷⁶ BELEZA, Teresa Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido. In: **Que futuro para o direito processual penal?** MONTE, Mário Ferreira, et al. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 672.

deverá ser considerado inocente até final decisão condenatória exarada pelo Poder Judiciário, em que pese divergentes posições doutrinárias e jurisprudências.

Uma boa parte da comunidade jurídica tem sustentado direção em contrário, situação em dissonância com o significado do princípio da presunção de inocência. Esse dilema já foi evidenciado por Giulio Illuminati, o qual sustenta que de um lado se encontra o acusado portador de um estatuto de presumível inocência pelo qual se determina que não possa ser tratado por culpado enquanto não declarada tal condição³⁷⁷.

A divergência não é recente. Nos anos de 1980 já se erguiam vozes em defesa da prisão preventiva. Para Victor Manuel Moreno Catena em que pese o sacrifício que ela a prisão preventiva representa para a liberdade individual e para a presunção de inocência, e não obstante ter sido já classificada de imoral, sendo discutível a sua razão de ser, o fato é que ela responde a uma exigência universalmente sentida, sendo, em consequência, admitida e regulamentada em todos os modernos ordenamentos jurídicos³⁷⁸.

A prisão preventiva no Brasil destoa-se de sua natureza cautelar e de efemeridade, e acaba correspondendo a uma estrutura jurídico-processual que na prática não se pode distinguir daquela advinda da pena de prisão. Entretanto está última se objetiva em sua função preventiva e de ressocialização, enquanto a medida cautelar deveria se fundar de natureza excepcional. Realidade que se afasta dos demais ordenamentos jurídicos comparados.

Parte da doutrina brasileira sustenta que o direito individual do acusado deverá ser sopesado pelos direitos de proteção inerentes a todos que integram a sociedade.

Justifica-se que a legitimidade concedida ao Estado lhe impõe o dever de agir em prol da garantia da sua segurança pública, obrigando-o a agir na persecução daqueles que violem os bens jurídicos tutelados, e assegure a aplicação de uma sanção aos que infrinjam as normas de conduta, pressupondo a segurança jurídica.

Todavia a prisão preventiva não poderá caracterizar antecipação de cumprimento de pena. Para Ricardo Jacobsen Gloeckner e Daniela Chies Portal Resta a “antecipação da prisão obrigatória (por magistratura jurisprudencial) e não

³⁷⁷ ILLUMINATI, op. Cit., p. 19-38.

³⁷⁸ CATENA, Víctor Manuel Moreno. E torno a la prisión provisional: análisis de la Ley de 22 de abril de 1980. **Revista de Derecho Procesual**, p. 637-668. 1981

por força das condições fático-jurídicas do caso, eventual *periculum libertatis*, por exemplo, resulta na exclusão total da presunção de inocência³⁷⁹.

Alexandra Vilela salienta que Cesare Beccaria já referia que só a lei deverá determinar os indícios de um crime que mereça a custódia do réu e não a prepotência do poder da força. A prisão preventiva seria assim usada em caso de *stretta necessità*, isto é, dentro dos limites rigorosos da necessidade do processo, com vista à obtenção da verdade e, também para tornar possível a execução da pena que o acusado venha a sofrer, mas nunca como tratamento punitivo³⁸⁰.

Para Nélson Hungria existem três princípios tradicionais e de suma importância para o processo penal, “1. O réu é coisa sagrada; 2. Ninguém é obrigado a depor contra si mesmo; 3. É preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente”³⁸¹. Para Tibor Király a presunção de inocência não é o refúgio dos culpados, mas dos inocentes³⁸².

Atenta-se de não ser raras as situações em que o acusado resta segregado em uma jaula jurando sua inocência (a prisão não passa disso, pois tal instituto não consegue atingir o motivo pelo qual se mantém existente, a ressocialização do condenado), e ao final do processo, até mesmo depois de executada sua pena, em diversos casos sua inocência é provada. Depois de provadas todas as consequências negativas da prisão indevida.

Em que pesem todos os argumentos a favor ou ao contrário, o instituto da prisão preventiva é um mal necessário, e deverá ser tratado com o máximo de excepcionalidade. A Constituição Federal de 1988 nos traz em seu artigo 5.º, inciso LXVI que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Tal redação, não incorporou de forma explícita o instituto da excepcionalidade.

Comparativamente a sua materialidade constitucional é evidenciada no texto da Constituição portuguesa de 1976, a qual dispõe em seu artigo 28, n.º 2 que a prisão preventiva tem caráter excepcional, não sendo decretada nem mantida

³⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; PORTAL, Daniela Chies. Presunção de inocência no habeas corpus 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 391-407, mai./ago. 2017.

³⁸⁰ VILELA, op. Cit., p. 31.

³⁸¹ HUNGRIA, Nélson. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 138, p. 339.

³⁸² KIRÁLY, Tibor. Significato e valore della presunzione d'innocenza. **L'Indice Penale**, Padova: Edizioni CEDAM, n. 1, p. 13-28, 1992. Tradução livre: “la presunzione dell'innocenza – crediamo – non è il refugio dei colpevoli, ma quello degli innocenti”.

sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista em lei, buscando-se evitar abusos por parte do Estado.

Nesta assentada como razão de decidir o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal com fundamento no artigo 27, n.º 3 da Constituição portuguesa asseverou que tal excepcionalidade alcança os crimes graves, e pelo fundado receio de fuga dos acusados³⁸³.

De outro modo na Constituição brasileira, em seu artigo 5.º, inciso LXI define-se que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Novamente, não se faz presente de forma explícita a excepcionalidade na mesma fórmula utilizada pela Constituição portuguesa.

Somando-se a isso a ressalva da necessária e inafastável obediência aos requisitos que venham impor a referida medida acautelatória, sob pena de ser considerada ilegal e abusiva, observando-se os procedimentos, justificativas e delineamentos somados e dispostos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, e sempre quando incabível a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal.

O instituto da excepcionalidade veio a ser incluído de forma mais marcante pela Lei n.º 13.964/2019, na nova redação do § 2.º artigo 282 Código de Processo Penal, proibindo que o juiz realize a decretação de ofício de medidas cautelares, e ressaltando o seu deferimento sem a oitiva da parte contrária somente em casos de urgência ou de perigo de ineficiência da medida (§ 3.º), e a exceção da decretação da prisão preventiva quando incabível outra medida cautelar justificada com base no caso concreto e de forma individualizada (§ 6.º).

Pela instituto da excepcionalidade quando da decisão pela decretação da prisão preventiva deverá o magistrado atentar às garantias processuais, e quando restarem provadas a materialidade e a autoria para além da dúvida razoável. Simples indícios não servem para fundamentar evidente afronta ao direito de liberdade, considerando os danos irreversíveis que poderá causar.

Para Giuseppe Bettiol para haver o triunfo ao direito à liberdade em reconhecimento à autonomia e à dignidade humana, se evidenciado o conflito entre

³⁸³ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso n.º 1062/88**. Lisboa, 14 de abril de 1988.

o direito de liberdade e o direito punitivo, o primeiro deverá imperar. Por isso, o “princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade³⁸⁴.

A Lei n.º 13.964/2019 aportou nova redação ao artigo 313 do Código de Processo Penal, incluindo o § 2.º, e definindo que não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Tal medida reafirmou o sentido de excepcionalidade da prisão preventiva.

Entretanto essa ainda não é a realidade do sistema penal brasileiro. Muitas prisões preventivas se alongam no tempo, anos e anos sem que o acusado tenha a conclusão do processo judicial e a imposição de uma condenação, quiçá sua absolvição.

O equilíbrio necessário deverá ser encontrado quando da interpretação da excepcionalidade e dos casos concretos, a qual não poderá importar em um obstáculo intransponível.

A aplicação de instrumentos jurídicos para a salvaguarda dos interesses da sociedade quando afetam diretamente o direito individual de liberdade e da dignidade da pessoa humana devem ser interpretados do modo mais restritivo possível, e observadas dentro de um prazo razoável, não colocando em risco extremo as garantidas processuais e os direitos fundamentais, especialmente a presunção de inocência.

A Constituição Brasileira de 1988 expressou no artigo 5.º, inciso LXV que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, e no inciso LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Entretanto não tratou a norma constitucional de incluir um prazo para a duração razoável da prisão cautelar, especialmente da prisão preventiva. Ao se analisar a contextualização dos incisos citados há nítida preocupação do constituinte pelo relaxamento da prisão ilegal e do tempo da prisão indevida em cárcere.

³⁸⁴ BETTIOL, op. Cit., p. 295.

A prisão preventiva que ultrapassa tais sentidos pode ser considerada ilegal, e deverá assim ser reconhecida em face o princípio maior da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana³⁸⁵.

Em sentido mais amplo a Constituição portuguesa de 1976 incluiu no artigo 28.º, item 4, que a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos em lei.

Nesse contexto o Código de Processo Penal – Decreto-Lei n.º 78/1987, tratou de uma forma muito ampla e pormenorizada a questão do prazo de duração da prisão preventiva, por um lado demonstrando a excepcionalidade desta medida cautelar, e pela aplicação de prazos máximos de prisão durante a investigação, antes e depois da denúncia, e durante o processo penal (instrução, sentença e trânsito em julgado)³⁸⁶.

A Constituição espanhola de 1978 influenciada pela portuguesa, incluiu no artigo 17, item 4, que a lei penal regulará o instituto do *habeas corpus* para colocar à imediata disposição judicial toda a pessoa detida ilegalmente, e da mesma forma por lei se determinará o prazo máximo de duração da prisão preventiva.

Nesta senda o Código de Processo Penal espanhol estabelece em seu artigo 504 os prazos máximos para a prisão preventiva, considerando que esta durará o tempo máximo para fins de tornar possível a persecução penal e se mantenham válidas suas razões. Para diversas condutas criminais estabeleceu uma duração mínima de seis meses, prazo que deverá ser avaliado em conjunto com as demais circunstâncias ora definidas³⁸⁷.

No Brasil a ausência de previsão constitucional quanto à razoável duração da prisão preventiva, bem como na legislação infraconstitucional, levou aos tribunais adotarem o prazo de 81 (oitenta e um) dias que seria a soma dos prazos de

³⁸⁵ “O encerramento da instrução criminal não afasta a alegação de excesso de prazo, se a *duração* da segregação cautelar for abusiva. II - Viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à duração razoável do processo o encarceramento do paciente por quase sete anos sem que haja previsão de julgamento da causa. III - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a demora no curso processual não for atribuível à defesa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 98621-PI**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175851/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

³⁸⁶ PORTUGAL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-174878706>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

³⁸⁷ ESPANHA. Código de processo penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em 26 nov. 2022.

todos os procedimentos no processo comum ordinário, findo o qual a prisão poderia ser considerada ilegal.

Prazo que serviu como referencial jurisprudencial e suscetível às diversas interpretações. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 8.371 – RJ, com relatoria do ministro Fernando Gonçalves no ano de 1999 buscou consolidar o prazo mínimo de 81 (oitenta e um) dias para configurar o constrangimento ilegal³⁸⁸.

Para Roberto Delmanto a duração razoável do processo reflete todo o sentido da persecução penal adotada em diversos países com sistema de origem romano-germânico ou anglo-saxão, e no momento em que o acusado estiver preso provisoriamente a atuação estatal deverá ser ainda mais diligente com o tempo do processo³⁸⁹.

Com um salto na história em 2019 o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental no HC 169.429 - PB, no qual tratou do caso de prisão preventiva de acusado de integrar esquema de corrupção na administração pública, se encontrando em prisão preventiva há mais de um ano sem a devida formação da culpa.

Em seu voto o relator ministro Edson Fachin conduz ao entendimento da não presença do constrangimento ilegal, e que a demora no julgamento não poderá recair sobre o Poder Judiciário, pois o processo se apresenta muito complexo. Em sentido contrário, com voto vencido o ministro Ricardo Lewandowski direcionou pela concessão da ordem para permitir ao acusado o direito de recorrer em liberdade, e que o juiz de primeiro grau poderia se utilizar das medidas cautelares alternativas à prisão³⁹⁰.

Partindo-se desse entendimento jurisprudencial pode-se levantar a questão no Brasil da duração da prisão preventiva, a qual vem tomando contorno doutrinários e jurisprudenciais dispares depois da alteração legislativa que incluiu o parágrafo único no artigo 316 do Código de Processo Penal.

A alteração incluída pela Lei n.º 13.964/2019 definiu que depois de decretada a prisão preventiva deverá o órgão emissor da decisão revisar a

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 8.371-RJ. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 06 de maio de 1999. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+8371&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

³⁸⁹ DELMANTO, op. Cit., p. 436.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg HC n.º 169.429**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5660506>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada e de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Esse prazo não é a definição do tempo máximo de duração da preventiva, mas somente um prazo mínimo de reavaliação.

A temporalidade nonagesimal e o dever de decisão fundamenta sobre sua necessidade de manutenção, foi capaz de gerar calorosos debates jurisprudenciais quanto ao prolongamento excessivo da medida cautelar de prisão preventiva, e da possível revogação da segregação em vista à observância do princípio da duração razoável do processo penal, sendo que alguns ministros têm proferido decisões monocráticas ambivalentes sobre o assunto.

O Supremo Tribunal Federal em análise aos Embargos de Declaração no HC n.º 191.187-SP, por decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes, concluiu que a ausência de uma revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva conforme previsto no artigo 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, em que pese representar um direito à reanálise da necessidade da prisão a cada noventa dias, não poderá conduzir ao afastamento imediato e automático da segregação, a qual deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, responsável por determinar a sua pronta *satisfação*³⁹¹.

Nesta senda o Superior Tribunal de Justiça já havia se pronunciado no acórdão 1061 no julgamento do Agravo Regimental no HC 606.872-GO, com relatoria do ministro Nefi Cordeiro, e asseverado que o prazo de noventa dias para reanálise da necessidade de manutenção prisão preventiva deve ser examinado pelo prisma jurisprudencialmente construído de valoração casuística, observando as complexidades fáticas e jurídicas envolvidas, admitindo-se, assim, uma eventual e não relevante prorrogação da decisão acerca da manutenção da necessidade das cautelares penais³⁹².

No mesmo período e de forma contrária foi o entendimento do ministro Marco Aurélio quando da apreciação do HC n.º 190.463-SC, que por decisão monocrática concedeu a liminar para afastar a prisão ilegal, e determinou a imediata

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 191.187-SP**. Relator: do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1136593/false>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

³⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 606872-GO**. Relator: do Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=20202100851&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

soltura do réu. Aplicou o entendimento pela configuração do excesso de prazo da prisão preventiva “ante a não constatação da existência de decisão posterior, na qual reiterada a necessidade da medida”, em desacordo com o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.

No julgamento pela Primeira Turma o voto do ministro Marco Aurélio foi vencido, e denegada a ordem sob o argumento de que a “razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-juiz”³⁹³.

Ultrapassando a retórica dos julgamentos, o Supremo Tribunal Federal em 09/03/2022 apreciando o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.581-DF, com relatoria do ministro Edson Fachin, e tomando como fundamento a necessidade na realidade brasileira de se interpretar a legislação em favor do combate à criminalidade organizada, na repreensão da impunidade, da punição do crime violento e do enfrentamento da corrupção, firmou o posicionamento de que a inobservância do prazo nonagesimal para reavaliação da prisão preventiva não acarreta a sua automática revogação³⁹⁴.

Em que pese o entendimento do pretório, filia-se ao entendimento pelo qual a lei penal ou processual penal não traz expressões inócuas, e o seu sentido deverá ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais e as garantias processuais. Se fosse interesse do legislador de incluir no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, apenas uma recomendação administrativa e obrigatória ao magistrado na condução diária dos procedimentos processuais, o teria feito de forma diversa.

A imposição da transmutação da prisão preventiva não reavaliada no prazo legal em prisão ilegal se afasta de mero procedimento processual na condução do processo penal, e se integra como uma medida protetiva para coibir a utilização da prisão cautelar figurativamente como a antecipação de pena privativa de liberdade, em vista à liberdade do acusado que ainda não detém contra si uma sentença condenatória que possa relativizar o sentido maior do princípio da presunção de inocência.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 190.463-SC**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 11 de novembro de 2020. Acórdão da lavra do Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5989856>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.581-DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de março de 2022. Acórdão do Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

Há nítida tentativa de redução de elementos dissonantes ao se deixar de aplicar o dispositivo legal, mensurando-o com outros elementos consoantes com o caráter punitivo da lei penal e da interpretação jurídica que se afasta do modelo garantista, e, por isso desloca do caso concreto os elementos cognitivos consonantes com o sistema acusatório e o princípio da presunção de inocência.

A evidente suspeita e a eterna culpa³⁹⁵ atinge o âmago do ser, contrariando os preceitos fundamentais da dignidade humana, o qual para José Manuel Moreira Cardoso da Costa se traduz em um princípio de valor³⁹⁶.

3.3.2 A execução da pena após condenação em segunda instância e o princípio da presunção de inocência

No Brasil a discussão jurídica quanto ao cumprimento da pena condenatória criminal depois do julgamento em segunda instância quando ultrapassando o requisito mínimo e protetivo estabelecido pelo princípio do duplo grau de jurisdição, remonta ao período da redemocratização do país através da Constituição Cidadã de 1988, a primeira a prever o princípio da presunção de inocência.

Em 2016 foram apresentadas ao Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Constitucionalidade de n.º 43/2016 e de n.º 44/2016³⁹⁷ que em seu mérito buscaram o reconhecimento da harmonia constitucional da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal incluída pela Lei n.º 12.403 de 04/05/2011, a qual definiu que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado³⁹⁸.

³⁹⁵ “Existe diferença jurídica entre a absolvição por falta de provas e por não constituir o fato infração penal, pois na primeira, restará sempre a dúvida da prática de um crime que não se logrou provar, enquanto que, na segunda, tem-se certeza de que o fato imputado não constitui infração penal”. BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. RJDTACRIM 22/394.

³⁹⁶ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. O princípio da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 192.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas ADC's n.º 43 e 44/2016**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁹⁸ A Lei Anticrime n.º 13.964/2019 alterou a redação do artigo 283 do CPP passando-a para “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação

Houve pedido cautelar nas duas ADC's para fins de se reconhecer a constitucionalidade da nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, mantendo a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e para impedir que o acusado seja obrigado a iniciar o cumprimento provisório da pena logo depois da confirmação da sentença condenatória em segunda instância.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal por maioria apertada de seis votos a cinco, entenderam por indeferir os pedidos cautelares, mantendo-se o entendimento empossado no julgamento do HC 126.292-SP, que fragmentou o princípio da presunção de inocência³⁹⁹.

Analizando o fundamento apresentando em cada um dos votos dos ministros que se posicionaram contra a concessão das cautelares, pode-se afirmar que houve uma mudança no tratamento da questão pelo pretório, limitando e reconstruindo o significado do princípio da presunção de inocência.

Houve a consolidação da *ratione decidendi* contida julgamento anterior do HC 126.292-SP ocorrido em fevereiro de 2016, o qual relativizou o princípio da presunção de inocência, permitindo o cumprimento da pena logo depois de confirmada em segundo grau, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário⁴⁰⁰.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal delimitou o sentido de alcance do princípio da presunção de inocência, e redefiniu *contra legem* que o acusado é presumido inocente somente até o julgamento em segunda instância.

Além disso fez transparecer uma interpretação fragmentária que entrou em colapso direto com o conceito de coisa julgada, eis que o exposto dispositivo constitucional exige o marco temporal “trânsito em julgado” para a interrupção da presumível inocência.

Com esse entendimento Gustavo Henrique Badaró alerta pela existência de limites hermenêuticos que não podem ser invertidos na interpretação do que seja

criminal transitada em julgado”. Substancialmente houve apenas uma atualização terminológica, sem alteração de sentido.

³⁹⁹ No STF, votaram a favor da cautelar os ministros, Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo, e em parte, Dias Toffoli. Votaram contra a concessão das cautelares os ministros, Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Carmén Lúcia.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 126.292-SP**. Relatoria Min: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

o trânsito em julgado, o qual não poderá ser confundido com a coisa julgada material ou formal.

Para o autor é evidente que inexiste nesta nova dimensão do julgamento uma “margem exegética para que a expressão seja interpretada, como o foi pelo STF, no sentido de que o acusado é presumido inocente até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o STF ou STJ”⁴⁰¹.

Em continuidade o Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao analisar o mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54⁴⁰², manteve o entendimento pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP conforme nova redação pela Lei n.º 12.403/2011:

Pena. Execução provisória. Impossibilidade. Princípio da não culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória⁴⁰³.

