

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Diego Castilho Fucilini

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR REI* NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

DIEGO CASTILHO FUCILINI

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR REI* NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2019

A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR REI* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aprovado em 08 de julho de 2019.

Conceito final: A

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Este trabalho é dedicado a todos meus queridos familiares e amigos, mas especialmente a meus pais, Sirlei e Heictor, e à minha esposa Amanda, pessoas especiais que ao longo da vida, mais do que fornecer todo o suporte necessário, estimularam-me para que, mesmo advindo de humildes origens, possa lutar por meus sonhos e ideais sem me deixar vencer pelas limitações que a vida impõe.

*A verdadeira sabedoria consiste em
saber que você não sabe de nada.*

Sócrates

RESUMO

O princípio do *favor rei* se caracteriza, principalmente, pela prevalência dos valores da justiça e da liberdade sobre o poder de punir do Estado, garantindo, no curso do processo penal, certos direitos exclusivamente ao réu. Exatamente por isso, o intento do presente trabalho é o de explorar as origens do princípio do *favor rei*, bem como sua incidência no processo penal brasileiro. Para tanto, buscar-se-á oferecer uma correta conceituação de tal princípio por meio de uma pesquisa histórica, doutrinária e, em especial, da própria legislação processual penal vigente no país, de modo a desvelar os pormenores da influência que tal princípio exerce no processo penal. Insta, ainda, concatenando e comparando as características do *favor rei* a outros princípios e disposições albergadas na Constituição Federal de 1988 acerca dos direitos e garantias do acusado, desvendar se tal princípio possui ou não guarida constitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. *Favor Rei*. Princípios. Ampla defesa. *In dubio pro reo*. Constituição.

ABSTRACT

The legal principle of the *favor rei* is characterized, mainly, by supreme values - such as freedom and justice – to the detriment of State's power to punish, ensuring certain rights exclusively to the accused in the criminal procedure. The study intends to seek the sources of the *favor rei* principle and its incidence in the Brazilian criminal procedure. For this purpose, is intended a proper definition of this principle throughout a historical research, on legal literature and, specially, on the current Brazilian criminal procedure legislation in order to expose the minutiae of its impact. It is also crucial to unveil on the assumption that principle either has or doesn't have constitutional foundations, connecting and cross-checking the *favor rei* aspects to other principles and legal provisions granted in the 1988's Federal Constitution about the rights and guarantees of the accused.

Key words: Criminal Procedure. *Favor Rei*. Principles. Full defense. *In dubio pro reo*. Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

CPC/2015 – Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941)

DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

MP – Ministério Público

ONU - Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1. ADVERTÊNCIA INICIAL	10
1.2. INTRODUÇÃO PROPRIAMENTE DITA	10
2. UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL REGIDO POR PRINCÍPIOS	13
2.1. PRINCÍPIOS COMO GARANTIAS PROCESSUAIS	14
2.2. DEFININDO PRINCÍPIOS.....	15
3. O PRINCÍPIO DO FAVOR REI	18
3.1. O FAVOR REI SEGUNDO A DOCTRINA BRASILEIRA	20
3.2. PERFIL OBJETIVO E PERFIL SUBJETIVO DO FAVOR REI.....	23
3.3. FAVOR REI COMO REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA	25
3.4. FAVOR REI COMO CRITÉRIO/REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	27
4. SITUAÇÕES DECORRENTES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO FAVOR REI: ARMAS E GARANTIAS EXCLUSIVAS DA DEFESA	31
4.1. FUNDAMENTOS PARA A DESIGUALDADE PROCESSUAL EM FAVOR DO RÉU.....	32
4.2. RECURSOS PRIVATIVOS DA DEFESA	33
4.2.1. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE	35
4.2.2. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS.....	37
4.2.3. PERMISSÃO DA REFORMATIO IN MELIUS.....	39
4.3. REVISÃO CRIMINAL EXCLUSIVAMENTE PRO REO.....	41
4.4. FAVOR REI COMO REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA PROVA DO IN DUBIO PRO REO.....	44
4.5. FAVOR REI E A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS	46
4.6. ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU	48
5. FAVOR REI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	51
5.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO PROCESSO PENAL ABARCADOS PELO FAVOR REI	53
5.1.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:	54
5.1.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:.....	57
5.1.3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:.....	58
5.1.4. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO OU ESTADO DE INOCÊNCIA:	60
5.1.5. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO:	64
5.1.6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO DUPLO PROCESSO PELO MESMO FATO (NE BIS IN IDEM):.....	67
5.1.7. PRINCÍPIO DA BUSCA DA (MÍTICA) VERDADE REAL:.....	68
5.1.8. PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO E DA INEXIGIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO OU NEMO TENETUR SE DETEGERE.....	71
5.2. INDÍCIOS DA INCIDÊNCIA DO FAVOR REI NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	73
6. CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	81

1. INTRODUÇÃO

1.1. ADVERTÊNCIA INICIAL

Por qual motivo ao se iniciar uma obra jurídica - quase que numa espécie de regra geral -, sempre se começa [*sic*] “por el punto de partida de los puntos de partida”¹? Tal questionamento, segundo o jurista argentino Julio B.J. Maier, se mostra de fato pertinente, posto que se verifica que este mesmo padrão não se repete em obras de outras ciências, que, por sua vez, ao tratarem de temas específicos, começam por um ponto de partida reconhecido como tal, para, a partir daí, desenvolver a explicação científica sobre o tema.²

Advém, neste sentido, arguir que as pretensões deste trabalho são modestas e específicas e que, portanto, não é conveniente tratar de todo o sistema processual penal como se estivesse a redigir um tratado sobre processo penal. Por isso mesmo, em que pese estar presente neste trabalho uma indissociável adesão à história do tema, entende-se que para sua consecução uma abordagem revisionista da evolução histórica de todos os institutos do Direito Processual Penal, conceituando-os desde seus píncaros, é absolutamente supérflua.

Partindo desta premissa, adverte-se que o presente trabalho, sem a intenção (tampouco o espaço) de apresentar todos os pormenores do Direito Processual Penal, não se ocupará de tratar temas tangenciais ao objetivo proposto. Nesta toada, não serão abordadas as origens do processo penal ou sua evolução histórica, nem seu conceito, assim como, tampouco, será apresentado o panorama histórico do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) etc. Dito isto, investir-se-á, isso sim, numa direta e necessária conceituação e compreensão de todas as particularidades e peculiaridades do princípio do *favor rei* e dos institutos que, por ele, são influenciados.

1.2. INTRODUÇÃO PROPRIAMENTE DITA

Do adágio popular que reza que “mais vale um culpado solto que um inocente preso”, ou, ainda, alternativamente, sob o jargão jurídico “é melhor absolver um

¹ “Pelo ponto de partida dos pontos de partida” (MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 3. Tradução nossa.)

culpado do que condenar um inocente”, se pode obter uma boa síntese da essência do que vem a ser o princípio do *favor rei*. Apontado por alguns autores como um superprincípio, ou, então, um princípio universal do Direito, fato é que o *favor rei* se irradia e exerce influência por todo o Direito Processual Penal.

Como consequência da preponderância do *favor rei*, tanto a legislação infraconstitucional, quanto a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como os princípios que lhe regem, sob sua influência manifestam uma tendência de que processualmente se sobreponham os interesses do acusado (e da defesa) sobre os do Estado (Acusação). Como se verá, alguns autores chegam até mesmo a indicar que por intermédio deste princípio configurem-se verdadeiros privilégios ao acusado³.

Além disso, sabe-se que vigora no Brasil, com mais certeza após a promulgação da CF/88, o sistema penal do tipo acusatório⁴. A esse respeito, conforme Douglas Fischer, em que pese não exista “previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seja o acusatório”, pode-se inferir com base na “compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na *Carta dirigente*”, que o sistema processual penal que vige em nosso país “se pauta pelo princípio acusatório”⁵. Desse modo, a doutrina majoritária afirma que, em sendo o processo penal brasileiro pautado pelo sistema acusatório, o ônus de provar a autoria e materialidade de um fato, imputando-as ao réu, impende à acusação.

Fixados estes parâmetros, sublinha-se que por meio de inferências a outros princípios serão abordados fatores que concatenados formarão os alicerces para que o intento deste trabalho melhor seja logrado: desvelar se o princípio do *favor rei*

² MAIER, Julio B.J. Ob. cit.. p. 3.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 55.

⁴ A respeito do Sistema Processual Penal do tipo acusatório, pertinente é a definição feita por GRECO FILHO: “Consiste o sistema acusatório na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador. Ele se contrapõe ao sistema inquisitivo, em que as funções acusatórias e judicantes se encontram englobadas na mesma pessoa, o juiz. No sistema acusatório, adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, e a ação penal privada pelo ofendido, de forma que pode o juiz manter-se equidistante da acusação e da defesa, garantindo uma decisão imparcial. É fácil verificar como o sistema inquisitivo não convém à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou”. In GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 95.

⁵ FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156**. Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro. 2011. p. 7. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2019. Grifo no original.

é ou não acolhido constitucionalmente. Para tanto, inicialmente será realizada uma atinente e necessária conceituação do termo *princípio* e o que sua significação abarca no campo do Direito. Desse modo, visa-se, finalmente, firmar as bases necessárias para que se possa oferecer uma correta conceituação e definição do âmbito de incidência do *favor rei*.

Posteriormente, com as bases já devidamente colmatadas, buscar-se-á apresentar uma contundente definição do princípio do *favor rei*, apresentando seu conceito e delineando sua esfera de incidência, isto é, sua efetiva aplicabilidade teórica e prática. De tal modo, será verificado detalhadamente o que a doutrina tem a dizer sobre o princípio e serão revisitados os institutos processuais penais do ordenamento jurídico pátrio em que o *favor rei* incide, a fim de que seja demonstrada em que medida sua atuação influencia a relação processual penal.

Nesse horizonte de sentido, no capítulo seguinte serão abordadas situações que derivam diretamente da manifestação do princípio do *favor rei*. Com este fito, indica-se a título exemplificativo, a existência de armas e garantias de uso exclusivo da defesa, como, p.e., recursos privativos da defesa; como os embargos infringentes e de nulidade, a proibição da *reformatio in pejus* e a permissão da *reformatio in melius*; a possibilidade de revisão criminal estritamente *pro reo*; o critério de interpretação da prova do *in dubio pro reo*; a absolvição por falta de provas e a admissibilidade de provas ilícitas em favor do réu – institutos que serão devidamente explicados e que demonstrar-se-á constituírem fatores que reunidos caracterizam no curso do processo uma verdadeira desigualdade em favor do acusado.

No capítulo final, destinado à conformação constitucional do *favor rei*, serão abordados princípios abarcados pela CF/88 que, inspirados nele, parecem convalidar esta noção de favorecimento do réu no curso do processo penal. Destarte; para a realização deste objetivo, indica-se a abordagem dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção ou estado de inocência, do duplo grau de jurisdição, da vedação do duplo processo pelo mesmo fato, da busca da verdade real e do direito ao silêncio ou da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Nessa senda, tais princípios, doravante *princípios constitucionais*, serão detalhados a fim de que seja demonstrada sua imanente inspiração *favor rei*.

Por fim, buscar-se-á oferecer uma resposta à problematização que se fará acerca de o princípio do *favor rei* ser ou não um princípio acolhido pela CF/88, já

que, como se verá, em muitos casos ele parece contrariar ou suprimir outros princípios constitucionais, como, *v.g.*, no caso do princípio da igualdade. Para tanto, um constante cotejamento entre o que dispõe expressa ou implicitamente a Carta Magna - contrastando-a com o significado do *favor rei* - permeará todo o trabalho.

2. UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL REGIDO POR PRINCÍPIOS

Asseverando que “o Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado”⁶, o clássico processualista Fernando da Costa Tourinho Filho evidencia que o processo penal é também “uma expressão de cultura, de civilização”, e que, por conseguinte, seu conteúdo invariavelmente refletirá “determinado momento político”⁷. Em vista disso, como referia Giuseppe Bettiol: “el proceso penal [...] es siempre expresión de la historia de un Pueblo en la que confluyen toda una serie de momentos y de aspectos de valor”⁸, fato que acaba por repercutir em seus princípios, uma vez que estes oscilarão conforme se alterarem os regimes políticos que comandam o país⁹.

Objetivamente quanto ao termo princípio, o tribuno Edilson Mougnot Bonfim aponta para o fato de que “a expressão “princípio” na ciência do direito é vaga e ambígua”. Adotando a noção aristotélica, o jurista informa que o termo *princípio* significa “considerar algo do começo [...] compreender (tomar) o que vem primeiro”, buscando-se, para tanto, “o ponto de partida de um conhecimento, sua análise e interpretação”. Sendo esse apenas um dos vários sentidos possíveis, BONFIM alerta ainda para imprecisão das “definições doutrinárias”, dada a “plurivocidade” de conceituações.¹⁰

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal**, volume 1 / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 58.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ “O processo penal [...] é sempre uma expressão da história de um povo na qual convergem toda uma série de momentos e de aspectos de valor.” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 242. Tradução nossa).

⁹ TOURINHO FILHO, Ob. cit. p. 58.

¹⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal: rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougnot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. pp. 66-67.

2.1. PRINCÍPIOS COMO GARANTIAS PROCESSUAIS

Realizada a advertência supra, indica-se que quanto ao seu conteúdo (e diferentes conceitos), segundo Eugenio Pacelli, os princípios fundamentais do processo penal atuam como “normas *fundantes* do sistema processual”, de modo que sem eles “não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais”¹¹. Nesse quadro, aponta-se “a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais”, que se destinam a proteger e tutelar os direitos individuais¹².

No mesmo sentido, BONFIM ilustra que princípios “conferem garantias de cunho fundamental (direitos fundamentais) aos jurisdicionados”, motivo pelo qual “alude-se então às *garantias fundamentais*, que, em sede de processo penal, configuram as *garantias processuais*”, noção que para o autor resulta numa “difícil separação” e distinção das expressões “princípios” e “garantias”¹³. Neste panorama, pode-se indicar que os princípios em âmbito de Direito Processual Penal são tratados como verdadeiras garantias processuais de forma majoritária pela doutrina¹⁴.

Seguindo esta linha, TOURINHO FILHO¹⁵, AVENA¹⁶, NUCCI¹⁷, GRECO FILHO¹⁸, BONFIM¹⁹, TÁVORA²⁰ e o próprio PACELLI²¹, entre outros autores,

¹¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 33. Grifo no original.

¹² Idem, ibidem.

¹³ BONFIM, Ob. cit. pp. 66-67.

¹⁴ É o que remontam, como se verá, as famigeradas obras de Processo Penal dos seguintes autores: Aury Lopes Jr., Edilson Mougenot Bonfim, Norberto Avena, Pedro Lenza, Guilherme Nucci, Renato Brasileiro de Lima, Eugenio Pacelli, Paulo Rangel, Nestor Távora, Fernando Capez, Vicente Greco Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Ana Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, dentre diversos outros.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. pp. 58-105.

¹⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. pp. 59-80.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 53-74.

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. pp. 79-105.

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal: rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. pp. 70-103.

²⁰ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. pp. 69-99

informam um rol de princípios (ou garantias) de relevância considerada fundamental ao processo penal brasileiro, dentre os quais serão abordados somente aqueles que detêm em si uma inspiração *favor rei*, sendo estes os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, da vedação das provas ilícitas, do duplo grau de jurisdição, da vedação do duplo processo pelo mesmo fato, da busca da verdade real e do Direito ao silêncio e não autoincriminação (ou *nemo tenetur se detegere*). Tais princípios, entendidos como princípios constitucionais explícitos ou implícitos do processo penal²², serão analisados um a um, ao longo do capítulo 5. Dessa feita, primeiramente, incumbir-se-á o presente trabalho em oferecer uma despretensiosa conceituação do termo *princípios*.

2.2. DEFININDO PRINCÍPIOS

Conforme anunciado, antes de adentrar propriamente no escopo dos princípios elencados, visando uma melhor compreensão do que efetivamente o termo *princípio* representa no campo do Direito, imperioso definir, mesmo que de forma módica, seu conceito. Assim, seguindo a lição de Paulo Rangel²³, quando se busca oferecer a “definição etimológica de uma determinada palavra” com o fito de obter sua “correta compreensão”, faz-se necessária a definição da própria palavra. Neste caso, o significado da palavra princípio obtido pelo aludido autor no consagrado dicionário Aurélio da língua portuguesa é: “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”. Desse modo, nos dizeres do referido jurista, “os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-

²¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 31-42.

²² Neste sentido, vale ressaltar que NUCCI subdivide alguns princípios entre Princípios constitucionais explícitos e Princípio constitucionais implícitos do processo penal. No rol dos princípios explícitos, estão elencados, dentre outros [que como já mencionado não serão abordados neste trabalho], os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e da vedação das provas ilícitas. Já no rol dos princípios implícitos, o autor posiciona os princípios do duplo grau de jurisdição, da vedação do duplo processo pelo mesmo fato e da busca da verdade real. (NUCCI, Ob. cit., pp. 53-74).

