

**O “PRINCÍPIO” DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E SUA DISCUTÍVEL  
CONSTITUCIONALIDADE: É LEGÍTIMA SUA APLICAÇÃO NUM DIREITO  
PENAL GARANTISTA?**

**THE *IN DUBIO PRO SOCIETATE* “PRINCIPLE” AND ITS DISCUSSIONAL  
CONSTITUTIONALITY: IS YOUR APPLICATION IN A GUARANTEE CRIMINAL  
LAW?**

Sidiney de Melo Duarte Júnior<sup>1</sup>

**RESUMO:** Da discussão acerca da constitucionalidade do princípio do *in dubio pro societate* é que nasce a presente. Numa análise crítica da CRFB/88, temos a aferição da aplicabilidade da Teoria Garantista proposta por Ferrajoli, momento em que se observa a correlação entre os elementos constitutivos daquela com as Garantias Constitucionais. Ao esmiuçar tais ditames constitucionais, é possível crer que a norma maior pretende combater a insegurança jurídica, bem como a aplicação de critérios arbitrários quando da aferição da culpabilidade, momento em que é deixado claro que tais garantias/princípios se apresentam limitadores do poder do Estado quando da aplicação do *ius puniendi*.

**PALAVRAS-CHAVE:** In dubio pro societate. Convencionalismo Penal. Cognitivismo Processual.

**ABSTRACT:** From the discussion about the constitutionality of the principle of in dubio pro societate is born the present. In a critical analysis of CRFB / 88, we have the applicability of the Guaranteed Theory proposed by Ferrajoli, when the correlation between its constitutive elements and the Constitutional Guarantees is observed. In scrutinizing such constitutional dictates, it is possible to believe that the larger norm is intended to combat legal insecurity as well as the application of arbitrary criteria when gauging guilt, when it is made clear that such guarantees / principles are limiting to state power. When applying *ius puniendi*.

**KEYWORDS:** In dubio pro societate. Criminal Conventionalism. Procedural cognitivism.

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito, do Centro Universitário Maurício de Nassau - Maceió (UNINASSAU/MCZ). Foi membro do Grupo de Estudos em Segurança Pública - GESP do UNINASSAU/MCZ, tendo como orientador o Prof.º Msc. Carlos Martins. Foi monitor acadêmico do UNINASSAU/MCZ, na disciplina de Sociologia e Antropologia Jurídica, com orientação do Prof.º Msc. Carlos Martins. E-mail: sidneyduarte.juridico@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Foi optada a referida temática inicialmente pelo valor jurídico que a referida representa, ora, o princípio do *in dubio pro societate* trata-se de brocardo comumente utilizado em diversos momentos do processo penal, momentos que podemos afirmar vitais ao bom andamento processual, e ainda influenciador na decisão condenatória ou absolutória. Ademais, é de se destacar que aquela temática possui repercussão de ordem geral, ou seja, não se limita a fato isolado de determinado grupo social. Notadamente que a pesquisa transposta no artigo em análise contribui aos estudos ao Direito Penal Constitucional, e à boa aplicação do direito *latu sensu*.

Aparenta-se que a Constituição Federal vigente possui viés evidentemente Garantista, quando da filtragem do direito penal e processual penal por aquela, vislumbrou-se certa incompatibilidade lógica com o aludido “princípio processual de proteção da sociedade”, que por sua vez tende ao retorno à um direito penal inquisitorial, o que de fato se repele.

A busca, pois pela confirmação dos princípios penais materiais e processuais, bem como aqueles penais constitucionais, é o que deve nortear todo aquele jurista. O esquecimento da gênese jurídica, ao passo do mesmo ocorrer com a causa que por sua vez a gerou, resulta na aplicação da letra morta da Lei, sem o entendimento de sua natureza, e sua verdadeira objetivação jurídica. Foge-se, neste toar, portanto, da real interpretação da Lei-norma e surge uma aplicação desmedida de regras jurídicas de forma equivocada.

O Direito brasileiro, sobretudo o Direito Penal, apresenta certo esquecimento de seu objetivo real, bem como de suas origens, sendo criados, de forma perigosa, “novos meios de aplicação da norma” que por sua vez fogem de qualquer resquício de legalidade.

Nesse ínterim poderia, pois, uma criação jurisprudencial ir de encontro ao que se faz exposto de maneira clara pelo constituinte originário, em cláusula pétrea, e interpretar de maneira divergente ao seu texto determinada situação? Diante ao texto normativo, poderia haver a coexistência do entendimento exarado pelo “princípio” em análise com os preceitos constitucionais em matéria penal?

Dessa indagação é objetivo principal desta pesquisa a busca pela assertiva que venha a diminuir as dúvidas sobre este nebuloso tema. Partindo da análise do contexto histórico do direito penal e buscando a gênese jurídica desta seara do direito, perpassará a análise ao chamado Direito Penal Constitucional.

Em continuidade, e como embasamento teórico, será visitada a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, sendo feito o recorte a seus elementos constitutivos, o Convencionalismo

Penal e o Cognitivismo Processual, momento em que será verificada a compatibilidade desta Teoria com o estabelecido ordenamento constitucional.