Em decisão acertada a prisão automática após condenação em segunda instância fere o princípio da presunção de inocência. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal causou reações e críticas de diversos setores da sociedade, da classe política, do Ministério Público, Poder Judiciário e dos justiceiros nas redes sociais que lhe acusaram de ativismo judicial.

Tal reação transparece uma nítida dissonância cognitiva que influenciou uma grande parte da sociedade.

Para a melhor compreensão da cronologia da interpretação jurisprudencial emanada pelo Supremo Tribunal Federal e o alcance de significado do princípio da presunção de inocência e do início da execução da pena logo depois da decisão de segundo grau, realiza-se uma análise de seus principais aspectos a partir do ano de 2.009.

Salienta-se que até o ano de 2009 pela interpretação do artigo 637 do Código de Processo Penal era conferido ao recurso especial e ao extraordinário

⁴⁰¹ BADARÓ, **Processo penal**, op. Cit., p. 66-67.

⁴⁰² Apensada para julgamento concomitante a ADC 54 de 2018.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n.º 43-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de novembro de 2019. Nova relatoria do Min. André Mendonça. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

somente o efeito devolutivo, e depois de arrazoados tais recursos, haveria a baixa do processo para a primeira instância para fins de execução da pena.

Foi nesse cenário que exsurgiu o entendimento de que a pena provisória poderia ser iniciada depois do julgamento em segunda instância, sem que isso importasse prejuízos ao princípio da presunção de inocência.

A mudança começa a ocorrer a partir do ano 2009⁴⁰⁴, quando o Supremo Tribunal Federal interpretando o artigo 5.º, inciso LVII, vem a mudar de posicionamento, e direciona que a prisão provisória não coadunasse com o espírito que advém da Constituição Federal de 1988⁴⁰⁵, e, também, do princípio da dignidade da pessoa humana previsto em inciso III do artigo 1.º.

Por isso o cumprimento da pena somente seria possível depois de transitado em julgado a decisão condenatória, conforme ementa do julgado do HC 84.078-MG julgado em 2009, com relatoria do ministro Eros Grau, na qual se definiu pela inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena, nos termos do artigo 5.º, LVII ante a presunção de não culpabilidade, em vista a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição brasileira⁴⁰⁶.

Contrariamente à consolidação desse entendimento que perdurava desde o ano de 2009, ocorreu em 2016 o julgamento do HC 126.292-SP com novo enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, o qual agora em um sentido restritivo ao anterior garantista, entende que o princípio da presunção de inocência poderá sofrer delimitação quanto ao seu alcance.

Pela nova interpretação inexistem prejuízos ao princípio e à harmonia constitucional se o acusado iniciar o cumprimento provisório da sentença condenatória logo depois do julgamento em segunda instância, mesmo pendente de recursos aos tribunais superiores.

Para Galtênio da Cruz Paulino a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal atestou a observância da perspectiva garantista criminal integral em respeito à efetividade do processo penal. Ao proteger o princípio da

⁴⁰⁴ Conforme notícia do próprio STF durante o ano de 2009 foram deferidos 400 *habeas corpus*, sendo que 75 tratavam de assunto relacionado ao princípio da presunção de inocência. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118295>>, acesso em 10/9/2019.

⁴⁰⁵ A Lei de Execução Penal – Lei n.º 7.210 de 11/7/1984 já condicionava a execução da pena do condenado em pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença, conforme redação disposta no seu artigo 105.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-MG**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 12 jan.2023.

presunção de inocência durante diversos momentos no processo-crime, e nos momentos probatórios pelas instâncias ordinárias, quando do encontro da culpabilidade do acusado deverá ser iniciada a execução da penal⁴⁰⁷.

São interpretações que transmutam a hermenêutica constitucional, fazendo-a transparecer um sopro ao vento. Muda-se a interpretação e não se enfrentam todas as questões fundamentais já delineadas por decisões anteriores, inexistindo uma preocupação em se fundamentar por qual motivo houve a alteração da *ratio decidendi*⁴⁰⁸.

O Supremo Tribunal Federal na sua função primordial de guardião da Constituição deverá estar disposto a cumprir o seu papel, e impedir a relativização do significado do princípio da presunção de inocência.

Em crítica a esse ponto no julgamento do HC 126.292-SP, para Lenio Luiz Streck traz quando um “tribunal quer mudar seus próprios precedentes, há o correspondente ônus-argumentativo-de-demonstração-da-inadequação-jurídica da *ratio decidendi* desses precedentes”⁴⁰⁹.

Nesse âmbito a partir de 2016 houve a mudança do precedente judicial. Entendimento que perdurou até 2019 com o julgamento das ADC's, reconhecendo o liame constitucional.

Outro fato que chama a atenção e se tornou incontestável foi que a nova redação incluída em 2011 do artigo 283 do Código de Processo Penal, reproduz fielmente o artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Cidadã, o qual nas últimas três décadas não sofreu alteração em sua redação normativa jurídico-constitucional.

Entretanto sofreu pelo demasiado exercício de interpretação pela doutrina e pela jurisprudência, com interpretações garantistas e outras restritivas. Esse exercício hermenêutico foi permeado pelo efeito *backlash*⁴¹⁰ entre os próprios e

⁴⁰⁷ PAULINO, Galtienio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, p. 207-232, jul./dez. 2017.

⁴⁰⁸ “Literalmente são as razões para decidir presentes em sentenças e acórdãos. Nesse sentido, a *ratio* de uma decisão está ligada à noção de fundamentação da decisão judicial. Porém, esse é apenas o início da compreensão dessa noção central para discutir o sistema de vinculação nos precedentes”. GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. In: **Teoria Geral e Filosofia do Direito**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidingi>. Acesso em: 10/09/2022.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPF? **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴¹⁰ George Marmelstein nos aproxima de um conceito advindo do efeito *backlash* dentro da realidade brasileira, caracterizado pela reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso,

sequenciais julgamentos em controle constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (v.g., HC 84.078/MG, HC 126.292/SP, HC 135.100/MG, ADC 43/2016, ADC 44/2016 e ADC 54/2018; RE 1.235.340/SC e o Tema 1068 referentes ao Tribunal do Júri).

O efeito *backlash*, esse ricochete impregnado de elementos díspares que causam a dissonância cognitiva com o direito à liberdade e à aplicação no processo penal do princípio da presunção de inocência, se afasta do sentido das garantias processuais e do moderno sistema acusatório.

Uma parte da doutrina engajada nesta dissonante cognição defende que o cumprimento provisório de pena não significa delimitação do princípio, o qual resta assegurado em todo o contexto processual, e nas demais garantias constitucionais.

Para Paulo Rangel o significado de presunção de inocência não deve assumir uma feição impermeável, mas suas justificativas não encontram nexos na axiologia constitucional:

A Constituição não presume a inocência [...], Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. [...] O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pela instância superior⁴¹¹.

Posicionamento que se distancia do real significado do princípio da presunção de inocência, eis que se a sentença apenas presume, e por isso, o presumirá sempre.

E o ato de absolver deverá significar que foi atestada a inocência já protegida constitucionalmente. Por outro lado, a presunção de culpa deverá ser resolvida pela prática de aplicação do *in dubio pro reo*. Sem isso, será conveniente a condenação com fundamento no *in dubio pro societate*.

Ou se está diante da certeza ou da falácia. Para Luigi Ferrajoli será a culpa que deverá ser demonstrada, e somente através da prova da culpa ao invés da inocência que se formará o do juízo. Acrescenta, ainda que os direitos das pessoas além de serem ameaçados pelos delitos, também o são pelas penas

é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. MARMELESTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-da palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, Bolonha, out. 2016.

⁴¹¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26.

arbitrárias, e a presunção de inocência deve exsurgir como a garantia da liberdade, da verdade e da segurança jurídica⁴¹².

Em sentido inverso à interpretação do doutrinador italiano, é defendida a aplicação da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça onde a “exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”⁴¹³.

A redação de 1990 resultou de uma inicial interpretação do princípio da não culpabilidade, a qual já se apresenta afastada da atemporalidade que advém das garantias constitucionais e de um direito penal garantista que representa o sentido de segurança jurídica que advém da atuação do Estado.

Em ritmo acelerado e altamente securitário novas ideias mirabolantes vêm surgindo. Algumas propostas mais parecem uma colcha de retalhos, limitando-se a macular a já tão riscada Constituição brasileira.

Dentre elas a PEC n.º 199/2019, que em seu contexto se utilizou de via obliqua para atingir o princípio da presunção de inocência. Pretende-se através dessa proposta de emenda constitucional revogar o inciso III do artigo 102, e o inciso III do artigo 105 da CF/1988, extinguindo o recurso extraordinário e o recurso especial, impossibilitando o manejo de recurso aos julgados criminais confirmados em segunda instância, cabendo apenas a ação revisional (extraordinária e especial)⁴¹⁴.

Se a interpretação da constituição direciona-se pelo reconhecimento da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, pela PEC olvida-se de sua existência e antecipa-se esse trânsito para o final da análise da segunda instância.

Alguns parlamentares propõem limitar essa revogação apenas à seara criminal, ou seja, a liberdade não se apresenta como um tema de interesse político e social. O Congresso Nacional pretende criar um Frankenstein jurídico, limitando o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e aplicável somente algumas causas que podem denotar os reais interesses dos cidadãos.

⁴¹² FERRAJOLI, op. Cit., p. 441.

⁴¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 9. Processual Penal. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinário e especial. **Diário da Justiça**: terceira seção, Brasília, DF, p. 9.278, 06 de set. 1999.

⁴¹⁴ BRASIL. **PEC n.º 199/2019**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Ao se excluir a revisão de sentenças condenatórias exsurgirá uma nova era processual e um novo marco regulatório, onde uma ação de cobrança de alugueres poderá ascender à Suprema Corte (e aos Tribunais Superiores), mas uma condenação criminal passará longe do plenário do areópago nacional, da transmissão de seus julgamentos e da interpretação constitucional.

Através de outra via torta o Projeto de Lei do Senado - PLS 166/2018 que tramita a todo vapor no Senado Federal, estando pronto para deliberação no plenário, é representada por uma proposta mais ousada para alterar o famigerado artigo 283 do Código de Processo Penal⁴¹⁵.

A nova redação se apresenta contraditória, vindo a afirmar que a prisão se dará em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (inciso III), depois, atesta que ninguém será tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (§ 4.º), e em seu § 3.º, nos traz a surpresa, a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal.

Chama a atenção quanto à formação do juízo de culpabilidade, o que remonta aos séculos passados, quando se denominava princípio da culpabilidade em tempos de Beccaria ou da Inquisição onde predominava estritamente a presunção de culpabilidade. Um retrocesso sem precedentes nas garantias processuais penais.

Em continuidade ao PLS 166/2018 foram apresentadas três emendas. A terceira aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania em 10 de dezembro de 2019 trouxe a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, onde ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de

⁴¹⁵ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão: I – em flagrante delito; II – por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; III – em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou IV – no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. [...] § 3º A prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal. § 4º Ninguém será tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. BRASIL. **PLS n.º 166/20189**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

condenação criminal exarada por órgão colegiado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva⁴¹⁶.

Pela proposta da terceira emenda ao PLS 166/2018, há uma nítida exclusão da expressão “condenação criminal transitada em julgado”, a qual estava alinhada com o artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, e que se coaduna com o princípio da presunção de inocência. Assim, bastará para o início do cumprimento da prisão a decisão exarada por um órgão colegiado.

Mais grave se apresenta a literalidade da nova redação direcionando que depois da decisão de órgão colegiado poderá ser procedida à prisão e o início do cumprimento da pena fixada em primeiro grau, não se atentando ao artigo 1.º e 1.º A da Lei n.º 12.964/2012⁴¹⁷ (incluído pela Lei Anticrime – n.º 13.967/2019) que permite a criação de colegiado por juízes federais, e de varas federais criminais colegiadas para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas.

Portanto subtendendo-se que depois do julgamento de primeira instância por esses novos colegiados poderá haver o início do cumprimento da pena, em distorção ao princípio da presunção de inocência e ao duplo grau de jurisdição.

Na esteira dessas propostas legislativas kafkianas deve-se descortinar a existência do princípio da presunção de inocência, e aplicar a pena sem a discussão do mérito da condenação nos tribunais superiores.

E se perante as altas cortes a condenação possa sofrer alteração para a absolvição? Ou pela futura incidência de uma causa de prescrição, seja ela intercorrente ou não? Restará apenas a revisão criminal, ou pela proposta as ações revisionais extraordinárias ou especiais.

É de notório conhecimento as consequências pessoais e sociais de uma prisão. O acusado livre das grades nunca se livrará do estigma da prisão. Esse é o ditado limitador dos princípios constitucionais e da presunção de inocência que vem sendo constantemente fragmentada pela doutrina do Direito Penal Máximo.

Para Rogério Greco um direito penal simbólico⁴¹⁸. Pela teoria do Direito Penal do inimigo criada por Gunther Jakobs, dentro desta proposta defendida em

⁴¹⁶ BRASIL. **Emenda 3 ao PLS n.º 166/2018**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052931&disposition=inline#Emenda3>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁴¹⁷ BRASIL. **Lei n.º 12.694**, 24 de julho de 2012. Processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁴¹⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 15

conjunto com Manuel Cancio Meliá, todas as pessoas que não se encaixam no modelo cognitivo, nesta forma jurídica que subentende eficaz para a segurança pública, deverá ser tratado como inimigo.

Se propõe a aplicação de um direito penal do cidadão e outro direito penal do inimigo, dispostas em esferas que orbitam em duas normativas penais distintas:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente erróneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos⁴¹⁹.

Em necessária crítica Luiz Regis Prado define que o postulado político-criminal contido na teoria do Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs representa a política de expansão do direito penal punitivo e autoritário, constituindo-se em um *corpus legal* punitivo que se apresenta alheio aos princípios, às garantias processuais e aos fins do Direito Penal liberal⁴²⁰ e desigual⁴²¹.

Para Anabela Miranda Rodrigues o Direito Penal Máximo e o Direito Penal do inimigo representam um cariz puramente securitário que se afastam da racionalidade que deverá advir de uma política criminal voltada para os princípios políticos-criminais da intervenção mínima⁴²².

O Supremo Tribunal Federal será novamente chamado a enfrentar essa matéria caso a PEC n.º 199/2019 ou o PLS n.º 166/2018 sejam aprovados. A direção a seguir será pela interpretação da Constituição mantendo-se incólume a cláusula pétrea da presunção de inocência até o efetivo trânsito em julgado da

⁴¹⁹ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42-43.

⁴²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: <<https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁴²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. **Revista do Instituto de Criminologia e Política Criminal**, 2012. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 01 set. 2022.

⁴²² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Globalização, democracia e crime**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 301.

sentença penal condenatória, em respeito à envergadura axiológico-constitucional que irradia nosso ordenamento jurídico.

Nesse norte há garantia processual penal e respeito à ordem constitucional advinda da cláusula pétrea da presunção de inocência, ou simplesmente não há Constituição. A imposição deste direcionamento deverá vir da mais alta corte constitucional do país. Não poderá haver brechas nesta interpretação.

Luiz Regis Prado destaca a importância da interpretação em vista à Constituição em respeito aos seus valores fundamentais, evidenciada pela correlação lógica da construção de uma exegese em prol da liberdade do cidadão, em respeito ao *in dubio pro libertate*⁴²³.

O acesso ao Poder Judiciário e à Justiça é inafastável. É função primordial do poder estabelecido, não podendo ser sopesado ou relativizado por *lege ferenda*, seja por emenda constitucional ou projetos de lei ordinárias ou complementares eivados de vícios aparentes, de cariz securitários e que demonstram o interesse pela relativização de princípio estruturado pela Ciência Penal.

Nesta esteira se apresenta inaceitável a delegação pelo PLS n.º 166/2018 aos Tribunais de Justiça da análise quanto à possibilidade de concessão específica do direito de aguardar solto o julgamento do recurso especial ou extraordinário. Deverá ser mantida a claudicante previsão do artigo 637 do Código de Processo Penal, pelo efeito devolutivo e não suspensivo desses instrumentos recursais.

O efeito suspensivo à decisão de segundo grau poderá ser aplicado depois de análise de pedido a ser decidido nos termos do artigo 995 e artigo 1.029, § 5.º, ambos do CPC c/c artigo 3.º e do 637 do Código de Processo Penal, pela demonstração das justificativas e do contexto jurídico necessário à suspensão da execução provisória da pena.

Ademais as três emendas apresentadas ao PLS n.º 166/2018 que pretendiam limitar o acesso aos tribunais superiores foram justificadas nos fins sociais do processo, da supressão de recursos protelatórios e pela aplicação do princípio da igualdade de acesso ao Poder Judiciário.

⁴²³ PRADO, Bem jurídico, op. Cit. p. 83.

Tais pseudos justificativas seriam para se evitar o atual estágio decisório dos pedidos de efeitos suspensivos que denota uma loteria na designação de relatores que decidem por suas convicções. A primeira proposta rejeitada impediria a decisão monocrática definindo que a suspensão dos efeitos e do início do cumprimento da pena poderá ser tomada pelo voto de dois terços de seus membros.

A segunda emenda rejeitada delimitava o uso dos embargos de declaração, dos embargos infringentes e de nulidade. A expedição do mandado de prisão e do início do cumprimento da pena seria condicionada apenas pelos primeiros embargos interpostos e julgados.

Essa rasa justificativa do uso de recursos protelatórios representa uma visão distorcida do processo penal que deverá proporcionar todos os instrumentos necessários para a salvaguarda da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

A terceira emenda se demonstrou mais complexa e abrangente ao prever a alteração do *caput* artigo 283, e pela nova redação ao artigo 637, com a inclusão do artigo 637-A no Código de Processo Penal.

No *caput* do artigo 637 houve inserção do recurso especial. Em seu § 1.º há uma limitação de atribuição de efeitos suspensivos, podendo ser atribuídos excepcionalmente pelos tribunais superiores e quando preenchidos os seguintes requisitos: não tiverem propósito protelatório; que levantar questão constitucional ou legal relevantes com repercussão geral que possam acarretar a absolvição, a anulação da condenação, ou a substituição da pena privativa de liberdade ou da alteração de regime do cumprimento da pena para o aberto.

Em seu § 2.º foram criados os instrumentos para que incidentalmente o pedido de efeito suspensivo seja realizado diretamente ao tribunal superior, e a sua forma de sua instrução que se apresenta muito parecida com o agravo de instrumento.

Há uma nítida delimitação do acesso aos tribunais superiores, imperando a subjetividade de não caracterizar propósito protelatório e a demonstração de repercussão geral de tema que afeta individualmente o perímetro de liberdade do acusado, afastando-se do sentido do princípio da presunção de inocência.

Recentemente foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 125, a qual criou o filtro de relevância dos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça, incluindo o § 2.º do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, bem como, o § 3.º

que dispõe haver automaticamente relevância para a apreciação de recurso especial em ações penais.

Em que pese a necessidade de repercussão geral para a apreciação do recurso extraordinário, se for aprovada a alteração proposta pela terceira emenda ao PLS 166/2018, essa será inconstitucional.

A inclusão do artigo 637-A no Código de Processo Penal causará delimitação o princípio do duplo grau de jurisdição ao considerar que ao proferir acórdão condenatório, seja por sua competência originária ou pelo julgamento de recurso de apelação interposto pela acusação em face de sentença que tenha absolvido o acusado, o tribunal quem determinará o início do cumprimento da pena.

O § 1.º inova com a possibilidade excepcional do tribunal não autorizar o início da execução da pena quando pendente de apreciação perante os tribunais superiores, de tema ou questão relevante que poderá conduzir a futura revisão da condenação imposta.

Todavia tanto a PEC n.º 199/2019 e o PLS n.º 166/2018 representam um retrocesso e uma delimitação das atribuições do Superior Tribunal de Justiça, e da guarda constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caracterizando uma forte barreira à efetividade que deve imperar do princípio da presunção de inocência, e das demais garantias processuais.

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner e Daniela Chies Portal são propostas como essas que visam a delimitar a atuação constitucional dos tribunais superiores, em vista a insegurança, causando deficiência na aplicação do princípio da presunção de inocência, criando-se um órgão com competência para o exercício da cassação, sem o recurso *per saltum*⁴²⁴.