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 3.

processual (penal)”, não desmerecendo, mas, antes, reconhecendo “os princípios gerais do direito que lhe antecedem”.

Segundo a definição de BONFIM, princípios são:

Aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos.²⁴

Já assentado no tópico anterior que “o vocábulo princípio é dotado de uma imensa variedade de significações”, Renato Brasileiro de Lima²⁵ chama atenção para o fato de que não se pode “olvidar da distinção feita pela doutrina entre princípios, normas, regras e postulados”. Contudo; tal qual o referido autor, indica-se aqui uma noção mais simplória: a de que os princípios atuam “como mandamentos nucleares de um sistema”, motivo pelo qual o presente trabalho não ocupará-se de realizar uma detida distinção entre princípios, normas, regras e postulados, pois tal distinção se faz desnecessária para o seu intento.

Seguindo essa premissa, indica-se a hodierna e amplamente acolhida definição de princípio dada pelo jus filósofo alemão Robert Alexy, segundo a qual:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²⁶

Enveredando caminho parecido, o jurista brasileiro Humberto Ávila aponta que “os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado”. Assim, ilustra o referido autor: “os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”, de modo que, mesmo

²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal: rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 66.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 42.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2011. p. 90.

quando “um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo”²⁷. Nessa senda, pode-se dizer que os princípios se constituem em verdadeiras normas cogentes atinentes ao cumprimento de uma dada finalidade considerada ideal.

O processualista Guilherme de Souza Nucci preceitua que no ramo do Direito, *princípio jurídico* possui o significado de um verdadeiro “postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Desse modo, os princípios estabelecem “uma meta maior” a ser seguida pelos operadores do Direito.²⁸

Dando outra moldura ao tema, o jurista Aury Lopes Jr. leciona que “os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras “normas””. Nesta ênfase, alude o referido autor que os princípios, principalmente os princípios constitucionais, “são normas fundamentais ou gerais do sistema” que “constituem a própria essência do sistema jurídico”²⁹. Considerável é também a afirmação de Luciano Feldens, segundo a qual é mister que “reconheçamos nos princípios verdadeiros *parâmetros constitucionais conformadores da atuação do legislador*, que a eles se vê inexoravelmente vinculado”³⁰.

Por fim, haja vista que tanto o Direito penal, quanto o Direito Processual Penal “das sociedades contemporâneas é regido por *princípios constitucionais* [...] indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado”³¹, importa afirmar que, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro:

O estudo dos princípios é fundamental para uma boa percepção do Direito processual, pois é através deles que se percebe o grau de desenvolvimento de uma sociedade, a proteção que seus indivíduos possuem frente ao Estado.³²

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 78.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 52.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 107.

³⁰ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais** / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p. 69.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 19.

³² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas** / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 17.

3. O PRINCÍPIO DO FAVOR REI

Partindo do pressuposto de que o processo penal é alicerçado “por uma série de princípios e regras” que representam os “postulados fundamentais da política processual penal de um Estado”, chega-se à conclusão de que, “quanto mais democrático for o regime” político deste estado, mais seu processo penal se apresentará como “um notável instrumento a serviço da liberdade individual”³³. Assim sendo, faz-se imperioso apontar as diretrizes de um dos princípios reitores mais fundamentais ao direito processual penal e desígnio deste trabalho: o princípio do *favor rei*.

Conforme exposto acima, seguindo a clássica doutrina de Giuseppe Bettiol, “el principio del *favor rei* es el principio básico de toda la legislación penal procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por un criterio superior de libertad”³⁴. Destarte, para BETTIOL não há Estado realmente livre e democrático sem que tal princípio esteja presente³⁵, uma vez que tal regra tem sua aplicação invertida “donde dominan concepciones políticas autoritarias o totalitarias”³⁶. Segundo leciona o mestre italiano, na contraposição entre “el *ius puniendi* del Estado, de un lado, y el *ius libertatis* del imputado, de outro, la preeminencia debe ser atribuída a este último si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe”³⁷.

Segundo o também italiano Gilberto Lozzi³⁸, o princípio do *favor rei* refere-se, no âmbito de Direito Penal material como a *ratio* de alguns institutos que chegam até

³³ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 58.

³⁴ “O princípio do favor rei é o princípio basilar de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado por um critério superior de liberdade em sua atuação política e em seu ordenamento jurídico” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 262. Tradução nossa)

³⁵ “No hay en verdad Estado autenticamente libre y democrático en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana” (BETTIOL, Ob. cit. p. 262. Tradução nossa).

³⁶ “Onde concepções políticas autoritarias ou totalitarias dominan” (BETTIOL, Ob. cit. p. 263. Tradução nossa).

³⁷ “O *ius puniendi* do Estado, de um lado, e o *ius libertatis*, do outro, a prevalência deve ser atribuída a este último se se quer que o valor da liberdade seja o que triunfe” (BETTIOL, Ob. cit. p. 262. Tradução nossa).

³⁸ LOZZI, Gilberto. **Favor Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 1-2.

mesmo a excluir a existência do crime ou, ainda, que lhes concedem efeitos penais menos severos, ao passo que em âmbito de Direito Processual Penal, o *favor rei* atua como um princípio geral que incide em toda a regulamentação do processo penal, isto é, em todo o ordenamento processual penal. Assim, pode-se dizer que o *favor rei* atua de tal modo que, na contraposição entre Estado (enquanto detentor e executor do poder punitivo) e Defesa, o legislador buscou dar prioridade aos interesses do acusado.

Para LOZZI, o *favor rei* sempre foi entendido como vinculado ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, até mesmo porque através dele se manifesta, por exemplo, a proibição da analogia *in mallan parte*. Isto é, a incidência do *favor rei* no Direito Penal material veda a possibilidade de analogia a normas incriminadoras³⁹. Em contrapartida, a existência de disposições mais favoráveis ao acusado, como, por exemplo, no caso “del reato continuato, del concorso apparente di norme, della retroattività delle disposizioni più favorevoli nell'ipotesi di successione di norme incriminatrici”⁴⁰ são apontadas pelo autor como manifestações da adoção de tal princípio.

Isso é importante, pois, como explica LOZZI, a história do processo “dimostra come la considerazione dell'interesse dell'imputato abbia subito varie vicende ed in certi periodi sia stata pressoché disconosciuta”⁴¹. Em verdade, durante “determinati secoli”⁴² o acusado chegava ao ponto de preferir ser considerado culpado, pois, como era sobrecarregado com provas urgentes, trazidas até mesmo durante o julgamento, praticamente não tinha chances de provar sua inocência. Além disso, nesse momento histórico, por haver a crença de que o réu não poderia permanecer sem nenhuma punição – baseada na noção equivocada de que bastava uma acusação para que se obrigasse o réu a purificar-se através da punição - foi o que motivou o início das ordálias⁴³.

³⁹ LOZZI, Gilberto. **Favor Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 1.

⁴⁰ “É o caso do crime continuado, do conflito aparente de normas e da retroatividade das disposições mais favoráveis na hipótese de sucessão de normas incriminadoras”. (LOZZI, Ob. cit. p. 1. Tradução nossa).

⁴¹ LOZZI, Ob. cit. p. 2.

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ LOZZI, Ob. cit. p. 3.

3.1. O FAVOR REI SEGUNDO A DOUTRINA BRASILEIRA

Na doutrina nacional, o *favor rei* recebe a mesma insigne distinção e importância dispensada por autores estrangeiros. O clássico processualista brasileiro Fernando da Costa Tourinho Filho, v.g., leciona, também inspirado na obra do mestre italiano Giuseppe Bettiol, que “o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade”⁴⁴. Assim, conforme TOURINHO FILHO em uma quase literal tradução do que já se referiu ter dito BETTIOL: “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade”⁴⁵.

Exatamente por isso o princípio *favor rei* é “considerado um postulado básico e de presença obrigatória em todo Estado que queira se apresentar como democrático”⁴⁶, assevera o processualista Mauro Fonseca Andrade. Sendo que seu significado consiste na prevalência dos interesses do acusado ante a pretensão punitiva estatal, tal princípio funciona de modo a assegurar a concessão de “certas garantias ou armas ao acusado” no âmago do processo, para que “possa demonstrar a veracidade de seus argumentos ou destruir aqueles que forem apresentados pelo acusador”⁴⁷.

Segundo ANDRADE⁴⁸, a manifestação do *favor rei* pode ser vista sob duas formas: “uma em sentido negativo, e outra em sentido positivo”. Nessa linha, o autor sustenta que o (i) sentido negativo se refere à “existência de determinadas restrições impostas ao Estado para que um indivíduo possa ser privado de sua liberdade, como, p.e., a proibição de provas ilícitas para condená-lo e a proibição da *reformatio in pejus*”; já o (ii) sentido positivo, “se refere à criação de instrumentos de defesa de uso exclusivo do acusado, como, p.e., a presunção de inocência e aplicação da norma penal e processual mais favorável ao acusado”.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 101.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.**/Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013. p. 184.

⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁸ ANDRADE, Ob. cit., p. 185.

Para Paulo Rangel, o princípio do *favor rei* se trata de “regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação”⁴⁹. Segundo este autor, é o *favor rei* “que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu” naqueles casos em que já ocorreu a prescrição, ou em que se é constatado algum “vício processual” capaz de autorizar a “declaração de invalidade do processo”⁵⁰.

Além disso, RANGEL alerta para o fato de que, “estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta convincente”, restando dúvida entre a culpabilidade ou inocência do réu, se deve absolvê-lo. Ainda que se corra o risco de “se colocar um culpado nas ruas”, RANGEL argumenta que através da aplicação do *favor rei* “a melhor solução” será sempre absolver o acusado, “pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia”⁵¹.

Para Fernando Capez, o *favor rei* atua de tal modo que a dúvida deve sempre beneficiar o réu. Assim, o autor acentua que havendo “duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica” ao acusado⁵². CAPEZ também sustenta que em caso de dúvida, “absolve-se o réu, por insuficiência de provas” e que há recursos que somente podem ser interpostos pela defesa, “como os embargos infringentes”⁵³ (espécie de recurso privativo da defesa que será tratado no item 4.2.1.) e a revisão criminal (a ser tratada no item 4.3).

Nesta mesma linha, o jurista Nestor Távora sustenta que por inferência ao princípio do *favor rei* “a dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*)”, porque na “ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer”⁵⁴. Assim, por influência deste princípio há uma verdadeira mitigação do “princípio da isonomia processual”, justificada em “razão do direito à liberdade envolvido – e dos riscos advindos de eventual condenação equivocada”⁵⁵.

⁴⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 . ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Idem, ibidem.

⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 84.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 88.

⁵⁵ Idem, ibidem.

O mesmo raciocínio é encontrado na obra de LENZA, REIS e GONÇALVES, que aduzem que devido ao princípio do *favor rei*, em estado de dúvida “o juiz deve optar pela solução mais favorável ao acusado”. Assim, também inferem que no caso de a “prova colhida gerar dúvida quanto à autoria, o réu deve ser absolvido”⁵⁶.

A seu turno, Guilherme de Souza Nucci leciona que, por influência dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, no “conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir”, em caso de dúvida razoável, a decisão a ser tomada pelo juiz deve ser em favor do acusado⁵⁷. Assim sendo, segundo o autor, na interpretação dos “dispositivos processuais penais”, havendo “dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido”, também se deve adotar aquela que for “mais favorável ao acusado”, haja vista que este se presume inocente até que se prove o contrário⁵⁸.

Para Norberto Avena, é através deste princípio que se privilegia “a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado”. Dessa forma, o *favor rei* sustenta a ideia de que a condenação somente poderá ser efetivada mediante a certeza da responsabilidade penal do réu quanto ao fato pelo qual é acusado⁵⁹.

Além disso, segundo BONFIM, por ser fundamentado na presunção de inocência⁶⁰, é por meio da incidência do *favor rei* que no âmbito processual as dúvidas devem ser sempre resolvidas a favor do acusado⁶¹. Este ângulo é muito bem externado pelo autor, segundo o qual o princípio do *favor rei* é também conhecido como “*in dubio pro reo*” ou “*favor libertatis*” e:

Tem por fundamento a presunção de inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação (art. 386, VII, do CPP). Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.⁶²

⁵⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** /Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 111.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 54.

⁵⁸ Idem, *ibidem*.

⁵⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 80.

⁶⁰ BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougénot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 79.

⁶¹ AVENA, Ob. cit. p. 80.

⁶² BONFIM, Ob. cit. p. 79. Grifo no original.

Nesse ponto, importante advertir que há sim uma diferenciação entre *favor rei* e *favor libertatis*, não devendo os dois princípios ser confundidos ou tidos por sinônimos. Conforme Giuseppe Lozzi, os princípios do *favor rei* e *favor libertatis* não se confundem, pois “non ci sembra oportuno restringere la nozione di favor rei a ciò che concerne la “posizione di merito dell'imputato”⁶³. Isto, até mesmo porque, o *favor libertatis* se refere à utilização dos instrumentos processuais com a finalidade de devolver a liberdade do acusado privado dela, enquanto o *favor rei*, mais amplo, funciona de modo que o acusado utilizando-se dos instrumentos processuais que lhe privilegiam, possa demonstrar sua inocência ou sua não-responsabilidade acerca do fato pelo qual é imputado⁶⁴.

3.2. PERFIL OBJETIVO E PERFIL SUBJETIVO DO FAVOR REI

Indo adiante, a fim de que seja verificado ser ou não o *favor rei* um princípio geral do processo penal, segundo LOZZI, se deve, primeiramente, desvelar o significado do termo *favor rei* a partir de dois diferentes pontos de vista: o subjetivo e o objetivo.⁶⁵ Segundo o autor, quanto ao perfil subjetivo, é fácil constatar quando no Direito Processual Penal se fala em *favor rei*:

Per quanto attiene al profilo subbiiettivo, è agevole costatare che nel diritto processuale penale può parlarsi di favor rei o avendo riguardo al reo inteso come imputato o avendo riguardo al reo inteso, più esattamente, come condannato: un esempio tipico di questa duplicità di prospettive è ravvisabile nell'art. 2 c.p. dove, a proposito dell'ipotesi di abrogazione di una legge incriminatrice, la medesima espressione (“legge più favorevole al reo”) concerne e l'imputato (per l'ipotesi in cui la legge abrogatrice intervenga anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna) e il condannato (per l'ipotesi in cui la legge abrogatrice intervenga posteriormente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna).⁶⁶

⁶³ “Não parece oportuno restringir a noção do *favor rei* somente ao que diz respeito à ‘posição de mérito do acusado’” (LOZZI, Gilberto. **Favore Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 4.

⁶⁴ LOZZI, Ob. cit. p. 4.

⁶⁵ LOZZI, Ob. cit. p. 2.

⁶⁶ “Com relação ao perfil subjetivo, é fácil constatar que no direito processual penal se pode falar do princípio *favor rei* sendo o autor da infração entendido como acusado ou sendo visto como a parte culpada, mais exatamente, como condenado: um exemplo típico dessa duplicidade de perspectivas é evidente (perceptível) no art. 2 do C.P. onde, a propósito da hipótese de revogação de uma lei incriminadora, a mesma expressão (“lei mais favorável ao réu”) refere-se ao acusado (para a hipótese em que a lei anuladora intervém anteriormente ao “trânsito em julgado” da sentença de condenação)

Quanto ao perfil objetivo do princípio, LOZZI alerta ser a sua determinação mais difícil, porquanto se é “troppo vago sarebbe il ravvisarne un'estrinsecazione in qualunque disposizione che assicuri o agevoli all'imputato l'esercizio del diritto alla difesa”⁶⁷. Sendo assim, referindo-se aos possíveis aspectos da incidência do *favor rei*, o autor chega a afirmar que para que as disposições processuais penais objetivamente importem em um benefício para o réu, seria necessário que tais disposições expressamente dispensassem à defesa do acusado um tratamento melhor do que aquele que é estabelecido para a acusação⁶⁸. Em outras palavras, a incidência do *favor rei* segundo seu perfil objetivo só poderia ser devidamente constatada naquelas normas em que se está expressamente prevista uma vantagem ao acusado/defesa em detrimento do Estado/acusação.

