



.....

INOCENTE ATÉ QUE SE PROVE CULPADO: AS ORIGENS DE UMA MÁXIMA JURÍDICA¹

.....

*INNOCENT UNTIL PROVEN GUILTY:
THE ORIGINS OF A LEGAL MAXIM*

Kenneth Pennington²

Tradutor: Thiago Aguiar de Pádua³

1 - Publicado originalmente em: MAFFEI, Domenico; BIROCCHI, Italo; CARAVALE, Mario; CONTE, Emanuele; e PETRONIO, Ugo (coord.). *A Ennio Cortese*, Rome: I1 Cigno Edizioni, 2001, vol. 3, p. 59-73; também em: PENNINGTON, Kenneth. *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*. *The Jurist: Studies in Church Law and Ministry*, vol. 63, 2003.

2 - Professor de História Eclesiástica e Jurídica (*The Catholic University of America*). Ph.D. em História Medieval (Cornell University, 1972).

3 - Pós-Doutor em Direito (L'Università degli Studi di Perugia; UnB e Univali). Doutor em Direito. Professor de História do Direito e Direito Constitucional. Professor do PPG (Mestrado e Doutorado) em Direito das Relações Sociais do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Professor da EJUG do TJGO. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro do IDUB – Instituto de Direito Urbanístico de Brasília. Membro da ABrL – Academia Brasileira de Letras. Membro da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Foi Assessor de Ministros do STF. Advogado.

A máxima “Inocente até que se prove culpado” (*Innocent Until Proven Guilty*) teve um longo caminho no século XX. As Nações Unidas incorporaram o princípio em sua Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 11, n. 1. A máxima também encontrou lugar na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953 (artigo 6º, n. 2) e foi incorporada ao Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14, n 2). Esse foi um desenvolvimento satisfatório para os norte-americanos, porque existem poucas máximas que possuem uma ressonância mais ampla dentro da teoria do direito no *common law* anglo-americano.

A reverência anglo-americana por essa máxima representa um enigma interessante: a máxima não pode ser encontrada na Magna Carta, nem na *Bill of Rights* inglesa de 1689, nem na Declaração de Independência ou mesmo na Constituição dos Estados Unidos e, devo acrescentar, nem nas obras dos grandes juristas ingleses Bracton, Coke e Blackstone. No entanto, alguns estudiosos afirmam que a máxima tem sido firmemente incorporada pela jurisprudência inglesa desde os momentos iniciais.

Alegações acerca das raízes anglo-saxônicas da máxima algumas vezes parecem exibir a capacidade peculiarmente britânica de criar “*Camelots intelectuais*”⁴ do seu lado do rio. Um estudioso inglês chamado Clementi ministrou uma palestra sobre a máxima em Göttingen, na Alemanha, em 1974.⁵ Ele informou a sua audiência continental acerca da origem exclusivamente anglo-saxã da máxima. A devoção inglesa ao princípio “inocente até que se prove culpado” serviu, disse ele, para “ênfatisar a separação entre a Inglaterra e seus vizinhos europeus em matéria de direito”. Com um zelo missionário, Clementi explicou as virtudes da inocência, enquanto a culpa era explicada a partir de textos em que a máxima estava completamente ausente.

Clementi não sabia que a máxima “inocente até que se prove culpado” não podia ser encontrada em qualquer processo judicial inglês ou qualquer tratado jurisprudencial antes de 1800 – pelos menos nós ainda não encontramos nenhum. Ele também parece não saber que os franceses, a despeito de seu sistema jurídico ser baseado em resquícios do Direito Romano, incluíram um artigo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirmando que “todo homem é presumidamente inocente até ser declarado culpado.”⁶ Esses fatos levantam dois questionamentos que serão o tema deste ensaio: como este recorte inglês de pragmatismo se tornou parte da tradição romanista francesa e como (e quando) a máxima surgiu na tradição anglo-americana?