A beira da finalização será promovido o direto embate entre toda a teoria constitucional e a realidade do princípio acima citado, momento em que teremos a conclusão acerca da possibilidade de coexistência deste com o ordenamento jurídico estabelecido.

Apresentado o contexto em que se dará a referida pesquisa, é de ser esclarecido que a referida é formada a partir de pesquisa em recursos bibliográficos, em blocos de busca jurisprudencial, bem como ao recurso inicial de todo e qualquer operador do Direito, a Lei.

A exposição científica que segue, portanto, é o reflexo de estudos críticos acerca do tão falado princípio do *in dubio pro societate*. A presente buscará apresentar de forma coesa o existente embate entre o supramencionado princípio, e o conjunto de normas constitucionais de ordem penal, verificando a possibilidade ou não de coexistência em mesmo ordenamento jurídico. Para tanto, serão verificados os fundamentos práticos da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli.

## **1 DO BREVE INTRÓITO HISTÓRICO: O OBJETIVO DA CIÊNCIA PENAL NAS SOCIEDADES**

Diferentemente do que supostamente preza o anseio social contemporâneo, há de se ter em mente que o Direito Penal objetiva, segundo seu caráter fragmentário, pela proteção de bens jurídicos estritamente relevantes. É o que dispõe o preceito da *ultimaratio*.<sup>2</sup>

Há também que se fazer menção à necessidade de certeza em tudo aquilo que for decidido pelas instâncias judiciárias no que tange à atribuição de determinado fato, considerado crime, ao sujeito de direitos. Pode-se inferir que é o que predispõe o Estado de Inocência quando ao pugnar, no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela certeza oriunda do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quanto à declaração de Culpabilidade do acusado em um processo criminal.

Todavia, não obstante tal entendimento, o que se observa na contemporaneidade é perigosa predisposição ao chamado direito penal máximo, numa vertente de maior cobertura do direito penal sobre as relações jurídico-sociais, bem como certo desprezo às garantias constitucionalmente previstas sobre a matéria. O que, num dito Estado Democrático de Direito se perfaz contraproducente.

---

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 03-04.

Para maior minúcia, faz-se necessário estudo acerca da teleologia do Direito Penal sob o viés da atual Constituição da República, sendo imperioso discorrer sobre a construção histórica da aludida seara do Direito.

O Direito Penal tem surgimento com a própria existência humana, porém, ao longo dos tempos foi-se amoldando à sociedade civil organizada, de modo a buscar sua eficiência prática com maior justeza e certeza no tocante a promoção da ordem social, face aos ditames do grupo social o qual se fez inserido.<sup>3</sup>

Nas sociedades organizadas pretéritas, a objetivação jurídica do referido ramo do direito buscou diversas finalidades. Foi conferido um caráter meramente retributivo, uma vez que ocorrido fato considerado em desacordo com a norma penal vigente buscava-se meramente o castigo, sem que houvesse qualquer “ganho” aos envolvidos, seja aquele que sofreu a violação ao direito, seja a própria sociedade, vivia-se em busca da simples vingança particular, exemplo disso temos a Lei de Talião.<sup>4</sup>

Passados os séculos a proteção penal voltou-se a sociedade, tendo o Estado a detenção do *ius puniendi* de forma exclusiva, mas ainda buscando a simples vingança pela ocorrência de determinado fato tido como criminoso. Trata-se, agora, da chamada vingança pública, onde o Estado buscava a reparação do dano causado pelo simples sofrimento do sujeito transgressor da norma penal.<sup>5</sup>

Observa-se que até o presente momento da história temos o Direito Penal como mera ferramenta de retribuição a violação de direitos, não como figura de contenção a tais violações, ou de reeducação da sociedade ao não cometimento de ilícitos. Consigne-se que a todo o momento àquela época, as penas cominadas não se traduziam em simples restrições à liberdade, mas sim em penas atroztes e sem qualquer efeito prático a sociedade senão o próprio receio de recebê-las.<sup>6</sup>

Isso tudo somente vem a término com a ascensão do Iluminismo, é que aquelas penalidades desumanas transmudam-se à segregação do sujeito do convívio social.<sup>7</sup> O que nos leva a crer, numa primeira análise, que o Direito Penal ao longo dos tempos – e até pouco tempo, considerando que o mencionado ramo do Direito existe em concomitância a existência do homem e somente veio a ser humanizado em meados do Século XVIII – vem sendo

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 15-16.

<sup>4</sup> *Idem*. p. 16-17.

<sup>5</sup> *Idem*. p. 18.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipo, 2015. p. 40-47.

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 23.

instrumento promotor de dor e aflição ao jurisdicionado, o que, definitivamente, não se presta a ciência jurídica.

A finalidade do Direito Penal, como supramencionado, nos remete a ideia de proteger bens jurídicos indispensáveis ao convívio social, e deste modo, incluem-se os Direitos Individuais ínsitos ao ser humano.<sup>8</sup> Dessa premissa, temos que a seleção dos bens juridicamente tutelados pela ciência criminal deve ser pautada além da definição de tipos penais, mas, sobretudo, na limitação da referida tipificação, bem como na atribuição de meios eficazes de prova.

