

que os atores do sistema de justiça decidam quando acham ou não conveniente a ocorrência delas; e tal abertura, como sabemos, resulta frequentemente em decisionismos e arbitrariedades.

Por fim, o STJ afirma que: “*com a superveniência de decretação da prisão preventiva ficam prejudicadas as alegações de ilegalidade da segregação em flagrante, tendo em vista a formação de novo título ensejador da custódia cautelar*”. Se a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público e de delegados de polícia em qualquer fase da persecução penal, a referida tese é realmente problemática?

A resposta é sim; e o perigo está em desconsiderar as razões da ilegalidade do flagrante. Vamos a um exemplo baseado no caso acima citado: se policiais adentram uma residência sem autorização judicial e sem anuência dos moradores, e dentro apreendem uma certa quantidade de drogas, poderíamos alegar a nulidade do flagrante, decorrente da violação domiciliar. Mas poderia o juiz decretar a preventiva? Para o STJ, sim, porque a prisão preventiva advém de um novo título. O que não se considera, entretanto, é que em casos assim o *fumus comissi delicti* está assentado em bases ilícitas, isto é, a prova da materialidade delitiva, imprescindível à decretação da cautelar nos termos do artigo 312 do CPP, é ilegal. Sendo assim, nem sempre será possível tratar em separado as situações ilegais de flagrante e decretos de prisão preventiva considerando estes últimos simplesmente como “novos títulos”.

Em síntese, essas teses sinalizam para uma errônea compreensão sobre as audiências e seus objetivos institucionais e, a um só tempo, ignoram a Convenção Americana de Direitos Humanos, relativizam a importância do princípio da oralidade, ignoram o papel do Poder Judiciário de proteção de direitos fundamentais e, sobretudo, tornam inócuas as narrativas frequentes de prisões em flagrante realizadas à margem da legalidade.

Referências

- ASSOCIAÇÃO DE PREVENÇÃO À TORTURA. *Sim, a prevenção à tortura funciona*: perspectivas de uma pesquisa global sobre os 30 anos da prevenção à tortura. 2016.
- BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. *Audiências de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2018.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma

crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BRASIL. Ministério da Justiça. *Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendação de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacao-de-aprimoramento.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição n. 120: da prisão em flagrante. 2019.
- CANO, Ignácio. *Controle de polícia no Brasil*. Haia: Altus, 2005. Disponível em: <www.soudapaz.org/upload/pdf/textocanoppc.pdf>.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*. 2017.
- DUARTE, E. C. P.; MURARO, M.; LACERDA, M.; DEUS GARCIA, Rafael de. Quem é o suspeito do crime de tráfico de droga? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficantes pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, I. S. de; BAPTISTA, G. C.; LIMA, C. do S. (org.). *Pensando a segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. v. 5. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. p. 81-120.
- IDDD. *Audiências de Custódia – Panorama Nacional*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-deCustodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. “A gente prende, a audiência de custódia solta”: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.12, n.1, p. 152-172, fev./mar. 2018.
- MUNIZ, J.; PROENÇA JÚNIOR. Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J. O.; BLANCO, A. C. C. (orgs.). *Polícia, estado e sociedade: saberes e práticas latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit, 2007b. p. 21-73. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242280030_DA_ACCOUNTABILITY_SELETIVA_A_PLENA_RESPONSABILIDADE_POLICIAL1>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Manuela Abath Valença

Doutora em Direito pela UnB. Professora da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da UFPE e da graduação da Unicap. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

ORCID: 0000-0002-7292-4232

manuelaabath@gmail.com

Treicy Kariny Lima de Amorim

Graduanda em Direito pela Unicap. Pesquisadora Bolsista do Grupo Asa Branca de Criminologia.

ORCID: 0000-0001-8870-2899

treicyamorim@gmail.com

Recebido em: 11.07.2019

Aprovado em: 31.07.2019

Versão final: 09.08.2019

A aplicação do *in dubio pro societate* nos feitos cíveis e criminais e o (des)prestígio à presunção de inocência

Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghlout

O estudo do Direito Processual Penal, apartado das suas questões principiológicas, históricas, políticas, filosóficas e antropológicas que lhes são inerentes, tende à aplicação de um modelo de processo penal incompatível com o desenho traçado pela Constituição da República, fundado no respeito à presunção de inocência, à

dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais. Se compreendido à luz da Constituição, fala-se de um processo penal não autoritário, que não trate a prisão da pessoa processada como regra, nem a aplicação de pena como fim principal desse ramo do Direito.