Destarte, deve-se notar que a “sussistenza del *favor rei*” no processo penal tem seu alicerce na seguinte noção:

La “limitazione” subita dall'imputato “nella propria sfera di libertà giuridica” sarebbe “favorita dal diritto”, nel seno che, in virtù di un principio generale, questa limitazione risulterebbe “sempre la meno gravosa possibile nel regolamento deglie opposti interessi”.⁶⁹

LOZZI alerta, ainda a respeito deste fato, que não se deve confundir, rememorando o que fora visto linhas atrás, o princípio *favor libertatis* com o princípio do *favor rei*, pois são dois “criteri da tenere logicamente distinti”, uma vez que o *favor libertatis* significaria que “gli strumenti processuali devono tendere ala sollecita restituzione della libertà personale all'imputatto che ne sia privo”⁷⁰, ao passo que o *favor rei* atuaria de tal modo que “gli strumenti processuali devono tendere all'accertamento della non responsabilità dell'imputato”⁷¹. Portanto, segundo o autor,

e ao condenado (para a hipótese em que a lei revogatória surja após o trânsito em julgado da sentença de condenação)” (LOZZI, Ob. cit. p. 2. Tradução nossa).

⁶⁷ “Mais difícil de determinar é o significado do *favor rei* sob o perfil objetivo, porquanto é muito vago reconhecer sua manifestação em qualquer disposição que garanta ou facilite ao acusado o exercício do direito de defesa” (LOZZI, Gilberto. **Favor Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 3. Tradução nossa).

⁶⁸ LOZZI, Ob. cit. p. 3.

⁶⁹ “A “limitação” sofrida pelo réu “em sua esfera pessoal de liberdade jurídica” seria “favorecida pelo direito”, no sentido de que, em virtude de um princípio geral, esta limitação resulte sempre na menos onerosa possível na regulação (ponderação) de interesses opostos” (LOZZI, Ob. cit. p. 4. Tradução nossa).

⁷⁰ “Os instrumentos processuais devem tender a restituir a liberdade pessoal do acusado que dela é privado” (LOZZI, Ob. cit. p. 4. Tradução nossa).

⁷¹ “Os instrumentos processuais devem tender a apurar a não-responsabilidade do acusado” (LOZZI, Ob. cit. p. 4. Tradução nossa).

o *favor rei* não se refere ao estado de liberdade do acusado (*favor libertatis*), mas sim à determinação “di una posizione di merito nei confronti della *notitia criminis*”⁷² – quer seja, contra a acusação.

3.3. FAVOR REI COMO REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA

Consoante BETTIOL, o *favor rei* “debe ante todo constituir uma regra fundamental para la interpretación”⁷³, de modo que nos casos em que não se possa ter “una interpretación unívoca” deverá ser eleita a interpretação “más favorable a las posiciones del imputado”⁷⁴. Isto é, estando o julgador diante de uma situação de confronto entre duas interpretações possíveis da norma, deverá decidir adotando a interpretação mais favorável ao réu.

A esse respeito, BETTIOL assevera que, embora o juiz não possa ser “agnóstico” com relação “a las elecciones interpretativas”⁷⁵, é dever do julgador optar pela posição mais favorável ao imputado sempre que tiver que escolher entre duas interpretações antagônicas de uma norma legal. Isso, conforme indica, decorre do contexto, ou em seus dizeres, do “clima político-constitucional” em que o magistrado está inserido – contexto no qual, vale dizer, “el valor supremo es la persona humana”⁷⁶.

Quanto à “possibilidade de o julgador incorporar à sua decisão eventuais circunstâncias que beneficiam o acusado”, leciona Mauro Fonseca Andrade que, em que pese pareça ser essa uma forma de parcialidade do juiz, pois estaria atuando em favor do réu, na realidade o que ocorre é a materialização “em sua decisão, de toda a gama de informações contidas no processo”⁷⁷. Dessa forma, não se vislumbra o julgador estar impedido de assim proceder, pois está “mais do que

⁷² “De uma posição de mérito no confronto com a *notitia criminis*” (LOZZI, Gilberto. **Favor Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 4. Tradução nossa).

⁷³ “Deve, antes de tudo, constituir uma regra fundamental voltada à interpretação” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 263. Tradução nossa).

⁷⁴ “Mais favorável à posição do imputado” (BETTIOL, Ob. cit. p. 263. Tradução nossa).

⁷⁵ “Às escolhas interpretativas” (BETTIOL, Ob. cit. p. 263. Tradução nossa).

⁷⁶ “O valor supremo é a pessoa humana” (BETTIOL, Ob. cit. p. 263. Tradução nossa).

⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**./ Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013.p. 190.

autorizado a emitir o que entenda ser o direito aplicado aos fatos trazidos pelas partes”⁷⁸.

Inferindo ser o *favor rei* um “principio general de inspiración que en concreto debe encontrar su manifestación en normas jurídicas particulares”⁷⁹, BETTIOL diz ser em regras desse tipo que se “regula la famosa presunción de inocência del imputado”⁸⁰. Contrastando os ensinamentos deste autor com a legislação pátria, pode-se indicar como normas reguladoras da presunção de inocência e, portanto, manifestamente inspiradas no *favor rei*, o que consta assentado no art. art. 5º, LVII da CF/88, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁸¹ e também o art. 283 do CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁸²

Nesse mesmo sentido, indicam-se também como normas exemplificativas da prevalência dos interesses do réu, o disposto desde há muito no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DDCH) que consigna que “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado [...]”⁸³, bem como o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) que afirma que “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 [...]”⁸⁴.

⁷⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.**/ Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013.p. 190.

⁷⁹ “Princípio geral de inspiração que, em concreto, deve encontrar sua manifestação em normas legais particulares” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal.** Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 263. Tradução nossa).

⁸⁰ “Regula a famosa presunção de inocência do réu” (BETTIOL, Ob. cit. p. 263. Tradução nossa).

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

⁸² BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

⁸³ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

⁸⁴ Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Paris. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

3.4. FAVOR REI COMO CRITÉRIO/REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Segundo BETTIOL, para saber se as estruturas do processo penal foram de fato influenciadas pelo *favor rei*, “debemos examinar particularmente el problema de la carga de la prueba”⁸⁵. Assim, para o jurista italiano, entende-se por ônus da prova o dever de o autor da ação fundamentar sua pretensão contra o demandado “si no quiere ver que el juez in *limine litis* rechace su demanda”⁸⁶, bem como o ônus que incumbe ao demandado em sustentar a invalidade da reivindicação do autor - da mesma forma que ocorre no processo civil -, “se quiere que el juez la tenga en debida cuenta”⁸⁷.

Transmutando esta noção do processo civil para o processo penal, entende-se por autor da ação a acusação (Ministério Público); e por demandado o acusado (réu). Segundo essa forma, o ônus da prova caberia à acusação, incumbindo-lhe o dever de demonstrar que reside na figura do acusado a autoria do fato criminoso que lhe está sendo imputado.

Nesse contexto, conforme BETTIOL, o brocardo latino *Iudex debet iudicare secundum alligata et probata partium*, cujo significado pode ser apontado como “o juiz deve julgar segundo as coisas alegadas e provadas, pelas partes”⁸⁸, configura uma “carga formal verdadeira y própria”⁸⁹. Isto é, configuraria uma carga da prova adequada a ser enfrentada naqueles casos em que as partes desejam, precipuamente, evitar prejuízos, como o é no processo civil.

No entanto, em se tratando de Processo Penal, se nele de fato vicejasse uma verdadeira e adequada presunção de inocência do acusado, seria evidente que o ônus formal da prova caberia à acusação sem a necessidade de maiores questionamentos. E, se assim o fosse, nos casos em que o Ministério Público

⁸⁵ “Devemos examinar em particular o problema do ónus da prova” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 264. Tradução nossa).

⁸⁶ “Se não quer ver o juiz *in limine litis* rechaçar sua demanda” (BETTIOL, Ob. cit. p. 264. Tradução nossa).

⁸⁷ “Se quer que o juiz a leve em conta” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁸⁸ Tradução encontrada no dicionário de uso forense de expressões latinas. Disponível em: <<http://dominiododireito.com/termo/latino-i.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

⁸⁹ “Encargo/ônus verdadeiro e adequado” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

permanecesse inerte, deveria o juiz absolver sumariamente o réu, uma vez que milita a favor deste a presunção de inocência⁹⁰.

Porém, alerta BETTIOL, “el proceso penal no sucede así”⁹¹, pois o juiz tem o dever de “investigar a todo coste la verdad de los hechos sin estar limitado por presunciones a cargo o a favor del imputado”⁹². Até mesmo porque o juiz pode substituir a atividade do Ministério Público a fim de provar a existência do fato delitivo, ou a “inactividade del detenido para probar que el hecho por el contrario no subsiste”⁹³.

Então, se, de acordo com o exposto, não existe um ônus da prova no processo penal entendido no sentido formal proposto por BETTIOL, “subsiste, por el contrario, una carga entendida en sentido material que encuentra su razón de ser”⁹⁴ nos limites intelectuais do investigador. Neste contexto, em que investigador é o juiz, porquanto é quem investiga a verdade dos fatos acerca do crime sobre o qual decide, este pode se encontrar em “un estado de duda respecto a la fijación de un hecho que tiene importancia penal”⁹⁵. Assim, BETTIOL questiona: se o magistrado somente pode justificar sua decisão baseado num juízo de certeza sobre a existência do fato, “cuando el hecho permanece incierto, como debe él comportarse?”⁹⁶.

Portanto, já que não existe um ônus formal da prova a cargo da acusação, tampouco do acusado, para BETTIOL deve “todo el peso de la carga de la prueba en el proceso penal”⁹⁷ ser sustentado pela acusação, já que sobre ela recai o dever de provar - “se quiere eliminar toda duda de la mente del juez”⁹⁸ – terem os fatos constitutivos da pretensão punitiva ocorrido, como, p.e., “que el imputado de un

⁹⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 265.

⁹¹ “O processo penal não funciona assim” (BETTIOL, Ob. Cit., p. 265. Tradução nossa).

⁹² “Investigar a todo custo a verdade dos fatos sem estar limitado por presunções a favor ou contra o acusado” (BETTIOL, Ob. cit., p. 265. Tradução nossa).

⁹³ “Provar que o fato delitivo subsiste, ou a inatividade do acusado para provar que o fato, pelo contrário, não subsiste” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁹⁴ “Subsiste, pelo contrário, um ônus entendido em sentido material que encontra sua razão de ser” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁹⁵ “Em um estado de dúvida a respeito da fixação de um fato que tem importância penal” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁹⁶ “Quando o fato permanece incerto, como ele deve se comportar?” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁹⁷ “Todo o peso do ônus da prova no processo penal” (BETTIOL, Ob. cit. p. 265. Tradução nossa).

⁹⁸ BETTIOL, pp. 265-266. Tradução nossa: “se quiser eliminar toda a dúvida na mente do juiz”.

hurto haya sustraído realmente una cosa mueble ajena”⁹⁹. Assim, nesse mesmo sentido, também compete à acusação comprovar a inexistência de fatos impeditivos, como, p.e., que “no subsiste a favor del imputado el estado de necesidad que deja impune el delito de hurto”¹⁰⁰ que tenha cometido. Isto é, segundo o autor, a acusação deve comprovar todas as “condiciones y circunstancias que hacen posible la aplicación de la pena”¹⁰¹.

Tal fato é importante porque, se as provas não se confirmam, mesmo que restem dúvidas na sua mente, o juiz estaria obrigado a pautar sua decisão com base na regra do *in dubio pro reo et contra civitatem* e absolver o acusado¹⁰². Nesse raciocínio, BETTIOL afirma que “toda la carga de la prueba en el proceso penal está de este modo constituida y confiada”¹⁰³ à acusação e em benefício do acusado, a não ser que sobre ele repouse uma presunção de culpabilidade expressamente prevista pelo legislador¹⁰⁴.

A respeito deste *onus probandi*, Júlio B. J. Maier é enfático: “la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador”¹⁰⁵, até porque no processo penal “se trata del funcionamiento de la regla *in dubio pro reo* en la sentencia”¹⁰⁶. Desse modo, não sendo verificados todos os elementos que permitam afirmar com certeza a existência de um fato punível, “el resultado será la absolución”¹⁰⁷, bem como quando não for devidamente “destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impondrá el mismo resultado”¹⁰⁸.

⁹⁹ “Que o acusado de um furto tenha subtraído realmente uma coisa móvel alheia” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 266. Tradução nossa).

¹⁰⁰ “Não subsiste a favor do acusado o estado de necessidade que exclui a ilicitude do delito de furto” (BETTIOL, Ob. Cit., p. 266. Tradução nossa).

¹⁰¹ “Condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena” (BETTIOL, Ob. cit. p. 266. Tradução nossa).

¹⁰² BETTIOL, Ob. cit., p. 266.

¹⁰³ “Todo o ônus da prova no processo penal está deste modo constituída e destinada” (BETTIOL, Ob. cit., p. 266. Tradução nossa).

¹⁰⁴ BETTIOL, Ob. cit., p. 266.

¹⁰⁵ “O ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado corresponde ao acusador” (MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 505. Tradução nossa.)

¹⁰⁶ “Se trata do funcionamento da regra do *in dubio pro reo* na sentença” (MAIER, Ob. cit. pp. 505-506. Tradução nossa).

¹⁰⁷ “O resultado será a absolvição” (MAIER, Ob. cit. p. 506. Tradução nossa).

¹⁰⁸ “Destruída com certeza a probabilidade de um fato impeditivo de sua condenação ou da pena, impondo-se o mesmo resultado” (MAIER, Ob. cit. p. 506. Tradução nossa).

Segundo MAIER assim o é, pois o acusado não “tiene necesidad de construir su inocência, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara”¹⁰⁹. Sem embargo, conforme a lição do autor, quem busca a condenação do acusado é quem deve “destruir completamente” sua posição de presumida inocência demonstrando a certeza “sobre la comisión de un hecho punible”¹¹⁰.

Enfática é a afirmação nesse mesmo sentido proferida pelo processualista brasileiro Aury Lopes Junior, já que se considerando “o imputado presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada”. Além disso, propõe o autor que, em não havendo “distribuição de cargas probatórias” no processo penal, o ônus de provar a culpabilidade do acusado “está inteiramente nas mãos do acusador”¹¹¹. Fundamentando tal assertiva na primeira parte do art. 156 do CPP, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”¹¹², LOPES JR. sustenta que “a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade” e que, portanto, cabe “ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito”¹¹³.

É, por fim, o que também intui Paulo Rangel, quando afirma que “o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência”¹¹⁴, que, conforme será visto no item 5.1.4, também atua invertendo o ônus da prova. Para RANGEL, é dever do órgão acusador demonstrar a prova da culpa do acusado que, até então, presume-se inocente¹¹⁵. Nesse sentido, “caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado”¹¹⁶.

¹⁰⁹ “[Não] tem necessidade de construir sua inocência, já construída de antemão pela presunção [de inocência] que lhe ampara” (MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 506. Tradução nossa.)

¹¹⁰ “Sobre o cometimento de um fato punível” (MAIER, Ob. cit. p. 506. Tradução nossa.)

¹¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 397.

¹¹² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 399.

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

¹¹⁵ Idem, ibidem.

¹¹⁶ Idem, ibidem.

4. SITUAÇÕES DECORRENTES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR REI*: ARMAS E GARANTIAS EXCLUSIVAS DA DEFESA

Antonio Scarance Fernandes leciona que a história do processo penal “é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo idéias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado”, e, com isso, buscando-se a “afirmação e preservação de suas garantias”.¹¹⁷ Segundo o referido autor:

Essa diversidade de encaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais.¹¹⁸

Sob essa perspectiva, indica Renato Brasileiro de Lima, o *favor rei* proporciona diversos “mecanismos postos à disposição exclusiva da defesa na busca de equilibrar os pratos da balança com a acusação”¹¹⁹. Sendo assim, indica-se que por genuína imposição do *favor rei* decorrem situações que visam proporcionar ao acusado certa vantagem com relação à acusação no curso do processo penal, caracterizando uma verdadeira desigualdade de armas e garantias a favor do réu.

Nessa senda, pode-se indicar alguns institutos que somente podem ser utilizados em benefício do réu ou que somente podem ser manuseados por sua defesa, como recursos privativos da defesa; a regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*; a absolvição por falta de provas; a vedação da *reformatio in pejus*; a revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc.¹²⁰ Por isso serão tratadas uma a uma estas situações em que notoriamente prevalecem no processo penal os interesses do acusado.

¹¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

¹¹⁸ Idem, ibidem.

¹¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 653.

¹²⁰ Idem, ibidem.

4.1. FUNDAMENTOS PARA A DESIGUALDADE PROCESSUAL EM FAVOR DO RÉU

A partir de uma ótica formal, “o princípio da igualdade preconiza que todos são iguais perante a lei” e que esta “não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais”¹²¹. Contudo; elucida LIMA, a “realidade demonstra, de maneira incontestada, que esta igualdade não existe, notadamente em sede processual penal”, pois, na confrontação entre acusação e defesa, no mais das vezes, de um lado está o Ministério Público, uma vez que titular da ação penal pública – contando com todo o poder de punir do estado e, ainda, dispondo do aparato da Polícia Judiciária para municiá-lo com os elementos e as informações necessárias para a confecção e oferecimento da denúncia; ao passo que no outro polo se encontra o “acusado, invariavelmente num plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal”¹²².