Obviamente que, há muito desvirtuado, o Direito Penal se prestou a operar injustiças e atrocidades, dada a alta concentração de poder em mãos absolutistas como na Idade Média.

Logicamente que na contemporaneidade, por óbvio em uma sociedade civil organizada, a prática de aplicação de penalidades atrozes e desproporcionais seria definitivamente – aos olhos do homem médio – abominável, contudo, isto não se reflete ao fato de que não existam equívocos quando do uso da sentença para que seja condenado o acusado. Aquela sociedade medieval que outrora aplicava ditos métodos corretivos a seus similares, hoje é repudiada, ao passo naquele momento legitimava tais atos.

## **2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DA APLICABILIDADE DA TEORIA GARANTISTA**

Dessa introdução histórica cumpre o discurso acerca do chamado Direito Penal Constitucional, vindo este a ser a penalística sob o prisma constitucionalizado. No momento de estudo à matéria constitucional, mais precisamente acerca de Direitos e Garantias Fundamentais, temos certas disposições de cunho eminentemente Penal. É o que dá base ao entendimento de existência de um direito penal garantista.

Nesse viés, o Direito Penal brasileiro deve ser interpretado sob uma perspectiva minimalista. O direito penal mínimo busca o utilitarismo, meios de resolução menos violentos em face ao delito, de modo que esqueça-se da vingança propriamente dita, e busque-se o real ideal da norma penal, que é a manutenção da ordem social. Prevenindo-se a ocorrência de novos crimes, e coibindo-se a desproporcionalidade das reações penais face a conduta.<sup>9</sup> Nesta segunda finalidade do direito penal mínimo, qual seja, a coibição da desproporcionalidade das

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p 02-03.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul, 1927. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 95-96.

reações penais, surge o cerne da presente pesquisa: poderia o poder judiciário, no exercício da jurisdição penal, atribuir fundamento a uma decisão com base em indícios ou presunções?

Retomando o estudo acerca da necessidade de se prezar pelo Direito Penal como submisso aos mandamentos constitucionais, é imperiosa menção à Doutrina Garantista de Luigi Ferrajoli. Este teórico apresentava ser absolutamente necessária a submissão do estudo das penas e sua aplicabilidade ao enfoque constitucional, ou seja, todo o processo penal basear-se-ia sob as limitações constitucionalmente impostas<sup>10</sup>.

Porém, anteriormente ao adentrar a Teoria Garantista, se presta necessária breve justificação pretérita da necessidade de ser operada a chamada constitucionalização do direito. Pois bem, lecionava Hans Kelsen que a Constituição, sob o aspecto lógico-jurídico, teria a função precípua de validar o ordenamento infraconstitucional. Em vista a tal alegação, por óbvio deve ser entendida a Carta Maior como símbolo hermenêutico a toda e qualquer norma hierarquicamente inferior.<sup>11</sup>

Em pensamento não tão juridicamente aceito, Ferdinand Lassale expunha que a Constituição se concluiria da soma dos fatores reais do poder, ou seja, a norma maior do ordenamento jurídico deveria compor-se dos anseios que permeiam as classes sociais, e caso assim não o fosse, seria aquela mero pedaço de papel, sem qualquer validade.<sup>12</sup>

Ousa-se dizer que tal fundamento não se legitima tendo em vista a insegurança jurídica que seria ordenada, dado que a sociedade em si é plenamente volátil e propícia a entrar em colapso quando do mau funcionamento de seus fatores reais de poder, como destacava Durkheim. Assim, diante a necessidade de rigidez quanto à mutabilidade das normas, não há como se conceber que o clamor social esteja apto a pautar a orientação hermenêutico-constitucional (ou legal).

Disto abstrai-se que a norma maior – Constituição Federal – é a base legitimante de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de modo que toda e qualquer norma – seja positivada ou abstrata –tende a estabelecer total harmonia com aquilo que se apresenta no texto constitucional, sob pena da odiosa inconstitucionalidade aplicada. Assim, há de ser verificar o Direito Penal como harmônico a todo o conjunto constitucionalmente estabelecido, daí tem-se a aplicação da Teoria Garantista ao mencionado ramo do Direito, por seus próprios fundamentos, esposados em ato contínuo.

---

<sup>10</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p.09.

<sup>11</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., e atual. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 66.

Inicialmente, temos a doutrina garantista como o conjunto de princípios tendentes à promoção da limitação do poder estatal frente ao indivíduo, sob o prisma criminal, de modo que àquele sujeito de direitos são reconhecidas diversos meios de proteção e segurança jurídica frente à possíveis arbítrios que viriam a ser cometidos.

Tal conjunto de princípios conglobam-se em uma sistemática lastreada por dois elementos constitutivos, o convencionalismo penal e o cognitivismo processual que, em suma, refletem a segurança jurídica do acusado a obter a certeza da legislação a si aplicada quando da prática do delito, e do conjunto de procedimentos e decisões que conferiram certeza a seu julgamento.