Nesse diapasão, imperioso se demonstra o estudo (crítico) da aplicação (expansiva) do *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum* por parcela da doutrina e pelos Tribunais Superiores, em que pese a indiscutível incompatibilidade dessa regra com o Direito Processual Penal consagrado pela Constituição da República, também em feitos de natureza cível, destacadamente os que discutem a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ao se propor uma releitura do processo penal nos termos dos princípios consagrados pela Carta Maior, busca-se conter uma espécie de metástase do *in dubio pro societate*. Explica-se. A aplicação ou não dessa regra sempre se fez presente nas discussões afetas à primeira etapa do procedimento do Tribunal do Júri, notadamente no que tange ao proferimento da decisão de pronúncia.⁽¹⁾ Com o passar dos anos, verificou-se a utilização dessa regra também em sede de recebimento de denúncias, nos mais variados procedimentos processuais penais, ainda que em flagrante violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais.⁽²⁾

Levando em conta a atuação do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional criado pela própria Constituição da República, verifica-se que o *in dubio pro societate* vem sendo utilizado como regra legítima para fins interpretativos, tantos em feitos criminais, quanto cíveis, malgrado sua insuperável inconstitucionalidade.

O dito acima restou comprovado através da análise da quantidade de acórdãos proferidos pelo STJ com base no *in dubio pro societate*. Dentre 29 feitos criminais, em 23 o Superior Tribunal de Justiça determinou a incidência do *in dubio pro societate*.⁽³⁾ Ocorre que o *in dubio pro societate* também ganhou aplicação no âmbito de feitos cíveis. Até o fechamento deste texto, somente em 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência do *in dubio pro societate* em 13 processos instaurados no julgamento de casos cíveis, especialmente as ações de improbidade administrativa.⁽⁴⁾

Esses dados demonstram considerável resistência à constitucionalização do processo penal brasileiro, notadamente a partir do desprestígio conferido ao princípio da presunção de inocência, enquanto inequívoco pilar de sustentação da democraticidade⁽⁵⁾ do arquétipo de processo penal consagrado pela Constituição Federal. Acertadamente, **Gloeckner e Lopes Junior** definem a presunção de inocência “*como conector político*”.⁽⁶⁾

Nesse diapasão, a situação jurídica do acusado é a de inocente durante toda a persecução penal. Esse tratamento conferido à pessoa acusada da prática de um crime se dá de forma precedente, isto é, trata-se de concepção já edificada em normas de cunho constitucional e internacional sobre Direitos Humanos. Essa condição jurídica de inocente se esvai a partir do momento em que o decreto condenatório se torna imodificável.⁽⁷⁾

Valiosa doutrina acentua que a presunção de inocência se concretiza em três dimensões distintas: enquanto regra de tratamento, regra de Estado e regra de juízo.⁽⁸⁾ Já **Zanoide de Moraes** observa três significados da aplicação prática do princípio da presunção de inocência, quais sejam: norma de tratamento (deve-se evitar o não tratamento do acusado como inocente até o advento ou não do trânsito em julgado da condenação), norma probatória (relacionada à carga probatória: fixando o sujeito, o objeto e o modo probatórios) e norma de juízo (uma vez já colhido o material probatório e em caso de sua insuficiência, o magistrado deve absolver o acusado).⁽⁹⁾

A presunção de inocência determina ainda “[...] que qualquer mudança numa situação jurídica está condicionada pela manifestação das partes nela envolvidas e, sendo assim, o ônus da prova cabe a quem alega o feito”.⁽¹⁰⁾

No tocante aos feitos de improbidade administrativa, o que justifica a desidratação da presunção de inocência, mediante a inversão do ônus da prova contra a pessoa processada? Não há qualquer fundamento normativo que afaste a incidência da presunção de inocência em sede de processos deflagrados para a apuração de atos de improbidade administrativa, não sendo sustentável falar-se em inversão do ônus da prova. Esta afirmação ganha relevo com o disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que exige o trânsito em julgado da condenação para o início dos efeitos relacionados às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. A presunção de inocência (e o *in dubio pro reo*), portanto, não é de observância restrita aos casos processuais penais.

Com esses apontamentos sobre as dimensões da presunção de inocência, faz-se relevante comentar acerca da matriz genética do *in dubio pro societate*, não com vistas à adjetivação negativa pessoas ou órgãos jurisdicionais, que defendem a compatibilidade dessa regra com o enquadramento constitucional brasileiro. Mas para que se reafirme a natureza autoritária do *in dubio pro societate*.