Mas, então, de que valeria “as partes acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, equidistantes do Juiz” se não há um “equilíbrio de forças” lhes proporcionando “os mesmo instrumentos para a pugna judiciária”?¹²³ Conforme continua a indagar TOURINHO FILHO, se realmente há uma igualdade no curso do processo:

Por que apenas o réu pode opor embargos infringentes ou de nulidade? Por que a revisão criminal só pode ser postulada em face de uma sentença condenatória? Por que o princípio proibitivo da *reformatio in pejus*?¹²⁴

Para TOURINHO FILHO¹²⁵ as respostas residem no fato de que o Estado já quebrou “essa paridade de armas na fase pré-processual”, quer seja, durante a fase de investigações, notadamente de “estrutura inquisitória”. Tal raciocínio decorre do fato de que no inquérito policial não são conferidos quaisquer outros direitos ao acusado a não ser aqueles reservados pela CF/88 que dizem “respeito à sua integridade” e de não ser submetido “a tratamento desumano ou

¹²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 653.

¹²² Idem, ibidem.

¹²³ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 66.

¹²⁴ Idem, ibidem.

¹²⁵ Idem, ibidem.

degradante”, bem como o direito de não ser preso ou mantido preso nos casos em que a lei admite a liberdade provisória, como também não ter sua prisão decretada “senão por ordem escrita e fundamentada”.

Segundo leciona SCARANCE FERNANDES, a afirmação de que acusação e defesa “devem ter tratamento paritário” não impossibilita que se ofereça “tratamento especial” a uma delas a fim de “compensar eventuais desigualdades”, justamente para que seja suprido o “desnível da parte inferiorizada” e, portanto, resguardada “a paridade de armas”¹²⁶. Assim, por estar a “acusação [...] afeta a órgão oficial”, tendo a seu dispor todo o aparato estatal, ao passo que o acusado conta “somente com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado”, essa “situação de desvantagem justifica o tratamento diferenciado” em favor da defesa, consagrando os “princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*”¹²⁷.

O fundamental acerca dessas considerações é que as situações de prevalência dos interesses do réu decorrem diretamente do princípio do *favor rei*, que incide de forma a “contrabalançar” a força do Estado-acusação conferindo certas vantagens ao acusado.¹²⁸ Portanto, conforme já dito anteriormente por BETTIOL: na contraposição do *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do acusado, “la preeminência debe ser atribuída a este último si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe”.¹²⁹

4.2. RECURSOS PRIVATIVOS DA DEFESA

O recurso é um “direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais,” de modo que possa requerer a “revisão, total ou parcial, em instância superior” àquela que a proferiu¹³⁰. Segundo NUCCI, o recurso é uma “manifestação natural de inconformismo da parte com

¹²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

¹²⁷ FERNANDES, Ob. cit., p. 49.

¹²⁸ Idem, ibidem.

¹²⁹ “A prevalência deve ser atribuída a este último se se quer que a a liberdade triunfe” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 262. Tradução nossa).

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 503.

a decisão proferida pelo juiz”, motivo pelo qual, em geral, os recursos devem ser voluntários, tempestivos e taxativos¹³¹.

Conforme LOPES JR., “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador)”¹³². Para este autor, o conceito de recurso está vinculado “à ideia de ser um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita modificação [...] ou a anulação de uma decisão judicial [...] no mesmo processo em que ela foi proferida”¹³³.

Afora isso, é consabido que os recursos são verdadeiros remédios “contra as decisões judiciais”¹³⁴. Assim, impende destacar que por meio dos recursos “não se instaura uma nova relação processual (um *novo processo*)”, uma vez que pelo recurso se opera “um mero prosseguimento da relação processual já existente”¹³⁵. Neste sentido, os recursos serão sempre anteriores “à formação da coisa julgada”¹³⁶, de modo que um dos traços distintivos entre os recursos e as “ações autônomas de impugnação” é justamente “o fato de que as últimas se dirigem contra decisões já passadas em julgado”, enquanto “os primeiros são exercíveis antes do trânsito em julgado”, pois seu fito é “exatamente” o de “obstá-lo”¹³⁷.

Dito isso, seguindo os categóricos ensinamentos de GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCA FERNANDES, pode-se conceituar o recurso como:

O meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão.¹³⁸

Muito importante referir, neste ponto, que “exatamente por se tratar de meios *voluntários* de impugnação, os recursos, quanto à sua interposição,

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 503.

¹³² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 858.

¹³³ LOPES JR. Ob. Cit., p. 859.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 26.

¹³⁵ GRINOVER, Ob. Cit., p. 27.

¹³⁶ GRINOVER, Ob. cit., p. 26.

¹³⁷ Idem, ibidem.

¹³⁸ GRINOVER, Ob. cit., p. 27.

configuram um *ônus processual*¹³⁹. Desse modo, os recursos representam “uma faculdade” que ao não ser “exercida” pode vir a “acarretar consequências desfavoráveis”¹⁴⁰. Nesta toada, quando se fala em processo, evidencia-se que:

Aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida, perde a oportunidade de obter sua reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração, consolidando-se, para ele, os efeitos da decisão.¹⁴¹

Portanto; quando se fala especificamente em processo penal, cabe ressaltar que as consequências da não oposição de recursos tendem a ser predominantemente desfavoráveis ao réu. No entanto, como será visto adiante, o “ônus de recorrer sofre” uma série de “atenuações”, como, por exemplo, “nos casos de necessidade do duplo grau de jurisdição”; nos quais “a decisão poderá ser revista pelo tribunal de segundo grau”, bem como por conta da incidência do “princípio do *favor rei*”; que poderá “dar margem à denominada *reformatio in melius*”, que, conforme se verá adiante, resumidamente, trata-se de uma “revisão da decisão, no recurso da acusação, para favorecer o acusado, ainda que este não tenha recorrido”¹⁴².

4.2.1. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

O recurso de embargos infringentes e de nulidade está previsto no parágrafo único do art. 609 do CPP, que assim preceitua:

Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.¹⁴³

Segundo GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, este recurso se trata de uma “impugnação privativa da defesa” que parece estar

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

¹⁴⁰ Idem, ibidem.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

¹⁴² Idem, ibidem.

¹⁴³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

fundamentada “no receio de que” seja cristalizado “contra o réu, um julgamento injusto”¹⁴⁴. Assim, se infere em decorrência da “existência de um voto mais favorável” ao réu no âmbito do acórdão - o que indicaria “que a solução dada à causa, no mínimo, não é pacífica”¹⁴⁵. Quanto à “aparente dualidade (*embargos infringentes e de nulidade*)”, os autores afirmam que, apesar disso, trata-se de um único recurso cuja distinção se explica em decorrência da “natureza da matéria debatida: material ou exclusivamente processual”¹⁴⁶.

Os embargos infringentes e de nulidade possibilitam que, através da ampliação da “composição da turma julgadora”, a fim de que a matéria objeto de divergência seja reexaminada, a situação do acusado seja melhorada – caso prevaleça “o voto divergente”¹⁴⁷. De tal sorte, só são oponíveis embargos infringentes e de nulidade aos “acórdãos proferidos pelos tribunais de segundo grau no julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito”¹⁴⁸.

Impende arguir que os embargos infringentes e de nulidade somente são oponíveis caso a decisão a ser embargada “tenha sido *desfavorável* ao réu e resultante de votação *não unânime* pelos integrantes da turma julgadora”¹⁴⁹. Destarte, neste recurso “a matéria que pode ser impugnada” é limitada somente àquela que instaurar a divergência entre os votos¹⁵⁰. Portanto, “se o desacordo for *total*, integral será o reexame da matéria [...] que ensejou os embargos; se *parcial*, a impugnação [...] estará limitada ao que ficou decidido sem unanimidade”¹⁵¹.

Segundo a lição de Renato Marcão, é de suma importância notar que os embargos infringentes e de nulidade somente são oponíveis quando a “decisão não unânime proferida em 2ª instância” for desfavorável ao acusado¹⁵². Além disso, MARCÃO refere que mesmo que se fale em recursos privativos da

¹⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.163.

¹⁴⁵ Idem, ibidem.

¹⁴⁶ Idem, ibidem.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ob. cit. p.164.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ob. cit. p.165.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ob. cit., p.166.

¹⁵¹ Idem, ibidem.

¹⁵² MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado** / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1323.

defesa, “não há que se falar em violação ao princípio da paridade de armas”, pois a “regulamentação atende à determinação contida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que garante a ampla defesa [...] com todos os recursos a ela inerentes”¹⁵³.

Por fim, como fora visto, os embargos infringentes e de nulidade constituem uma espécie de recurso que é privativo da defesa, coadunando-se à noção do *favor rei*. Nessa ótica, apesar de os legitimados para interpô-lo serem o “réu ou seu defensor”, é possível sua interposição pelo próprio “órgão do Ministério Público (no caso, a Procuradoria-Geral)”¹⁵⁴ naqueles casos em que a própria acusação visa recorrer “em favor do acusado”¹⁵⁵.

4.2.2. PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

A proibição da *reformatio in pejus* está expressa no art. 617 do CPP, que assim dispõe: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”¹⁵⁶. Nesse sentido, segundo a trinca de seletos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, “pelo recurso do réu e sem que haja recurso do Ministério Público, não pode ser agravada a situação do recorrente”¹⁵⁷.

Para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, a *reformatio in pejus* significa uma “diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão do recurso”¹⁵⁸. Dessa forma, nem mesmo aquelas matérias que o juiz deve conhecer de ofício (p.e., nulidades absolutas) podem ensejar que “o

¹⁵³ MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado** / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1323.

¹⁵⁴ Segundo GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, esta “ampla legitimidade” do MP decorre do art. 577 do CPP. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.166.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ob. cit. p.166.

¹⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

¹⁵⁷ GRINOVER, Ob. cit. p. 39.

¹⁵⁸ Idem, ibidem.

recurso do réu” sirva “para o reconhecimento de nulidade que prejudique a defesa”¹⁵⁹.

Sob outro prisma, Edilson Mougenot Bonfim concatena a vedação da *reformatio in pejus* à impossibilidade que “o juízo *ad quem*” decida “fora dos limites pugnados pelo réu em sua apelação, *ultra* ou *extra petitum*”, pois, caso o réu tivesse sua pena agravada, “haveria afronta ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*”¹⁶⁰. Assim, para BONFIM, mesmo quando se trate da “hipótese de erro de procedimento”, a decisão não pode piorar a situação do acusado¹⁶¹.

Mauro Fonseca Andrade dita que a proibição da *reformatio in pejus* decorre diretamente do princípio do *favor rei* e funciona como uma de suas garantias, através da qual se busca “evitar” que o acusado venha a ser surpreendido pela modificação para pior de “um dos pontos da sentença”, isto é, ter sua situação agravada pela nova decisão¹⁶². Tal lógica advém do fato de que, caso um recurso do próprio acusado visando a atenuação de sua condenação pudesse ser convertido de forma a lhe prejudicar, tal possibilidade “converteria os membros do tribunal em mais acusadores do que o próprio acusador”¹⁶³.

Convém mencionar que há, ainda, a proibição da chamada *reformatio in pejus* indireta, que, conforme GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, funciona da seguinte forma:

[Nos] casos em que a sentença venha a ser anulada, por intermédio de recurso do réu [...] o juiz que vier a proferir nova decisão, em lugar da anulada, ficará vinculado ao máximo da pena imposta na primeira sentença, não podendo agravar a situação do réu. Se o fizesse, argumenta-se, estaria ocorrendo uma *reformatio in pejus indireta*.¹⁶⁴

No entanto, os referidos autores alertam para o fato de que a doutrina e a jurisprudência não seguem essa mesma orientação nos casos em que se trata

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

¹⁶⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado** / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 872.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*.

¹⁶² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**./Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013. p. 191.

¹⁶³ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ob. cit. p. 41.

“de anulação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri”, pois se tem o entendimento de que “a regra não pode limitar a soberania do tribunal popular que volte a julgar a causa”¹⁶⁵. Também nesse sentido, não haveria tal “proibição para o agravamento” nos casos em que o processo é “anulado por incompetência absoluta do julgador e, sobretudo nos casos de incompetência constitucional”, já que, nestes casos, acarretaria a “inexistência jurídica da sentença, pois a decisão foi proferida por órgão desvestido do poder de julgar”¹⁶⁶.

Finalmente, segundo Gilberto Lozzi, a explicação para a proibição da *reformation in pejus* somente pode decorrer da incidência do princípio do *favor rei*¹⁶⁷. Isso, segundo o autor italiano, especialmente porque somente este princípio é capaz de “giustificare le eccezioni che l'istituto in esame aporta ad alcuni principi fondamentali”¹⁶⁸.

4.2.3. PERMISSÃO DA REFORMATIO IN MELIUS

Diametralmente oposta à noção da *reformatio in pejus* é a noção da chamada *reformatio in melius*. Para Edilson Mougenot Bonfim, a *reformatio in melius* possui explicação “ao inverso do que se pensaria quando o apelo advém exclusivamente da acusação”, pois possibilita que o “órgão jurisdicional superior” absolva ou minore a pena do réu, já que “não há qualquer restrição imposta pelo art. 617 do CPP, que proíbe exclusivamente a *reformatio in pejus*”¹⁶⁹. Segundo BONFIM, o fundamento deste “raciocínio” centra “sua razão de ser no papel do Ministério Público como órgão acusatório do Estado”, já que, por ser também o órgão responsável pela fiscalização da “correta aplicação da

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

¹⁶⁶ Idem, ibidem.

¹⁶⁷ LOZZI, Gilberto. **Favore Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 115.

¹⁶⁸ “Justificar as exceções que o instituto em questão traz para alguns princípios fundamentais de nosso ordenamento” (LOZZI, Ob. cit. p. 115. Tradução nossa).

¹⁶⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado** / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 873.

lei”, não há por parte dele “interesse na manutenção de uma sentença injusta”¹⁷⁰.

Para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, *reformatio in melius* é uma denominação imprópria, “pois se trata sempre de *reformatio in pejus* para o recorrente”, neste caso, o “órgão da acusação”.¹⁷¹ Seja como for, através da *reformatio in melius* se pode incorrer na situação de o recurso interposto pela acusação beneficiar o réu¹⁷². Essa lógica, segundo os autores, é inspirada nos princípios do “*favor rei* ou *favor libertatis*”, já que a previsão do art. 617 do CPP parece ter sido ditada “apenas para beneficiar a defesa”¹⁷³.

Segundo ANDRADE, a *reformatio in melius* “se caracteriza [...] pela possibilidade do tribunal *ad quem* reformar a decisão do primeiro grau de jurisdição em benefício do acusado”.¹⁷⁴ Assim, o tribunal pode utilizar tanto o recurso interposto pelo réu, ou até mesmo o recurso interposto pela acusação, “para fazer reformas que beneficiarão o acusado, ainda que elas não hajam sido requeridas por quem recorreu”¹⁷⁵.

Consoante ANDRADE, o “fundamento para a existência” da *reformatio in melius* reside no fato de que ao Estado não interessa desrespeitar “as regras do direito processual”, até porque foram “criadas por ele mesmo”¹⁷⁶. Portanto, a garantia da *reformatio in melius*, para além de configurar um “privilégio”, “deve ser entendida como uma garantia do acusado contra os eventuais abusos ou omissões do Estado-perseguidor ou do Estado-jurisdição”¹⁷⁷.

¹⁷⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado** / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 873.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

¹⁷² Idem, ibidem.

¹⁷³ Idem, ibidem.

¹⁷⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.**/Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013. p. 191.

¹⁷⁵ Idem, ibidem.

¹⁷⁶ Idem, ibidem.

¹⁷⁷ Idem, ibidem.

4.3. REVISÃO CRIMINAL EXCLUSIVAMENTE *PRO REO*

Conforme infere Giuseppe Bettiol, “el proceso penal por naturaleza tende a una sentencia”¹⁷⁸. Assim, toda a ação penal, esteja ela pedindo a condenação do acusado, esteja ela pedindo sua absolvição, “encuentra su consunción em una decisión del magistrado que decide sobre los hechos de que se han tratado”¹⁷⁹. Sabendo-se que a sentença é obra de um ser humano e que, por isso mesmo, pode estar equivocada, isto é, ser injusta, há a possibilidade de sua revisão que, em muitos casos funciona como um verdadeiro remédio. Contudo; BETTIOL assevera:

Del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada penal deriva una regla muy importante: la del *ne bis in idem* que encierra una verdadera y propia preclusión, por la que, en el supuesto de la identidad del hecho no se puede ser juzgado una segunda vez por el mismo hecho y, por tanto, reasumir la condición de imputado.¹⁸⁰

A coisa julgada está guarnecida no art. 5º, XXXVI da CF/88, que afirma, *in verbis*, que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹⁸¹. Convém, desde logo, frisar que sua importância é imensa, já que a coisa julgada representa uma “exigência essencial à segurança jurídica”¹⁸².