O convencionalismo penal é entendido como oriundo da Legalidade Estrita, que em nosso ordenamento jurídico reflete o princípio da Legalidade previsto tanto na Constituição Federal (norma legitimante) quanto no Código Penal (norma constitucionalmente legitimada). Nota-se que do convencionalismo penal de Ferrajoli temos duas vertentes, a primeira resume-se à impossibilidade de adjetivação de condutas como criminosas quando da ausência de instrumento legal assim dispondo, doutra banda, temos a segunda vertente dispondo que somente a Lei Penal é apta (competente) à atribuir o caráter demeritório criminoso a uma conduta empiricamente reconhecida, ou seja, somente a Lei Penal é apta a criação de normas de cunho penal.<sup>13</sup>

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da conseqüente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei.<sup>14</sup>

Logicamente que se observa do elemento Convencionalismo Penal, a limitação ao arbítrio estatal, em seu viés jurisdicional, a criminalização de condutas, de modo a carecer de previsibilidade legal prévia ao fato para que este seja pelo exegeta entendido como criminoso, bem como somente se tem por possível a referida quando num instrumento legal – e aqui fala-se de ato normativo oriundo de um processo legislativo constitucionalmente formalizado. Contudo, não se observa óbice à extensão desta garantia às normas processuais penais, de modo que há de convirmos que tanto a norma penal material, aquela que tipifica o fato como criminoso, como a norma penal procedimental, aquela que estabelece como será concebida a

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30-31.

<sup>14</sup> *Idem*.

prolação jurisdicional acerca da certeza da criminalidade da conduta e de seu autor, deve ser abarcada pela garantia da necessidade de limitação dos procedimentos criminais ao que se prevê em Lei formalmente instituída, daí entende-se que nem condutas podem ser atribuídas como criminosas sem que assim disponha a Lei, nem decisões podem ser prolatadas sem a figura legal embasadora de seu fundamento.

Logicamente que estamos aqui a vislumbrar a legítima aplicação do elemento constitutivo da garantismo, o convencionalismo, quando da necessidade de aferição legal de condutas e suas respectivas penalidades, no momento do processamento do indivíduo. Momento em que, há de convirmos que tal garantia não se restringe ao direito penal material – disciplinador de crimes e penas – tão somente, mas ao direito penal processual, também, e principalmente, levando em consideração que o direito processual seria responsável a aferição da realidade fática daquilo que se apresenta em juízo pelo órgão acusador. Desta análise, cremos que o convencionalismo penal aplica-se a todo o direito penal constitucional, material e processual.

Neste momento é que se observa a aplicação da Teoria Garantista ao ordenamento jurídico brasileiro, é que quando verificado o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observamos a aplicação direta do convencionalismo penal quando da leitura do inciso XXXIX do artigo 5º daquela Carta Constitucional, donde infere-se que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

O Cognitivismo Processual, ou chamado por Ferrajoli de *princípio de estrita jurisdicionalidade*, refere-se, segundo o mestre, à condição de efetividade do Convencionalismo Penal. Naquele se observa a verificação da garantia da legalidade na decisão judicial, de modo que nesta deverão também ser abarcadas a verificabilidade e refutabilidade das hipóteses acusatórias, e sua comprovação empírica, ou seja, trata-se do juízo de certeza fático-jurídica – sem margem de dúvida – à ser atribuída a conduta julgada, de modo a totalmente refutar a acusação ou verificá-la como plausível e, desse modo, promover a condenação do sujeito ativo de crime.<sup>15</sup>

Em prisma de condição de efetividade, tendo em vista que o Convencionalismo Penal reflete a estrita legalidade dos atos judiciais, o Cognitivismo Processual transparece a aplicação da Teoria Geral da Prova balizada nas premissas legais de procedimentos, ou seja, a obtenção da verdade real se dá através do estrito seguimento às normas de aferição de provas, e sua valoração pelo exegeta assim, também, deverá observar os critérios legais e

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-32.



principiológicos que venham a influir naquela. Em síntese, quanto ao critério cognitivo de aferição de provas, o julgados assim deverá fazê-lo de acordo com a Lei, e os princípios efetivamente abarcados por aquela, afastando toda e qualquer influencia moral ou social, ou assim o fazendo ao máximo possível.

Assim, em retorno à teoria de Ferrajoli, temos que a cognição há de objetivar, como dito a aplicação convencionalista à aferição de provas, visando a obtenção de dois resultados: Inicialmente, a obtenção da certeza fático-jurídica acerca da efetiva ocorrência do fato tido por criminoso – deste modo, sendo afastada qualquer decisão que venha a acometer a esfera jurídica do acusado em seu prisma libertário, com base em indícios e suposições – sendo, portanto, instrumento promotor da segurança jurídica e legitimador do sistema penal. Ao passo que, na busca por um segundo resultado, qual seja, a dicotomia entre o direito e o aspecto moral do julgador, uma vez que em nada devem influir as aceções do senso comum daquele, ao caso em julgamento.<sup>16</sup>

Passada a argumentação defensiva de Ferrajoli sobre os elementos constitutivos da Teoria Garantista, o mestre, de pronto, reconhece sua utópica aplicabilidade, argumentando que não seria o magistrado sujeito alheio à influências externas, finalizando que a ideia de silogismo judicial perfeito seria ilusão metafísica.<sup>17</sup>