Para Carolina Noura de Moraes Rêgo e Luis Roberto Gomes se faz necessário o trânsito em julgado da sentença (imutabilidade) para que se obtenha a certeza mínima quanto ao injusto culpável, “notando-se a conexão existente entre os princípios da presunção de inocência, de culpabilidade e de segurança jurídica, fundamentais e estruturantes num Estado democrático de Direito”⁴²⁵.

⁴²⁴ GLOECKNER; PORTAL, op. Cit., p. 391-407.

⁴²⁵ GOMES, Luis Roberto; RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **Princípio de presunção de inocência e ou de não culpabilidade**: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico. p. 25. Disponível: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Todas as propostas legislativas levam ao entendimento pela obrigatoriedade da prisão provisória após a decisão de segundo grau, sendo ao certo que poucos serão aqueles que conseguirão manejar os instrumentos jurídicos hábeis para a suspensão da decisão de segundo grau, acarretando uma grande demanda de outros recursos e da impetração de *habeas corpus*, apinhando o já conturbado Poder Judiciário.

Um teratológico caminho jurídico-político que apresenta deformidades em sua essência, e direciona para a escatologia do princípio da presunção de inocência, e seu banimento para o limbo do esquecimento em consonância com o neopopulismo penal preenchido pelos recrudescedores elementos cognitivos dissonantes do direito à liberdade e às garantias processuais.

A essa nova roupagem se acresce a inoperabilidade do enfrentamento perante os areópagos superiores do reexame dos fatos e das provas produzidas no decorrer do processo, o que por si só já afasta a garantia de se visitar o conjunto probatório onde estão guardados todos os segredos da conduta que fundamentou a persecução penal.

O ostracismo social do acusado será evidente, juntamente o constante esvanecimento dos princípios e das garantias processuais. Lenda, conto, história ou verdade o caso do Galo de Barcelos – famoso pelo mundo e hodiernamente símbolo de Portugal, e de um princípio materializado constitucionalmente –, é renovado cotidianamente, alternando-se o figurante que sente na alma a injustiça de um sistema judiciário falho e em não raras exceções opressor.

Todavia a história vem demonstrando que a evolução das sociedades é acompanhada da evolução de seu sistema punitivo, e não poderia deixar de ser, especialmente com as garantias que o regem.

De um lado o Estado legitimado à defesa dos interesses coletivos através de seu aparato processual. Do outro lado os direitos individuais do cidadão que não podem ser excluídos quando este se veste da roupagem de acusado, tampouco de condenado.

Entre esses dois mundos se encontram as garantias processuais penais que coadunam-se para que o princípio da presunção de inocência – pedra basilar de todo processo penal legítimo –, preencha o sistema acusatório.

Devem conviver de forma uníssona todas as garantias constitucionais, imperando o devido processo penal, o princípio da presunção de inocência, o

contraditório e a ampla defesa para a formação do *standard* probatório, e na sua dúvida pela absolvição do acusado, e se condenado, que lhe seja garantido que sua prisão será depois do trânsito em julgado de sua sentença, e durante um tempo razoável naquelas exceções por ventura legitimadas.

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO MEDIDA ANTIDISSONANCIA COGNITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 Estudo de caso: o marco temporal do juiz das garantias e a dissonância cognitiva na jurisprudência brasileira

A Lei Anticrime – Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019⁴²⁶ trouxe uma luz ao ocaso ao tratamento das garantias processuais penais que devem ser respeitadas no momento inicial da persecução penal, regulando o Juiz das Garantias e incluindo no Código de Processo Penal os artigos 3.º-A, B, C, D, E, e F⁴²⁷.

Se apresentou marcante o reconhecimento formal da estrutura acusatória do processo penal e o prevalecimento do princípio da imparcialidade. Vedou-se parcialmente as iniciativas do juiz na fase de investigação e da substituição da atuação probatória do órgão de acusação, imperando o princípio do contraditório.

Houve o estabelecimento das premissas funcionais do Juiz das Garantias, cabendo-lhe a responsabilidade pelo controle constitucional, da legalidade da investigação criminal e da prisão (flagrante, temporária, preventiva e medidas cautelares) e de sua consequente produção de provas.

Competindo-lhe a apreciação dos demais procedimentos processuais diretos e indiretamente ligados à persecução penal (artigo 3.º-B do Código de Processo Penal), *v. g.* a “interceptação telefônica”⁴²⁸, a decisão pelo afastamento de

⁴²⁶ BRASIL. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. DOU, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴²⁷ Vigência a partir de 23/01/2020. Por decisão monocrática do Min. Dias Toffoli proferida nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, o Supremo Tribunal Federal revogou de imediato os artigos 3.º-B, 3.º-C, 3.º-D, caput, 3.º-E e 3.º-F. O Min. Luiz Fux a revogou e decidiu por suspender por prazo indeterminado a vigência do Juiz das Garantias, pela suspensão da audiência de custódia no prazo de 24 horas (§ 4.º do artigo 310), pela ineficácia do § 5.º do artigo 157, e da forma de arquivamento do inquérito policial previsto no caput do artigo 28, todos do CPP. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI's n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6305**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴²⁸ “Difícil crer na ausência de contaminação subjetiva de um juiz que, no curso das investigações, tomou contato com o material colhido nas interceptações telefônicas, com o resultado de uma quebra de sigilo, e proferiu decisões acerca do *status liberais* do investigado, impondo-lhe a prisão cautelar”. MAYA, André Machado. O juiz de garantias como fator determinante às estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2018, p. 76. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036/7452>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

sigilos, do trancamento e da duração razoável do inquérito policial. A determinação da busca e apreensão, o julgamento do *habeas corpus*, entre outras funções.

O limite temporal para a sua atuação será o recebimento da denúncia ou da queixa, sendo que a competência jurisdicional durante as investigações e o inquérito policial é fixada pela atuação do Juiz das Garantias, em nítida ruptura com o atual sistema de competência por prevenção definida no artigo 83 do Código de Processo Penal, e que se apresenta de “difícil compatibilidade para com a garantia da imparcialidade”⁴²⁹, eis que os elementos cognitivos dissonantes contidos nas práticas ou nas medidas judiciais pré-processuais podem ser suplantados em todo o processo.

A Lei Anticrime inovou ao acrescentar o § 5.º no artigo 157 do Código de Processo Penal definindo que as provas produzidas perante a investigação criminal ou durante o processo penal que tenham o seu conteúdo declarado inadmissível e que foram objeto de conhecimento do juiz, o impedirá de proferir a sentença penal ou o acórdão⁴³⁰, em prévio reconhecimento pela legislação da contaminação cognitiva do julgador caracterizada pela dissonância cognitiva.

Este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 3.º-A do Código de Processo Penal que veda a iniciativa do Juiz das Garantias na fase de investigação e a substituição do órgão de acusação, não podendo de ofício determinar a produção de provas, e se apresenta dissonante em relação à disposição do inciso I, do artigo 156 do Código de Processo Penal, que permite a atuação de ofício do juiz para determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal.

Em sentido mais amplo em vista à aplicação da teoria festingeriana toda a prova produzida antecipadamente poderá causar a contaminação do juízo de valoração do magistrado. Para Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner a “prova, antecipada, produzida de ofício pelo juiz, antes mesmo de ajuizada a

⁴²⁹ MAYA, op. Cit., p. 76.

⁴³⁰ As provas inadmissíveis (ilícitas ou ilegítimas), ou provas tendencialmente produzidas causam nulidade, e deverão conduzir ao afastamento decisório do juiz que as conheceu, ou as homologou, podendo ser aplicado nas provas derivadas de acordo de colaboração premiada, ou de acordo de não persecução penal. A novel legislação acrescentou outros elementos com o alargamento da aplicabilidade da negociação na seara processual penal, que pôde de um lado significar uma aceleração em alguns índices estatísticos de solução de conflitos penais. No Brasil até o ano de 2021 foram firmados o total de 23.500 ANPPs. MPF. **Anuário do Ministério Público do Brasil 2021/2022**. Brasília: MPF, 2022, p. 12. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-do-ministerio-publico-brasil-2021-2022/pages/page/7>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

denúncia, traz sérios riscos à estabilidade psíquica do magistrado que toma contato com a demanda criminal”⁴³¹.

A inconsistência cognitiva que se buscou afastar pela vedação da atuação de ofício do Juiz das Garantias, que ultrapassa sua necessária equidistância da função de órgão acusador, encontra óbices no próprio Código de Processo Penal, que permite a atuação *ex officio* na produção antecipada da prova antes do processo-crime, denotando a manutenção da matriz inquisitiva que permeia o arcabouço processual penal brasileiro.

A própria legislação brasileira mantém salutar a tendência e a parcialidade do juiz, valorizando sua atuação psiquicamente contaminada durante diversas fases da persecução penal.

Todavia em sua integralidade o instituto do Juiz das Garantias, que há muito tempo já se apresenta como objeto de estudos e de propostas legislativas⁴³², evidencia uma significativa melhora no tratamento da cadeia e da produção de provas, e no afastamento da parcialidade judicial em respeito ao princípio do contraditório que deve vigorar dentro de um do processo penal dialético, de estrutura acusatória e alinhado à matriz constitucional.

Neste sentido o artigo 3.º D do Código de Processo Penal afasta o Juiz das Garantias, ou aquele juiz que atuou na fase de investigação criminal e que tenha praticado atos atribuídos à competência disposta no artigo 4.º e 5.º do Código de Processo Penal, de exercer a jurisdição no processo-crime resultante de inquérito policial que tenha sido iniciado através da requisição daquela autoridade judiciária (inciso II).

Nesse âmbito o Juiz das Garantias concretiza um necessário distanciamento processual, evidenciando a imparcialidade do julgador, quiçá, tornar-se-á um novo elo entre o fenômeno criminal e às respostas processuais esperadas pela sociedade.

Soluções que somente encontram sua legitimidade na própria axiologia constitucional, e, também devem ser analisadas a partir dos resultados obtidos pela

⁴³¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴³² BRASIL. Senado. **PLS n.º 156/2009**, Reforma do código de processo penal. Brasília, Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 20 jan. 2023; BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n.º 8045/2010**, Novo código de processo penal. Brasília, Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Psicologia Social e o impacto da tendencial atuação do juiz pela busca de elementos consonantes com as cognições atreladas ao processo penal de veia inquisitorial.

Evidencia-se por mais falacioso que se apresente o sistema que algumas de suas engrenagens podem ser motrizes para se alcançar uma dimensão mais garantista em vista à manutenção do princípio da presunção de inocência, afastando qualquer inanição às garantias constitucionalmente consagradas. Por esse posicionamento mais garantista seguem as teorias e as doutrinas de Luigi Ferrajoli⁴³³ e de Luiz Regis Prado⁴³⁴.

Por consectário impele-se à filiação às diversas imbricações geradas pelo pacote anticrime, ultrapassando a falta de consenso na doutrina quanto ao momento e a dimensão jurídica processual constitucional a ser adotada para a execução do projeto mais ambicioso do Juiz das Garantias.

Momento que caracteriza um movimento inovador (pelo acolhimento legislativo e não pelo estudo doutrinário) no processo penal brasileiro, no sentido de superar o “sistema inquisitorial” do Código de Processo Penal não ultrapassado pelas suas parciais reformas, conforme defendido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴³⁵.

Considerando a ideia central contida neste capítulo do estudo quanto à aplicação no processo penal brasileiro dos resultados da Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger e de seus reflexos ao significado do princípio da presunção de inocência em consonância com o Juiz das Garantias, revelou-se a importância de se realizar um abreviado estudo de caso com levantamento de dados de julgamentos judiciais.

Os dados foram direcionados para o encontro preambular da medida de extensão do conhecimento quanto à existência da teoria festingeriana, e como vem sendo sua aplicação nos casos analisados pelos areópagos pátrios que envolvem a temática processual penal e das garantias constitucionais, especialmente o princípio da presunção de inocência e alguma interconexão ao instituto do Juiz das Garantias (doutrina ou legislação).

⁴³³ FERRAJOLI, op. Cit.

⁴³⁴ PRADO, Bem jurídico-penal e constituição, op. Cit.

⁴³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul., 2008.

A partir desta justificativa, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2022 pelo sistema de acompanhamento de processos eletrônicos (e-SAJ, e-Proc, Projudi e PJe) foram acessados julgados de segunda instância ou nos tribunais superiores na seara criminal dos seguintes tribunais brasileiros: STF, STJ, TJSP, TJPR, TJSC, TJRS, TRF1, TRF3 e TRF4⁴³⁶.

O elemento “dissonância cognitiva”, utilizando-se de uma inicial filtragem para a busca, foi encontrado em 49 (quarenta e nove) resultados⁴³⁷, excetuando julgados do TRF1 e do TRF3⁴³⁸. A expressão estava disposta em votos, decisões monocráticas, acórdãos, especialmente em correções parciais.

O ponto de filtragem da pesquisa temática nos julgados foi pela aplicação direta ou indireta da teoria festingeriana, ou de outros estudos e resultados derivados, e sua incidência no processo penal brasileiro.

Inexistiu o condicionamento de tempo máximo de data da publicação, sendo que o julgado mais antigo foi proferido no ano de 2015, e a grande maioria com decisão proferida a partir do ano de 2020.

Considerando a metodologia de estudo de caso pelo método exploratório⁴³⁹, entre os dias 7 de dezembro de 2022 e 14 de janeiro de 2023, foi realizado o exame mais apurado dos 49 (quarenta e nove) julgados, dos quais 48 (quarenta e oito) contiveram o conteúdo temático proposto, sendo descartado um julgado do TJPR por estar em segredo de justiça, impossibilitando o conhecimento do seu conteúdo.

Do resultado da análise dos recortes jurisprudenciais evidenciou-se que em alguns julgados a defesa argumentou pela aplicação da teoria festingeriana no

⁴³⁶ Para fins de uma comparação internacional foram acessados os sistemas de consulta do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, e dos Tribunais das Relações de Coimbra, Lisboa e do Porto, não sendo localizado julgado que tenha abordado a temática proposta. Em seguida foi acessado o Tribunal Constitucional da Espanha, utilizando-se o elemento “disonancia cognitiva”, não sendo evidenciado resultado apto para a comparação.

⁴³⁷ Refletindo um número equidistante comparando-o à quantidade de processos criminais (excluindo-se a execução penal) que ingressou em 2021 (2,2 milhões), julgada (2,4 milhões), e pendente de julgamento (5,4 milhões). Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴³⁸ Foram obtidas respostas do STF: 3 julgados; STJ: 6 julgados; TJSP: 9 julgados; TJPR: 7 julgados (um em segredo de justiça); TJSC: 3 julgados; TJRS: 20 julgados (um em segredo de justiça); e, do TRF4: 1 julgado.

⁴³⁹ Estudo de caso “é a pesquisa para coleta e registro de dados de um ou vários casos, para organizar um relatório ordenado e crítico ou avaliar analiticamente a experiência com o objetivo de tomar decisões ou propor ação transformadora”. CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 102.

processo penal brasileiro, especialmente em temas ligados às falsas memórias⁴⁴⁰, à produção de provas e da sua indevida valoração na *ratione decidendi* da sentença penal condenatória, quando resultante exclusivamente em provas colhidas na fase do inquérito policial sem o crivo do contraditório judicial.

Na linha da nulidade processual houve pedido para o reconhecimento da teoria em resposta ao viés persecutório do magistrado na audiência de instrução em contrariedade ao disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, e pela contaminação cognitiva ante o prévio reconhecimento fotográfico capaz de induzir ao posterior reconhecimento pessoal considerando o efeito perseverança⁴⁴¹.

Em outros julgados a dissonância cognitiva foi aplicada em favor da acusação para se manter a sentença condenatória, descartando a incerteza da prova oral, reafirmando a valoração da confissão do réu em conjunto com outros elementos processuais.

Ademais, a teoria foi aplicada para afastar a contaminação cognitiva do julgador pelo ato do Ministério Público juntar cópias de outros processos existentes contra o réu. Nos pedidos genéricos de suspeição do julgador houve o afastamento *in limine* da aplicação da teoria festingeriana, especialmente pela questão da forma processual, e não pela análise de seu conteúdo.

Quanto à fundamentação na temática proposta do Juiz das Garantias, considerando a suspensão de sua vigência, foram poucos os julgados que aprofundaram na sua interpretação a partir da teoria da dissonância cognitiva.

Deste grupo destacaram-se dois julgados no Supremo Tribunal Federal (HC 180.144-GO, e Segundo Ag.reg. no HC n.º 179.201-PI), que expressamente conectaram o Juiz das Garantias e a Teoria da Dissonância Cognitiva, e uma

⁴⁴⁰ “A dificuldade permanente de representação e a necessária correlação entre o inconsciente e a memória só vê a corroborar a necessidade de efetivação do princípio da presunção de inocência. O processo de falsas memórias é apenas uma das causas de como pode ocorrer uma interpretação ilusória acerca do fato, possivelmente materializada no caso da Escola Base”. ÁVILA, Gustavo Noronha de. GAUER, Gabriel José Chittó. Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória – breve reflexão transdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 24, p. 105-113, jan./mar. 2007; “As falsas memórias são formadas entre o período da codificação da memória até o momento da evocação da lembrança. Assim, após a percepção do evento até quando a testemunha é questionada pelas autoridades ou pelas partes, sugestões externas e autossugestões do próprio indivíduo podem atuar em sua memória, alterando seu conteúdo e afastando-a da realidade percebida”. KAGUEIAMA, Paul Thieme. **Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 112.

⁴⁴¹ Quanto à dosimetria da pena em um dos julgados houve o reconhecimento da dissonância cognitiva entre o artigo 42 da Lei 11343/06 e o artigo 59 do Código Penal, na fixação da pena-base, prevalecendo a ponderação das circunstâncias judiciais prevista no Código Penal, e não somente a quantidade de substância apreendida como elemento justificador do aumento exacerbado da pena.

terceira decisão nos autos das ADI's relativas à sua suspensão, que traçaram uma linha de minimização dos vieses cognitivos pela sua aplicação.

Todavia como fato relevante se apresentou a análise dos 19 (dezenove) julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, representando 39,59% do total analisados, todos relativos a correções parciais interpostas pelo Ministério Público que se insurgiu em face de decisões proferidas na primeira instância em curto espaço de tempo (dezembro de 2019 e junho de 2020), em diversos processos-crime perante a 1.^a Vara Criminal de Montenegro/RS.

Massivamente houve decisão do juiz pelo desentranhamento dos autos do inquérito policial ante a releitura constitucional do artigo 155 do Código de Processo Penal. Decidiu-se que inquérito policial deverá ser excluído dos autos (mantê-lo anexo), sendo proibida qualquer menção ou sua utilização pela acusação, salvo em relação às provas irrepetíveis.

Por tais fundamentos a convicção do julgador dever ser fundada em prova produzida em contraditório judicial, sob pena de causar os efeitos da dissonância cognitiva contaminando o juízo, nos termos da doutrina de Bernd Schünemann.

As correções parciais providas pelas Câmaras Criminais do TJRS com semelhantes razões de decidir, reconheceram que houve tumultuada inversão dos atos procedimentais e afronta ao artigo 12, e leitura equivocada do 155 ambos do Código de Processo Penal.

O entendimento do Tribunal é pela permissão ao juiz de fundamentar sua decisão no inquérito policial, desde que não exclusivamente. E pelo afastamento do Juiz das Garantias, suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal. Por fim determinou-se a reinclusão do inquérito policial aos autos principais dos processos-crime.

Entretanto quando o juiz de primeira instância decidiu pela exclusão dos autos de inquérito policial da ação penal, restou evidenciado que tal instrumento investigatório detém limitado valor probatório advindo de sua natureza inquisitiva. Este poderá ser utilizado para fundamentar medidas pré-processuais ou cautelares, e para o recebimento inicial da ação penal, somente.

Na continuidade da persecução penal o inquérito policial deverá ser desconsiderado, não poderá fundamentar uma futura sentença condenatória em proteção às garantias processuais, em vista à dialética processual evidenciada pelo sistema acusatório.

Tal argumento se soma ao pensamento de Francesco Carrara para o qual o processo penal se apresenta como um delimitador do *jus puniendi*, e por isso advoga que a “metafísica do direito processual tem por missão proteger todos os cidadãos inocentes e honestos contra os abusos e erros de autoridade”⁴⁴².

Os resultados do sinóptico estudo de caso revelam que a aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva e do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro poderá representar uma significativa mudança dos paradigmas impregnados pelo sistema penal de substancialismo inquisitorial que causam impressões com vieses cognitivos que consciente ou inconscientemente se voltam para a relativização do princípio da presunção de inocência, das garantias processuais penais, e que atingem a produção e a valoração da prova.