Historicamente a revisão criminal de processos findos foi instituída no Brasil pelo art. 9º, III, do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890¹⁸³. Este decreto atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal (STF) para “proceder á

¹⁷⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 272.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁰ “Do princípio da imutabilidade da coisa julgada penal deriva uma regra muito importante: a do *ne bis in idem* que contém uma verdadeira e específica preclusão, a partir da qual um imputado julgado por um determinado ato, não pode ser julgado uma segunda vez pelo mesmo ato e, portanto, retomar o status de acusado” (BETTIOL, Ob. cit. p. 272. Tradução nossa).

¹⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 237.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impresao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

revisão dos processos criminaes em que houver sentença condenatoria definitiva”¹⁸⁴.

Desde então, conforme GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, a revisão criminal “foi sempre contemplada em nível constitucional” e, ainda que não esteja “incluída no capítulo atinente aos direitos e garantias fundamentais, guarda sem dúvida natureza de ação constitucional”, sendo “considerada tradicionalmente direito fundamental do condenado”¹⁸⁵. Além disso, a revisão criminal é “tradicionalmente” um “remédio exclusivo da defesa”¹⁸⁶.

Hodiernamente, a revisão criminal está indicada em âmbito constitucional no art. 102, I, j, que afirma competir ao STF “processar e julgar, originariamente”, os casos de “revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”¹⁸⁷. No CPP a revisão criminal está assentada num rol de nada menos do que dez artigos, precipuamente os arts. 621 à 631 do *códex processual*¹⁸⁸.

GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES lecionam que toda “atividade jurisdicional” está sujeita a erros, afinal, está-se falando de uma atividade humana e, por isso mesmo, “inseparável do erro”¹⁸⁹. Assim, o fundamento da utilização da revisão criminal voltada a defender exclusivamente os interesses do réu, é um argumento político¹⁹⁰. Segundo os referidos autores, “o drama” vivido pelo réu por ter um processo penal voltado contra si já se trata de “um castigo”, assim, por manifestação do “princípio do *favor revisionis* (desdobramento daquele do *favor rei*)”, se pode chegar à conclusão de que “o réu absolvido não pode ser submetido a novo julgamento”¹⁹¹.

¹⁸⁴ BRASIL. **Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 238.

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ob. cit. p. 238.

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁹¹ Idem, *ibidem*.

Segundo Aury Lopes Junior, a revisão criminal é erroneamente tratada pelo CPP junto aos recursos¹⁹². Assim, também como para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES¹⁹³, trata-se, na verdade, de “uma ação de impugnação”, cuja “competência originária” pertence aos tribunais, não sendo, portanto, um recurso¹⁹⁴.

Além disso, de acordo com LOPES JR., a revisão criminal, por ser um “meio extraordinário de impugnação [...] que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado”, não se submete a prazos e nem é atingida pela coisa julgada¹⁹⁵. Desse modo, se pode concluir que a revisão criminal se situa “numa linha de tensão entre a “segurança jurídica” instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor da justiça”¹⁹⁶.

Impende, porém, indicar que a revisão criminal somente tem cabimento diante de alguns pressupostos. Desse modo, a partir da lição de Norberto Avena, indica-se a:

(i) *Existência de decisão judicial condenatória*: pois “não se admite a utilização da revisão criminal nem de qualquer outra via impugnativa para a desconstituição da sentença absolutória”¹⁹⁷;

(ii) *Ocorrência do trânsito em julgado*: porque só se busca a revisão daquela “decisão contra a qual já estiverem preclusas todas as vias recursais”¹⁹⁸, conforme expressa o art. 625, § 1º, do CPP: “O requerimento será instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos”¹⁹⁹,

¹⁹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 969.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 239.

¹⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 969.

¹⁹⁵ Idem, ibidem.

¹⁹⁶ Idem, ibidem.

¹⁹⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 1.210.

¹⁹⁸ AVENA, Ob. cit. p. 1.212.

¹⁹⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

Por fim, convém salientar que a utilização da revisão criminal necessita respeitar as hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do CPP²⁰⁰. Desse modo, a ação de revisão só prosperará caso sejam identificadas as situações legais que a autorizam, quais sejam: (I) “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”; “quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos”; e, por fim, (III) “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

4.4. FAVOR REI COMO REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA PROVA DO *IN DUBIO PRO REO*

A regra do *in dubio pro reo*, hodiernamente conhecida através do adágio popular que afirma ser “melhor absolver um culpado do que condenar um inocente” deita raízes no *Digesto*²⁰¹, funcionando na época do Direito Romano através do brocardo “*status esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente)²⁰². Já no Direito Canônico imperava “la máxima “*actore non probante reus absolvitur*” que, mais tarde, segundo Júlio B. J. Maier, sob a égide do Inquisitivismo foi trasladada e desfigurada para a noção do “*innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur, Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*”²⁰³.

Conforme MAIER, ainda que se discuta o verdadeiro nascimento da máxima do *in dubio pro reo*, a sua concepção atual é fruto do Iluminismo, “cristalizado en la presunción de inocencia declamada por el art. 9 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”²⁰⁴. Assim, para o autor o conteúdo de tal princípio está galgado na ideia de que “la exigencia de que la sentencia de condena y, por end, la

²⁰⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

²⁰¹ MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 494.

²⁰² “É preferível deixar impune um culpado por um fato punível do que prejudicar a um inocente” (MAIER, ob. cit. p. 494. Tradução nossa).

²⁰³ MAIER, Ob. cit. p. 494.

²⁰⁴ “Cristalizado na presunção de inocência declamada pelo art. 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (MAIER, Ob. cit. p. 495. Tradução nossa).

aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”²⁰⁵.

Para Giuseppe Bettiol “la regla *in dubio pro reo* no se refiere sólo en concreto a la interpretación de la norma penal”, pois o *favor rei* já inspira sempre a interpretação da norma de forma mais favorável ao acusado²⁰⁶. Dessa forma, segundo BETTIOL, o *in dubio pro reo* reconduz à noção de ônus da prova, encontrando sua aplicação exatamente quando o fato permanecer incerto e, conseqüentemente, não conseguir ser provado pela acusação²⁰⁷.

Mauro Fonseca Andrade aduz que o princípio do *in dubio pro reo et contra civitatem*, em conjunto com a presunção de inocência, constitui um “dever do acusador de demonstrar cabalmente a veracidade de sua acusação”²⁰⁸. Por derivar “da carga da prova acusatória”, esta garantia visa impedir que “uma simples acusação não comprovada” produza “preconceitos sociais e os mesmo efeitos de uma sentença condenatória imodificável”²⁰⁹.

Nesse mesmo matiz é a doutrina de Aury Lopes Junior, para quem “ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória” à acusação, reforçando a “regra de julgamento” segundo a qual não se deve “condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada”²¹⁰. Sendo assim, caso a acusação não logre êxito em provar ao julgador a autoria e a materialidade do fato, imputando-a ao acusado, sua “absolvição é imperativa”²¹¹.

Vicente Greco Filho, a seu turno, leciona que “a regra de apreciação da prova *in dubio pro reo*” determina que em caso de “dúvida quanto à situação de fato, a

²⁰⁵ “A exigência de que a sentença de condenação e, em última análise, a aplicação de uma pena somente pode estar fundada na certeza do tribunal sobre a existência de um ato punível atribuível ao acusado” (MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 495. Tradução nossa).

²⁰⁶ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 266.

²⁰⁷ Idem, ibidem.

²⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**./Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013. p. 187.

²⁰⁹ Idem, ibidem.

²¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 398.

²¹¹ Idem, ibidem.

conclusão deve ser absolutória²¹². Sustenta o autor que “se fosse possível condenar sem provas suficientes” se cairia na vala de uma “condenação sem fundamentação” condicionada a uma “atuação arbitrária da justiça penal”²¹³.

No direito pátrio a regra do *in dubio pro reo* está insculpida no art. 386, VII, do CPP, que impele que deverá o juiz absolver o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”²¹⁴. Em termos práticos, não logrando a acusação demonstrar a materialidade e autoria do crime, impõe-se a absolvição, donde, *in dubio pro reo*.

Portanto, segundo BETTIOL, “nunca, cuando es incierto el hecho, podrá tener lugar una sentencia de condena”²¹⁵. Neste caso, o juiz deve absolver o réu através de uma sentença de absolvição por insuficiência de provas²¹⁶.

4.5. FAVOR REI E A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS

A absolvição pela falta de provas está prevista no art. 386 do CPP, mais claramente nos incisos II, V e VII²¹⁷. Esse mesmo dispositivo legal consagra também outras regras para absolvição do acusado inspiradas no *favor rei*, dentre elas a que já fora vista no tópico anterior a respeito da absolvição por insuficiência de provas decorrente do critério do *in dubio pro reo*.

A dicção do art. 386 do CPP revela o dever do juiz absolver o réu quando, conforme seu inciso II, for reconhecida “não haver prova da existência do fato”; conforme o inciso V, “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”; e de acordo com o inciso VII, já tratado, “não existir prova suficiente para a condenação”²¹⁸. Assim, nestes casos, a absolvição por falta de provas se faz impositiva.

²¹² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 105.

²¹³ Idem, ibidem.

²¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

²¹⁵ “Sendo o fato incerto, nunca poderá ser proferida uma sentença condenatória” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 266. Tradução nossa).

²¹⁶ BETTIOL, Ob. cit. p. 266.

²¹⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

²¹⁸ Idem, ibidem.

Conforme Edilson Mougenot Bonfim, no caso do inciso II, trata-se da hipótese de que embora o “fato criminoso” possa “ter existido”, não há, contudo, “prova de sua ocorrência”²¹⁹, motivo pelo qual o réu deve ser absolvido. Na hipótese do inciso V, não há demonstração de “ter o acusado, de qualquer forma, concorrido para a prática da infração penal”²²⁰. Por fim, quanto ao inciso VII, anota BONFIM, que esta “hipótese representa a aplicação do princípio do *favor rei*”, haja vista que a “produção de prova da autoria e materialidade do crime cabe à acusação”²²¹, conforme visto no tópico anterior. Entende-se, ainda, que todos os incisos tratados detêm em si uma inferência ao princípio do *favor rei*, motivo pelo qual a absolvição do réu é imperiosa.

No entanto, “em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno do fato existir ou não”, pois mesmo tendo absolvido o réu, não “afastou, por completo, a autoria [...] assim como não considerou lícita a conduta”²²². Portanto, como preceitua Guilherme de Souza Nucci, há a possibilidade de propositura de ação civil *ex delicto*, já que a absolvição por falta de provas não configura “impedimento à indenização civil”²²³.

Também neste sentido GRECO FILHO, que indica que em que pese “a absolvição por falta de provas” poder deixar “questões remanescentes”, estas não são de “competência do juiz criminal”²²⁴. Portanto, dão ensejo à propositura de “ação adequada no juízo cível, inclusive quanto ao aspecto da reparação do dano moral”.²²⁵ Além disso, “a absolvição por falta de provas impedirá qualquer nova ação penal sobre o mesmo fato”²²⁶.

Quanto aos efeitos da sentença absolutória por falta de provas concernentes ao réu, estes estão previstos no parágrafo único do art. 386. Dessa forma, como preceitua o referido dispositivo legal, *in verbis*, “na sentença absolutória, o juiz: I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II –

²¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado** / Edilson Mougenot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 563.

²²⁰ Idem, *ibidem*.

²²¹ Idem, *ibidem*.

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 153.

²²³ Idem, *ibidem*.

²²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 519.

²²⁵ Idem, *ibidem*.

²²⁶ GRECO FILHO, Ob. cit. p. 596.

ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;” e “III – aplicará medida de segurança, se cabível”²²⁷.

Por fim, se, como se viu em BETTIOL²²⁸, o ônus da prova no processo penal incumbe ao órgão acusador (MP) e milita em benefício do acusado, parece um tanto quanto lógico que a falta de provas enseje sua absolvição. Nesse sentido, infere-se que a ausência de provas deve inexoravelmente converter-se na absolvição do acusado por nítida manifestação do princípio do *favor rei*.

4.6. ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU

Em que pese o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, também chamado princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, emanar do art. 5º, LVI, da CF/88, que preceitua serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”²²⁹, esta vedação é mitigada por uma inspiração *favor rei*. Nesse sentido, como se verá, mesmo as provas obtidas de forma ilícita são admitidas no processo quando sua utilização puder beneficiar o réu.

Conforme Renato Brasileiro de Lima, muito embora esteja prevista “a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos [...]”, não há na CF/88 conceituação do que são provas ilícitas, nem mesmo “regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo”²³⁰. A esse respeito, impende mencionar que Aury Lopes Jr. aduz não passar o inciso LVI do art. 5º da CF/88 de “uma norma geral, que simplesmente menciona “processo””, sem nem ao menos “fazer qualquer distinção entre processo civil e penal”²³¹. Não obstante a isso, o CPP foi atualizado neste

²²⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de maio de 2019.

²²⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 266.

²²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de abril de 2019.

²³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 621.

²³¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 427.

sentido e, desde a inclusão feita pela lei 11.690, de 2008, seu art. 157 também informa que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.²³²

Assim, segundo LOPES JR., “devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita”, sendo a prova ilegal “gênero, do qual são espécies a: (i) *prova ilegítima*: que vem a ser a prova decorrente da “violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo”, ocorrendo, portanto, dentro do processo; (ii) *prova ilícita*: é aquela que decorre da violação de “regra de direito material” ou da própria Constituição “no momento da sua coleta”, sendo, portanto, anterior ou concomitante ao processo” e sempre externa a ele²³³.

Nesse mesmo sentido, LIMA preceitua que “a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento” jurídico, seja de “natureza material ou processual”. Assim, as provas que forem obtidas ilegalmente são o gênero, “do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos”²³⁴.

Também desse modo refere SCARANCA FERNANDES, quando leciona que “a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico”²³⁵. Fornecendo uma necessária distinção entre prova ilegal e prova ilegítima, sinteticamente assinala o autor que a prova ilícita

²³² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 de abril de 2019.

²³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 428.

²³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 621.

²³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

decorre de ofensa à “norma substancial”, enquanto a prova ilegítima decorre do não atendimento de “preceito processual”²³⁶.

De qualquer forma, embora o legislador constituinte tenha vedado de forma expressa a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos no processo, tem sido acolhida a chamada “teoria da proporcionalidade”²³⁷. Segundo esta teoria, objetiva-se atenuar a rigidez do disposto no art. 5º, LVI da CF/88, sempre que “a ofensa a determinada vedação constitucional” promover a “proteção de valor maior também garantido pela Constituição”²³⁸.

Portanto, para SCARANCE FERNANDES a “prova ilícita *pro reo*” se fundamenta na imposição de outro princípio constitucional: o da ampla defesa²³⁹. Segundo o autor, do choque entre as garantias constitucionais da vedação da prova ilícita e da ampla defesa, a ampla defesa tem prevalência²⁴⁰ a fim de garantir ao acusado a utilização, como preceitua o art. 5º, LV, da CF/88, de todos “os meios e recursos a ela inerentes”²⁴¹.

LOPES JR. é mais categórico quanto ao tema: a prova ilícita só pode ser “admitida e valorada” em “favor do réu”, pois “na ponderação entre o direito de liberdade de um inocente” e o “eventual” sacrifício de qualquer outro direito “na obtenção da prova (dessa inocência)”²⁴², deverá prevalecer o direito à liberdade. Para este autor, a validade de tal asserção se resguarda no fato de que na “obtenção (ilícita) da prova” o réu estaria “acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade”²⁴³.

Por fim, para SCARANCE FERNANDES a admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* se fundamenta no fato de que “seria inaceitável” se conceber uma condenação baseada na impossibilidade de o réu demonstrar sua

²³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

²³⁷ FERNANDES, Ob. Cit., p. 83.

²³⁸ Idem, ibidem.

²³⁹ FERNANDES, Ob. cit. p. 85.

²⁴⁰ Idem, ibidem.

²⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

²⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 430.

²⁴³ LOPES JR., Ob. cit. p. 431.

inocência a não ser através “de prova obtida de forma ilícita”²⁴⁴. Portanto, não seria justificável a “condenação [...] de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos”²⁴⁵.

5. FAVOR REI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio do *favor rei*, segundo RANGEL, “é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático” e o “operador do direito”, ao deparar-se “com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado”²⁴⁶. É com esta assertiva que se inicia o presente capítulo, na busca por reflexões e definições a cerca do princípio do *favor rei* possuir ou não guarida constitucional.