Essencialmente oposto ao *in dubio pro reo*, o *in dubio contra reum*, mais conhecido e utilizado no Brasil pela expressão de igual sentido, qual seja *in dubio pro societate*, possuía ampla vinculação ideológica com o Direito Processual Penal do III Reich, calcado na negação da presunção de inocência.⁽¹¹⁾

Jose Guarneri, mesmo contrário a qualquer espécie de presunção em sede de processo penal, rende críticas justificáveis ao *in dubio pro societate*, regra decorrente do princípio que presume a culpabilidade de alguém a partir do momento em que passa a ser formalmente acusada da prática de crime pelo Estado. O *in dubio pro societate* configura uma “*doctrina aberrante y contraria al buen sentido que trata de superar la imposibilidad de pronunciar una condena, proponiendo que se condene igualmente en el pretendido interés de la sociedad*”.⁽¹²⁾

Ainda que já fosse sensível reconhecer o autoritarismo processual penal brasileiro antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, este Diploma, inspirado em parte no Estatuto processual penal da Itália Fascista⁽¹³⁾, acolheu a regra do *in dubio contra reum*, porém com o sinônimo, quase que eufemístico, do *in dubio pro societate*.⁽¹⁴⁾ Não por acaso, observa-se que “*o recurso linguístico encontrado para ocultar o sentido da inversão ideológica da presunção de inocência consistiu na adoção da máxima in dubio pro societate, que operou como ‘fachada linguística’*”.⁽¹⁵⁾

Enquanto manifestação pura de autoritarismo,⁽¹⁶⁾ a regra do *in dubio pro societate*, além do direito nazista, moldou ideologicamente também a Santa Inquisição,⁽¹⁷⁾ o processo penal fascista italiano,⁽¹⁸⁾ servindo ainda, como dito alhures, de espinha dorsal ideológica para o diploma processual penal implantado durante o Estado Novo no Brasil (1937-1945). Refere-se ao Código de Processo Penal, ainda vigente, na sua essência, inclusive após a promulgação da Constituição de 1988, da ratificação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e de passar por reformas tópicas. Conforme a Exposição de Motivos desse Código, o processo penal perdia a natureza de mecanismo de proteção de

direitos fundamentais em face da atuação do Estado, pois, para o então Ministro da Justiça, “*urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum*”.⁽¹⁹⁾

Reportando-se ao Direito Processual Penal fascista, **Vincenzo Manzini** destaca que a real função do processo penal é de natureza punitiva, repressiva, não havendo espaço para a tutela da presunção de inocência, reforçando que a prova da prática do delito pode ser obtida através de iniciativa probatória do órgão julgador. Assim, “[...] *el interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, [...]; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculgado*”.⁽²⁰⁾ Somente nesse contexto, de instrumentalização autoritária do processo penal para fins repressivos, é que se concebe a aplicação da regra do *in dubio pro societate*. Não por acaso, acentua-se que o desprezo em face da presunção de inocência e a gestão da prova nas mãos do juiz são duas das principais influências fascistas ainda presentes no Direito Processual Penal brasileiro.⁽²¹⁾

Conceber o processo penal através das bases democráticas, humanísticas e constitucionais significa avançar no enfrentamento das questões afetas à solução das causas criminais, bem como não retroceder nas conquistas civilizacionais duramente obtidas, após a superação de regimes políticos flagrantemente autoritários. O desapareço à presunção de inocência, inicialmente restrito ao Direito Processual Penal, mas agora presente nos casos de improbidade administrativa, lança luzes para o longo caminho que ainda precisa ser percorrido, para que se possa falar em Estado Democrático e Constitucional de Direito no Brasil.