Antes de começarmos, façamos algumas observações sobre o que estamos procurando. Nós não estamos procurando uma noção geral da presunção ou suposição de inocência. Essa noção é notavelmente difundida em todos os sistemas jurídicos que olhamos, exceto nos mais primitivos. Podia

4 - NT: A metáfora possui muitos significados informais, mas um deles é sugestivo da forma em que é mencionado por Irwin Pollack. Um “Camelot Intelectual”: “é aquele momento único aonde todas as peças do quebra-cabeças intelectual se juntam com ambiente propício; em que o sumo intelectual floresce sem a interrupção das distrações cotidianas, e em que alguém pode refletir com carinho sobre essa experiência e reviver sua alegria e emoção”. Cfr. POLLACK, Irwin. Reviewed Work: *The Making of Cognitive Science: Essays in Honor of George A. Miller* by William Hirst. *The American Journal of Psychology*, Vol. 103, No. 4, 1990, p. 560.

5 - D. Clementi, “*The Anglo-Saxon Origins of the Principle ‘Innocent until Proven Guilty’*”, *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze* (Göttingen: 1977) 68-76 p. 69.

6 - *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen*. Décrété par l’Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, 24 et 26 août, 1789, acceptés par le Roi. Article 9. Como todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas, se a detenção for indispensável, todo rigor que não for essencial à segurança da pessoa presa será severamente reprimido pela lei. (*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.*)

até ter estado lá também, mas não havia juristas para expressarem a ideia. Nós também não estamos procurando a moderna noção de presunção de inocência no direito americano. Essa noção tem sido objeto de muitos debates que, tanto quanto se possa dizer, centram-se agora em torno da questão: o que significa presunção de inocência no contexto do processo judicial e como ela difere da dúvida razoável?

Estamos procurando a máxima: “Uma pessoa é presumida inocente até que se prove culpada”, e estamos olhando para o devido processo legal no qual essa máxima se expressa na forma de aforismos na jurisprudência desde o início. Ao final deste ensaio, esperamos ter demonstrado que a máxima e a norma que ela expressa eram princípios centrais da jurisprudência inicial, cujo significado foi eviscerado, ou pelo menos alterado radicalmente na moderna jurisprudência norte-americana.⁷ Como este trabalho também tentará demonstrar, a máxima ganhou vida como uma norma que articulou um conjunto de direitos de proteção aos litigantes. No direito americano, tornou-se uma noção (suposição) com pouquíssimo conteúdo.

Podemos saber com exatidão quando essa máxima entrou formalmente no direito norte-americano; foi por meio de uma decisão da Suprema Corte, de 1894: o caso *Coffin vs. U.S.* Um tribunal local se recusou a instruir um júri de que “*O direito presume que as pessoas acusadas de um crime são inocentes até que seja comprovado por meio prova de que são culpadas*”. O recurso para a Suprema Corte baseou-se, em parte, na recusa do tribunal inferior.⁸

Embora o tribunal local tenha rejeitado a máxima, o juiz que presidiu o júri advertiu os jurados de que: “*Antes que você possa apontar qualquer um dos réus como culpado, você deve estar satisfeito com a sua culpa a partir da acusação, em alguma das imputações para além de uma dúvida razoável*”. O tribunal de primeira instância, em seguida, instruiu o júri, em grande parte, sobre a doutrina da dúvida razoável e sua relação com a prova. A Suprema Corte viu sua tarefa como a de determinar se o tribunal de primeira instância havia violado os direitos dos acusados ao não instruir o júri sobre a presunção de inocência, e se a “dúvida razoável” era essencialmente a mesma coisa que “presunção de inocência”.

O juiz Edward Douglas White escreveu a opinião da maioria.⁹ Para um historiador do direito, sua análise é uma exibição deslumbrante de história do direito – mesmo que a maior parte da análise esteja errada. Para provar a antiguidade de “*inocente até que se prove culpado*”, o juiz White citou o antigo historiador romano Ammianus Marcellinus, textos do Código e Digesto Justiniano, os *Decretales* do Papa Gregório IX, um decreto do Papa Inocêncio III,¹⁰ e *De Probationibus*, de Giuseppe de Mascardi, todas essas obras, exceto por Ammianus, pertencentes ao direito continental.¹¹ Nenhum dos textos, infelizmente, continha a máxima. Nenhum deles era do direito inglês.