A não existência, ou a suspensão do Juiz das Garantias faz nascer um processo penal com a gestão da prova amplamente inquisitiva e imparcial que levou Franco Cordero a denominá-lo de “primado das hipóteses sobre os fatos”⁴⁴³.

Assim o Juiz das Garantias se apresenta como um importante mecanismo judicial de controle pré-processual da primazia das hipóteses cognitivas dissonantes sobre a imparcialidade do juiz.

4.2 O juiz das garantias como medida antidissonancia cognitiva no processo penal

Em vista ao sistema acusatório há muito tempo a doutrina vem defendendo a criação no processo penal brasileiro da figura do Juiz das Garantias, em estreita ligação garantista advinda dos desdobramentos dos princípios processuais penais do juiz natural, da imparcialidade, do contraditório, da ampla e da plenitude de defesa e seus reflexos ao devido processo penal, em substancial consonância com o estado de presumível inocência, e com as suas regras de tratamento e de juízo.

Comparativamente, dentro de suas particularidades, em Portugal há a previsão da atuação do juiz de instrução no artigo 17.º do Código de Processo

⁴⁴² CARRARA, Francesco. **Opuscoli di diritto criminale**. Vol. 5. Lucca: Tipografia Giusti 1874, p. 19. Tradução livre: “la metafisica del diritto procedurale ha per sua missione di proteggere contro gli abusi e gli errori della autorità tutti i cittadini innocui ed onesti”.

⁴⁴³ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: Utet, 1986, p. 51. Tradução livre: “primato dell’ipotesi sui fatti”.

Penal⁴⁴⁴, lhe competindo proceder à instrução processual penal, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, finalizando sua competência jurisdicional, devendo garantir a observância dos direitos fundamentais e das liberdades individuais do acusado.

A sua competência material foi definida pelo artigo 32.º, item 4 da Constituição Portuguesa de 1976⁴⁴⁵. A distinção com o Juiz das Garantias está nitidamente direcionada à questão da competência jurisdicional e da abrangência das fases de atuação. Além é claro do fato do juiz da instrução ter sido previsto na constituição portuguesa.

O Código de Processo Penal espanhol instituiu o juiz instrutor (Juez instructor), definindo em seu artigo 622 que ao finalizar o processo de investigação (sumario) de ofício ou a pedido de uma das partes, o juiz de instrução declara concluída a instrução ordenando a remessa dos autos ao tribunal competente para julgamento do crime. Assim, foi definida a competência material do juiz instrutor durante as investigações criminais, distinguindo-a da fase de instrução e de julgamento que será presidida por outro juiz⁴⁴⁶.

Na Itália o Código de Processo Penal de 1989 em seu artigo 328 definiu a competência do juiz das investigações preliminares (*giudice per le indagini preliminari*), com atuação para a observância da legalidade dos procedimentos tomados em face do acusado durante a investigação criminal, sendo que a função será exercida por um magistrado da capital da comarca em que se situar o juiz competente⁴⁴⁷.

No ano de 2000 a França aprovou uma profunda alteração no Código de Processo Penal através da Lei n.º 2000-516 de 15 de junho, que reforçou a presunção de inocência, os direitos das vítimas, e a previsão do juiz das liberdades

⁴⁴⁴ PORTUGAL, Código de processo penal, op. Cit.

⁴⁴⁵ “Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”. PORTUGAL, Constituição, op. Cit.

⁴⁴⁶ ESPANHA, Código de processo penal, op. Cit. Tradução livre: “Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito”.1

⁴⁴⁷ ITÁLIA. **Decreto n.º 477**, de 22 setembro de 1988. Código de Processo Penal. Roma: Presidência della Repubblica. GU Serie Generale n. 250 del 24 out. 1988. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceProceduraPenale/60_0_1>. Acesso em: 20 jan. 2023.

e da detenção (juge des libertés et de la détention), com atuação nas investigações e à instrução preliminar do processo penal⁴⁴⁸.

Quanto ao princípio da imparcialidade⁴⁴⁹ o Juiz das Garantias visa interromper o liame cognitivo inquisitivo caracterizado pela dissonância cognitiva, proporcionando o sistema acusatório no processo penal (artigo 3.º-A).

Aplica-se um marco de tempo de jurisdição ao definir sua atuação até a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa (§ 1.º do artigo 3.º-C), passando a partir de então ao juiz da instrução e julgamento a competência material, evitando-se o carregamento de elementos cognitivos (efeito perseverança, busca seletiva de informações, entre outros vieses) para a nova etapa processual.

Ruiz Ritter realizou a análise da Teoria da Dissonância Cognitiva aplicando-a ao princípio da imparcialidade no direito processual penal brasileiro, denotando sua inefetividade a partir de estudos da psicologia social, e por consequência pôde afirmar pela inexistência de uma jurisdição penal imparcial.

Apresentou as quatro medidas anti-inquisição como sendo os “mecanismos de controle da contaminação da cognição e subjetividade do magistrado – figura central do processo – para que seja válida e legítima a sua jurisdição”⁴⁵⁰.

Dentre elas a viabilidade do Juiz das Garantias que na época da defesa da sua dissertação se tratava de proposta legislativa contida no PL n.º 8045/2010, considerando-a o “aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da

⁴⁴⁸ FRANÇA. **Lei n.º 2000-516**, 15 junho de 2000. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁴⁹ Para Ada Pelegrini Grinover o *due process of law* instrumentaliza o processo penal, e conduz à imparcialidade do julgador: “o moderno processo penal, de índole marcadamente acusatória, é todo banhado pela cláusula do devido processo legal. Entre outras garantias, defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* – guardando íntima relação entre si – colocam-se à base da regularidade do processo e da justiça da decisão, fechando o círculo dos instrumentos constitucionais-processuais de proteção das partes e da jurisdição, os quais servem em última análise, à própria imparcialidade do juiz”. GRINOVER, op. Cit., p. 60; A imparcialidade como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. SCARANCE, op. Cit., p. 135; “Em face da ratificação da CADH pelo Brasil, a imparcialidade integra o nosso ordenamento jurídico, tendo status superior à normatividade ordinária. Esse princípio também decorre do devido processo constitucional (art. 5.º, LIV, CF), o qual exige tutela jurisdicional criminal efetiva”. GIACOMOLLI, op. Cit., p. 270; “A garantia em comum para todas as formas de composição de conflitos exige que o juiz permaneça equidistante, como terceiro super partes”. SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 46.

⁴⁵⁰ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. p. 195. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial”⁴⁵¹.

Uma realidade quase que verdadeira. Pela fase pré-processual garantista advinda do Juiz das Garantias com atuação direta no controle da legalidade da prisão, das investigações criminais e de seus consectários processuais penais, que será possível reduzir a magnitude da dissonância cognitiva entre os elementos liberdade e prisão, entre as garantias processuais e o poder estatal autoritário e antidemocrático, e às primeiras impressões causadas pelos elementos cognitivos dissonantes que nutrem as decisões e as medidas cautelares.

Bernd Schünemann em vista à teoria festingeriana aplicada ao processo penal alemão verificou quando do exercício da função judicante exsurge a busca de coerências ou de redução de dissonâncias cognitivas, e por isso, emergem o efeito perseverança, o princípio da busca seletiva de informações e a correspondência comportamental⁴⁵², especialmente na audiência de instrução e julgamentos para fins de se comprovar os elementos colhidos na fase investigativa.

Em sua pesquisa criticou o sistema processual penal alemão, o qual manteve os resquícios da inquisição vigentes até o século XIX, denotado, especialmente pela figura de parcialidade do juiz no processo penal, a qual foi dissipando-se lentamente com a criação da figura do órgão acusador (Ministério Público), mas não de forma suficiente para equilibrar os atores processuais.

O processo penal moderno conseguiu de certo modo disfarçar tais características inquisitivas. Entretanto no momento da audiência de instrução e julgamento (entre outros), que é evidenciada tal roupagem.

Na audiência se percebe uma concorrência entre os elementos de defesa e da acusação dispostos pelos atores processuais em vista à formação do convencimento do magistrado. Contudo ambos são apenas complementares “eis que prevalece a posição dominante inquisitória – tanto na condução da instrução como na de autoridade da causa – e decisória do juiz”⁴⁵³.

⁴⁵¹ RUIZ, op. Cit., p. 150-151.

⁴⁵² O termo *Schulterschluss* *effekt* é um conceito desenvolvido por Schünemann para designar o espelhamento que o juiz faz da avaliação do Ministério Público ao conduzir a audiência de instrução e julgamento e ao sentenciar. Em virtude de sua significação, esta palavra foi traduzida como efeito correspondência comportamental. Em alemão, *Schulterschluss* denota a ideia de andar ombro a ombro, o que traz a imagem do marchar lado a lado. Nota 2 (NT-2). SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 30.

⁴⁵³ Ibid., p. 32.

Por outro lado o Juiz das Garantias traz maior impacto à imparcialidade do magistrado frente às decisões contidas nas práticas judiciais pré-processuais, evitando-se a manipulação e a vinculação cognitiva do magistrado pela dissonância cognitiva festingeriana da primeira e das demais impressões ante o efeito primazia.

Tal limitador de efeitos dissonantes é encontrado na disposição do § 2.º do artigo 3.º-C que afasta a necessária manutenção pelo juiz da instrução e julgamento das decisões proferidas pelo Juiz das Garantias, incluindo um novo momento cognitivo processual ao se determinar que o julgador reexamine (convencimento judicial) a necessidade daquelas medidas cautelares impostas.

Fixou-se um tempo razoável de 10 (dez) dias para o exercício desta nova cognição judicial, a qual poderá ser imbuída de elementos consonantes com a restrição à liberdade pela transferência cognitiva (quando fundar-se nos mesmos elementos cognitivos aplicados na decisão original, efeito perseverança), ou dissonantes com essa cognição.

Momento em que o juiz deverá ponderar os elementos dissonantes à liberdade em vista à redução da dissonância cognitiva, acrescentando outros elementos contrários, por exemplo aos requisitos da prisão preventiva disposta no artigo 312 do Código de Processo Penal, que *mutatis mutantis* se apresentam consonantes com a liberdade.

4.2.1 A primeira impressão, o efeito *halo* e o conhecimento prévio na contaminação cognitiva da imparcialidade no processo penal

Bernd Schünemann a partir do experimento da simulação de computador da audiência de instrução e julgamento formulou quatro hipóteses para fins de se confirmar a postura possivelmente tendenciosa que poderá levar o magistrado à proferir um número maior, até absoluto de sentenças condenatórias, quando toma conhecimento prévio do conteúdo do inquérito policial e depois realiza a audiência de instrução e julgamento⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ 1.^a O magistrado condena mais frequentemente quando possui conhecimento dos autos do inquérito; 2.^a Na audiência de instrução o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando o conhece previamente do que quando não dispõe desse conhecimento; 3.^a Haverá redução de erros quando inexistir o conhecimento prévio do inquérito pelo magistrado. 4.^a A quantidade de perguntas na audiência de instrução para os sujeitos da prova será maior quando o magistrado conhecer previamente o inquérito. SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 35.

Considerando os resultados da primeira hipótese, o conhecimento prévio dos elementos dos autos do inquérito policial inquisitivo e de propensão incriminador poderá levar (sem exceções pelo experimento), o julgador a condenar o acusado.

A tendência condenatória poderá não ser dissipada pelos demais elementos cognitivos ambivalentes produzidos na audiência de instrução e que possam sugerir uma absolvição.

Aury Lopes Junior faz uma análise da teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal contribuindo para a compreensão da imparcialidade do juiz, e aproximando os resultados obtidos por Bernd Schünemann aos aspectos mais valiosos dentro do ordenamento jurídico processual penal brasileiro.

Evidencia os problemas acerca dos pré-julgamentos sobrepostos à cumulação de papéis ou figurações que atribuem ao juiz o recebimento da denúncia, a instrução processual e à decisão penal, sem contar as inúmeras práticas processuais durante a fase de investigação criminal.

Por isso revela-se ingênua a crença na assente imparcialidade do juiz, e da supervalorização de uma quase impossível objetividade nesta relação sujeito-objeto no processo penal, tendencialmente desvelada pela superação do paradigma cartesiano da busca aritmética da verdade (que se encontra em lugares inacessíveis).

O processo penal brasileiro impregnado de vieses cognitivos desconsidera toda a influência do inconsciente do julgador que transcende a linguagem e toda a racionalização jurídica⁴⁵⁵, especialmente aquela que se encontra alocada no “sistema mente”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 27; Na tomada de decisão os aspectos dos sentimentos e da intuição acabam sendo levados em consideração, mas a racionalidade não poderá ser abandonada na prática jurisdicional. PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos psicológicos da atividade jurídica**. 4. ed. Campinas: Millennium, 2018. p. 90-93.

⁴⁵⁶ “O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”. [...] “Como o Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer, erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir. Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro. Mesmo quando dicas para prováveis erros estão disponíveis, estes só podem ser prevenidos por meio do monitoramento acentuado e da atividade diligente do Sistema 2”. KAHNEMAN, Daniel. Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 26-33.

A imparcialidade do juiz no processo penal é diretamente atingida por sua atuação *ex officio*, por impulso (Sistema 1⁴⁵⁷) e pela instintiva colheita de provas (ativismo probatório, *fishing expedition*⁴⁵⁸), ao determinar a decretação de medidas cautelares e de restrição aos direitos fundamentais do investigado na fase pré-processual, ou do réu durante o processo-crime

Conforme visto a novel competência do Juiz das Garantias para decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas (inciso VII, do artigo 3.º-B), não é suficiente para impedir a sua produção de ofício nos termos do inciso I, do artigo 156, ambos do Código de Processo Penal.

Neste aspecto a dissonância cognitiva poderá causar uma disfluência processual afastando-se do sistema acusatório e do princípio da presunção de inocência.

A partir de estudo de caso Ricardo Jacobsen Gloeckner chegou à importante conclusão de ser “possível dizer que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério definitivo para uma condenação, o que também como resposta precária, é inadmissível para um Estado Democrático de Direito”⁴⁵⁹.

Dentro de uma análise qualitativa do impacto na decisão condenatória criminal da existência de uma prisão processual anterior (de regra a prisão em flagrante convertida em preventiva), houve a conclusão pelo estudo citado que esse foi o elemento formador (elementos próprios da prisão) da convicção presente em todas as decisões judiciais analisadas.

⁴⁵⁷ “Kahneman e Tverski, com base nos ensinamentos dos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, desenvolveram a teoria do prospecto, um modelo alternativo de decisão sob risco. Segundo essa teoria, existem dois modos de pensamento, de sistema decisório: um rápido, que opera com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário (Sistema 1), e outro devagar, que se atine a atividades mentais com maior grau de complexidade (Sistema 2)”. O sistema 1 impregnado de vieses cognitivos e de heurísticas (viés da confirmação, falsa coerência, aversão a perda, viés *status quo*. TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, jan./jun. 2017. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/1864-Texto%20do%20Artigo-3549-2-10-20180109.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁵⁸ SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**. Florianópolis: EMais, 2019.

⁴⁵⁹ Estudo realizado entre 2013-2014, integrando artigo jurídico publicado em 2015, e procedida à análise de 185 acórdãos do TJRS, dos quais 90 atenderam aos critérios da pesquisa: recurso de apelação interposto pela acusação, defesa ou ambos, onde fosse possível a confrontação entre a decretação da prisão processual e a resolução jurisdicional. GLOECKNER, op. Cit., p. 271-273.

Portanto em todos os processos houve a decretação da prisão processual, e por consectário em todos os casos a condenação se fundou, mesmo que parcialmente, naqueles elementos próprios da prisão e delineados no inquérito policial, evidenciado o efeito perseverança.

Situação parecida que se pretende evitar pela disposição contida no § 2.º do artigo 3.º-C, delineada anteriormente, separando agora a cognição inicial do Juiz das Garantias daquela a ser sufragada pelo juiz da instrução e julgamento, ao qual caberá o reexame da necessidade e da proporcionalidade de eventual medida cautelar (prisão provisória ou outra) imposta durante a fase pré-processual.

Pela conclusão do estudo de caso de Ricardo Jacobsen Gloeckner duas importantes respostas foram encontradas “a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito; em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão”⁴⁶⁰.

Por essa via se o juiz da instrução e julgamento manter a decisão cautelar anterior apoiando-se nos mesmos elementos cognitivos aplicados pelo Juiz das Garantias, haverá evidente contaminação consciente ou inconsciente que poderá ser transportada para a futura sentença condenatória.

Destaca-se do fundamento de algumas decisões judiciais a declaração da materialidade delituosa a partir do auto de prisão em flagrante, o qual serviu de instrumentalização probatória estabelecendo o depoimento dos policiais como principal fonte e incorporando-o na *ratione decidendi*, configurando o viés cognitivo da primeira impressão que contaminou todo o processo-crime.

Nesse contexto Ricardo Jacobsen Gloeckner alerta ao primeiro problema epistemológico do processo penal brasileiro que se satisfaz pela sub-rogação da prisão cautelar (mera possibilidade) ao estatuto de decisão de mérito (certeza) fundadas em elementos de informação que se apresentam precários (inquérito policial).

É nesta transmutação de sentidos e na subversão de seu conteúdo que remanesce sua pseudolegitimidade, não sendo “equivocado se apontar a prisão processual como um obstáculo epistemológico à decisão penal”⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ GLOECKNER, op. Cit., p. 273.

⁴⁶¹ Ibid., p. 274.

Em vista a outras verificações complementares quanto à formação do convencimento judicial dentro da teoria da decisão penal, ultrapassando o livre convencimento motivado, Ricardo Jacobsen Gloeckner propõe a análise da decisão penal e *confirmation bias*, sendo esse viés causa a antecipação do mérito à custa de garantias processuais penais.

A teoria da decisão penal não se afasta daquela usualmente aplicada nas decisões humanas tal como já evidenciado no primeiro capítulo. Por isso deverá ser contemplada a partir de vetores que lhe guiam, e daqueles problemas que podem lhe ser causados pelos bloqueios ou pelas cegueiras das distorções cognitivas inerentes ao ser humano.

Tais vieses cognitivos resultam na “tendência confirmatória ou *confirmation bias*” da decisão que poderá colocar fim ao conflito, mas profundamente despertar a dissonância cognitiva pós-decisória:

Esta tendência confirmatória da decisão pode ser definida como um atalho cognitivo ou heurístico que simplifica determinadas funções inferenciais. Este atalho (*shortcut*) conduz a decisões mais pobres pelo fato de que a informação trazida para apreciação do julgador não é avaliada em toda a sua complexidade. Este processo ocorre porque existem determinadas crenças inerentes a cada sujeito geradoras da tendência de se interpretar o conjunto informacional de acordo com o quadro das preferências ou pré-compreensões, sendo, portanto, toda e qualquer decisão que se tome, inevitavelmente parcial⁴⁶².

No contexto da tendência confirmatória Ricardo Jacobsen Gloeckner delineou o pensamento de Carlson e Russo que realizaram estudos sobre o tribunal do júri nos Estados Unidos, e que chegaram à conclusão de que os jurados interpretam as informações do caso posto através de suas impressões prévias (crenças e comportamentos), afastando-se do objetivismo, acarretando a inconsistência cognitiva que conduzem aos sentimentos de aversão.

Tais resultados são evidenciados pela teoria festingeriana, a qual demonstra que a dissonância cognitiva irá provocar no sujeito diversas ações tendencialmente dirigidas para a redução do sentimento de aversão, e o aumento de elementos consonantes com os interesses e a prévia cognição.

Flávio da Silva Andrade direciona que o viés confirmatória atuará quando da anulação de sentença condenatória por cerceamento de defesa, e se couber

⁴⁶² GLOECKNER, op. Cit., p. 275.

novamente ao mesmo juiz a análise desse caso haverá grande propensão em proferir uma nova sentença condenatória⁴⁶³.

Ao aplicar tais conceitos e práticas na teoria da decisão nota-se que ocorre uma tendencial abertura no sujeito pela super valoração dos aspectos positivos em detrimento daqueles negativos inseridos nas informações. Ainda, pela valorização dos elementos positivos em estado inferior (de segunda classe) à primeira escolha, quando possa optar entre duas ou mais alternativas positivas.