A chamada “*constitucionalização do processo penal*, característica do Estado Democrático — ou Constitucional — de Direito, deu-se no Brasil efetivamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988”²⁴⁷. Dessa forma, “regras e princípios do processo penal clássico (antes de 1988) foram erigidos à categoria de regras e princípios constitucionais”, de modo que disposições ultrapassadas foram aperfeiçoadas e “a Constituição Federal albergou preceitos jurídicos que, na seara do processo penal” configuraram-se como “*garantias processuais* e de jurisdição” refletindo “o caráter de fonte secundária do processo penal”²⁴⁸.

Conforme leciona o douto constitucionalista e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do séc. XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”²⁴⁹. Não obstante, segundo BARROSO, foi a partir do “reconhecimento

²⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. — 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

²⁴⁵ FERNANDES, Ob. Cit., p. 85.

²⁴⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.35.

²⁴⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. pp. 41-42. Grifo no original.

²⁴⁸ BONFIM, Ob. cit. p. 42.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e o novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196.

de caráter jurídico” dado à Constituição que resultaram “consequências especialmente relevantes”²⁵⁰, como as seguintes:

- a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive, e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;
- b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais.
- c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.²⁵¹

Dito isso, expende-se que somente na CF/88 é que foram devida e explicitamente assegurados certos princípios atinentes à tutela do indivíduo no processo penal. Neste ponto, faz-se imperioso frisar a importância do tema em comento, já que antes do advento da CF/88 o processo penal brasileiro carecia de regras voltadas à efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos direitos humanos, contrariando até mesmo disposições consagradas em tratados internacionais - os quais o Estado brasileiro, mesmo sendo signatário, não respeitava.

Declamando a Carta Magna, portanto, uma série de princípios que, de maneira explícita ou implícita, revelam um rol de direitos fundamentais, convém reforçar que os princípios “se apresentam como normas *fundantes* do sistema processual”, de modo que sem eles não se conseguiria cumprir a árdua “tarefa de proteção aos direitos fundamentais”²⁵². Exatamente por isso, para o autor Eugenio Pacelli o Direito Processual Penal “é, essencialmente, um Direito de fundo *constitucional*”²⁵³.

De acordo com PACELLI, nos “princípios constitucionais” se pode “visualizar [...] verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e o novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197.

²⁵¹ Idem, *ibidem*.

²⁵² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 33. Grifo no original.

²⁵³ Idem, *ibidem*. Grifo no original.

do Estado, seja em face de si mesmos”²⁵⁴. Em vista disso, alguns destes princípios constitucionais são “absolutamente inafastáveis, e, portanto, fundamentais”, haja vista que se destinam à “proteção e tutela dos direitos individuais”²⁵⁵.

Nessa mesma dicção, Guilherme de Souza Nucci salienta que mesmo “princípios implícitos” regem “importantes assuntos do direito”²⁵⁶. Assim, afora os “princípios jurídicos [...] previstos expressamente na Constituição ou na lei”, existem outros princípios que, ainda que estejam “implícitos no sistema normativo” não “são menos importantes”²⁵⁷.

Dessa forma, NUCCI informa que os princípios erigidos a um patamar constitucional, doravante *princípios constitucionais*, “expõem as valorações políticas essenciais que inspiraram o legislador constituinte” e que, servindo de “orientação para a produção legislativa ordinária, podem atuar como garantia direta e imediata aos cidadãos”²⁵⁸. Destarte, não menos importante é a adoção destes princípios como “critérios de interpretação e integração do Texto Constitucional e da legislação infraconstitucional”²⁵⁹ – o que, conforme visto no capítulo 2, significa dizer que os princípios materializam verdadeiras normas cogentes atinentes ao cumprimento de uma dada finalidade considerada ideal.

5.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO PROCESSO PENAL ABARCADOS PELO FAVOR REI

Inexoravelmente, com o fito de fornecer uma correta conjuntura e contextualização do tema, haja vista que “os valores contidos nos princípios são considerados o espírito da lei”²⁶⁰, é deveras necessário que sejam pontuados alguns dos princípios constitucionais que se referem ao processo penal. Por isso, neste tópico, será realizada uma sucinta análise dos princípios que, para

²⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

²⁵⁵ Idem, *ibidem*.

²⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 42.

²⁵⁷ NUCCI, Ob. cit., p. 42.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*.

²⁵⁹ Idem, *ibidem*.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*.

além de sua acolhida constitucional, são concernentes à manifestação do *favor rei*.

Impende, portanto, abordar os princípios que colmatam em si uma inspiração *favor rei* revelando uma prevalência dos interesses do acusado. Assim, necessário iniciar pelo princípio do devido processo legal, pois dele derivam os demais. Ato contínuo, abordar-se-ão os princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção ou estado de inocência, do duplo grau de jurisdição, da vedação do duplo processo pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), da busca da (mítica) verdade real e do direito ao silêncio ou da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Todavia, convém sopesar tais princípios não só sob a perspectiva do Direito Processual Penal, mas, sobretudo da CF/88, haja vista que suas asserções estabelecem verdadeiras garantias fundamentais reservadas aos acusados no curso do processo criminal.

5.1.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

O princípio do devido processo legal configura uma genuína garantia fundamental do indivíduo frente ao arbítrio do Estado e o exercício de seu *jus puniendi*. Por ser a liberdade física de cada indivíduo considerada um bem jurídico de caráter fundamental no estado democrático de direito, nasce a “garantia de que ninguém será levado ao cárcere sem o devido processo legal”²⁶¹. Exatamente neste sentido é a lição de Norberto Avena:

O **devido processo legal**, originado da cláusula do *due process of law* do direito angloamericano, está consagrado na Constituição Federal no art. 5.º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.²⁶²

Deitando “raízes no princípio da legalidade”, ou *nullum crimen sine lege*, este princípio possui o condão de garantir ao acusado somente ser “processado e punido se houver lei anterior definindo” a conduta praticada “como crime”, bem

²⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 46.

²⁶² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 62.

como cominando determinada pena²⁶³. Assim, como propõe Nestor Távora, “o devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo aos ditames constitucionais”²⁶⁴.

Já Edilson Mougenot Bonfim aponta que o devido processo legal, constituído pela “garantia de que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*)”, impõe rigorosa “obediência” ao conteúdo “previamente estabelecido na lei”. Apontando as raízes históricas do princípio, MOUGENOT BONFIM designa o “art. 39 da Magna Carta^{265/266}, outorgada por João Sem Terra aos barões ingleses”, e menciona que a atual concepção do *due process of law* é proveniente de “construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana”²⁶⁷.

Paulo Rangel, por sua vez, conceitua o devido processo legal como “o princípio” cujo significado afirma que devem ser respeitadas “todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade [...]”²⁶⁸. Nesse sentido, também indica que “a Constituição da República Federativa do Brasil proclama, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da Liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal!””, concluindo que, nesses termos, “a liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade de locomoção, a exceção”²⁶⁹.

Assente que o devido processo legal em âmbito do processo penal consiste numa série de direitos, ou garantias, que são assegurados ao

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 53.

²⁶⁴ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 87

²⁶⁵ O artigo 39 da Magna Carta inglesa de 1215 preceitua que: “No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”. Disponível em: <<https://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>>. Acesso em 07 de abril de 2019.

²⁶⁶ Tradução: “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 país”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em 07 de abril de 2019.

²⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 71.

²⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 . ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

²⁶⁹ Idem, *ibidem*.

acusado²⁷⁰, indica-se que desses direitos, segundo AVENA, destacam-se os seguintes:

- 1) Ao processo, que se traduz na garantia de acesso ao Poder Judiciário;
- 2) À citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
- 3) A um julgamento público e célere, sem procrastinações indevidas;
- 4) Ao contraditório e à ampla defesa;
- 5) À igualdade, o que abrange a paridade de armas e o tratamento processual isonômico;
- 6) De não ser investigado, acusado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas;
- 7) À assistência judiciária gratuita;
- 8) À observância do princípio do juiz natural;
- 9) À produção probatória;
- 10) De ser presumido inocente e, conseqüentemente, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se fosse culpado, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória;
- 11) De não ser obrigado à autoincriminação;
- 12) De ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim de poder narrar sua versão dos fatos;
- 13) De defesa patrocinada por profissional com capacitação técnica; o direito de conhecer os motivos que conduziram o juiz à sua decisão (daí a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais consagrada no art. 93, IX, da CF);
- 14) Ao duplo grau de jurisdição; e
- 15) De propor revisão criminal em relação à sentença penal condenatória, quando ocorrentes as hipóteses que autorizam o ingresso dessa ação.²⁷¹

Assim, assinala-se que o devido processo legal deve constituir “um conjunto de garantias” que sejam suficientes para assegurar que as partes exerçam plenamente “seus direitos, poderes e faculdades processuais”²⁷². Por fim, vale dizer, “todos os outros princípios” que regem o processo penal “derivam” da garantia do devido processo legal, “pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei”²⁷³.

²⁷⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 62.

²⁷¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 262.

²⁷² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 73.

²⁷³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 . ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

5.1.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:

O princípio do contraditório é diretamente derivado do princípio do devido processo legal e encontra guarida constitucional no art. 5º, inciso LV, da CF/88, o qual estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²⁷⁴. Para Eugenio Mougén Bonfim, este princípio “representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz”²⁷⁵.

Indicando que o contraditório “origina-se do brocardo *audiatur et altera pars*”, BONFIM sustenta que devido à existência de tal princípio o juiz deve ouvir as partes “antes de proferir cada decisão” com o intuito de que ambas tenham “igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos”²⁷⁶. Ao mesmo tempo, devem ser oferecidas pelo juiz “às partes oportunidade para que busquem” através de argumentos ou elementos probatórios “influenciar a formação de sua convicção”²⁷⁷.

Para o jurista Norberto Avena, o princípio do contraditório assegura “às partes [...] serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo”, permitindo-lhes “manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional”. Além disso, AVENA aponta para a “estreita relação” entre o direito ao contraditório e a garantia da ampla defesa, “ambos [...] assegurados no mesmo dispositivo constitucional” (o antes mencionado art. 5º, LV, da CF 88). Porém, explica que o princípio do contraditório “possui maior abrangência”, haja vista que “alcança” tanto a defesa quanto a acusação, pois a ela “também deve ser dada ciência e oportunidade de contrariar os atos praticados pela parte *ex adversa*”²⁷⁸.

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 de abril de 2019.

²⁷⁵ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougén Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 73.

²⁷⁶ BONFIM, Ob.cit., p. 73-74.

²⁷⁷ BONFIM, Ob. cit. p. 74.

²⁷⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. — 6.ª ed. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 73.

Esse importante aspecto a respeito da abrangência do princípio do contraditório alcançar tanto o polo defensivo, quanto o polo acusatório, também é realçado por Guilherme de Souza Nucci, para quem tal princípio é “ligado, essencialmente, à relação processual”, e serve “tanto à acusação quanto à defesa”²⁷⁹. Assim, NUCCI define o contraditório como o princípio garantidor de que:

A toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5º, LV, CF).²⁸⁰

Nessa perspectiva também leciona BONFIM, pois “cada oportunidade de manifestação concedida a uma das partes deve ser igualmente concedida à parte contrária”, respeitando, assim, “ao princípio da igualdade”²⁸¹. Finalmente, novamente conforme PACELLI, num sentido associado à ideia do princípio do *favor rei*, entende-se que:

O contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.²⁸²

5.1.3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:

O princípio da ampla defesa vem insculpido no art. 5º, LV, da CF/88 onde se garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²⁸³. Assim, conforme Renato Brasileiro de Lima, pode-se dizer que a ampla defesa é vislumbrada tanto “sob a ótica que privilegia o interesse do acusado”, configurando “um direito”; quanto pelo

²⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.

²⁸⁰ Idem, ibidem.

²⁸¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal : rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010. p. 74.

²⁸² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 37.

“enfoque publicístico”, configurando uma verdadeira garantia atinente a promover “o interesse geral de um processo justo”²⁸⁴.

Segundo LIMA, “o direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório”, já que é a defesa que “garante o contraditório e por ele se manifesta”. Ademais, conforme o autor, “o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação”²⁸⁵.

Importante destacar que, conforme SCARANCE FERNANDES, contraditório e ampla defesa não se confundem e não se vislumbra entre esses princípios uma “relação de primazia ou de derivação”. Assim, aponta que, embora os referidos princípios estejam “intimamente relacionados”, tratam-se de “manifestações da garantia genérica do devido processo legal”²⁸⁶.

PACELLI oferece uma visão parecida a esse respeito, criticando o fato de haver “defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório”. Segundo este autor, “da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da *garantia de participação*” no processo penal para que, assim, haja a garantia de que a parte, neste contexto a defesa, possa “impugnar [...] toda e qualquer alegação contrária a seu interesse”, sem “maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação”²⁸⁷.

Por isso mesmo, para PACELLI, o princípio da ampla defesa exige a participação do defensor do réu, pois a chamada “defesa técnica” é “corolário do princípio geral da ampla defesa”²⁸⁸. É assim que dispõe expressamente o art. 261 do CPP, ao estabelecer em seu caput que “nenhum acusado, ainda que

²⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 de abril de 2019.

²⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 54.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*.

²⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 253.

²⁸⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 37-38.

²⁸⁸ PACELLI, Ob. cit. p. 38.

ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”²⁸⁹ – o que se apresenta como uma legítima manifestação do *favor rei*.

Norberto Avena, a seu turno, informa de maneira muito clara que a “ampla defesa traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”²⁹⁰. Desse modo, AVENA explica tal direito da seguinte forma:

A garantia constitucional da ampla defesa envolve a necessidade de conhecimento pelo réu, dos atos do processo, a fim de que possa exercer sua defesa. Conhecendo a realidade materializada nesses atos, em especial aqueles relacionados à produção de prova (atos instrutórios), poderá o réu, ao ser ouvido em juízo, pessoalmente ou por intermédio de seu defensor (*nemo inauditus damnari potest* = ninguém pode ser julgado sem antes ser ouvido), prestar, com maior efetividade, sua versão quanto aos fatos.²⁹¹

Por fim, na sábia definição de NUCCI²⁹², a ampla defesa consiste na concessão ao réu da possibilidade de “se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”. Dessa feita, numa visão que pode ser comparada à noção do princípio do *favor rei*, a ampla defesa agiria no processo de modo a atenuar a hipossuficiência que, “por natureza”, o réu tem frente ao Estado. Segundo o autor, numa noção amplamente reveladora da incidência do *favor rei*, isso ocorre porque “merece o réu um tratamento diferenciado e justo”, já que o Estado por ser “sempre mais forte” e agir por meio de “órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso” já inicia o processo com considerável vantagem, “razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa” configura ao réu “uma compensação” frente à esmagadora “força estatal”.

5.1.4. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO OU ESTADO DE INOCÊNCIA:

O princípio da presunção ou estado de inocência nasceu durante o iluminismo, dada “a necessidade de se insurgir contra o sistema penal

²⁸⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 18 de abril de 2019.

²⁹⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 74.

²⁹¹ AVENA, Ob. cit., p. 75.

²⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 55.

inquisitório”, pois naquele tempo “o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia”. Na época existia uma premente necessidade de “proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado”²⁹³.

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é que o primeiro feixe de luz da presunção de inocência formalmente nasce. Assim, a DDHC, em seu art. 9º, consignou que:

Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.²⁹⁴

Já no pós-guerra, em 1948, surge por intermédio da Organização das Nações Unidas (ONU) a DUDH. Nela o princípio da presunção de inocência vem expressamente previsto em seu art. 11, que versa:

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.²⁹⁵

No Brasil, mesmo o país tendo sido um dos signatários da DUDH, somente após a promulgação da CF/88 é que o princípio da presunção de inocência foi ampla e expressamente acolhido no ordenamento jurídico pátrio, muito embora, antes disso o estado de inocência já fosse invocado “de forma implícita” através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro²⁹⁶. Seja como for, tal princípio está hoje consagrado no art. 5º, LVII da CF/88, no qual foi estabelecida a garantia de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.^{297/298}

²⁹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 23-24.

²⁹⁴ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2019.

²⁹⁵ Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. (1948). **"Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A)**. Paris. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 11 de abril de 2019.

²⁹⁶ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 69.

²⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 de abril de 2019.

²⁹⁸ Ainda no tocante ao art. 5º da Constituição Federal, quanto à presunção de inocência, versa também seu inciso LXI 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

Na legislação infraconstitucional, também o Código de Processo Penal assegura o princípio da presunção de inocência. É o que se extrai da dicção do art. 283 do CPP, desde sua nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²⁹⁹

Conforme TOURINHO FILHO³⁰⁰ é aí que reside “o ponto nevrálgico da questão”, pois “enquanto não definitivamente condenado” se deve presumir a inocência do réu. Desse modo, tendo o réu sua inocência presumida, “sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela”, como o são as exceções previstas no art. 283 do CPP para as hipóteses de flagrante delito e dos institutos da prisão temporária e da prisão cautelar.