Neste ponto, no mais profundo respeito, ousa-se a discordância do autor no ponto. Ora, há de ser o magistrado prolator da segurança legal que propõem as limitações legais e constitucionais ao *ius puniendi*, de modo que não se entende plausível atribuir a pessoa do Estado-Juiz a aferição da punibilidade ou impunibilidade do acusado, aquele deve sempre, e indiscutivelmente, balizar-se diante dos critérios legais preestabelecidos e, seguir a extrema e mais possível legalidade tanto nos procedimentos e obtenção de prova, quanto naqueles relativos à sua aferição. Logicamente que a carga moral jamais poderá ser desvencilhada do juízo cognitivo do indivíduo julgador, contudo, esta jamais poderá transparecer em seu édito, seja ele condenatório ou absolutório, sendo, e devendo o julgador ser, o mais submisso dos servos da Lei.

Como o próprio autor nos remete, a atividade de aferição das provas apresentadas em juízo deverá dar-se em caráter cognitivo e re-cognitivo. O primeiro há de representar a verificação da realidade fática apresentada, ou seja, a verdade real dos argumentos fáticos apresentados pelo órgão acusador, de modo a serem assegurados a certeza fática de que ali se observa um desvio punível por parte do acusado, que evidentemente se amolda à norma penal

---

<sup>16</sup> *Idem.* p. 33.

<sup>17</sup> *Idem.* p. 34.

proibitiva; bem como será visualizada a incompatibilidade jurídica daquele ato/fato com a Lei, e não tão somente com a figura da moral e dos costumes, que não corriqueiramente hão de ser comunicáveis com a norma legal, haja vista que nem todo ato imoral seria ilegal, o que nos remete à aferição da re-cognição, sendo verificada a atribuição empírica da Lei ao fato entendido como criminoso.

Neste momento, assim como ocorre com o elemento do Convencionalismo, temos o Cognitivismo Processual como também abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro em seu instrumento legal legitimante. Quando vislumbrado o texto constitucional do inciso LVII, do artigo 5º da CFRB/88, que nos infere que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, observa-se a necessidade de certeza fático-jurídica, dependente do trânsito em julgado da sentença penal, para que se declare a culpabilidade do agente ante àquela prática a si imputada pelo órgão acusador. Assim, necessária é a verificação cognitiva, e re-cognitiva, dos fatos levados ao juízo, pugnando toda e qualquer invasão ao direito de livre locomoção do particular de certeza quanto à sua necessidade.

Em comparativo com o antigo direito penal, da vingança e da incerteza, e vislumbrada a evidente aplicação da Teoria Garantista ao ordenamento jurídico brasileiro, não há como, na contemporaneidade, agir de forma negligente quanto ao juízo de culpabilidade do acusado. Como nos ensina Alberto Jorge Correia de Barros Lima, ao direito penal não incumbe a solução dos problemas sociais<sup>18</sup>, tampouco a busca por vingança, seja pública ou privada, como ocorria séculos atrás e como, supostamente, busca a sociedade contemporânea. Pelo contrário, busca o direito penal pela máxima certeza fática do que se apresenta como ato criminoso, pela proporcionalidade das penas a serem aplicadas, além da excepcionalidade da prisão. “Não é possível admitir uma política criminal simbólica que não propicie a efetiva aplicação da lei, resignada com punições restritas a determinados fatos cometidos por conhecidos estratos da população.”<sup>19</sup>

Todo esse arcabouço protetivo proporcionado pela Constituição Federal, que vimos ser prolatora da Teoria Garantista, tem, segundo Alberto Jorge, como base legitimante o pujante aparato de poder estatal<sup>20</sup> que facilmente se sobrepõe ao insignificante direito individual. Aduzindo ainda, o mestre, que aqueles elementos constitutivos, transpostos em

<sup>18</sup> LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

<sup>19</sup> LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

<sup>20</sup> *Idem*. p. 28.

nosso estudo do direito penal como princípios, representam a evidente necessidade de limitação do poder estatal – neste ponto, do Estado-Juiz – demarcando seu poder e restringindo sua discricionariedade e interpretação legislativa<sup>21</sup>.

Quando observado que em tempos pretéritos o Direito Penal utilizava-se do julgamento do soberano para a aferição da culpabilidade do indivíduo, reflete grande avanço, em termos de garantia ao próprio processo, e à legitimação do sistema penal, a imposição de limites constitucionais de carga principiológica a ordenar o devido processo legal penal; além da retirada, ao menos da lei, da carga vingativa que à não muito tempo vinha sendo utilizada como objetivo da pena.