Existem escolhas simples, por exemplo uma viagem à praia ou ao campo, as quais são envoltas em elementos cognitivos conflitantes até o momento da decisão. Tal decisão poderá ser motivo para uma dissonância cognitiva pós-decisão, dependendo do contexto e o prazer (recompensa) que a alternativa resultou. Entretanto sem evidenciar maiores transtornos à vida pessoal ou profissional do indivíduo.

Todavia ao se analisar decisões judiciais inexistirá uma alternativa simples, e sim decisões sequenciais e complexas que causam conflitos (dissonâncias) antes e durante a sua realização, bem como, a dissonância cognitiva pós-decisória logo depois da escolha, agindo os pontos de pressão para sua confirmação (elementos cognitivos consonantes), os quais tomaram por completo as decisões posteriores que se fundam na primeira, sob pena de não ocorrência da redução da magnitude da dissonância cognitiva.

Ricardo Jacobsen Gloeckner salientou que no momento do julgamento serão levadas em consideração a moldura decisória presente e passada, e a superveniência de decisões apresenta um condicionante insuprimível (coerência) naquela mais importante, causando uma complexa delimitação decisória em vista à manutenção da consonância cognitiva, e a “redução da dissonância ocorre quando as decisões posteriores mantêm uma linha de continuidade que sustenta a primeira decisão”⁴⁶⁴.

Nesse cenário citando Karl Ask e Par Anders Granhag o referido autor apresenta a contextualização em que a *confirmation bias* se insere na tomada de decisão judicial penal “sob a forma de dois mecanismos: (a) primeiramente, na

⁴⁶³ ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3. p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/227/197>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁴⁶⁴ GLOECKNER, op. Cit., p. 277.

seleção da informação considerada relevante (aquela que confirma a crença) e (b) uma interpretação preferencial da informação disponível”⁴⁶⁵.

Trazendo para a realidade do processo penal brasileiro o primeiro mecanismo da *confirmation bias* (viés de confirmação) se evidencia quando da análise da investigação criminal, a qual foi produzida unilateralmente dentro de uma seletividade inquisitiva.

A inexistência de uma complexidade informativa dos fatos e a presença da a visão de túnel, impregnado pelo viés da seletividade, será fundamento suficiente para satisfazer as primeiras decisões exaradas pelo julgador.

Práticas judiciais ilegítimas e que servirão de sustentáculo de decisões posteriores. Haverá a reafirmação da dissonância cognitiva nos elementos que porventura possam direcionar em sentido contrário, ou seja, pela defesa do investigado (princípios e garantias processuais penais), reforçando a primeira decisão e a primeira impressão (jurídica, pessoal), sobretudo o efeito *halo* (estereótipo, causal).

Ricardo Jacobsen Gloeckner sustentou pela necessidade de realização de uma audiência antes de uma decisão por eventual prisão cautelar, pois a “chance de se reduzir a tendência confirmatória repousa em uma audiência para que o juiz possa decidir sobre eventual prisão processual, sempre regida em contraditório”⁴⁶⁶.

No ordenamento processual penal brasileiro a partir de 2015 foram adotadas as audiências de custódia por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça através de termos de cooperação técnica com tribunais por todo o país. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi o pioneiro.

Com sua constitucionalização questionada perante o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADI n.º 5240 e da ADPF n.º 347, houve a definição de dois marcos jurídicos de suma importância para a consolidação do instituto⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ GLOECKENER, op. Cit., p. 277.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 277.

⁴⁶⁷ Conselho Nacional de Justiça. **Relatório audiências de custódia**: 6 anos. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2023; Ademais, houve a redução em 10% no índice de prisão provisória no Brasil, considerando os últimos 6 anos da implantação da audiência de custódia.

A audiência de custódia foi incluída no Código de Processo Penal através da Lei n.º 13.964/2019 com alterações no artigo 310, determinando-se sua realização no prazo de 24 (vinte e quatro) horas⁴⁶⁸.

Caso não seja realizada no prazo a prisão será considerada ilegal, e deverá ser relaxada sem prejuízo da decretação de eventual prisão preventiva. A automaticidade da transformação da prisão em ilegal foi suspensa conforme ADI n.º 6.305 em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia a audiência de custódia surtirá os efeitos inerentes ao afastamento da dissonância cognitiva e do viés confirmatório se aplicada conjuntamente com o Juiz das Garantias.

Se assim não o for, o juiz que ao analisar a legalidade da prisão, homologar o auto de prisão em flagrante e determinar sua conversão em preventiva, poderá carregar tais elementos cognitivos até final do processo crime, evidenciando sua contaminação pelas informações precárias (flagrante ou do inquérito policial) que conduzem ao juízo de mera probabilidade da materialidade e da autoria, insuficientes para o juízo de certeza para a sentença penal condenatória.

No mesmo sentido o Juiz das Garantias nos termos do inciso VI do artigo 3.º-B do Código de Processo Penal deverá possibilitar o exercício do contraditório em audiência pública ao acusado para fins de decidir sobre a prorrogação da prisão provisória ou de outra medida cautelar.

Ao se permitir o exercício do contraditório judicial novos elementos cognitivos consonantes com a liberdade podem ser transferidos para o processo, e adquiridos por adesão ou equiparação pelo julgador (v.g. a questão da temporalidade dos fatos, a apresentação de novas provas, etc.).

Contudo o juiz poderá tomar a decisão pela revogação da decisão anterior, divorciando-se psicologicamente da ação com a inclusão de um elemento cognitivo externo, conforme a teoria festingeriana.

Esse movimento psicológico se torna suficiente para representar uma redução substancial da dissonância cognitiva, e possibilitar a tomada de decisão em vista à manutenção das garantias processuais.

⁴⁶⁸ Pela inconstitucionalidade da resposta punitivista e limitativa da liberdade provisória prevista no § 2.º do artigo 310 do CPP. Nesta linha, ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. A audiência de custódia na lei anticrime (lei n.º 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 570-594, jan./jun. 2020. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/lepidus,+11151457-revista-26(1)-570-594.pdf >. Acesso em: 18 jan. 2023.

Por outro lado reanalizando a decisão original e aqueles elementos cognitivos lá contidos que sejam atrativos à prisão, será um momento em que o juiz poderá sopesá-los com os elementos de liberdade e de revogação apresentados pelo acusado.

A ação cognitiva será direcionada para a redução da magnitude da dissonância cognitiva pós-decisão. Assim, o juiz poderá exercitar os elementos consonantes com a decisão anterior para fins de sua confirmação, e da manutenção da prisão preventiva.

Esta ponderação cognitiva será alvo de pontos de pressão pela mudança de cognição sobre as alternativas, ou pela sobreposição cognitiva, *v.g.*, a presença de elementos cognitivos favoráveis à prisão preventiva (*fumus comissi delicti*, *periculum libertatis*).

Tal como pela inserção de novos elementos favoráveis à prisão (tentativa de fuga, ameaças a testemunhas), ou pela não presença de situações (elementos cognitivos distintos) que alterem a realidade fática em favor da liberdade, sendo a mais utilizada nas decisões denegatórias de liberdade provisória ou de revogação de medidas cautelares, incluindo nesta lista os pedidos de *habeas corpus*.

A teoria festingeriana e da *confirmation bias* são atraídas pelo contexto do Tribunal do Júri. A dissonância cognitiva e outros vieses cognitivos não se afastam daquele momento da tomada de decisões pelos jurados, considerando a incessante procura das relações causais que vinculam as provas apresentadas na instrução e nos debates.

Estas provas serão analisadas dentro do mesmo conjunto no qual foram inseridas todas as partes consideradas importantes para a confirmação cognitiva, e reativadas pela memória quando do veredicto:

Os jurados quando confrontados com um complexo de provas, tendem a incorporá-las em estruturas coerentes de memória relativas a histórias causais em detrimento de considerar a prova fragmentariamente. Em outras palavras, a fragmentariedade de cada elemento de prova é desprezada para se levar em conta, no momento decisório, o conjunto de inúmeras parcialidades, o que garante, por exemplo, como aponta a jurisprudência, que 'um conjunto de indícios possa servir como elemento de condenação'⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ GLOECKNER, op. Cit., p. 277-278.

Nesse contexto exsurge outra hipótese aplicável ao Tribunal do Júri. A avaliação das relações causais pela primeira impressão dos jurados pode sofrer impacto negativo ao princípio da presunção de inocência ante o fato da defesa do réu se pronunciar posteriormente à acusação nos debates da sessão plenária nos termos do artigo 476 do Código de Processo Penal?

A resposta é afirmativa. Evidente o efeito primazia observado por Solomon Asch. O efeito primazia constatado experimentalmente por Solomon Asch⁴⁷⁰ conclui que através da primeira linha de raciocínio que a pessoa poderá prever uma característica mais comum.

Assim, as informações inicialmente apresentadas serão mais persuasivas. A cognição da pessoa liga as primeiras impressões como as mais importantes, e carrega tal conclusão para outras situações semelhantes.

Para David Myers ao se analisar a ordem dos elementos (adjetivos) expostos no experimento de Solomon Asch, e considerando a ordem de inteligente para invejoso, os alunos sob análise aplicaram tal atributo classificando a pessoa mais positivamente. Os alunos que receberam os adjetivos em ordem inversa o classificaram negativamente. Assim, a “informação anterior pareceu tingir sua interpretação da informação posterior, produzindo o efeito de primazia”⁴⁷¹.

Esse efeito psicológico causado na afiliação pela primeira impressão⁴⁷² é considerado pelos jurados e interconectado com às regras axiomáticas (cenário do júri e a prostração do acusado),” contribuindo para a dissonância cognitiva.

Esta sequela cognitiva impacta a compreensão dos fatos inferidos na primeira palavra pela acusação que se apresenta municiada com elementos cognitivos consonantes com a autoria e a materialidade, com a culpabilidade do réu em conjunto com o ímpeto de justiça do Ministério Público dentro do seu *standard* de moralidade pública, e daquelas virtudes que devem ser admiradas.

A dissonância cognitiva deverá ser desinvertida possibilitando a ampliação da probabilidade da redução dos estereótipos de culpa do réu, ao lhe ser oportunizada a primeira palavra através de uma breve exposição na qual poderá

⁴⁷⁰ ASCH, Solomon Elliuott. **Psicologia social**. Tradução de Dante Moreira Leite e de Miriam Moreira Leite. 5. ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1971, p. 176-186.

⁴⁷¹ MYERS, David G. **Psicologia social**. Porto Alegre: Grupo A, 2014, p. 195.

⁴⁷² “A afiliação é determinada, em certa medida, pelas expectativas de uma pessoa acerca das interações com outras pessoas e pelos conhecimentos que tenha dela. [...], as primeiras impressões são não só o começo da interação social mas também as suas principais determinantes”. FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1977, p. 40.

narrar os elementos que condicionam a sua presumível inocência, restabelecendo sua condição de pessoa em frente aos jurados, e não de mero objeto de análise a partir da fria imputação de seu desígnio atroz.

Oportunidade que conduzirá ao “efeito cartaz”, o efeito primazia do princípio da presunção de inocência, refletindo que no processo penal vigora a proteção das garantias processuais penais, o tratamento equânime de cidadão e sujeito processual, e quando na presença da dúvida da culpabilidade o réu deverá ser absolvido.

Tal reflexo se amolda à intenção contida no projeto de lei da Itália, que determina a fixação de um cartaz sobre a presunção de inocência no processo penal (*presunzione di non colpevolezza*) para conhecimento de todos os atores processuais, e de sua leitura interpretativa ao final da sentença penal condenatória.

O ciclo consonante será completado com a última palavra da defesa, a qual será lembrada pelos jurados. Sem esta disposição sequencial os jurados podem não atribuir valor cognoscível aos elementos consonantes com a defesa, pois estarão bloqueados, contribuindo para uma decisão condenatória.

Nesta senda se justifica a necessidade de uma originalidade cognitiva (também aplicável aos jurados) e imparcial do julgador que poderá ser reafirmada pelo Juiz das Garantias, denominado por Aury Lopes Junior como o modelo “duplo juiz ao invés do juiz único”⁴⁷³.

Podendo resultar no afastamento do sistema inquisitivo que vigora no processo penal brasileiro ao se demarcar duas fases cognitivas distintas para o início da persecução penal.

Ruiz Ritter direciona que a percepção das pessoas e a sua vinculação à primeira impressão (efeito primazia) faz nascer a denominada dissonância pós-primeira impressão, e as consequências cognitivo-comportamentais advindas e que sugerem ser estendidas às demais impressões posteriores, como “consequências

⁴⁷³ Quanto à contaminação e a imparcialidade caudadas pelos pré-juízos o autor apresenta dois casos julgados pelo TEDH: caso Piersack, de 1º/10/1982, e de Cubber, de 26/10/1984, consagrando que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador, e se lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. A contaminação resultante dos ‘pré-juízos’ conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. É importante que o juiz mantenha um afastamento que lhe confira uma “estética de julgador” e não de acusador, investigador ou inquisidor. Isso é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do julgador. Mas todas essas questões perpassam por um núcleo imantador, que é a originalidade cognitiva. LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 52.

cognitivo-comportamentais da fixação de uma primeira impressão em relação a outras posteriores a ela⁴⁷⁴.

Conjugando-se a instrumentalização do processo penal brasileiro com a colocação sequencial dos autos do tendencioso inquérito policial logo depois da peça de denúncia do Ministério Público, ou mesmo com as alterações trazidas pelo processo eletrônico, sua manutenção nos autos da ação penal poderá traduzir o efeito primazia⁴⁷⁵.

O instituto do Juiz das Garantias definiu no § 3.º do Código de Processo Penal o acautelamento em cartório dos autos que compõem as matérias de sua competência (salvo exceções), em vista a afastar o efeito primazia, a imagem e o estereótipo de culpado, e o efeito túnel da cognição do juiz da instrução e julgamento.

Dentro desta interpretação aplicável ao procedimento ordinário e em alguns momentos já destacados do rito do Tribunal do Júri, somente haverá garantia de uma originalidade cognitiva afastando a primeira impressão quando o juiz tome conhecimento do caso posto na fase processual penal, e o jurado perceba o efeito cartaz que conduz ao efeito primazia do princípio da presunção de inocência.

Somando-se a isso, a prova deverá ser colhida em contraditório judicial, sem pré-julgamentos ou pré-cognições, evitando-se o efeito primazia, e “efeito *halo*, do viés confirmatório”, em busca do “contraditório como igualdade cognitiva”⁴⁷⁶.

Deverá ocorrer o afastamento do juiz da inconsciente fotografia mental dos fatos narrados quase que exclusivamente pelo inquérito policial, e pela preconcepção de culpabilidade evidenciada pelo órgão acusador que lhe causam a primeira e talvez a única impressão de culpabilidade durante todo o processo-crime.

É a primeira impressão, o estereótipo do efeito *halo*, e a vinculação decisória que juntas ou individualmente causam uma ruptura do princípio da imparcialidade, com consequências ao princípio da presunção de inocência.

A teoria do efeito *halo*, ou efeito aura, efeito auréola criado por Edward L Thorndike, professor da Universidade de Columbia, compreendida no estudo

⁴⁷⁴ RUIZ, op. Cit., p. 111.

⁴⁷⁵ Afrânio Silva Jardim reconhece a grande importância do Inquérito Policial, e de sua excelência: “Em face desta distorção, vozes autorizadas levantam-se contra o sistema do inquérito policial que, na sua essência, é estruturalmente excelente. O que se deve corrigir é o seu mau uso, a sua adulteração na prática”. JARDIM, op. Cit., p. 44.

⁴⁷⁶ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 146; p. 167.

realizado em 1915 em uma indústria americana, e posteriormente aplicado em oficiais do exército americano em 1919.

Seus resultados foram publicados no formato de artigo no ano de 1920 intitulado *a constant error in psychological ratings* (o erro constante em avaliações psicológicas), os quais trazem a mesma possibilidade de erro de avaliação dos oficiais, quando de uma forma geral ocorra uma tendência em considerar uma pessoa boa, melhor ou inferior, e colorir de certo modo o julgamento de suas qualidades pessoais.

Se a pessoa tem uma boa aparência, também será inteligente. Para o criador da teoria o efeito *halo*, “este mesmo erro constante inunda classificações especiais com uma auréola pertencente ao indivíduo”⁴⁷⁷, influenciando a tomada de decisões, contribuindo para a origem da dissonância cognitiva. A primeira impressão está nitidamente conectada ao efeito *halo*⁴⁷⁸.

Para Phil Rosenzweig há diferentes tipos de efeito *halo*, sendo que Edward L. Thorndike observou a tendência que a pessoa tem de inferir características específicas em outras pessoas com base em uma impressão geral, se apresentando demasiadamente difícil para a grande parte das pessoas em conseguir avaliar isoladamente essas características.

Assim, a tendência mais comum é misturá-las. O efeito *halo* é o mecanismo que a mente utiliza para criar e manter uma imagem coerente e consistente em vista à redução da dissonância cognitiva⁴⁷⁹.

Do efeito *halo* resultam os vieses de atribuição de características, considerando-se a prévia imagem comparativa e presumível. Se torna aparente o viés da semelhança presumida, o viés dos interesses da pessoa e o relativo erro de atribuição fundamental, entre outros. Por isso o “efeito do *halo* significa que uma atribuição positiva foi presumida pela impressão inicial positiva, o que também ocorre com a atribuição negativa”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ THORNDIKE, Edward L. A constant error in psychological ratings. **Journal of Applied Psychology**, 4, p. 25-29, 1920. Disponível em: <[https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/4_J_Applied_Psychology_25_\(Thorndike\).pdf](https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/4_J_Applied_Psychology_25_(Thorndike).pdf)>. Acesso em: 31 out. 2022.

⁴⁷⁸ “Uma tendência importante e aparentemente universal é que as pessoas formam extensão impressões dos outros com base em informações muito limitadas”. FREEDMAN, op. Cit., p. 41.

⁴⁷⁹ ROSENZWEIG, Phil. **Efeito halo**. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2021, p. 34.

⁴⁸⁰ LOPES, Daiane D.; NASCIMENTO, Caroline G.; COLETTA, Eliane D.; et al. **Psicologia social**. Porto Alegre: Grupo A, 2018, p. 67.

O efeito *halo* está presente nas primeiras impressões processuais de culpabilidade do investigado ou do réu, causado pelo direcionamento inquisitivo e parcial do inquérito policial, e se estendendo a todo o processo penal pelas demais práticas judiciais, e a cada momento reafirmadas nas decisões atreladas às medidas cautelares, na denegatória de habeas corpus, na decisão de pronúncia, na sentença condenatória, entre outras que porventura decidem sobre a manutenção da prisão.

Tais efeitos psíquicos, também são evidenciados em diversos momentos no novel instrumento de negociação processual penal incluído pela lei anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal – ANPP.

Os elementos cognitivos que caracterizam a dissonância cognitiva e que causam a relativização das garantias processuais direcionam para a tomada de decisões pré-processuais que afetam uma eventual continuidade da persecução penal quando do exercício da ação penal.

O magistrado ao não homologar o ANPP (§ 8.º do artigo 28-A) tomou conhecimento dos fatos inerentes à autoria, à materialidade e da formal confissão e predisposição do agente em se submeter ao ANPP (efeito primazia, efeito *halo*).

Haverá a presença marcante da dissonância cognitiva festingeriana que será transferida por todo o processo-crime, substanciando a futura sentença condenatória criminal, transparecendo o viés confirmatório (confirmation bias) dos elementos do ANPP, e evidenciando a imparcialidade do juiz, e outros sérios prejuízos ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, porventura não sendo homologado o ANPP a confissão deverá deixar de existir para o mundo jurídico, não podendo seus traços contaminarem a continuidade do processo penal, especialmente o juízo de valoração do *standard* probatório, e ser utilizada para circunscrever a condenação do réu.

Uma das soluções para a redução da magnitude da dissonância cognitiva apresentada pela contaminação do juiz com o conteúdo do ANPP proposto durante as investigações/inquérito policial, é pela competência de atuação do Juiz das Garantias, o qual no primeiro momento tomará conhecimento e decidirá sobre a proposta do ANPP (inciso XVII, do artigo 3.º-B do Código de Processo Penal), e ao não homologar o acordo, este deverá ser desentranhamento dos autos, prevalecendo a invalidade da confissão formal e circunstanciada.

Considerando a sua competência até o recebimento da denúncia, deverá ser realizado o encaminhamento dos autos de inquérito policial sem o ANPP para o magistrado responsável pela instrução e julgamento, devendo as partes serem advertidas do sigilo de seu conteúdo, sob pena de nulidade processual.