7 - É vasta a literature, e ela começa com: James Bradley Thayer, “*The Presumption of Innocence in Criminal Cases*” *The Yale Law Journal* 6 (1896-1897) 185-212; William F. Fox, Jr., “*The ‘Presumption of Innocence’ as Constitutional Doctrine*” *Catholic University Law Review* 28 (1979) 253-269; William S. Laufer, “*The Rhetoric of Innocence*”, *Washington Law Review* 70 (1995) 329-421.

8 - *Coffin vs. U.S.*, 156 U.S. 432,432-463 (1894).

9 - Sobre o Justice White, veja-se: Kenneth Pennington, “*The Prince and the Law*”, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition (Berkeley-Los Angeles-Oxford: 1993) 157.

10 - *Dudum* (X 2.23.16), que foi de fato usado pelo criador da máxima no século XIII para justificá-la; veja abaixo n. 18.

11 - Joseph Mascardi (d. 1588), *Josephi Mascardi... conclusiones probationum omnium, quae in vtroque foro versantur continens, iudicibus, aduocatis, causidicis, omnibus denique iuris pontificij, Cesareique professoribus utiles, practicabiles, ac necessarias ...* 3 vols. (Venice: 1609); 4 vols. (Frankfurt: 1661, 1703, 1727-1731).

Quando o juiz White se voltou para a tradição anglo-americana, ele encontrou o princípio claramente articulado em vários tratados do século XIX sobre “provas e direito penal”. Os juristas citados por White foram William Wills, (1860) “*On Circumstantial Evidence*”; Simon Greenleaf, “*On the Law of Evidence*” (1783-1853); e William Best, (1809-1869) “*On Presumptions*”. Desses juristas, Best é o único que explicitamente afirma que “é uma máxima do direito que toda pessoa deve ser presumida inocente até ser provado culpado”.

O juiz White tentou traçar a máxima a partir da tradição do *common law* no direito inglês, mas só pôde encontrar uma peça de evidência. Ele citou o autor anônimo de um artigo na *North American Review* de 1851, que afirma que a máxima é encontrada pela primeira vez no “tratado sobre provas” de um jurista irlandês chamado Leonard MacNally. White concluiu que, mesmo “que o princípio ainda não tenha encontrado expressão formal nos escritores vinculados à tradição do *common law* em uma data anterior, a prática que fluiu a partir dela tem existido no *common law* desde o início”.¹²

Em *Coffin v. EUA*, o juiz White ordenou Leonard MacNally (1752- 1820) como a parceira de entrada do “inocente até ser provado culpado” na tradição do *common law* norte-americano.¹³ Quem é ele? Ele nasceu em Dublin, em 1752. Um tipo ambicioso, ele foi chamado para a ordem dos advogados da Irlanda em 1776, e para ordem dos advogados inglesa, em 1783. Ao mesmo tempo em que ele começou a escrever letras para musicais, alguns dos quais realizados no Covent Garden e em outros teatros londrinos. Em 1779, “A apoteose do soco: uma máscara satírica” foi apresentada, seguida por 13 outras peças, entre 1779 e 1789.

Antecipando a atração de temas medievais românticos no século XIX, ele intitulou uma peça como “Robin Hood, ou Floresta de Sherwood, uma ópera cômica”, e outra como “Ricardo Coração de Leão: um Romance histórico”. Embora como uma luz fraca, como uma espécie de porão de barganhas de Gilbert e Sullivan, MacNally merece uma menção no “*The Grove Dictionary of Music and Musicians*”.¹⁴

O autor anônimo do artigo publicado no “*Dictionary of National Biography*” sobre MacNally alegou que ele não era “nenhum grande advogado”, mas um “advogado astuto e eloquente”.¹⁵ Sua negação das habilidades jurídicas de MacNally prestou um grande desserviço ao advogado irlandês. O autor do “*Dictionary of National Biography*” não percebeu que o livro de MacNally “*The Rules of Evidence on Pleas of the Crown Illustrated from Printed and Manuscript Trials and Cases*”, publicado em Dublin e Londres, em 1802, foi imediatamente transportado através do Atlântico e impresso na Filadélfia, em 1804, e reimpresso em 1811. Não é possível ler os tratados americanos sobre prova e presunção, na primeira metade do século XIX, sem tropeçar em MacNally.