Ao fim, há de ser consignado que o Direito Penal reflete um conjunto de normas que, quando interpretadas (limitadas) pela Constituição Federal, tendem a restringir o poder estatal político e judicial, ao que se faz disposto (Convencionalismo Penal):

Ao assinalar os limites entre o constitucional e o inconstitucional, no que diz respeito às normas penais, a Constituição demarca os limites da Política Criminal ou, por outras palavras, estabelece, para além das possibilidades de criminalização, até onde o próprio legislador de reforma e o legislador ordinário podem ir com as estratégias para enfrentamento da criminalidade.<sup>22</sup>

Assim, temos que a Constituição Federal tem o condão de limitar – e aqui falamos na imposição restritiva daquela – o Direito Penal (no tocante a invasão do direito do particular) inicialmente quanto à tipificação de condutas como criminosas e a estipulação de suas respectivas penas<sup>23</sup>, contudo, temos que fazer destaque que, numa interpretação extensiva daquele texto constitucional há de ser abarcada não só a discricionariedade política, mas também a discricionariedade cognitiva (Cognitivismo Processual), momento em que além de ser restrita a criação de crimes e penas, restará restrita a aferição da verdade real e a prolação da decisão judicial ao que a Lei/Norma anteriormente prevê, sob pena de violação direta ao texto legal legitimante do ordenamento jurídico.

### **3 DA INCOMPATIBILIDADE DO “PRINCÍPIO” DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* ANTE AO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL GARANTISTA**

Verifica-se que acerca do chamado “princípio”, mas preferível chamar-lhe “entendimento” – uma vez que, na conceituação do termo “princípio” por Eugênio Paccelli,

---

<sup>21</sup>*Idem.* p. 29.

<sup>22</sup>*Idem.* p. 49.

<sup>23</sup> LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais / Alberto Jorge C. de Barros Lima. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 49-50.

temos a absorção de uma norma fundamental de cogente aplicação<sup>24</sup>, coisa que não se verifica daquele entendimento jurisprudencial – não é observada qualquer discussão, ou ao menos muito não se conhece sobre, acerca do momento histórico em que se dá a construção.

Em leitura a interessante artigo do professor Márcio Antônio Rodrigues Pereira, de início o autor presta destaque ao que já aqui se falou. O chamado princípio presta-se a resolver, em determinado momento processual, a dúvida existente quanto a autoria do fato, “em favor da sociedade”, momento em que, de pronto, se observa a necessidade de certeza quanto a materialidade do fato crime.<sup>25</sup>

Ainda no estudo dos postulados do citado professor, temos que o *in dubio pro societate*se perfaz quando apresentado um mínimo conjunto probatório apto a demonstrar a dúvida de que seria aquele acusado o real autor do fato criminoso<sup>26</sup>, contudo, surge a dúvida sobre o que pode ser valorado como “mínimo probatório” ou “indícios suficientes”<sup>27</sup>?

Se levarmos em conta ao que nos sugeria CesareBeccaria, seria, pois o contexto apto a gerar o que chamaríamos “fâmulos da certeza”, aquele em que os indícios apresentados em unidade se prestem a revelar o mínimo de certeza fática<sup>28</sup>.

Observa-se, contudo, que da leitura do que propõe o brocardo do *in dubio pro societate* tem-se que a dúvida a ser sanada pelo seguimento do processo penal, fato que não pode ser visto com bons olhos. Como bem se pode imprimir dos ensinamentos deCarnelutti, a pena tem início para o acusado desde quando este cumpre o “papel processual” de assim o ser, seja nas sociedades medievais, modernas, ou, e principalmente, na sociedade contemporânea. É o estigma do acusado, num direito penal em que a dúvida deve sempre militar em favor deste, a sociedade, em seu senso comum de *máximo encarceramento*, da *busca por um inimigo da ordem social*, desde a decisão do juízo em que se decide pela necessidade de prosseguimento do feito penal, segue a sequela ao acusado de um verdadeiro estado de culpado, e não de inocência<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

<sup>25</sup> PEREIRA, Márcio Antônio Rodrigues. Acusar ou não acusar? Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal brasileiro. **Revista Espaço Acadêmico**. v. 10, n.117. Universidade Estadual de Maringá. Maringá/PR. 2011. Disponível em:

<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11811/6541>. Acesso em 21.08.2018. p. 01.

<sup>26</sup> Idem. p. 02.

<sup>27</sup> Como dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal, ao prever que seria necessária a presença de *indícios suficientes* para que seja efetuada a pronúncia. *Ipisis Litteris*: “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.”

<sup>28</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Edipo, 2015. p. 31-32.

<sup>29</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009. p. 99-127.

Ademais, verifica-se que, para além da sentença e de seu cumprimento, é mantido o estigma de “criminoso” àquele que, ainda que julgado inocente, fora deveras conhecido como “suspeito” da prática criminosa, tendo sido necessário (para o bem da sociedade) que fosse julgado em processo penal, ainda que a motivação para que assim o fosse tenha sido, tão somente, a mera apresentação de indícios em seu desfavor. Indícios estes que, na grande maioria das vezes, não se mostram sequer mínimos.

Disto, é verificado o ferimento do convencionalismo penal teorizado por Ferrajoli, haja vista que, considerando a necessidade de vasta apresentação de indícios para que se constitua a prova imperfeita (aquela que não detém o condão da quebra do Estado de Inocência, mas que segundo Beccaria haveria de fomentar uma decisão demeritória ao acusado)<sup>30</sup>, consubstanciando assim os *suficientes indícios* transpostos pelo Código de Processo Penal, tem-se do contrário a violação a legalidade estrita – corolário do convencionalismo. Do mesmo modo é ferido o cognitivismo processual, apresentado naquela mesma teoria, quando da ausência de certeza – oriunda da cognição e da re-cognição – acerca da culpabilidade do acusado, ou mesmo do seu “merecimento” jurídico daquela decisão demeritória de encaminhamento do feito a competência do Tribunal do Júri – no caso da decisão de pronúncia.