Todavia se a proposta e a não homologação do ANPP ocorreu durante o processo-crime, para fins de redução da dissonância cognitiva do julgador, os autos do processo devem ser redistribuídos a outro juiz, com seu respectivo desentranhamento.

Para Aury Lopes Junior não se apresenta possível a manutenção da mesma qualidade cognitiva com a versão antagônica da defesa. Inexiste uma igualdade de condições cognitivas e há um afastamento do contraditório real, evidenciando uma desigualdade de armas. Portanto jamais haverá um devido processo penal frente a um juiz verdadeiramente imparcial⁴⁸¹.

O Juiz das Garantias representa um importante instrumento de reequilíbrio pré-processual com efeitos em todo o processo crime, conduzindo à igualdade de armas entre os verdadeiros atores processuais.

Neste ponto destaca-se a previsão contida no § 4.º do artigo 3.º-C do Código de Processo Penal, assegurando o amplo acesso aos autos e às matérias decididas e acautelados na secretaria do Juiz das Garantias.

Todos esses pontos de pressão para a redução da magnitude das dissonâncias cognitivas se aplicam à realidade enfrentada diuturnamente no processo penal brasileiro, na qual o juiz entra na fase processual já sabendo demais, motivado por impressões e imagens estereotipadas, estando excessivamente contaminado aprioristicamente com os elementos cognitivos dissonantes da liberdade e da presunção de inocência, em evidente supervalorização do conjunto probatório inquisitivo, da confissão forçada e dos outros elementos que reduzem a sua atenção que deveria ser imparcial.

⁴⁸¹ JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 52.

4.2.2 O efeito perseverança e os elementos cognitivos incriminadores na busca seletiva de informações e os impactos no processo penal

A segunda hipótese de Bernd Schünemann traz o efeito inércia que significa perseverança da decisão cognitiva já predisposta com os elementos consonantes com o inquérito policial e com a acusação (também com o ANPP).

O experimento foi aplicado na retenção de informações pelo juiz, especialmente a capacidade de se recordar dos relatos das testemunhas. Em conclusão o magistrado despercebe e não retém com qualidade cognitiva o conteúdo defensivo apresentado na audiência, enquanto às incriminadoras foram lembradas com maior assiduidade.

O inquérito policial é um eficaz condutor de elementos consonantes com a culpabilidade do acusado:

O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes⁴⁸².

A exclusão física dos autos do inquérito policial do processo-crime evitará a contaminação cognitiva e a perseverança de sua manutenção no decorrer do processo penal. Essa vinculação cognitiva de certo modo sofreu uma delimitação pelo § 3.º do artigo 3.º-C do Código de Processo Penal que determina o acautelamento em cartório dos autos onde se encontram as matérias de competência do Juiz das Garantias, salvo algumas exceções procedimentais.

Considerando o artigo 12 do Código de Processo Penal, “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”, é factível a dissonância cognitiva com a redação do artigo 3.º-C que procurou afastar a manutenção da contaminação consciente ou inconsciente do magistrado, evidenciada a partir do simples contato visual com o conteúdo do inquérito policial.

Nesse cenário a terceira medida anti-inquisição de Ruiz Ritter, pela exclusão do inquérito policial com o afastamento das influências cognitivas-comportamentais do magistrado, é uma questão “caríssima ao novo processo penal,

⁴⁸² SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 44.

para fins de efetivação de uma jurisdição imparcial e de um sistema acusatório-constitucional, devendo ser cuidadosamente avaliada e não ignorada”⁴⁸³.

O ciclo dos efeitos negativos da primeira impressão, do efeito primazia, *halo* e do viés confirmatório não fecha, e dentro de um processo penal afastado de sua natureza acusatória prevalecem na psiquê do julgador a verdade incontestada produzida no inquérito policial e nas demais práticas judiciais pré-processuais que se encontram carregadas de elementos cognitivos dissonantes com as garantias processuais penais. E, que ao final são reproduzidos em boa parte das decisões penais condenatórias.

Leon Festinger definiu um importante ponto de pressão para a redução até eliminação da dissonância cognitiva pós-decisória, aplicável ao momento posterior às primeiras medidas no processo penal (exemplo de uma prisão preventiva), através da sobreposição cognitiva – já delineada como teoria e aplicada em outros exemplos neste estudo –, pelo alinhamento dentro do mesmo contexto dos elementos cognitivos contidos em cada alternativa.

Criando-se um cenário explicativo, ao final daquele processo-crime a alternativa será a condenação ou a absolvição. O *standard* probatório analisado pelo juiz contém elementos consonantes e dissonantes que foram se acumulando durante o processo.

A redução da magnitude será através do somatório da quantidade de elementos dissonantes e da quantidade de elementos consonantes, os quais não podem ter a mesma dimensão. Se houver mais elementos dissonantes à absolvição, a escolha será pela condenação, o contrário também será verdadeiro.

Ocorre que a dúvida razoável pode não ser perceptível na cognição do juiz, ante o fato de existirem a mesma quantidade de elementos consonantes e dissonantes (50% de cada).

Neste momento haverá mentalmente a procura de um resultado satisfatório para a redução da dissonância cognitiva, evidenciando uma busca seletiva de informações e o efeito perseverança (na linha da pré-culpabilidade do acusado) para o acréscimo de elementos, ou pela sobrevalorização daquele já existente na aglutinação cognitiva, mas que estava com importância subvalorizada.

⁴⁸³ RUIZ, op. Cit., p. 165.

De outra forma poderá haver a valoração com maior qualidade do grupo de elementos cognitivos consonantes com a condenação. E essencialmente haverá uma sobreposição qualitativa, evidenciando-se por exemplo que uma confissão aliada a outras partículas probatórias, possui maior valor probante do que um documento que comprove um álibi, v.g. o acusado não se encontrava no local e no momento dos fatos.

Esse exercício se afasta da correta análise do *standard* probatório, atribuindo valores superestimados para fragmentos de provas que servem de conformação da primeira impressão ou da decisão restritiva à liberdade já proferida.

Por isso a dúvida razoável é fragmentada ou dissipada. A contaminação cognitiva poderá transformar essa dúvida razoável na certeza da culpabilidade em prejuízo ao princípio da presunção de inocência como regra de juízo, desconsiderando a *praxis* jurídica da aplicação do axioma *in dubio pro reo*.

A análise inicial do inquérito policial, por exemplo delimita esse estereótipo de criminoso e conduz à relativização das provas favoráveis à defesa, à dissonância cognitiva advinda da primeira impressão entre outros vieses já evidenciados.

Faz com que o magistrado inconscientemente deixe que as suas ações sejam conduzidas pela busca seletiva de informações, e por aqueles elementos cognitivos consonantes com a acusação, descartando e desprezando aqueles incongruentes e que poderiam direcionar para a inversão do viés confirmatório e pela manutenção da imparcialidade, afastando-o da neutralidade processual e da contaminação cognitiva.

Essa busca seletiva de informações também se apresenta na contramão da iniciativa probatória das partes processuais e de seus direitos subjetivos, em contrário senso ao sistema acusatório que se pretende efetivar. Mantem-se afastada do princípio da imparcialidade que deveria ser a bússola da atividade jurisdicional, causando o arbítrio e o autoritarismo inquisitivo do Estado-persecutor exercido através da integral autoridade judiciária do juiz.

O julgador deverá se afastar da autoconfirmação de hipóteses e da busca seletiva de informações durante o processo, especialmente na audiência de instrução e julgamento, conforme aplicação da teoria festingeriana ao processo penal trazida por Bernd Schünemann:

A instrução para um juiz contaminado é marcada: a) pela autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar etc.); b) busca seletiva de informações, onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador⁴⁸⁴.

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner ocorrerá a *descomplexificação* da análise das provas no momento da decisão judicial (também realizada pelos jurados no tribunal do júri). Tal fenômeno reside no exercício da redução da dissonância cognitiva na busca seletiva de elementos consonantes que afeta diretamente a análise complexa dos elementos de prova, que ao serem “avaliados em sua totalidade, torna-se mais fácil tomar-se uma decisão condenatória”⁴⁸⁵.

Esse resultado direciona pela ocorrência do alto índice de condenações criminais no Brasil, alimentado pelo modelo jurisprudencial que valoriza que o conjunto de indícios servirá como elemento de convencimento para a sentença condenatória, afastando o juiz da correta análise do standard probatório, e delimitando o ônus probatório que deve ser exclusivo da acusação.

Prática que a dissonância cognitiva festingeriana explica como sendo um ponto de fixação daquele conjunto de lacunas valorativas que podem emergir à convicção do julgador, superando uma análise individual de cada elemento cognitivo, que ao ser valorado isoladamente denotaria sua fragilidade probatória, e a consequente caracterização da dúvida razoável.

Sobretudo há de considerar que as inúmeras partes dos indícios individuais de prova no processo-crime e que inspiram ao contexto condenatório, quando somadas caracterizam uma aglutinação probatória, inflexível como elemento probante em vista o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos da materialidade, de autoria e de culpabilidade que são lançadas objetivamente em desfavor do réu.

Adquire certa unidade celular, uma integração onde já não se reconhece a distinção de suas partes originais. Por outro lado flexível em sua qualidade, pois permite a construção do convencimento do julgador a partir de uma análise mais fragmentária, afastando-o da importante complexidade de sua análise, facilitando a

⁴⁸⁴ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 52.

⁴⁸⁵ GLOECKNER, op. Cit., p. 278.

compreensão do conflito posto no momento da sentença já descomplexificada. Contudo alivia o *stress* da prática judicial causado pela dissonância cognitiva pós-decisória.

Esse caminho mais curto e menos complexo, é criticado por Ricardo Jacobsen Gloeckner:

Todavia, ao se direcionar para o ‘conjunto’ ou ‘totalidade’ dos indícios, cria-se um conjunto, cuja presença múltipla de elementos alivia a lacuna isolada de cada elemento de convicção. Veja-se, portanto, que as dissonâncias cognitivas geradas pela precariedade e fragmentariedade de cada meio de prova são reduzidas a partir de uma análise global da prova processual, o que explica o elevado índice de condenações, no Brasil, a partir de um quadro probatório árido⁴⁸⁶.

Neste contexto há uma procura seletiva de informações que respaldem a ocorrência no juiz ou no jurado do denominado fechamento cognitivo. Por isso para Kruglanski quando da tomada de uma decisão o indivíduo “julgará de acordo com provas inconclusivas e exibirá rigidez de pensamento e relutância em considerar distintos pontos de vista”⁴⁸⁷, confirmando uma tendência confirmatória na decisão.

Para ultrapassar um cenário inquisitivo de congelamento ou de fechamento cognitivo, da busca seletiva de informações e daqueles elementos consonantes com a acusação, deverá imperar o sistema acusatório com predominância da imparcialidade cognitiva consciente ou inconsciente, possibilitando o ajuste da fluência acusatória através da invalidade da perspectiva do processo penal disfluente.

A disfluência processual na visão de Ricardo Jacobsen Gloeckner é uma “interrupção do fluxo ‘normal’, do andamento paulatino e linear de um procedimento [...]. O sistema adversarial se constitui, ao menos teoricamente, como um processo disfluente por excelência”⁴⁸⁸.

O contraditório processual não fragmentário e disfluente deverá possibilitar a troca de versões e dos atos processuais entre a acusação e a defesa dentro de fases processuais predeterminadas. Sendo que o princípio constitucional da presunção de inocência e o da imparcialidade do julgador sofrem limitação de alcance pela manutenção do inquérito policial apensado aos autos e servindo de

⁴⁸⁶ GLOECKNER, op. Cit., p. 278.

⁴⁸⁷ A expressão “need for cognitive closure” foi criada por Webster e Kruglanski. Ibid., p. 278-279.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 279.

base para a acusação penal, pois caracteriza uma fluência inquisitiva, caracterizando a inconstitucionalidade do artigo 12, com mesmo resultado advindo do artigo 156, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

A não aplicação do instituto do Juiz das Garantias causa um grande revés à estrutura processual penal acusatória, relativizando o princípio do contraditório, e se projeta como uma árdua tarefa à desconstrução da figura mental criada a partir da investigação e da linha da acusação, que municiam o magistrado com elementos consoantes com a culpabilidade do agente, e seu efeito causa a intensa resistência cognitiva aos novos elementos dissonantes que possam ser apresentados pela defesa.

4.2.3 A redundância, a atenção, o protagonismo judicial e a busca ativa de informações e seus efeitos no processo penal

Na terceira hipótese apresentada por Bernd Schünemann no processo penal alemão haverá redução de erros quando o juiz passa a inquirir pessoalmente as testemunhas, afastando-se de um papel totalmente passivo comparativamente aos jurados no Tribunal do Júri. Assim, há uma acentuada redução de atenção quando o juiz não formula seus próprios questionamentos às testemunhas, evidenciando a maior probabilidade de erro na retenção dessas informações.

Comparativamente ao processo penal brasileiro o afastamento do juiz da direta inquirição poderá trazer um resultado mais garantista, proporcionada pela busca ativa de informações da teoria festingeriana, aumentando o nível de atenção pela pertinência das informações que possam ser aplicadas em uma futura conduta, no caso, a sentença penal.

Ao contrário pela tomada direta dos testemunhos e não de forma subsidiária e complementar representará um elemento cognitivo dissonante com a própria linha argumentativa, distanciando-se de sua função e da imparcialidade na judicatura.

Na busca ativa de informações há uma maior probabilidade de se manter a imparcialidade na compreensão dos conteúdos expostos nas perguntas das partes processuais, e nas respostas das testemunhas.

Conforme anteriormente salientado no capítulo primeiro, para Leon Festinger pela busca ativa de informações não se “escolheria uma espécie de

informação para ouvir, evitando todas as demais espécies. Pelo contrário, seria motivada no sentido da aquisição de cognições sobre todos os aspectos e todas as alternativas⁴⁸⁹.

Ao se analisar todos os procedimentos que integram a competência do Juiz das Garantias dispostos no artigo 3.º-B do Código de Processo Penal, e que devem ser conduzidos sob o direto controle da legalidade em vista a um processo penal acusatório, que reproduza a proteção aos direitos individuais e das garantias processuais penais, em respeito aos direitos fundamentais quando da autorização da produção de provas pré-processuais, vedando-se a iniciativa probatória, valorizando a atuação da defesa e da acusação em nítido contraditório, se torna evidente o alargamento da busca ativa de informações.

Com essa mesma dimensão a atual redação do artigo 212 do Código de Processo Penal brasileiro está consonante com o reflexo do sistema acusatório e das garantias processuais penais, sendo um importante elemento cognitivo de imparcialidade, mas que poderá sofrer delimitação pela magnitude da dissonância cognitiva que exsurdirá em uma audiência de instrução na qual o juiz opte em ser o protagonista, substituindo as partes processuais na inquirição das testemunhas, se afastando da escuta ativa.

Somando-se a isso se torna evidente na realidade da prática forense brasileira o distanciamento de atenção (escuta desativa) durante a audiência de instrução criminal que alguns magistrados ofertam à defesa e as suas perguntas, questão já delineada por Bernd Schünemann:

É também contado que o juiz e o defensor interpretam em dissonância os depoimentos. A interpretação do juiz se dá a partir de uma perspectiva acusatória e a do defensor a partir de uma visão garantística. Finalmente, observa-se, no cotidiano forense, como a atenção do magistrado diminui repentinamente quando ele termina seus questionamentos e o defensor começa a formular suas próprias perguntas e, inclusive, como as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas formuladas pelo defensor não afloram na futura sentença⁴⁹⁰.

Desta forma a inobservância da delimitação cognitiva quanto ao incisivo comportamento revelado pelo protagonismo judicial, e a dispensa de atenção subjetiva e necessária às perguntas da defesa (escuta desativa), evidenciará a

⁴⁸⁹ FESTINGER, op. Cit., p. 117-118.

⁴⁹⁰ SCHÜNEMANN, op. Cit. p. 45.

busca seletiva de informações na linha acusatória, causada pelo dispêndio de máxima atenção aos seus elementos cognitivos consonantes, e o mínimo de atenção e armazenamento das informações que lhe sejam dissonantes:

Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes⁴⁹¹.

São nestes termos que há uma evidente contradição formal entre o artigo 212 e o artigo 473, ambos do Código de Processo Penal no qual o juiz é o personagem principal frente à tomada das declarações do ofendido e da inquirição das testemunhas durante a instrução plenária, evidenciando a sua iniciativa probatória e a busca seletiva de informações, a qual é incompatível com o sistema acusatório, e compatível com o inquisitório e o processo penal de índole parcial.

Ao se iniciar a inquirição que evidencie o protagonismo do juiz na audiência de instrução em contrassenso ao artigo 212 do Código de Processo Penal, há nítido prejuízo à defesa, ausência de imparcialidade e de separação de funções, pois nos termos do artigo 129, inciso I da Constituição Cidadã caberá ao Ministério Público o pleno exercício da ação penal pública, o qual não poderá ser substituído pelo magistrado.

Restará caracterizada a dissonância cognitiva entre a atuação do juiz como julgador que se afasta da busca ativa de informações, e ao mesmo tempo como órgão acusador pela busca seletiva de informações, e conseqüentemente sua racionalização será tendenciosa à condenação criminal.

No mesmo sentido durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, o juiz ao protagonizar a inquirição em atenção ao artigo 473 do Código de Processo Penal, ascenderá uma forte persuasão cognitiva aos jurados causada pela dissonância cognitiva por influência no grupo social resultante da própria imagem que revela-se da sua figura.

Tendencialmente ao se afastar da busca ativa de informações, poderá impregnar no inconsciente dos jurados uma escuta desativa com os elementos da defesa, e acender a busca seletiva pelos elementos cognitivos da acusação entoados em sua atuação em plano principal, gerando prejuízo direto ao princípio

⁴⁹¹ SCHÜNEMANN, op. Cit., p. 44.

da imparcialidade e a correspondente violação do sistema acusatório.

A forma legal subte-se como uma garantia no processo penal democrático. A disposição inconstitucional contida no artigo 473 do Código de Processo Penal não corresponde ao mesmo contexto constitucional evidenciado na redação do atual artigo 212, trazendo reflexos negativos à atuação judicial, e conflitos (magnitude de dissonância cognitiva) para o momento decisório (votação dos quesitos) dos jurados.

Salienta-se que a própria redação axiológica do artigo 212 do Código de Processo Penal não é suficiente para impedir na prática jurídica os evidentes casos de protagonismo judicial que causam dissonância cognitiva nas partes processuais e nas testemunhas que preenchem sua cognição com os elementos consonantes com a acusação.

O juiz ao ter uma limitação em sua liberdade de formulação das perguntas pode apresentar significativa dissonância cognitiva, e o processamento das informações originadas nas perguntas das partes processuais poderá ocorrer de forma negativa, aumentando sua atenção, o que lhe traz desconforto cognitivo revelado através do ímpeto de autoridade na condução dos procedimentos instrutórios.

De forma complementar aos resultados da terceira hipótese, quando o juiz não obteve o acesso prévio ao inquérito policial e ao mesmo tempo pôde realizar perguntas às testemunhas houve uma maior retenção de informações relevantes, resultando em um menor índice de erros e na maior quantidade de sentenças absolutórias, evidenciando-se o elevado nível de memorização dos fatos.

Neste caminho a quarta hipótese de Bernd Schünemann demonstra que quanto mais perguntas são realizadas às testemunhas na audiência de instrução, menor é a assimilação do seu conteúdo por parte do juiz, ocorrendo uma redução da memorização e o consequente aumento de erros.

Denota o distanciamento entre quantidade de perguntas e a qualidade do processamento das informações.

Demonstra-se que o elevado número de perguntas está diretamente ligado à necessidade de autoconfirmação do ponto inicial, especialmente se há o acesso ao inquérito policial por parte do juiz ou do Ministério Público. O estudo concluiu que a maioria das perguntas foi realizada pelo grupo que obteve o acesso ao inquérito policial, e por fim decidiu pela condenação do réu.

Por isso destaca-se que o não acesso ao inquérito policial reduz significativamente a contaminação com sua linguagem parcial e inquisitiva, e aos elementos consonantes com a acusação, sendo esse o efeito que se busca através do Juiz das Garantias, ou seja, um desmembramento cognitivo entre a fase inquisitorial (investigação e outras decisões) e a fase de instrução/decisória, evitando-se o acúmulo de informações redundantes com a dissonância cognitiva.