Indo adiante, segundo preleciona TÁVORA³⁰¹, a doutrina mais recente trata o princípio da presunção de inocência como sinônimo de “presunção de não culpabilidade e de estado de inocência”. Para o referido autor, por imposição de tal princípio “o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória em julgado (art. 5º LVII, da CF/1988)”, afinal, em momento anterior a este “marco”, todos se presumem inocentes, “cabendo à acusação o ônus probatório” de demonstrar a culpa do acusado. Portanto, da lição do autor se obtém a afirmativa que “a regra é a liberdade”, sendo o “encarceramento” antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória uma “medida de estrita exceção”.

É, pois, neste mesmo sentido que leciona PACELLI³⁰². Também dando ao princípio nomenclatura diversa, afirma que se trata de “*estado ou situação*

propriamente militar, definidos em lei”. In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 de abril de 2019.

²⁹⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 de abril de 2019.

³⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 91.

³⁰¹ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 69.

³⁰² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 39. Grifo no original.

jurídica de inocência”, e não de presunção. Assim, informa que o princípio referido trata da proibição da “antecipação dos resultados finais do processo”, de modo que “o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”, bem como com relação ao ônus probatório, o qual recai “exclusivamente sobre a acusação”.

Esse é também o entendimento de RANGEL, para quem não se deve adotar “a terminologia *presunção de inocência*, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”³⁰³. Segundo este autor, a partir da inserção da regra do estado de inocência no referido alhures art. 5º, LVII da CF/88, houve uma inversão do ônus da prova, passando este da Defesa para a Acusação. Assim, desde então, “não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa”³⁰⁴.

NUCCI, por sua vez, também indica que o “princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade)” possui o objetivo de “garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”.³⁰⁵ Assim, sendo a inocência entendida como um estado natural do ser humano, a quebra de tal regra somente poderá se dar mediante o “Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”³⁰⁶.

Sem ignorar as recentes *[sic]* (in)decisões do STF, que mudou não só sua posição a respeito do tema - mas também o que a própria Constituição Federal expressamente dispõe -, estabelecendo a inconstitucional possibilidade de execução provisória da pena após condenação em grau recursal (ARE 946246 RG/SP)³⁰⁷, alerta-se que no presente trabalho é adotada a disposição expressa no referido art. 5º, inciso LVII da CF/88, bem como o art. 283 do CPP. Por este

³⁰³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 . ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24. Grifo no original.

³⁰⁴ RANGEL, Ob. cit. p. 26.

³⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 53-54.

³⁰⁶ Idem, *ibidem*.

³⁰⁷ STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 964246 RG/SP - SÃO PAULO. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe: 25/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em 8 de abril de 2019.

motivo, não se falará aqui sobre as hipóteses de prisão após condenação em segunda instância, guardando-se o devido respeito à ordem constitucional [*sic*] ainda vigente. Até mesmo porque, oportuno lembrar, conforme PACELLI, com fulcro no art. 283 do CPP: “a Lei brasileira veda expressamente a execução provisória”³⁰⁸ da pena.

5.1.5. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO:

A CF/88 não é expressa quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição. No entanto, o conteúdo do inciso LV de seu art. 5º parece afirmar tal garantia, uma vez que expõe serem garantidos aos acusados, por força da ampla defesa, a utilização de todos “os meios e recursos a ela inerentes”³⁰⁹. Assim, também impõe o CPP, firme em assegurar a previsibilidade de diversos tipos de recursos ao longo do rol dos arts. 563 à 667 (os quais não se tem por oportuno abordar, já que não fazem parte do objeto do presente trabalho).

Em que pese ausência de previsão expressa de tal princípio no bojo da CF/88, a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH), doravante Pacto de San José da Costa Rica, ratificada no direito interno brasileiro através da Emenda Constitucional nº 5, que incluiu o parágrafo 3º ao art. 5º da CF/88, é mais um fator a tornar clara a adoção do princípio do duplo grau de jurisdição. É que a inclusão do referido parágrafo 3º, resultou por determinar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados [...] serão equivalentes às emendas constitucionais”³¹⁰. Dessa forma, como preceitua a ratificada e internalizada CADH, em seu artigo 8.2, letra “h”, que trata das garantias judiciais, tem-se que:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

³⁰⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 40.

³⁰⁹ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. *In* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

³¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

[...]

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.³¹¹

Passando-se à análise dada pela doutrina acerca do tema, observa-se que para o clássico doutrinador TOURINHO FILHO³¹², o duplo grau de jurisdição se trata de um princípio “da mais alta importância”. Segundo este autor, sabendo-se “que os juízes, homens que são, estão sujeitos a erro”, o Estado, por este exato motivo, se viu compelido a criar “órgãos jurisdicionais a eles superiores” com a finalidade de que, “em grau de recurso”, sejam revisadas as decisões por eles proferidas.

No tocante à recepção constitucional do duplo grau, TOURINHO FILHO³¹³ reporta o argumento de que, muito embora a CF/88 não traga “texto expresso a respeito”, pode-se inferir “do nosso ordenamento [...] que o duplo grau é uma realidade incontestável”. Desse modo, refere o art. 92 da CF/88³¹⁴, que versa sobre serem órgãos do Poder Judiciário os “Tribunais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Eleitorais”, como também o art. 93, III, ao aludir ao “acesso aos tribunais de segundo grau [...]”³¹⁵, “numa demonstração de que há órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo grau”.

³¹¹ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

³¹² TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal, volume 1** / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 103.

³¹³ Idem, ibidem.

³¹⁴ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

³¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

Para Norberto Avena, o princípio do duplo grau de jurisdição decorre diretamente da “necessidade” de que seja disponibilizada às partes a possibilidade de buscar a “revisão de decisões proferidas por juízes ou tribunais”³¹⁶. Nesse sentido, tal princípio “se concretiza mediante a interposição de recursos”³¹⁷, o que, mais uma vez concatenando à ideia de *favor rei*, corrobora que tal garantia, em sede de processo penal, ao possibilitar ao acusado pleitear a revisão de uma desfavorável decisão contra ele proferida, colabora para o exercício de sua ampla defesa .

Não obstante, AVENA³¹⁸ afirma que tal garantia não detém o condão de dispensar qualquer das partes (acusação ou defesa) da devida observância dos “pressupostos gerais de admissibilidade (cabimento, tempestividade, forma, interesse e legitimidade)” nos recursos que, porventura, propuserem. Assim, pode-se dizer que o fato de existirem requisitos para a interposição de recursos, como, *v.g.*, os prazos estabelecidos nos art. 586³¹⁹ e 593³²⁰ do CPP, não constituem óbice, nem ofendem o duplo grau de jurisdição.

³¹⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 76.

³¹⁷ Idem, *ibidem*.

³¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 76.

³¹⁹ Art. 586. O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias. Parágrafo único. No caso do art. 581, XIV, o prazo será de vinte dias, contado da data da publicação definitiva da lista de jurados.

³²⁰ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

- I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
- II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
- III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
 - a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
 - b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
 - c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
 - d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 1^º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação.

§ 2^º Interposta a apelação com fundamento no n^º III, *c*, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3^º Se a apelação se fundar no n^º III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

§ 4^º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra. *In*: BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 de abril de 2019.

5.1.6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO DUPLO PROCESSO PELO MESMO FATO (*NE BIS IN IDEM*):

O princípio do *ne bis in idem* em matéria processual veda a possibilidade de que um acusado por um fato já julgado venha a ser novamente acusado/processado por este fato. É, portanto, neste exato sentido que expõe Norberto Avena: o princípio do *ne bis in idem* “consiste na proibição de que o réu seja julgado novamente por fato que já foi apreciado pelo Poder Judiciário”³²¹.

Embora tal princípio não seja encontrado de forma expressa na CF/88, entende-se devidamente incorporado “ao ordenamento jurídico pátrio”³²² em decorrência do Pacto de San José da Costa Rica. É que a CADH, tratado internacional devidamente recepcionado no Direito brasileiro com status de emenda constitucional por força do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/88, prevê em seu art. 8, nº 4, que: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”³²³.

Por isso Guilherme de Souza Nucci denomina este princípio como o “princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo fato”³²⁴. Para NUCCI, tal princípio “demonstra que não se pode processar alguém duas vezes com base no mesmo fato, impingindo-lhe dupla punição (*ne bis in idem*)”, pois tal prática ofenderia diretamente o “princípio constitucional da legalidade penal (não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem lei anterior que a comine)”. Além disso, o duplo processo ofenderia também a dignidade da pessoa humana, afinal, “evidenciaria não ter fim o poder estatal, firmando autêntico abuso de direito”³²⁵.

³²¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 81.

³²² Idem, *ibidem*.

³²³ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 26 de abril de 2019.

³²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 66.

³²⁵ Idem, *ibidem*.

5.1.7. PRINCÍPIO DA BUSCA DA (MÍTICA) VERDADE REAL:

Giuseppe Bettiol já afirmava que “el principio de la declaración de la verdad” caracteriza uma “diferenciación básica entre el proceso penal y el proceso civil”³²⁶, pois, enquanto o processo civil é “menos politizado que el penal porque incide con sus consecuencias sobre posiciones de naturaliza privada”, o processo penal trata de forma mais exigente sobre tema como o da prova³²⁷, por exemplo. É que em sede de Processo Penal, segundo BETTIOL, “debe dominar la regla de la investigación de la verdad sustancial o real sobre la verdad legal o formal”³²⁸. Isso decorre do fato de que:

Cuando están en discusión intereses personales (libertad, honor, reputación, etc.), el juez debe estar en grado de llegar al fondo de las cosas para aclarar si efectivamente el imputado há cometido el hecho delictivo em torno al cual se discute.³²⁹

É exatamente neste sentido a lição do jurista brasileiro Fernando Capez, para quem o princípio da verdade real adverte que “o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”³³⁰. Assim, diferentemente do que ocorre no processo civil, no qual o juiz está adstrito aos fatos demonstrados pelas partes nos autos, ou melhor, a verdade demonstrada neles, o princípio da verdade real, “próprio do processo penal”, preconiza que o juiz não deve se conformar apenas com os fatos trazidos nos autos, sendo-lhe facultado, precipuamente no Brasil a partir da redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao art. 156, II, do CPP, determinar de ofício, “no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”³³¹.

³²⁶ “O princípio da declaração da verdade”; “diferenciação básica entre o processo penal e o processo civil” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977. p. 247. Tradução nossa).

³²⁷ “Menos politizado que o processo penal porque suas consequências afetam posições de natureza privada” (BETTIOL, Ob. cit. p. 248. Tradução nossa).

³²⁸ “Deve prevalecer a regra da investigação da verdade substancial ou real sobre a verdade legal ou formal” (BETTIOL, Giuseppe. Ob. cit. p. 248. Tradução nossa).

³²⁹ “Quando estão em discussão interesses pessoais (liberdade, honra, reputação, etc.), o juiz deve ser capaz de chegar ao cerne das coisas para esclarecer se o réu cometeu efetivamente o ato delitivo sobre o qual se está discutindo” (BETTIOL, Ob. cit. p. 48. Tradução nossa).

³³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 75.

³³¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 de maio de 2019.

Através do “poder inquisitivo do juiz na produção das provas”, o princípio da verdade real permite que seja ultrapassada a mera “descrição dos fatos como aparecem no processo”, sustenta a doutrina de Vicente Greco Filho³³². Destarte, “a realização *ex officio* de provas” tende “à verificação da verdade real”, aquela verdade que realmente ocorreu “no mundo da natureza”, pois no processo penal “o conteúdo da sentença deve, o mais possível, aproximar-se da verdade da experiência”³³³.

Também nesse sentido é a doutrina do jurista Renato Marcão, para quem:

Ao contrário do que ocorre no direito processual civil, em que vige o princípio da *verdade formal* e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram.³³⁴

Embora pareça assente a denominação “verdade real”, a terminologia adotada pelo CPP é outra. Emprega o art. 566³³⁵ do códex processual penal a denominação “verdade substancial”, cujo significado, conforme revela o autor Norberto Avena, é o de que no processo penal “devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram”³³⁶. Para AVENA, tal desiderato possui o fito de que o poder punitivo estatal “seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal”. Imperioso mencionar, contudo, que não se deve ser ignorado que esta “*verdade absoluta* sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente” poderá ser atingida, de modo que, inclusive, conforme refere o autor, ela é tida por muitos como “*inatingível*”³³⁷.

Defensor da corrente que apregoa esta intangibilidade da verdade real, o processualista Renato Brasileiro de Lima informa ser ela um verdadeiro

³³² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 99.

³³³ Idem, *ibidem*.

³³⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

³³⁵ Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. *In* BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³³⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 58.

³³⁷ Idem, *ibidem*. Grifo no original.

dogma³³⁸. Para LIMA, afora a utilização dessa perseguição servir como “justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos”³³⁹, redundando até mesmo no comprometimento da imparcialidade do juiz, a verdade real se demonstra inalcançável. Em decorrência deste motivo, sustenta que “tem prevalecido na doutrina mais moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade”³⁴⁰.

A seu turno, NUCCI aduz ainda que “a análise desse princípio inicia-se pelo conceito de verdade, sempre relativo”, donde se conclui que “há impossibilidade real de se extrair dos autos, o fiel retrato da realidade do crime”³⁴¹. Diante de tal realidade, o jurista sustenta que “jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a *verdade objetiva*, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real”³⁴², dando coro à corrente doutrinária que vê na busca da verdade real um fim inalcançável.

Mais severo nas críticas e um dos expoentes dessa corrente doutrinária, Aury Lopes Jr. afirma ser o princípio da verdade real um verdadeiro mito³⁴³. Segundo este autor, tal princípio remonta à estrutura do sistema processual inquisitório, no qual “a busca de uma “verdade” a qualquer custo” chegou o ponto de “legitimar a tortura em determinados momentos históricos”, servindo sobremaneira com o fito de oferecer uma justificação aos “atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios””³⁴⁴. Sobre isso, provocativamente o autor indaga: em se tratando “da prova no processo penal”, discute-se também ““que verdade””³⁴⁵ efetivamente se está buscando.

Assim, conforme a lição de LOPES JR., quando se fala em crime se está “diante um fato passado”, algo que já ocorreu, no sentido de que, sendo o crime “um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do

³³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 67.

³³⁹ Idem, ibidem.

³⁴⁰ LIMA, Ob. cit. p. 68.

³⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 67.

³⁴² Idem, ibidem.

³⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 409.

³⁴⁴ Idem, ibidem.

³⁴⁵ Idem, ibidem

imaginário”, comete-se um “gravíssimo erro falar em “real””³⁴⁶. À vista disso, em que pese o processo penal primar pela busca da verdade real, no sentido de que o julgador não deve formar sua convicção se limitando apenas à análise dos fatos demonstrados nos autos, entende-se ser a verdade real “impossível de ser obtida”³⁴⁷.

5.1.8. PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO E DA INEXIGIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO OU *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio do direito ao silêncio e da inexigibilidade da autoincriminação, inspiração do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, possui guarida constitucional no art. 5º, inciso LXIII, da CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”³⁴⁸. Segundo Renato Brasileiro de Lima, o direito ao silêncio previsto na Constituição Federal “como direito de permanecer calado” é somente “uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo”³⁴⁹.

Também a CADH prevê em seu art. 8, nº 2, g, que toda pessoa tem o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”³⁵⁰. Ainda, é também este princípio previsto, embora tardiamente, fruto de alterações relativamente recentes (Lei 10.792/2003), no art. 186, parágrafo único do CPP: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”³⁵¹. Assim, pode-se preceituar que este

³⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 411.

³⁴⁷ Idem, ibidem.

³⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de maio de 2019.

³⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 69

³⁵⁰ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 11 de maio de 2019.

³⁵¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 de maio de 2019.

princípio está assegurado no direito pátrio, já que não se “pode atribuir ao seu exercício qualquer prejuízo”³⁵².

De todo modo, para o autor Aury Lopes Jr. o direito ao silêncio manifesta “uma garantia muito maior, inculpada no princípio *nemo tenetur se detegere*”, sustentando que segundo este princípio o acusado/réu “não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico” ao se omitir de colaborar com a acusação, ou por permanecer em silêncio durante um interrogatório. Ou seja, o exercício deste direito por parte do imputado não lhe pode acarretar “nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer” outro “tipo de prejuízo jurídico”³⁵³.

Esse também é o entendimento de Vicente Greco Filho, autor segundo o qual o princípio da não autoincriminação decorre e complementa a “presunção de não culpabilidade” assegurada no art. 5º, LVII da CF/88. Assim, deste princípio decorrem “diversos desdobramentos processuais”³⁵⁴, dentre os quais se pode citar, a título exemplificativo, ser o ônus da prova incumbência da acusação; o silêncio do réu não poder “ser entendido como confissão ficta”; ninguém “ser compelido a participar de reconstituição” do crime ou exercer “qualquer comportamento” que leve à produção de prova sem sua concordância³⁵⁵ etc.