Em vista ao evidente embaraço causado pela criação do entendimento de que “na dúvida se decide em favor da sociedade”, surge a constante indagação acerca da constitucionalidade do princípio do *in dubio pro societate*.

Decerto que o referido surge da busca por uma imaginária efetividade da jurisdição penal, tendo em vista que, com base no senso comum, é retratada a promoção da impunidade quando do respeito às garantias individuais constitucionalmente estabelecidas, em matéria penal.

No entanto, decidir, em sede de processo penal, com base em presunções, e com a utilização de *indícios mínimos*, sendo o conjunto de tal equação a promoção de uma decisão fundada na dúvida contra o acusado, nos remete não só a uma clara violação ao Estado de Inocência estabelecido no art. 5º, inc. LVII, da CFRB/88 e a Reserva Legal estabelecida no mesmo artigo, no inc. II, como o retorno àquele direito penal inquisidor, ou ainda, e nos aparenta mais preciso, ao retorno do direito penal da vingança pública, onde o que se busca não é a prevenção e repressão do crime, mas, e tão simplesmente uma doentia reparação do

---

<sup>30</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Edipo, 2015. p. 27.

dano social proporcionado pela ocorrência de crimes (ainda que cometidos por terceiros que não o acusado) com base na aflição daquele que se encontra no polo passivo da Ação Penal.

Em complemento, embora não seja comumente utilizado como base de fundamentação ao édito condenatório propriamente dito, o fato de assim não o ser não impede que daquela decisão inicial, de pronúncia, por exemplo, ou de recebimento da denúncia, indiretamente não se favoreça aquele estado de condenação. O que, em miúdos, não gera qualquer diferença.

Como destacado nos preceitos iniciais da presente discussão científica, temos o Direito Penal Contemporâneo como constitucionalizado, momento em que quando de uma análise comparada entre normas eminentemente penais e normas constitucionais-penais, abstraímos que tem-se, no direito penal hodierno, a limitação do *ius puniendi* estatal.

Nota-se que daquele direito penal inquisidor anterior ao Iluminismo restam resquícios inquisitoriais que hão de ser extirpados tanto da teoria, quanto mais da prática penal. Mormente quando verificado o caráter eminentemente garantista(limitador da punição estatal desmedida) da Constituição Federal de 1988, e conseqüentemente, do Direito Penal.

Vale lembrar também que não é da função daquela seara jurídica o prevalecer dos anseios sociais, como buscava Ferdinand Lassale, mas o contrário, há de sobrevir acima de tudo a *mens legis* (vontade da Lei), que como observado, reflete o viés de proteção máxima ao acusado.

Desta análise preliminar, e verificando que o Direito Penal brasileiro reflete, pois, o aspecto garantista, não se pode olvidar da teoria de Ferrajoli, aqui em síntese, transposta por meio de seus elementos constitutivos, o convencionalismo e cognitivismo, ambos detentores de carga principiológica análoga à Constituição não sendo, portanto, errado dizer que a Teoria Garantista da lastro ao Direito Penal.

Em face desta realidade é que se apresenta, e é aplicado, o preceito do *in dubio pro societate*, classificado, pois, como princípio.

Ora, desta natureza jamais pode ser entendido tal brocardo. Notoriamente que se entende, e quando emprestado o conceito de princípio já destacado anteriormente, que toda e qualquer ideologia social que dá base a um ordenamento jurídico assim é concebida “princípio”, momento em que evidentemente será utilizado como base hermenêutica de aplicação da norma. Desta feita, e observadas tais premissas, não se pode crer que ostenta a qualidade de princípio o *in dubio pro societate*, dado que todo o ordenamento jurídico em que é aplicado o referido lhe apresenta o contrário. Como se pode ostentar a qualidade de base criacionista de um ordenamento que, evidentemente, lhe é contrário? Não só pela natureza e

objetivo do Direito Penal, mas pelas evidentes disposições normativo-constitucionais em contrário, é que se depreende a plena incompatibilidade, ao menos para que se caracterize o brocardo citado como princípio, entre o ramo do direito e a presunção que se aponta.

Em maior minúcia ao que pretende o referido princípio, e agora enfrentando o bojo de seu entendimento, nota-se que de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional, não há a mínima possibilidade que seja de constitucionalidade do entendimento discutido, e diversos são os motivos para que assim não o seja.

Inicialmente, e fazendo comparativo ao que promove a Teoria Garantista, é ferido o Convencionalismo Penal quando da utilização de fundamento (*in dubio pro societate*), para que se constitua válida uma decisão, que em nenhum momento se observa positivado, ou seja, não há legalidade na decisão de natureza penal que se perfaz com lastro na aplicação da dúvida em favor da sociedade, haja vista que nenhum instrumento normativo seja nacional, ou ainda internacional, prevê a possibilidade de utilização de presunção em desfavor do acusado.