Conquanto há de se considerar que a fase decisória (tomada de decisão pelo juiz singular e a “sentença de pronúncia”⁴⁹²) deverá representar o alinhamento cognitivo do conflito entre os elementos probatórios produzidos sob o manto do contraditório judicial no processo penal e a audiência de instrução e julgamento, excluindo-se desta análise os elementos cognitivos produzidos na fase pré-processual.

Assim, também ocorrerá *descomplexificação* da análise das provas no momento da decisão judicial (também realizada pelos jurados no tribunal do júri), que residiu no exercício da redução da dissonância cognitiva quando da busca seletiva dos elementos consonantes, e afetou diretamente a análise complexa dos elementos de prova dispostos no *standard* probatório, que somados conduzem à condenação, e fragmentados conduzem à dúvida razoável.

O alinhamento cognitivo evitará, também a dissonância cognitiva pós-decisória que será evidente depois da sentença penal condenatória ou absolutória no juízo singular, exigindo que a cognição do julgador passe por pontos de pressão para a sua redução caso opostos embargos de declaração nos termos do artigo 382 e do artigo 619, ambos do Código de Processo Penal.

Inclusive poderá refletir no julgador durante a sessão plenária os pontos de pressão para a redução da dissonância cognitiva pós-decisória, momento que poderá importar em alteração comportamental do juiz para fins de confirmação dos elementos cognitivos consonantes com a acusação e assimilados na sentença de pronúncia, decorrendo o efeito perseverança (e, novamente a busca seletiva de informações) repercutindo nos jurados intensa cognição dissonante com a defesa, e com o signo do princípio da presunção de inocência.

⁴⁹² “A pronúncia deve desempenhar uma função garantidora, evitando que o acusado seja submetido a um julgamento injusto e garantindo ao Estado exercer o *jus puniendi*”. AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 114.

No mesmo sentido a redução da magnitude da dissonância cognitiva que advém no momento pós-decisão durante a votação sequencial dos quesitos pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, já tema de estudo no primeiro capítulo, e que evidencia outra causa para o redimensionamento da instrumentalidade do processo penal brasileiro eivado de práticas inquisitivas que denotam uma “aglomeração quântica de poder”⁴⁹³ na persecução penal.

4.2.4 O efeito correspondência comportamental e a dissonância cognitiva

Com o intuito de revisar e confirmar alguns resultados de sua experiência, e o efeito correspondência comportamental, Bernd Schünemann realizou outras investigações empíricas visando a melhor compreensão do comportamento do julgador⁴⁹⁴.

Para o autor o comportamento do julgador poderá ser explicado através da Teoria da Comparação Social⁴⁹⁵ onde o “magistrado, ao se encontrar numa situação turva, orienta-se pela avaliação precedente e oriunda de uma pessoa por ele aceita como adequada a uma comparação comportamental”⁴⁹⁶, no caso o membro do Ministério Público.

Tendencialmente o juiz poderá tomar como ponto de direção para o seu convencimento uma prévia avaliação da causa na denúncia ou no pedido de prisão preventiva realizada pelo Ministério Público, originando o fenômeno denominado de efeito correspondência comportamental, ou efeito aliança (andar de ombro a ombro) denotada pela atuação próxima do julgador, a conversa, os interesses comuns, o respeito profissional e as regras axiomáticas.

⁴⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 30.

⁴⁹⁴ Dois grupos com juízes e membros do MP analisaram autos originais de um inquérito policial, e se haviam elementos para a oferta da denúncia, e sobre o recebimento da denúncia porventura ofertada, e da verossimilhança de uma futura sentença condenatória. A pesquisa alertou aos participantes para afastarem-se da prática judiciária da rotineira decisão pela oferta da denúncia e pelo seu recebimento. Os dados colhidos revelam que a rejeição maior pela continuidade da persecução penal se apresenta no momento da análise do cabimento da denúncia (66,07%), enquanto o seu prosseguimento pelo recebimento da denúncia criminal pelo juiz (55,12%), o qual correspondeu a um comportamento integrado ao anterior. SCHÜNEMANN, 2012, op. Cit., p. 42-44.

⁴⁹⁵ O autor fundou sua conclusão na teoria desenvolvida por HAISCH, J.; FREY, Dieter (Org.), **Kognitive Theorien der Sozialpsychologie**, 1978. p. 75; STROEBE, Wolfgang. FREY, Dieter; GREIF, Siegfried (Org.) **Sozialpsychologie**, 4. ed., 1997, p. 330.

⁴⁹⁶ SCHÜNEMANN, 2012, op. Cit., p. 42.

Destaca-se o efeito aliança com o órgão de acusação representativo da justiça e da retidão, e ao contrário o efeito disjuntivo perceptível com a defesa exercida pela advocacia criminal, especialmente a particular.

Para Aury Lopes Junior há um desprezo contundente do quadro defensivo refletido na sentença condenatória:

O quadro mental é agravado pelo chamado 'efeito aliança', onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz 'vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação'. Inclusive, aponta a pesquisa, o 'efeito atenção' diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa⁴⁹⁷.

Assim, evidencia-se que tendencialmente o comportamento do juiz poderá ser afetado pela comparação social e de grupo.

Neste caso o juiz tendencialmente compara a sua decisão com a confiança que advém da figura do representante do *Parquet*, o que poderá levar a continuidade de um possível erro que se iniciou com a leitura e a consonância com os elementos parciais da investigação criminal.

E ocorrendo uma denúncia criminal com elementos cognitivos equivocados, provavelmente tal erro não será corrigido de imediato pelo juiz, podendo perdurar por todo o processo até a sentença penal condenatória.

Realizando outras investigações Bernd Schünemann encontrou resultados parecidos quanto ao espelhamento de comportamento entre o juiz e o membro do Ministério Público, analisando a dosimetria da pena em autos findos. Naquele episódio concluiu-se que a dosimetria da pena refletiu com demasiada constância a tipificação e os pedidos da denúncia criminal.

Há o encontro da nítida inversão do papel do juiz definido pela dogmática do direito processual penal e a evidente relativização dos princípios processuais que regem toda a matéria, especialmente o princípio da presunção de inocência, cabendo à defesa o mister de provar que inexistem provas suficientes para uma condenação pairando uma dúvida razoável, sob auspício temor de uma sentença condenatória exsurgir como efeitos da dissonância cognitiva.

⁴⁹⁷ LOPES JUNIOR, 2021, op. Cit., p. 28.

O distanciamento do garantismo e o reducionismo das garantias processuais penais podem ser explicados pela Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger, pela qual se constata que os efeitos da dissonância cognitiva dos elementos do convencimento do magistrado podem previamente direcionar para a pré-culpabilidade do réu, comportamento demarcado pelo efeito correspondência com o membro do Ministério Público, fenômeno que se transfere aos altos índices de condenação criminal.

Para Bernd Schünemann o juiz no processo penal alemão deixou de ser um terceiro superior e transformou-se em um terceiro inconscientemente manipulado, seja pelos resultados do inquérito policial, pelo efeito aliança ao comportamento social do membro do Ministério Público, especialmente quando apenas chancela os resultados já direcionados e antecipados pela acusação.

Conforme os exemplos delineados neste estudo perante o procedimento do Tribunal do Júri há nítido alinhamento cognitivo dos jurados de forma dissonante com a defesa, e consonante com a posição de espaço do Ministério Público ao alto e ao lado do juiz-presidente, e todo o pitoresco cenário de plena Justiça e de prostração da culpa.

O *standard* moral do magistrado e do representante do Parquet afetam o imaginário dos jurados, já conturbado com o encargo do ofício de decidir sobre a culpa pela morte (em muitos casos), que convergem ou divergem de suas crenças, seus ideais, seus desejos e de suas projeções psíquicas.

O processo penal brasileiro consegue resplandecer tais efeitos negativos à presunção de inocência em diversos momentos da persecução penal, pela própria instrumentalidade processual de suas fases, da realidade de sobrecarga diária de trabalho jurisdicional que afeta um cuidado e uma atenção maior ao direito à liberdade, não fugindo às regras da dissonância cognitiva.

CONCLUSÃO

- 1) A Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger identificou diversas relações entre elementos cognitivos que a pessoa revela em sua atitude e no seu comportamento, voltando-se para a constante tentativa de se manter coerente em suas opiniões, crenças, ideais e desejos.
- 2) As relações cognitivas afetam a compreensão da pessoa sobre os principais aspectos de sua vida pessoal, profissional e os parâmetros que a vincula a certo grupo social que interage de forma permanente ou em situações fragmentárias.
- 3) Na incessante busca de coerências se tornam perceptíveis os distintos elementos que estão sendo contrabalanceados, e são afetados de forma negativa (medos, sentimento de perda etc.) ou positiva (valores, desejos etc.) para a tomada de decisão, fato que releva-se, também no momento pós-decisão.
- 4) Em singulares momentos a pessoa precisará ponderar quais os elementos cognitivos são mais importantes, que podem ser aceitos individualmente, e que se conectam ou representam uma escolha de grupo.
- 5) A escolha dos elementos cognitivos importará em processos de influência cognitiva e de pontos de pressão para a redução da magnitude das dissonâncias cognitivas que envolveram tal exercício intelectual.
- 6) Os resultados da teoria festingeriana são aplicáveis ao processo penal brasileiro, permitindo a melhor compreensão do processo cognitivo na tomada de decisão judicial, e das decisões no Conselho de Sentença. Todavia, concluiu-se pelo estudo de caso de análise de julgados dos tribunais brasileiros que a teoria é desconhecida ou desconsiderada pela jurisprudência nacional.
- 7) No processo penal brasileiro os processos de influência cognitiva causam a ruptura do princípio da presunção de inocência e das garantias processuais penais, e a dissonância cognitiva acarreta uma acentuada tendência da relativização da imparcialidade judicial.

- 8) O processo de influência social de grupo causará dissonância cognitiva nos jurados do Conselho de Sentença e nos demais atores processuais, permeando a tomada de decisão a qual se volta à condenação.
- 9) O princípio da presunção de inocência versão técnica e materializada constitucionalmente do axioma *in dubio pro reo*, presente em instrumentos jurídicos internacionais e nas constituições democráticas analisadas, reflete o processo penal de perfil democrático devendo afastar o desvirtuamento das premissas racionais de valoração dos elementos de prova, em respeito à teoria da prova na sua vertente cognitivista.
- 10) O princípio da presunção de inocência em seu duplo significado, como norma de tratamento interna e externa conduz à proteção condigna do acusado, afastando a presunção de culpa, a antecipação de penas e a sua estigmatização social. Como regra de juízo atribui o *onus probandi* à acusação e reflete o equilíbrio da análise do *standard* probatório pelo juiz, afastado de vieses cognitivos e dos efeitos da dissonância cognitiva, e ao se constatar a presença da dúvida razoável procede à aplicação do axioma *in dubio pro reo* em vista à absolvição.
- 11) O “efeito cartaz” transferido pela primeira palavra da defesa conduz ao efeito primazia do princípio da presunção de inocência, e reflete que no processo penal vigora a proteção das garantias processuais penais, o tratamento equânime de cidadão e de sujeito processual, e quando da análise do *standard* probatório, exsurgindo a dúvida da culpabilidade o réu deverá ser absolvido.
- 12) A afiliação pela primeira impressão aliada às regras axiomáticas do Tribunal do Júri e o ímpeto de justiça do Ministério Público dentro do seu *standard* moral impactam os jurados do Conselho de Sentença. A desinversão da dissonância cognitiva será possível pela originalidade cognitiva que advém do efeito cartaz que reflete o efeito primazia do princípio da presunção de inocência.
- 13) O processo penal garantista de Luigi Ferrajoli e a teoria do bem jurídico-penal de Luiz Regis Prado nutrem-se do significado e da razão de ser do princípio da presunção de inocência, afastando qualquer inanição às garantias processuais penais que agem conseqüentemente na construção do sistema acusatório.

14) Os exemplos apresentados no estudo conjugaram os aspectos da teoria festingeriana aproximando-os à realidade do processo penal brasileiro, tratando de assuntos ligados ao juízo criminal singular e ao Tribunal do Júri, e às consequências processuais penais vinculantes ao princípio da presunção de inocência.

15) Os elementos cognitivos dissonantes aliados aos demais mecanismos e vieses cognitivos afetam o sentido da imparcialidade e do signo da presunção de inocência, afastando a racionalidade, fragmentando e desfluindo seu conteúdo como regra de tratamento interna e externa, e como regra de juízo (probatória).

16) Inferiu-se pela implicação dissonante da Lei Mariana Ferrer e de suas consequências à delimitação da produção de provas na audiência de instrução e julgamento (e, na instrução plenária), que são causadas pelo *standard* moral do julgador, e repercutem a todos os atores processuais, especialmente aos jurados do Conselho de Sentença.

17) O processo penal brasileiro é impactado negativamente pelo efeito aliança, pelo efeito perseverança e pela busca seletiva de informações, prejudicando a produção e a validade das provas, bem como, sua análise e a manutenção do estado de imparcialidade do julgador.

18) Há evidente dissonância cognitiva no reconhecimento por álbum de fotografias, o qual não integra a formalidade do reconhecimento de pessoa disposta no artigo 226 do Código de Processo Penal, direcionando posteriormente a intensidade do viés confirmatório ante o efeito primazia, e influenciando os posteriores procedimentos realizados em contraditório judicial, causando-lhe sua nulidade processual.

19) A atual redação do artigo 212 do Código de Processo Penal se encontra consonante com o sistema acusatório e o princípio do contraditório, trazendo reflexos positivos à busca ativa de informações, e delimita qualquer ímpeto de protagonista pelo julgador no momento da colheita da prova na audiência de instrução e julgamento, afastando os efeitos da busca seletiva de informações, e reduzindo a ocorrência da dissonância cognitiva.

20) Por outro lado, o artigo 473 do Código de Processo Penal permite durante a instrução plenária uma maior incidência dos efeitos do viés confirmatório e da busca seletiva de informações, ante a possibilidade do juiz conduzir diretamente a tomada de depoimentos, em resposta a um processo penal inquisitivo e que se afasta da imparcialidade judicial.

- 21) Ocorrerá dissonância cognitiva pós-decisória à votação sequencial dos quesitos pelos jurados no Conselho de Sentença. A solução para a redução desta influência passará pelo redimensionamento da instrumentalização do procedimento através da votação dos quesitos alocados em grupos, adequando-o ao modelo acusatório e imparcial, afastando a *confirmation bias* e a influência social de grupo.
- 22) Com fundamento na Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger, e nas pesquisas de Bernd Schünemann e de Ricardo Jacobsen Gloeckner, na doutrina de Aury Lopes Junior e no estudo de Ruiz Ritter, constatou-se que o juiz responsável por supervisionar o inquérito policial fica com sua imparcialidade fragilizada pela inicial cognição e o efeito *halo*, na tomada de decisões judiciais pré-processuais que podem ser transportadas para todo o processo penal.
- 23) Há limitação cognitiva que resulta do material probatório da investigação preliminar, do inquérito policial, do auto de prisão em flagrante e das outras práticas judiciais pré-processuais que desaguam em procedimentos invasivos à privacidade e à intimidade do investigado, com efeitos restritivos em sua liberdade, e que contaminam todo o processo penal afastando-o de seu cariz axiológico constitucional.
- 24) O julgador é contaminado consciente ou inconscientemente pela linguagem, e pela natureza inquisitória das investigações criminais que são transferidas para o processo-crime desde as primeiras impressões impregnadas nas decisões judiciais, e constantemente revisitadas pelo psiquê humano, e utilizadas como fundamento para a nova tomada de decisão.
- 25) A análise do *standard* probatório não poderá conduzir à fragmentação da dúvida razoável. A aglutinação cognitiva que sobrevaloriza as partículas probatórias em um conjunto inflexível de culpabilidade, descomplexando a tomada de decisão na sentença condenatória traduz-se na relativização do princípio da presunção de inocência como regra de juízo, e o tratamento do réu como objeto processual.
- 26) Os elementos dissonantes e inquisitivos não podem se transformar na alma do processo penal sob pena de desvirtuar a fase processual, pois sua instrumentalização se afasta do pleno exercício do contraditório judicial, em evidente contrassenso ao artigo 155 do Código de Processo Penal que impõe uma nítida restrição na valoração das provas colhidas durante o inquérito policial.

27) A contaminação cognitiva do juiz pelas provas declaradas inadmissíveis que o impede de sentenciar nos termos do § 5.º do artigo 157, respondem à plena aplicação da teoria festingeriana no processo penal brasileiro, e procura evitar os efeitos da dissonância cognitiva.

28) Há evidente avanço do sistema acusatório trazido pelo Juiz das Garantias instituído pela Lei n.º 13.964/2019. Sua competência material não se confunde com aquela do juiz instrutor que investiga, tampouco com a do juiz unilateral que somente protegerá os interesses da defesa, mas corresponde a um filtro que limita o poder punitivo estatal.

29) O Juiz das Garantias corresponde ao instituto processual com atuação direta na fase pré-processual penal que assegura a efetividade e a legalidade da investigação criminal em vista à proteção adequada dos direitos fundamentais, e do princípio da presunção de inocência. A sua competência representa uma ruptura à prevenção disposta no artigo 83 do Código de Processo Penal.

30) Pelo Juiz das Garantias resplandece a imparcialidade judicial quando do afastamento ou pela interrupção das dissonâncias cognitivas impregnadas na fase pré-processual, e de seus efeitos na produção e na valoração da prova em vista ao convencimento do julgador responsável pela instrução e sentença criminal.

31) O Juiz das Garantias limitará as dissonâncias cognitivas e outros vieses cognitivos surgidos na fase pré-processual, evitando-se a transferência dos elementos dissonantes contidos nas provas unilaterais para a audiência de instrução e para o convencimento do juiz na decisão de pronúncia, interrompendo sua passagem para a sessão plenária, e limitando a sua influência na formação do veredicto quando da votação dos quesitos pelos jurados.

32) A possibilidade de determinação de ofício da produção antecipada de prova nos termos do inciso I, do artigo 156, deverá ser interpretada em conjunto com o artigo 3-A, ambos do Código de Processo Penal, que veda a iniciativa do Juiz das Garantias na fase de investigação e a correspondente substituição do órgão de acusação em respeito à imparcialidade e ao princípio da paridade de armas.

33) O conjunto de dados (*informatio delicti*) possui importância limitada àquela função desempenhada pela fase pré-processual da persecução penal. A ausência do contraditório e da presença efetiva do controle constitucional e legal da investigação a ser feita pelo Juiz das Garantias descaracteriza qualquer pré-juízo de culpa, que nesta fase deverá direcionar apenas à identificação da materialidade e da autoria (juízo de probabilidade).

34) Pelo cenário de elementos de culpa produzidos unilateralmente e pelo estereótipo inflacionado pelo efeito *halo*, uma vez tomada a convicção do julgador quanto à culpa do investigado, dificilmente esse juízo será revertido, tratando-se da “primazia das hipóteses cognitivas dissonantes sobre a imparcialidade do juiz”, em que se decide segundo imagens mentais, informações frágeis e contaminadas para depois se buscar seletivamente provas confirmatórias na instrução processual.

35) Pela atuação do Juiz das Garantias além da cisão cognitiva entre a fase pré-processual e a processual, será possível a separação física dos autos do inquérito da ação penal, reduzindo os efeitos perseverança e de correspondência comportamental, possibilitando o afastamento do juiz responsável pela instrução e julgamento dos tendenciosos elementos lá contidos, e dos efeitos primazia, *halo* e do viés confirmatório (*confirmation bias*).

36) O acautelamento em cartório dos autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias evitará o efeito túnel da futura cognição do juiz da instrução e julgamento, e a redução pela busca seletiva de informações na audiência de instrução e julgamento.

37) A audiência de custódia surtirá os efeitos inerentes ao afastamento da dissonância cognitiva e do viés confirmatório surgidos na prisão em flagrante e na decisão de manutenção da prisão se aplicada conjuntamente com o instituto do Juiz das Garantias, evitando-se que o juiz carregue os vieses cognitivos para todo o processo, especialmente os valide na sentença condenatória.

38) Considerando as fases procedimentais do Tribunal do Júri será factível afastar o famigerado *in dubio pro societate* de perfil autocrático na sua primeira fase (*judicium accusationis*), na qual a decisão de pronúncia cumpre importante papel refletida pelo *standard* probatório, o qual deverá ser analisado desprovido dos efeitos da dissonância cognitiva daqueles elementos pré-processuais delimitados pelo Juiz das Garantias.