MacNally foi particularmente importante para o desenvolvimento de regras relacionadas à prova e aos procedimentos em casos criminais, pois ele tinha defendido muitos irlandeses acusados de traição. Ele cita um grande número de seus próprios casos em seu livro. Não é por acaso que a traição levou MacNally a considerar as regras da evidência com mais cuidado do que

12 - Coffin vs. U.S., 156 U.S. 432,455.

13 - Para uma discussão detalhada sobre seu atual significado no direito americano, veja-se: William S. Laufer, “*The Rhetoric of Innocence*”, *Washington University Law Review* 70 (1995) 329-421.

14 - “Robin Hood,” in *The Grove Dictionary of Music and Musicians* (New York: 1954) 7: 191.

15 - “MacNally, Leonard” *Dictionary of National Biography* (1921-1922) 12: 687-688.

os escritores anteriores. Os casos que a sociedade considera mais hediondos sempre foram aqueles em que as regras do procedimento justo estão sob ataque.

As regras de procedimento criminal para casos de traição ainda eram substancialmente diferentes das regras normais de procedimento penal na Irlanda do século XVIII. Durante a vida de MacNally, as mesmas regras do devido processo legal estendidas a réus ingleses não foram oferecidas aos réus irlandeses nos julgamentos por traição. Muito embora duas Leis do rei Eduardo VI e outra de William III exigissem duas testemunhas para qualquer condenação de traição, essa “gentileza” processual não foi estendida aos acusados irlandeses. MacNally ressaltou a importância da presunção de inocência para os acusados de traição e a justificou na aplicação das mesmas regras do devido processo que se estendia aos outros acusados de ofensas criminais. Sua defesa dos direitos irlandeses era feroz, e ele argumentou veementemente em favor dos direitos dos acusados, muitas vezes usando exemplos de casos nos quais atuou. Embora MacNally jamais tenha citado nossa máxima, *data venia* ao *Norte American Review* e ao juiz White, ele chegou muito perto de afirmar o princípio quando discutiu a regra das duas testemunhas para os casos de traição, citando Cesare Beccaria:

No julgamento de Beccaria, uma testemunha não é suficiente; por enquanto o acusado nega o que o outro afirma, e a verdade continua suspensa, e o direito que cada um possui de ser tomado como inocente gira a balança a seu favor.¹⁶

Um século depois, o juiz White pode ter usado essa passagem de MacNally para plantar firmemente a doutrina da presunção de inocência na jurisprudência norte-americana. Permitam-nos fazer aqui uma importante advertência: o juiz White não fez uma citação específica no texto de sua decisão, e ele pode nem mesmo ter olhado para o livro de MacNally.

Entretanto, a história de MacNally possui um lado mais sombrio. Depois de sua morte, em 1820, a imprensa inglesa revelou que MacNally havia desempenhado o papel de agente duplo desde pelo menos 1794. Enquanto ele representava os revolucionários irlandeses como seu advogado de defesa no tribunal, ele também os estava traindo, ao passar informações importantes para o governo. Ele retransmitiu para os promotores do governo todos os detalhes que recebeu de seus clientes sobre as atividades revolucionárias. De 1800 até sua morte, ele recebeu 300 libras por ano por sua confusão. O juiz White não sabia nada sobre este lado de MacNally.¹⁷

Alguém pode perguntar: de onde MacNally obteve seus princípios? MacNally agradeceu Beccaria e, de fato, Cesare ressaltou a presunção de inocência várias vezes em seu famoso tratado *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas). Ele clamou por sempre ter duas testemunhas antes que alguém pudesse ser condenado pela prática de um crime:

É necessário mais de uma testemunha, porque desde que uma das partes afirme, e a outra negue, nada é certo, e o direito triunfa, no sentido de que é preciso que todo homem deva ser acreditado como inocente.¹⁸

16 - Leonard MacNally, “The Rules of Evidence on Pleas of the Crown” (London/Dublin: 1802) 19. Charles Louis de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois* in *Oeuvres complètes*, ed. Daniel Oster (Paris: 1964) Book 12, chapter 3: 599.