Notas

- (1) DIAS, Paulo Thiago Fernandes Dias. *A decisão de pronúncia com base no in dubio pro societate*. Florianópolis: EMais editora, 2018.
- (2) DIAS, Paulo Thiago Fernandes de; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A máxima do in dubio pro societate e a violação ao dever de motivação das decisões judiciais. In: GIACOMOLLI, Nereu José et al (org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- (3) A pesquisa se deu através do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. No campo referente à pesquisa livre de jurisprudência, inseriram-se os seguintes termos “*in dubio pro societate*”. Tomou-se o cuidado de conferir se o teor das ementas possuía equivalência em relação ao conteúdo dos votos vencedores dos respectivos acórdãos. Assim, considerando-se apenas os acórdãos publicados em 2019, até o encerramento deste artigo, 46 julgados foram destacados pelo sistema de pesquisa virtual do Tribunal, dos quais 29 eram de natureza criminal. Desse universo de 29 feitos criminais, em 23 o Superior Tribunal de Justiça aplicou o *in dubio pro societate* nos seguintes julgados: RHC 111799/MS; RHC 102252/SP; RHC 93154/SC; RHC 92649 (Acórdão); RHC 102128 (Acórdão); AgRg no AREsp 1336744 (Acórdão); RHC 109737 (Acórdão); HC 430386 (Acórdão); AgRg no AREsp 1257276 (Acórdão); AgRg no AREsp 1363973 (Acórdão); RHC 102919 (Acórdão); AgRg no AREsp 1280071 (Acórdão); AgRg no REsp 1730559 (Acórdão); HC 371534 (Acórdão); AgRg no REsp 1790603 (Acórdão); RHC 90109 (Acórdão); AgRg no AREsp 1276888 (Acórdão); RHC 108054 (Acórdão); RHC 107484 (Acórdão); HC 416625 (Acórdão); RHC 99543 (Acórdão); RHC 91358 (Acórdão); RHC 77836 (Acórdão).
- (4) Seguindo-se o método de pesquisa exposto na nota anterior, verificou-se que, dos 46 julgados destacados pelo sistema de pesquisa virtual do Tribunal, 17 eram cíveis. Destes, em 13, o Tribunal da Cidadania decidiu pela aplicação do *in dubio pro societate* nos seguintes julgados: AgInt no REsp 1728650/SP; AgInt no AREsp 985406 (Acórdão); REsp 1789492 (Acórdão); AgInt no AREsp 1336433 (Acórdão); AgInt no AREsp 1371873 (Acórdão); AgInt no AREsp 1362803 (Acórdão); REsp 1792294 (Acórdão); AgInt no AREsp 1305372; AgInt no AREsp 1308103 (Acórdão); AgInt no AREsp 1149211 (Acórdão); AgInt nos EDv nos EREsp 1428945 (Acórdão); AgInt no REsp 1746718 (Acórdão); AgInt no REsp 1742600 (Acórdão).
- (5) No sentido empregado por Rui Cunha Martins, isto é, um processo penal democrático é o oposto de inquisitivo e mais complexo que o acusatório.

- MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da verdade. In: PRADO, Geraldo et al (orgs.). *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2002. p. 80-81.
- (6) LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2014. p. 74.
 - (7) KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 4. Coleção Escritos sobre a Liberdade. v. 5.
 - (8) CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 32/34.
 - (9) MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 424 e ss.
 - (10) SILVA, Monica Paraguassu Correia da. *Presunção de Inocência*. Niterói: Editora da UFF, 2011, p. 63.
 - (11) FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 75.
 - (12) GUARNERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Puebla, Pue, Mex.: Editorial Jose M. Cajica Jr., 1954. p. 306.
 - (13) O termo fascismo é entendido neste trabalho para designar o “[...] movimento chauvinista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista, antioperário” (KONDER, Leandro. *Introdução ao Fascismo*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, p. 53), surgido inicialmente na Itália após os eventos da I Guerra Mundial.
 - (14) Por possuírem a mesma essência, esta pesquisa também tratará o *in dubio contra reum* ou *pro societate* como expressões sinônimas.
 - (15) PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 29.
 - (16) Com apoio na doutrina de Bobbio, há que se compreender o vernáculo “autoritarismo”, substantivo do adjetivo “autoritário”. Para tanto, esse autor propõe três perspectivas: a) Quanto à estrutura dos sistemas políticos, fala-se dos regimes concentrados numa só pessoa ou órgão e em que há redução ou eliminação do consenso; b) Quanto às questões psicológicas sobre o poder, o autor se detém sobre a personalidade autoritária, que se forma pela submissão de uns e pela arrogância do ser autoritário; c) Quanto às ideologias políticas, concepção adotada neste texto, tem-se a negação à igualdade entre as pessoas e no reforço à superioridade hierárquica, somadas à valorização de regimes autoritários e de aspectos componentes da personalidade autoritária, BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. v. 1. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 94.
 - (17) EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 122
 - (18) KHALED JR, Salah H. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, v. 24, p. 05-07, 2016. p. 05.
 - (19) BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. 2. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597.
 - (20) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. p. 250.
 - (21) AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

Paulo Thiago Fernandes Dias

Doutorando em Direito Público pela UNISINOS.

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor da graduação em Direito do CEUMA e da UNISULMA-IESMA. Advogado.

ORCID: 0000-0002-8300-6410

paulothiagofernandes@hotmail.com

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (bolsista

CAPES). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS.

Pós-graduada em Processo Penal pela

Faculdade Anhanguera. Advogada.

ORCID: 0000-0003-2076-3286

sah.alacoque@hotmail.com

Recebido em: 10.07.2019

Aprovado em: 06.08.2019

Versão final: 09.08.2019