39) O acordo de não persecução penal – ANPP proposto durante a fase pré-processual ao não ser homologado pelo Juiz das Garantias deverá ser desentranhado dos autos, e a confissão formal deverá ser invalidada, mantendo-se o sigilo do conteúdo do acordo sob pena de nulidade processual, evitando-se a contaminação cognitiva do juiz responsável pela instrução e julgamento.

40) O Juiz das Garantias é uma das principais evoluções na instrumentalização do processo penal em vista à imparcialidade no sistema acusatório, satisfazendo uma precípua função antidissonância cognitiva no processo penal brasileiro, e reconstruindo o signo de tratamento e de juízo contidos no princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar de língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2020.
- ACKER, Maria Teresa Vianna Van. **Renascimento e humanismo**: o homem e o mundo europeu do século XIV ao século XVI. 12 ed. São Paulo: Atual, 1992.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução do latim para português de Arnaldo do Espírito Santo et al. edição bilíngue. Lisboa: Centro de Literatura e Cultura Portuguesa e Brasileira. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000.
- ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. A audiência de custódia na lei anticrime (lei n.º 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 570-594, jan./jun. 2020. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/lepidus,+11151457-revista-26(1)-570-594.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.
- ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30945.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. Tradução de Alexandra Rosado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/227/197>>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Constituição e legitimação do direito penal, diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. São Paulo: Renovar, 2004.
- _____. **Consenso e oportunidade**. Jornadas de direito processual penal do Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995.
- ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação. In: **Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- AQUINO, São Tomás. **Suma teleológica**. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2022.
- ASCH, Solomon Elliott. **Psicologia social**. Tradução de Dante Moreira Leite e de Miriam Moreira Leite. 5. ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1971.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. GAUER, Gabriel José Chittó. Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória – breve reflexão transdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 24, p. 105-113, jan./mar. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARRETO, Irineu Cabral. **A convenção europeia dos direitos do homem anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BARROS, Miguel Daladier. **Magna carta de 1215, Inglaterra 800 anos depois**. Imperatriz: Ethos Editora, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BELEZA, Teresa Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido. In: **Que futuro para o direito processual penal?** MONTE, Mário Ferreira, et al. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BELING, Ernest. **Derecho procesal penal**. Tradução de Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Editora LDA, 1974.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BORGES DE SOUZA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 189-234, jan.-abr., 2022.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro: RJ, Império do Brasil, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 11 ago. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **PL n.º 8045/2010**, Novo código de processo penal. Brasília, Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. **Decreto n.º 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Decreto n.º 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Decreto n.º 98.386**, de 9 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 nov. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

_____. **Emenda 1 PL n.º 3528/2019**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8014197&ts=1669902955585&disposition=inline&ts=1669902955585>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. **Emenda 3 ao PLS n.º 166/2018**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052931&disposition=inline#Emenda3>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

_____. **Lei 14.508**, de 27 de dezembro de 2022. Altera o Estatuto da OAB. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 2022. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14508&ano=2022&ato=659oXQU9kMZpWT0fb>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. **Lei n.º 12.694**, 24 de julho de 2012. Processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 27 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. DOU, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 14 jan. 2023.

_____. **PEC n.º 199/2019**. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

_____. **PLS n.º 166/20189**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Senado. **PLS n.º 156/2009**, Reforma do código de processo penal. Brasília, Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 20 jan. 2023;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n.º 1617439-PR**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=115677266®istro_numero=201903339653&peticao_numero=202000529209&publicacao_data=20200928&formato=PDF>. Acesso em: 04 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 196.966-ES**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65799307&num_registro=201100282601&data=20161017&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 jan. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 606872-GO**. Relator: do Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002100851&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 628224-MG**. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119144395&tipo_documento=documento&num_registro=202003031874&data=20201209&formato=PDF>. Acesso em: 04 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 695895**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 08 de novembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=170222384®istro_numero=202103074478&peticao_numero=&publicacao_data=20221116&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 8.371-RJ**. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 06 de maio de 1999. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+8371&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1825622-SP. Relatoria: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 28 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995766&num_registro=201902015019&data=20201028&formato=PDF>. Acesso em: 5 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n.º 145418-SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101024381&dt_publicacao=08/06/2021>. Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 9. Processual Penal. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinário e especial. **Diário da Justiça**: terceira seção, Brasília, DF, p. 9.278, 06 de set. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC n.º 43-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de novembro de 2019. Nova relatoria do Min. André Mendonça. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4768-DF**. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, 23 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.581-DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de março de 2022. Acórdão do Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI's n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6305**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg HC n.º 198396-SP**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de julho de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447145/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI n.º 601832 AgR**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de março de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88004/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AP 676-MT**. Retora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 68641-DF**. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 05 de junho de 1992. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110105/false>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-MG**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 12 jan.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 126.292-SP**. Relatoria: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Vencidos os Ministros Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 170165-AL**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 2021. Redação da ementa pelo Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5674977>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 190.463-SC**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 11 de novembro de 2020. Acórdão da lavra do Min. Dias Toffoli. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5989856>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 191.187-SP**. Relator: do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1136593/false>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 98621-PI**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175851/false>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º1666694-SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400299/false>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas ADC's n.º 43 e 44/2016**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

_____. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. RJDTACRIM 22/394.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **AgRg HC n.º 169.429**. Relatoria Min. Edson Fachin. Brasília, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5660506>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n.º 0006071-16.2016.8.26.0565**. Relatora: Des. Patrícia Pires, São Paulo, 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171204-09.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O devido processo legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 11, n. 2, p. 233-261, dez. 2016

- CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos ao código de processo penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. 7. ed. São Paulo: Bookseller, 2005.
- CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Campinas: Editora LZN, 2002.
- CARRARA, Francesco. **Opuscoli di diritto criminale**. V. 5. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, Disponível em: <<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044061693057&view=1up&seq=7>>. Acesso em: 26 dez. 2022.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CATENA, Víctor Manuel Moreno. E torno a la prisión provisional: análisis de la Ley de 22 de abril de 1980. **Revista de Derecho Procesual**, p. 637-668. 1981
- CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 57-63, out./dez. 1994.
- CONDE, Francisco Munoz; WINFRIED, Hassemer. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2023.
- _____. **Relatório audiências de custódia: 6 anos**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2023
- CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Roma: Utet, 1986.
- COSTA RICA. **Convenção americana de direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/convencaoamericanadireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Em redor do nómos (ou a procura de um novo nómos para o nosso tempo). *In*: AVELÃS, Antonio José Nunes; MIRANDA, Nelson Coutinho. **Diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **As telecomunicações e a privacidade**: o olhar (in)discreto de um penalista. *Direito penal da comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 158-159, 1998.

_____. Ler Beccaria hoje. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 74, v. LXXIV, p. 89-105, 1998.

_____. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?” **Separata do Boletim da Faculdade de direito de Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXI, n. 61, p. 91-158, 1985.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. O princípio da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. *In*: **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul., 2008.

CROCE, Delton; CROCE JR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Lisboa: Almedina, 2018, p. 15. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9789724422084/>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos processuais penais**: o arguido e o defensor. Coimbra, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. *In*: **Jornadas de direito processual penal. Direito processual penal**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito penal - questões fundamentais**: a doutrina geral do crime. Tomo I, parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate***. Florianópolis: Editora Emais, 2018.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, ano 4. p. 151-198, abr./jun. 1994.

ESPANHA. [Constituição (1876)]. **Constituição Espanhola de 1876**. Madrid, Palácio do Senado, [2022]. Disponível em: <<https://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. [Constituição (1978)]. **Constituição Espanhola de 1978**. Madrid: Presidência do Governo, [2022]. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. **Real Decreto de 14/09/1882**. Código de processo penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&b=573&tn=1&p=20031126#a504>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Recurso de Amparo n.º 1406-2020** (Sentencia n.º 121). Madrid, 02 de junho de 2021. BOE n.º 161 de 07/07/2021. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/26738#complete_resolucion&hallazgos>. Acesso em: 17 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Recurso de Amparo n.º 4857-2001**. Sentencia 184/2003. Madrid, 23 de outubro de 2003. BOE n.º 272 de 13/11/2003. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/4959>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença n.º 111**. Relator: don Eugeni Gay Montalvo. Madrid, 04 de julho de 2011. BOE n.º 184, de 2 agosto de 2011. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/pt-BR/Resolucion/Show/6893>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Sentença n.º 31**. Relator: don Manuel Garía-Pelayo y Alonso. Madrid, 28 de julho de 1981. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt-BR/Resolucion/Show/31>>. Acesso em: 31 ago. 2022;

_____. Tribunal Constitucional. **Sentencia n.º 12**. Relator: do Ponente D. José C. González. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, ano CIV, n. 2, p. 192-200, 2005.

EUA. [Constituição (1787)]. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/constituicao_eua.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2023.

_____. **Carta de direitos dos Estados Unidos da América**, 1791. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

_____. **Declaração de direitos de Virgínia**, 1776. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

_____. **Suprema Corte**. *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 4 de março de 1895. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/432/>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida reimpressão publicada em 1962 por Stanford University Press. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral [e não o garantismo hiperbólico monocular] e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4.^a Região**, Porto Alegre, n. 28, 24 mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 22 dez. 2022.

FRANÇA. [Constituição (1791)]. **Constituição Francesa de 1791**. Paris, Assembleia Nacional Constituinte Francesa, [2022]. Disponível em: <<https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

_____. Conselho Europeu de Nice. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**, de 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 23 nov. 2022.

_____. **Constituição francesa**, 1791. Disponível em: <<https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

_____. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1.789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2023.

_____. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Disponível: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

_____. **Lei 16-24 de agosto de 1790**. Disponível em: <<https://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

_____. **Lei n.º 2000-516**, 15 junho de 2000. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. **Protocolo n.º 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, 22 de fevereiro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

_____. **Tribunal europeu dos direitos humanos**, 2022. Disponível em: <https://echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_POR.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022. A Convenção entrou em vigor em 3 de Setembro de 1953, e foi ratificada em Portugal pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro.

FRANCO JR, Hilário. **A idade média: nascimento do ocidente**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2001.

FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. THORNDIKE, Edward L. A constant error in psychological ratings. **Journal of Applied Psychology**, 4, p. 25-29, 1920. Disponível em: <[https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/4_J_Applied_Psychology_25_\(Thorndike\).pdf](https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/4_J_Applied_Psychology_25_(Thorndike).pdf)>. Acesso em: 31 out. 2022.

GÂMBIA. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**, de 27 de julho de 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica (cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2016.

GLEZER, Rubens. Ratio decidendi. In: **Teoria Geral e Filosofia do Direito**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidenti>. Acesso em: 10/09/2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; PORTAL, Daniela Chies. Presunção de inocência no habeas corpus 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 391-407, mai./ago. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, nov.-dez. 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, p. 175-205, mar./abr. 2007.

GOMES, Luis Roberto; RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **Princípio de presunção de inocência e ou de não culpabilidade**: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico. Disponível:

<http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em 10 nov. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 61. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197961/>>. Acesso em: 06 jan. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1998.

GONZAGA, João Bernardino. Considerações sobre o pensamento da escola positiva. **Revista Ciência Penal**, São Paulo, n. 3, p. 372, 1974.

GOYTÍSOLO, Juan Vallet de. **A encruzilhada metodológica jurídica no renascimento, a reforma, a contra-reforma**. Tradução de Fernando Luso Soares Filho. Lisboa: Edições Cosmos, 1993.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho procesal constitucional**: el debido proceso. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A atividade administrativa em face do sistema constitucional. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 4, out./dez, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Por uma polarização democrática: como por abaixo o populismo de direita? Tradução de Veyzon Campos Muniz. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 5, n. 2, p. 135-147. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

HOUAISS. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 138.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bolonia: Zanichelli, 1979.

INGLATERRA. **Declaração inglesa de direitos**, 1689. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/74887/mod_resource/content/1/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%201689%20-%20Bill%20of%20Rights.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. **Magna carta libertatum**, 1215. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

_____. **Petition of rights**, 1628. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana de 1947**. Roma: Assembleia Constituinte, [2022]. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **AC.3304**, de 05 de outubro de 2021. Disponível em: <https://parlamento18.openpolis.it/singolo_atto/55855>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Decreto n.º 477**, de 22 setembro de 1988. Código de Processo Penal. Roma: Presidência della Repubblica. GU Serie Generale n. 250 del 24 out. 1988. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceProceduraPenale/60_0_1>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. **Estatuto de Roma do tribunal penal internacional**, de 17 de julho de 1998. Disponível em: <<https://acnudh.org/pt-br/estatuto-de-roma-del-tribunal-penal-internacional/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 107**. Relator: Juiz Ernesto Battaglini. Roma, 26 junho de 1957. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1957/0107s-57.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 115**. Relator: Juiz Biagio Petrocelli. Roma, 16 dezembro de 1964. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1964/0115s-64.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 124**. Relator: Juiz Enzo Capalozza. Roma, 22 junho de 1972. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1972/0124s-72.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 175**. Relator: Juiz Francesco Paolo Bonifacio. Roma, 16 novembro de 1970. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/1970/0175s-70.html>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional da Itália. **Sentença n.º 182**. Relator: Juiz Giovanni Amoruso. Roma, 07 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0182s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%20182%20del%202021&terms=presunzione%20innocenza>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KAGUEIAMA, Paul Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea. **Revista de Estudios Europeus**, n. 1 (extraordinario monográfico), p. 46-64, 2017.

KELSEN, Hans. **Sociedad y naturaleza**: una investigación sociológica. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945.

KIRÁLY, Tibor. Significato e valore della presunzione d'innocenza. **L'Indice Penale**, Padova: Edizioni CEDAM, n. 1, p. 13-28, 1992.

KURT, Lewin. **Problemas de dinâmica de grupo**. Tradução de Miriam Moreira Leite. 4. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1989.

LAMBERT, William W; LAMBERT, Wallace E. **Psicologia social**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

LANE, Silvia Tatiana Maurer. A psicologia social e uma nova concepção do homem para a psicologia. In: LANE, Silvia Tatiana Maurer; CODO, Wanderley (Orgs.). **Psicologia social**: o homem em movimento. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. Tomo: direitos humanos. 1. ed. mar. 2022. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/autor/578/carolina-alves-de-souza-lima>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

LIMA, Ricardo Alves de. **Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu**. Porto Alegre: SAFE, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Daiane D.; NASCIMENTO, Caroline G.; COLETTA, Eliane D.; et al. **Psicologia social**. Porto Alegre: Grupo A, 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: safE, 2003. p.13; Pela autonomia da disciplina denominada Direito Constitucional Penal. PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

MANZINI, Vincezo. **Trattado di diritto processuale penale italiano**. v. 1. Torino: Unione Tipográfica Editrice Torinese, 1967.

MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-da palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, Bolonha, out. 2016.

MAYA, André Machado. O juiz de garantias como fator determinante às estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2018, p. 76. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036/7452>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MELO, António Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua brasileira**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/creditos/>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 58-91, jan./mar.. 1999. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17285>. Acesso em: 18 set. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SANTOS, Leandro Galluzzi dos. 20 anos de vigência da Constituição da República e processo penal. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

MPF. **Anuário do Ministério Público do Brasil 2021/2022**. Brasília: MPF, 2022, p. 12. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-do-ministerio-publico-brasil-2021-2022/pages/page/7>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

MYERS, David G. **Psicologia social**. Porto Alegre: Grupo A, 2014.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. SANTORO, Antonio Ramirez; et.al (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____. **A dimensão epistêmica do juízo por jurados**: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova. 2017. 523 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:

<file:///F:/Users/user/Downloads/Marcela%20Alves%20Mascarenhas%20Nardelli_Total.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

OEA. Colômbia. **Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura**, de 09 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. **Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **O problema penal do processo penal**: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2004.

PARIGUIN, Boris D. **A psicologia social como ciência**. Tradução de Dalcy Angelo. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

PASQUALINI, Juliana C.; MARTINS, Fernando Ramalho; EUZÉBIOS FILHO, Antonio. A dinâmica de grupo de Kurt Lewin: proposições, contexto e crítica. **Estudos de Psicologia**, Natal. v. 26, n. 2, p. 161-173, abr./jun. 2021. Disponível em: <pepsic.bvsalud.org/scieloOrg/php/reference.php?pid=S1413-294X2021000200005&caller=pepsic.bvsalud.org&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

PASTOR, Daniel Roberto. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Jueces para la democracia**, n. 49, p. 51-65, 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839241>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, p. 207-232, jul./dez. 2017.

PIMENTA, José da Costa. **Processo penal: sistemas e princípios**. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony, 2003.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: Assembleia Constituinte, [2022]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. **Código de processo penal**. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-174878706>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. **Decreto-lei n.º 78 de 1987**. Código de Processo Penal. Lisboa: Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58863837>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso n.º 045690**. Relator: do Cons. Amado Gomes. Lisboa, 09 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/6F0C0F8B7074BB84802568FC003AD678>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso n.º 1062/88**. Lisboa, 14 de abril de 1988.

_____. Tribunal Constitucional (Terceira Secção). **Processo n.º 739/2020**. Rel. Cons. Joana Fernandes Costa. Julgamento em 21/12/2020. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200770.html>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Processo n.º 1088/2019** (acórdão 646/2020). Relatora: Cons. Maria José Rangel de Mesquita. Lisboa, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200646.html>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Reclamação n.º 6**. Relator: Cons. Pedro Machete. Lisboa, 15 de março de 2022. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220175.html>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. **Recurso de Constitucionalidade n.º 1.330**. Relatora: Cons. Joana Fernandes Costa. Lisboa, 03 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220125.html>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Teoria da descoberta inevitável: quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 42-59, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1985/pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos psicológicos da atividade jurídica**. 4. ed. Campinas: Millennium, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Acerca do princípio da dignidade humana**. 2020. Disponível em: <<https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/Acerca%20do%20Principio%20de%20Dignidade%20da%20Pessoa%20Humana.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. v. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito penal do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: <<https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

PUENTE, Ana Maria Ovejero. Protección del derecho a la presunción de inocencia. **Teoria y Realidade Constitucional**, n. 40, p. 431-455, 2017. Disponível em: <file:///F:/Users/user/Downloads/Dialnet-ProteccionDelDerechoALaPresuncionDelInocencia-6273572.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Carvalho de. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Arthur. **Introdução à psicologia social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria-Editora da Casa do Estudante do Brasil, 1973.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. p. 195. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Globalização, democracia e crime**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Direito penal europeu**: relatório para provas públicas de agregação. Coimbra, 2004.

_____. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização - jurisdicionalização – consensualismo e prisão. Projeto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **Para uma política criminal europeia**: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, Aroldo. **Psicologia social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1973.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSENZWEIG, Phil. **Efeito halo**. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SÁ, Celso Pereira de. **Estudos de psicologia social**: história, comportamento, representações e memória. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. **Revista do Instituto de Criminologia e Política Criminal**, 2012. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 01 set. 2022.

SCHÜNEMANN, Bernd. Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

_____. **La reforma del proceso**. Madrid: Dykinson, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman, Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA JÚNIOR, Sebastião Donizete da; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. Do antropocentrismo ao biocentrismo: uma aproximação entre a dignidade humana e a dignidade animal não humana. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 4, p. 100-118, fev. 2020. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1631>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Germano Marques da. Princípio da celeridade e prazos do inquérito. **Revista Julgar**, n. 34, Coimbra, p. 139-147, 2018. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-09-GMS.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Philippe Benoni Melo e. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**. Florianópolis: EMais, 2019.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPF? **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em: 12 jan. 2023.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, jan./jun. 2017. Disponível em: <<file:///F:/Users/user/Downloads/1864-Texto%20do%20Artigo-3549-2-10-20180109.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TORRES, Carlos de La. El populismo y la promesa de una democracia más inclusiva. In: **Geografía del populismo**: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump. RIVERO, Angel; ZARZELEJOS, Javier; e PALACIO, Jorge del (org.). 2. ed. Madrid: Tecnos, 2018.

TORRES, Jaime Vegas: **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La ley, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

UE. Holanda. **Tratado da União Europeia**, de 02 de outubro de 1997. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

VALE, Ionilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos: a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1120-1135, 2016. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18103>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Processo penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2002.

VENTORIM, Eliane. Misoginia e santidade na baixa idade média: os três modelos femininos no livro das Maravilhas (1289) de Ramon Llull. **Revista Eletrônica de História Antiga e Medieval**, Madrid, n. 5. p. 193-211. jun./dez. 2005. Disponível <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2227049>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

WHELDALL, Kevin. **Comportamento social**. Tradução de Maria Isabel da Silva Lopes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1934 a 1945. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.