17 - Bernard Porter, *Plots and Paranoia: A History of Political Espionage in Britain, 1790-1988* (London: 1989) 32-33 for a short account of MacNally's career. Porter misspells his name (McNally). 14 Cesare Beccaria, *On*.

18 - Cesare Beccaria, *On crimes and punishments*. Trans. Richard Davies. Ed. Richard Bellamy, and Virginia Cox. *Cambridge Texts in the History of Political Thought*. (Cambridge: 1995) chapter 13, 32. The Italian text reads: “Più d'un testimonio h necessario, perchè fintanto che uno asserisce e l'altro nega niente v'è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d'essere creduto innocente,” ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 56.

Algumas páginas depois, Beccaria repetiu o mesmo argumento quando, na página mais apaixonada de seu trato, atacou a tortura¹⁹:

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não seria hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante o direito, aquele cujos crimes não se comprovou é inocente.²⁰

MacNally se apoiou em Beccaria para justificar a presunção de inocência.²¹ Mas a história é muito mais longa e complicada do que a óbvia ligação que eu mostrei entre Beccaria, MacNally e o juiz White. O direito à presunção de inocência possui uma longa história que remonta ao século XIII. Iremos nos inclinar agora para a jurisprudência do *Ius commune*, em busca do nascimento de nossa máxima.

O *Ius commune* era o *common law* da Europa entre os séculos XII e XVII. Foi formado pelo fortuito e pela conjuntura contingente do Direito Romano, do Direito Canônico e, mais tarde, do direito feudal nas escolas e tribunais da Europa medieval. Seu nascimento se deu em um momento em que começavam a ocorrer mudanças importantes na prática do direito. O direito foi evoluindo a partir dos usos e costumes não escritos para o costume escrito e o direito legislado. O procedimento judicial estava em um estado de grande fluxo. Antes do século XII, as ordálias judiciais eram um difundido meio de prova. No decorrer do século XII, particularmente no sul da Europa, as ordálias foram substituídas pela “*ordo iudiciarius*”, um meio de prova que era baseado no Direito Romano, mas cujas regras foram estabelecidas pelos juristas do *Ius commune*.²²

A mudança no modelo de prova com base nas ordálias (provação) para um modelo de prova emprestado das normas procedimentais do Direito Romano foi profundamente inquietante para a sociedade do século XII.²³ O Procedimento é a parte central de qualquer sistema jurídico. O senso de justiça de uma sociedade está intimamente ligado aos seus modelos de prova. Como o

19 - F. Venturi, “Beccaria, Cesare,” *Dizionario biografico degli Italiani* 7 (1965) 458-469, at 461: “Argomenti vecchi, derivanti in parte de Montesquieu, ed elementi nuovi, che sgorgavano dalla personalità stessa del Beccaria, confluivano in queste pagine, tra le più chiare e persuasive uscite della sua penna.”

20 - Cesare Beccaria, *On crimes and punishments*, translated by Richard Davies and edited by Richard Bellamy, with Virginia Cox and Richard Bellamy (Cambridge Texts in the History of Political Thought; Cambridge: 1995), chapter 16, 39 (I have corrected their translation). The Italian text reads: “o il delitto certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili son i tormenti, perché inutile la confessione del reo; se incerto, e’ non devesi tormentare un innocente, perché tale secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati,” ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 62.

21 - On Beccaria and eighteenth-century penal law, see Cesare Cantù, *Beccaria e il diritto penale* (Florence: 1862) and Marcello Maestro, *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform* (Philadelphia: 1973) especially 3-19, 110-143. Also Francesco Corpaci, *Ideologie e politica in Cesare Beccaria* (Milan: 1965).