Nessa senda, por força deste princípio o réu não poderá ser obrigado a: (i) “responder às perguntas formuladas pela autoridade”; (ii) “confessar a prática de ilícito penal”; (iii) a dizer a verdade; (iv) “praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo”; e nem a (v) “produzir nenhuma prova incriminadora invasiva”³⁵⁶. Assim, de acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima, numa forma de proteção dos interesses do acusado, “o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação”, também não podendo ser utilizado na “fundamentação de decisões judiciais”³⁵⁷.

³⁵² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 153.

³⁵³ Idem, *ibidem*.

³⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 99.

³⁵⁵ Idem, *ibidem*.

³⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev. .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. pp. 73-77.

³⁵⁷ LIMA, Ob. cit. p. 83.

Finalmente, para o jurista Norberto Avena o direito ao silêncio caracteriza um “privilégio assegurado ao réu”³⁵⁸, característica da manifestação do princípio do *favor rei*. Isso decorre do fato de que o acusado “não poder ser constrangido à produção de provas contra si, além de não necessitar “responder as perguntas que lhe forem realizadas [...] no interrogatório”³⁵⁹. Consoante AVENA, este direito “atinge” todos os meios probatórios “que, mesmo indiretamente”, acarretem “prejuízo à defesa”, configurando seu desrespeito nulidades e inconstitucionalidades³⁶⁰.

5.2. INDÍCIOS DA INCIDÊNCIA DO *FAVOR REI* NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Somente na CF/88 foram assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa. É, pois, na dicção do art. 5º da Magna Carta, que preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, complementado por seu inciso LV, onde há a previsão de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa [...]”³⁶¹ que são encontrados elencados como direitos fundamentais da nação.

Ambos, direito de defesa e direito ao contraditório, estão diretamente conectados, já que é “a defesa que garante o contraditório” e é através dele que “se manifesta”³⁶². Deste modo, “defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa”³⁶³.

³⁵⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 141.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*.

³⁶⁰ AVENA, Ob. cit. p. 141.

³⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 ago. 2018.

³⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 54.

³⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 77.

No tocante ao Direito de Defesa, cabe arguir que a CF/88 é expressa em seu art. 5º, XXXV, ao assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁶⁴. Neste sentido, GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES preceituam que “ao estabelecer o princípio da proteção judiciária”, vide o citado art. 5º inciso XXXV, a CF/88 elevou “a nível constitucional os direitos de ação e de defesa”³⁶⁵.

Indo além, verifica-se que a Constituição Federal ofereceu mais do que isso ao fornecer “conteúdo a esses direitos”, não se limitando a apenas “permitir o acesso aos tribunais”, mas também assegurando ao longo de todo o processo:

Aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do “devido processo legal” (art. 5º. LIV, da CF).³⁶⁶

Assim, em que pese não haver menção expressa ao princípio do *favor rei* no bojo da Constituição, entende-se que, por inferência ao art. 5º, § 3º da CF/88, e devido à adesão do Brasil à CADH, como já dito, tal princípio foi recepcionado por nossa Carta Magna. Portanto, sendo “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos [...] aprovados [...] equivalentes às emendas constitucionais”³⁶⁷, a CF/88 restou por admitir tais institutos já assegurados na CADH, como, por exemplo, todo aquele rol previsto no bojo de seu artigo 8º³⁶⁸.

Nesse sentido, o constitucionalista e também ministro do STF, Alexandre de Moraes, argui que o art. 5º, LVII, da CF/88 consagrou o princípio da

³⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2019.

³⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 76.

³⁶⁶ Idem, *ibidem*.

³⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

³⁶⁸ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 24 de abril de 2019.

presunção de inocência³⁶⁹, pois esta se trata de “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”³⁷⁰. Assim, MORAES também entende que ao Estado compete “comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”³⁷¹. No contexto do princípio do *favor rei* e seu subprincípio do *in dubio pro reo*, o autor destaca que, “em face do Princípio da Presunção de Inocência a situação de “*dúvida razoável*” somente pode beneficiar o réu”³⁷².

A respeito deste contexto, importantes são as considerações feitas pelo jurista argentino Júlio B. J. Maier sobre o estado de inocência e o porquê “la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación”³⁷³ até que se tenha transitado em julgado uma sentença a respeito do fato. Segundo o douto jurista, a história nos revela que “esta declamación tan drástica” com respeito à presunção ou estado de inocência se deve à reação que se produziu contra a Inquisição³⁷⁴. Em verdade, foi em consequência disso que a DDCH de 1789, p.e., instituiu a histórica previsão de seu art. 9³⁷⁵, afirmando que “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado [...]”³⁷⁶.

Dessa mesma maneira, muitas constituições ao redor do mundo “declaran expresamente la inocência del imputado hasta la sentencia firme de condena”³⁷⁷, ou com previsão parecida e equivalente não consideram nenhuma pessoa culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como

³⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

³⁷⁰ Idem, ibidem.

³⁷¹ Idem, ibidem.

³⁷² Idem, ibidem,.

³⁷³ “A lei fundamental impede que seja tratada como se fosse culpada a pessoa a quem é atribuído um ato punível, qualquer que seja o grau de probabilidade de sua condenação” (MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 490. Tradução nossa.)

³⁷⁴ MAIER Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 491.

³⁷⁵ Idem, ibidem.

³⁷⁶ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2019.

o faz o art. 5º, LVII da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁷⁸. Assim, conforme MAIER, “presumir inocente”, “reputar inocente” o “no considerar culpable” significan exactamente lo mismo” e, ao mesmo tempo, estas “declaraciones formales” referem o mesmo principio que emerge da “exigencia de un “juicio prévio” para infligr una pena a una persona”³⁷⁹: o principio da presunção ou estado de inocência.

Por isso NUCCI posiciona o princípio do *favor rei* dentre os princípios “vinculados ao indivíduo” no âmago da Constituição, ainda que implicitamente. Aduz o autor que, por se encontrar “conectado ao princípio da presunção de inocência”, infere-se ser o *favor rei* previsto de forma implícita no art. 5º, LVII da CF/88, “constituindo autêntica *consequência* em relação ao fato de que todos os seres humanos nascem livres e em estado de inocência”³⁸⁰. Assim, segundo o autor, para que o estado de inocência seja alterado é necessária a apresentação de “prova idônea, produzida pelo órgão estatal acusatório, por meio do devido processo legal, gerando certeza no espírito do julgador”³⁸¹.

Dando sequência, NUCCI³⁸² entende que o princípio da presunção de inocência torna evidente que “medidas constrictivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis”, integrando-se o princípio do estado de inocência “ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*)”. Em vista disso, o autor designa que, havendo dúvida, esta deve ser resolvida a favor do réu, o que garante a prevalência do “estado de inocência, absolvendo-se o acusado”, numa ótica claramente inspirada no *favor rei*.

Todavia, remanesce o choque entre o princípio do *favor rei* e o princípio da igualdade. A esse respeito, conforme elucida Renato Brasileiro de Lima, em âmbito do direito processual penal, a partir de uma ótica formal, “o princípio da igualdade preconiza que todos são iguais perante a lei” não podendo ser

³⁷⁷ MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996. p. 491.

³⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 de maio de 2019.

³⁷⁹ MAIER, Ob. cit., p. 491.

³⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 54.

³⁸¹ Idem, ibidem.

³⁸² Idem, ibidem.

estabelecidas “distinções ou discriminações entre sujeitos iguais”³⁸³. Segundo este jurista, a “realidade demonstra, de maneira incontestada, que esta igualdade não existe, notadamente em sede processual penal”, pois, na confrontação entre acusação e defesa, no mais das vezes, de um lado está o Ministério Público, uma vez que titular da ação penal pública – contando com todo o poder de punir do estado e, ainda, dispondo do aparato da Polícia Judiciária para municiá-lo com os elementos e as informações necessárias para a confecção e oferecimento da denúncia; ao passo que no outro polo encontra-se o “acusado, invariavelmente num plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal”³⁸⁴.

Dessa forma, na dicção de LIMA, o “conjunto de privilégios processuais estabelecidos em favor do acusado” encontraria sua justificativa na posição de inferioridade que ocuparia o acusado ante “àquela ocupada pela acusação”, para ele, nitidamente superior, dado todo o arcabouço estatal de que faz uso. Destarte, LIMA propõe que os institutos processuais penais que vigem sob a inspiração do *favor rei*, num plano de igualdade material, são “plenamente constitucionais à luz do princípio da isonomia”, haja vista que conferem “tratamento desigual aos desiguais” justamente para que se possa atingir uma “verdadeira igualdade”³⁸⁵.

No entanto, adverte-se que o princípio do *favor rei* não busca proporcionar uma situação de igualdade material no processo penal. Em verdade, o *favor rei* mitiga a *igualdade processual* exatamente para propiciar uma situação de *desigualdade processual* que, atendendo aos interesses da defesa, seja benéfica ao réu. É por isso, como sustenta Gilberto Lozzi, que a manifestação do princípio do *favor rei* é percebida justamente naquelas disposições em que o próprio legislador visou priorizar os interesses do réu³⁸⁶. *Pari passu*, entende-se que a incidência do princípio do *favor rei* busca garantir ao acusado uma situação processual que lhe seja mais favorável, fornecendo-lhe mais e melhores armas e mais e melhores garantias, com o objetivo de que, assim, melhor possa lograr êxito na demonstração de sua inocência, na

³⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. ver. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 653.

³⁸⁴ Idem, ibidem.

³⁸⁵ Idem, ibidem.

³⁸⁶ LOZZI, Gilberto. **Favor Rei e Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 1-2.

comprovação da ausência de sua culpabilidade e na manutenção de sua liberdade.

Por fim, vislumbra-se que a CF/88, ao assegurar o princípio do estado de inocência, inspirado diretamente pelo *favor rei* e gravado a ferro e fogo nos incisos LVII e LXI de seu art. 5º - cláusula pétreia, que sequer por emenda constitucional seria modificável, donde se pode deduzir que só poderia deixar de vigorar através do advento de uma nova Constituição – acolhe o princípio do *favor rei*. Desse modo, o princípio da presunção ou estado de inocência demonstra ser a principal e mais notada forma pela qual o *favor rei* se manifesta na CF/88, inclusive, mitigando-se em seu favor outros princípios como no caso do princípio da igualdade.

6. CONCLUSÃO

Em que pese seja consabido que tanto a acusação quanto o réu devem desfrutar de uma posição de igualdade em âmbito processual, de modo que nele esteja inserida uma concreta paridade de armas e garantias, verificou-se ao longo deste trabalho que acusação e defesa não estão insertas em patamares idênticos no processo penal. Todavia, ao se afirmar que tanto ao órgão acusador (Ministério Público) quanto ao réu e seus defensores deve ser dispensado um tratamento igualitário, isso não impede que em dadas situações, por manifestação do princípio do *favor rei*, seja proporcionado um tratamento especial a uma das partes, no caso, ao réu e à sua defesa, a fim de que lhes sejam dispensadas certas vantagens processuais.

Não obstante a esta assertiva, é sempre imperioso rememorar que em um dos polos do processo penal está a acusação, incumbência de um órgão do Estado, o Ministério Público. Por ser exercida por órgão oficial e possuir todo o aparato estatal necessário para ampará-la, incluindo a Polícia Judiciária, geralmente responsável pela investigação dos fatos, existe a crença de que antes mesmo de o processo acontecer já existiria um desnível em favor da acusação. Isso porque, figurando no outro polo do processo, encontra-se o réu que, para além de toda a carga emocional e o preconceito social que tem de

enfrentar meramente por figurar como acusado em um processo penal, conta apenas consigo mesmo e o auxílio de sua defesa técnica.

Nesse panorama, em que a situação do acusado se revelaria ser significativamente desvantajosa ante o confronto com a acusação, é que o princípio do *favor rei* atua. Assim, como visto ao longo do presente trabalho, é no âmbito do processo penal, por meio da consagração do *favor rei*, que essa situação de aparente desvantagem do acusado se exaure, garantindo a prevalência dos interesses atinentes à sua defesa.

Por isso mesmo, à luz do princípio do *favor rei*, se encontra o fundamento para esta situação de superioridade dos interesses do acusado, que se respalda, sobretudo, no prevalectimento de valores superiores ao *ius puniendi* do Estado, como o é a liberdade de cada indivíduo. Desse modo, entende-se que o poder de punir do Estado não pode se sobrepor ao *status libertatis* do acusado, militando sempre a seu favor a preservação de seus interesses mais caros, como sua liberdade e seu estado de inocência.

Assim, considerando-se que o que está em jogo no processo penal é a liberdade do indivíduo, parece ser uma lógica razoável a de que o processo se pautar pela conservação dessa liberdade. À vista disso, o processo penal deve ser entendido não só como o meio pelo qual o Estado pode infligir uma punição a um cidadão seu que tenha delinqüido, mas também como um conjunto de regras e garantias que tendem à preservação da liberdade de seus cidadãos, punindo somente aqueles que realmente tenham sido considerados culpados.

Exatamente por este conjunto de fatores, por esta busca pela proteção dos direitos individuais inalienáveis, por esta luta pela promoção de uma verdadeira tutela da liberdade do indivíduo, é que a CF/88 buscou garantir em seu art. 5º, LV, o direito à ampla defesa. Desse modo, a ampla defesa, bem como o estado de inocência do acusado, insculpido no inciso LVII do mesmo dispositivo legal, configuram fatores que dão azo para que a defesa de qualquer réu, independentemente do grau de reprovabilidade de sua conduta, possa ser exercida sem restrições na busca da subsistência de sua liberdade.

Portanto, entendendo-se que a CF/88 abarca em seu ventre os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do estado de inocência, do *ne bis in idem*, da busca da verdade real e do *nemo tenetur se detegere*, vislumbra-se, assim, uma tendente asseguaração de uma série de

garantias fundamentais que visam propiciar ao acusado maiores chances de lograr êxito na manutenção de sua liberdade. Consequentemente, indica-se que, ainda que não esteja expresso explicitamente na Carta Magna, por conjunção e análise sistemática dos demais princípios atinentes ao processo penal, é o princípio do *favor rei* uma verdadeira garantia constitucional.

Ademais, verificou-se no curso do presente trabalho que o princípio do *favor rei* é usualmente tido por sinônimo de outros princípios do Direito Processual Penal. No entanto, adverte-se que a noção do que significa de fato o *favor rei*, por ser mais ampla, se assemelha mais a um gênero do qual outros princípios resultam como espécies, como, p.e., o *favor libertatis*, o *in dubio pro reo* e a presunção ou estado de inocência. Dito isto, mais uma vez, entende-se que o princípio do *favor rei* abarca e inspira estes princípios, funcionando sob a forma de um princípio geral do qual derivam.

Em verdade, é da conjugação dos referidos princípios que se mostra manifesta a incidência do *favor rei* no processo penal, até mesmo porque, como dito, tal princípio inspira os demais. Além disso, também se pode inferir a manifestação do *favor rei* a partir da análise de outros institutos que asseguram direitos exclusivos à defesa do acusado/réu, sejam eles mais e melhores armas ou mais e melhores garantias, como os são os recursos privativos da defesa, como os embargos infringentes, a proibição da *reformatio in pejus* e a permissão da *reformatio in melius*, a revisão criminal exclusivamente *pro reo*, bem como a regra da interpretação da prova do *in dubio pro reo* e a absolvição por falta de provas etc.

Destarte, diante de todo o exposto no presente trabalho, pode-se concluir que constitui o *favor rei* verdadeira situação de prevalectimento dos interesses (entendidos como direitos e garantias) do acusado com relação à acusação no âmbito do processo penal. Desse modo, ao inspirar outros princípios, princípios estes que têm suas aplicações mais fáceis e usualmente verificáveis, pode-se afirmar que o *favor rei*, ao primar pela tutela do indivíduo, incide sobre o processo penal e se respalda nas diversas garantias constitucionais fornecendo ao réu mais e melhores armas processuais no enfrentamento contra o Estado-acusação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**./Mauro Fonseca Andrade./ 2ª edição./ Curitiba : Juruá, 2013.

Organização das Nações Unidas. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Paris. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e o novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de processo penal anotado** / Edilson Mougnot Bonfim. – 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão) – São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **Curso de processo penal: rev. e atual, de acordo as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009** / Edilson Mougnot Bonfim. — 5. ed : — São Paulo : Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

_____. **Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em 28 de maio de 2019.

_____. Lei número 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 de maio de 2019.

_____. STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: **ARE 964246 RG/SP - SÃO PAULO.** Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe: 25/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em 8 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais** / Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. Custos Legis** – Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro. 2011. p. 7. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado** / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“*Pacto de San José de Costa Rica*”), 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 26 de abril de 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 . ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** /Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas** / Darci Guimarães Ribeiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. - 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. 1928-. **Processo penal**, volume 1 / Fernando Costa Tourinho Filho – 32. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.