Noutra vertente do Garantismo, é ferido o cognitivismo processual quando do fundamento de decisão que tem por base rasos indícios ou sequer a presença deles, mas tão somente presunções, que não bastantes ainda se produzem em desfavor do acusado. Sem a quebra do Estado de Inocência não se pode atribuir a desobrigação do órgão acusador quanto ao ônus da prova de suas alegações, momento em que jamais – em questões de aferição da culpabilidade do acusado – se poderá presumir fato, qualquer que seja, em desfavor do acusado.

Em outra frente de debate temos o *in dubio pro societate* como fundamento que há de fragilizar por completo a imparcialidade do julgador. Notoriamente que não é função do magistrado o acautelamento social, sendo esta a busca exercida pelo membro do *parquet*, mas sim de inegável intérprete dos fatos conforme dispõe a Lei. Neste entendimento, se não se prevê qualquer possibilidade de fundamento com base em presunções contrárias ao interesse do acusado, age o juiz com base na moral do homem, e não da Lei, momento em que há evidente quebra da imparcialidade.

Ademais, e voltando-se à análise da objetivação lógica do Direito Penal, temos que não há a proteção da sociedade (como apresenta o *pro societate*) na aplicação daquele entendimento, mas, na verdade, ocorre o inverso. O entendimento de que o Direito Penal se presta a limitar o poder punitivo estatal se observa com maior clareza quando do contexto histórico pelo qual se dá a ciência penal.

Em toda a história se observa a punição como meio de acautelamento social, o Direito Penal surge, pois, para regular e impedir a injusta aplicação de aflições àquele

insignificante jurídico que é o indivíduo, face ao Estado. Note-se que quando da aplicação do entendimento de que “na dúvida se resolve em desfavor do acusado” o que se observa é o “*in dubio mallamsocietate*”, no entender que a sociedade, muito embora não se perfaça em unidade, é composta por indivíduos potencialmente sujeitos ao cometimento de atos entendidos pelo Estado como infrações passíveis de punição penal. Ao fim, em caráter indireto, atribuir a presunção em favor da sociedade (e em desfavor do acusado) é, em suma, desfavorecer indiretamente a própria sociedade que se verá, diante ao poder do Estado, enfraquecida em suas garantias constitucionais, e sucumbirá a possíveis arbitrariedades, como ocorrido em sistemas penais inquisidores.

Neste entendimento, o “princípio” aqui discutido, apesar de no mundo dos fatos existir, e ser aplicado (de forma equivocada, há de se frisar), merece ser classificado como um aforisma jurídico, momento em que sua utilização ao fomento de toda e qualquer decisão judicial possui o condão de maculá-la pelo vício da ilegalidade e inconstitucionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando observado ao que aqui se propõe, pode-se aferir que ao decorrer dos séculos o Direito Penal passou por gradativas modificações, tanto quanto a “o que” se pune como quanto a “como se pune”. Atualmente, o que se supõe é que a sociedade busca da ciência criminal não o acolhimento garantista a que, evidentemente, é proposta, mas que a referida ciência assuma o papel de solucionadora dos problemas sociais, muitas vezes extrapolando a razão e pondo o Direito Penal como primeira opção de solução de conflitos, quando na verdade deve ser a última.

Verificada a constitucionalização impositiva do Direito Penal pela Carta Magna de 1988, é observada a clara necessidade de interpretação daquela ciência de *modus* explicitamente garantista, momento em que se observa a Teoria formulada por Luigi Ferrajoli como de vital importância à aplicação da lei de ordem criminal, sobretudo com destaque a seus elementos constitutivos – o convencionalismo penal e cognitivismo processual – que vêm a corroborar as garantias constitucionalmente estabelecidas.

Passado o estudo da base teórica abordada – Teoria Garantista –, são apresentadas, ainda que brevemente, considerações acerca do princípio do *in dubio pro societate*. Dessa análise é que observa-se e se tenta apresentar assertiva a seguinte dúvida: O *in dubio pro societate* há de coexistir com um direito penal constitucionalizado fielmente, sob a perspectiva garantista?



O que se absorveu desta análise foi a plena incoerência com o que busca o direito penal em sua mais íntima objetivação, que é a segurança jurídica e a garantia da liberdade do acusado, ambas proporcionadas pela necessidade de estrito seguimento das normas legais e da necessidade de efetiva comprovação dos fatos alegados pelo órgão acusador.

Deste discorrer abstrai-se que, no momento, não há a mínima possibilidade de ser legítima (constitucional) a decisão que se funda no referido princípio. Diz-se, no momento pelo fato que nada no direito é imutável, sendo possível a referida coexistência pacífica tão somente quando da promulgação de novo texto constitucional que, de forma explícita preveja a possibilidade de decisão fundada numa dúvida em favor da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. de Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipo, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20. mai. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

PEREIRA, Márcio Antônio Rodrigues. Acusar ou não acusar? Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal brasileiro. **Revista**

**Espaço Acadêmico**. v.10, n.117. 2011. Disponível em:  
<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11811/6541>. Acesso em 21  
ago. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, 1927. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade  
do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.