22 - Winfried Trusen, “Das Verbot der Gottesurteile und der Inquisitionsprozeß: Zum Wandel des Strafverfahrens unter dem Einfluß des gelehrten Rechts im Spätmittelalter,” in *Sozialer Wandel im Mittelalter: Wahrnehmungsformen, Erklärungsmuster, Regelungsmechanismen*, ed. Jürgen Mietke and Klaus Schreiner (Sigmaringen: 1994) 235-247 and Mathias Schmoekel, “Ein sonderbares Wunderwerk Gottes: Bemerkungen zum langsamen Rückgang der Ordale nach 1215,” *Ius commune* (1999) 123-164.

23 - Um breve esboço desses desenvolvimentos pode ser encontrado em: K. Pennington, “Law, Procedure of, 1000-1500,” *The Dictionary of the Middle Ages* 7 (New York 1986) 502-506 e também em: Pennington “Law Criminal Procedure,” *Dictionary of the Middle Ages, Supplement I* (New York 2003) 309-320. Veja-se, ainda: Pennington, “Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the *Ordo iudiciarius*,” *Rivista internazionale di diritto comune* 9 (1998) 9-47, Karl Blaine Shoemaker, “Criminal procedure in Medieval European Law: A Comparison between English and Roman-canonical Developments after the IV Lateran Council,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 85 (1999): 174-202 and Lotte Krry, “Inquisitio—denunciatio—exceptio: Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 87 (2001) 226-268.

ordo iudiciarius foi imposto aos tribunais europeus por autoridades eclesiásticas e seculares, há evidências claras de que todas as camadas da sociedade tinham dúvidas acerca de sua legitimidade.

Embora fundada no Direito Romano, a *ordo* era nova. Conduz um pulo de nossa imaginação para entender a turbulência que essa mudança deve ter criado. Poderíamos projetar essa turbulência em nossas próprias vidas se pudessemos imaginar como reagiríamos se nosso sistema processual tradicional fosse subitamente substituído por um conjunto estrangeiro de normas processuais. Juristas do século XII precisavam justificar tais mudanças radicais no procedimento. Surpreendentemente, eles encontraram sua justificação no Antigo Testamento e, engenhosamente, traçaram as origens da *ordo iudiciarius* ao julgamento de Deus de Adão e Eva no paraíso. Ao fazer isso, eles criaram um poderoso mito justificando as *ordo iudiciarius* que mantiveram sua força explicativa até o século XVII.

O mito pode nos fornecer uma visão sobre o funcionamento da mente jurídica no século XII. Seu originador foi um jurista chamado Paucapalea. Ele era o primeiro a ligar as *ordo iudiciarius* a Adão e Eva. Por volta de 1150, ele notou, em seu comentário sobre Decretum de Gratian, que as *ordo iudiciarius* se originaram no paraíso quando Adão se declarou inocente da acusação do Senhor de agir errado. Em Gênesis (3.9-12), o Senhor irrompeu no Paraíso e exigiu: *Adam ubi es?* Pode-se notar que, para uma Deidade, sua pergunta não era particularmente onisciente. Adão respondeu à acusação do Senhor sobre a ilegal colheita de maçã, alegando: “Minha esposa, a quem você deu para mim, deu <a maçã> para mim, e eu a comi”. Deus tinha, em outras palavras, aprisionado Adão quando ele lhe deu uma esposa. O ponto de Paucapalea é sutil, mas não foi perdido em manifestações de juristas posteriores. Embora Deus seja onisciente, ele também deveria convocar réus e ouvir seus pedidos. Paucapalea acrescentou outra prova de que as *ordo iudiciarius* haviam surgido da Bíblia. Quando Moisés decretou que a verdade poderia ser encontrada no testemunho de duas ou três testemunhas, ele enunciou uma regra básica de evidência, confirmando a antiguidade de um sistema de procedimento aceito pelo próprio Deus (Deuteronômio, 19.15). Mais importante para a nossa história, o subtexto do comentário de Paucapalea implica claramente que se Deus deveria convocar litigantes para se defender, então meros seres humanos também deveriam convocá-los, presumindo que todo réu seria inocente até que se provasse sua culpa no tribunal.²⁴

Então, a partir de meados do século XII, os juristas legitimaram as *ordo iudiciarius*, colocando suas origens na Bíblia.²⁵ Sem dúvida, esse mito justificava a adoção geral das *ordo iudiciarius* pelos tribunais eclesiásticos, e por alguns tribunais seculares, na segunda metade do século XII. Apesar de o princípio geral da presunção de inocência estar bem estabelecido na jurisprudência da *Ius commune* pelo início do século XIII, esse direito estava longe de ser absoluto. Crimes notórios forneciam a mais clara infração do direito. Os juristas não viram imediatamente que se Deus deve convocar Adão para o julgamento, então a lógica, inexoravelmente, ditava que todo réu deveria ser convocado para julgamento. Eles universalmente acreditavam que, quando um crime era hediondo e notório, um juiz poderia proferir uma decisão contra um réu sem julgamento. Em meados do século XIII, um dos mais ilustres juristas daquela época, Henricus de Segusio, resumiu o pensamento jurídico quando ele declarou que crimes notórios, especialmente aqueles cometidos contra a Igreja, não precisavam de um exame jurídico formal.²⁶

24 - Veja-se minha discussão sobre este desdobramento em: “*Due Process, Community, and the Prince*”.

25 - Richard Helmholz, “The Bible in the Service of Canon Law,” *Chicago Kent Law Review* 70 (1995) 1557-1581; idem, *The Spirit of Classical Canon Law* (Athens, Georgia/London: 1996) passim.

26 - Sobre o problema dos crimes notórios, veja-se: Kenneth Pennington, *The Prince and the Law*, 229-230, 247-248, 251-252, 256-257, 264-266.

Antes que a presunção de inocência pudesse se tornar um direito absoluto, mais uma mudança crucial precisaria ocorrer. Essa mudança foi provocada em grande parte pelo argumento de Paucapalea de que as *ordo iudicarius* se originaram na Bíblia. Antes da metade do século XIII, juristas aceitaram o direito do príncipe ou do juiz de ignorar as regras do processo judicial porque eles consideraram o processo legal como uma parte do civil law, ou seja, que é a lei positiva, e, portanto, completamente sob a autoridade do príncipe ou do juiz. Paucapalea e os canonistas introduziram uma história e um paradigma diferentes. A lógica inexorável do seu argumento resultou na conclusão inevitável de que, se as *ordo iudicarius* podiam ser primeiro encontradas no Antigo Testamento, e se Deus tivesse que respeitar os direitos dos acusados, então as regras de procedimento deveriam transcender ao direito positivo.

As implicações do novo paradigma de Paucapalea evoluíram lentamente na jurisprudência do século XIII. A Bíblia era, afinal de contas, a pedra angular da nossa compreensão humana da lei divina, e, a partir de Gratian, os juristas a igualaram à lei natural. Consequentemente, sob a influência de Paucapalea, entre 1250 e 1300, os juristas começaram a argumentar que o processo judicial e as normas de procedimento não derivavam do *civil law*, mas da lei natural ou da lei das nações, o *ius gentium*. Consequentemente, as regras fundamentais de procedimento não poderiam ser omitidas por príncipes ou juízes. O direito do réu de ter seu caso ouvido no tribunal passava a ser absoluto, e não contingente.

Os juristas que primeiro discutiram esse problema se referiram frequentemente a uma glosa do Papa Inocêncio IV quando redefiniram as origens de “*actiones*”.²⁷ De fato, embora ele não encontre exatamente a questão, Inocêncio foi o primeiro jurista a abordar a questão de saber se o príncipe tem o direito absoluto de tomar uma atitude distante de seu contexto.

Mais tarde, dois civis, Odofredus e Guido de Suzzara, vincularam o direito de possuir propriedade com o direito de obter uma reparação por um erro. E, claro, se a propriedade tinha sido estabelecida pelo direito natural, os remédios para a recuperação da propriedade também deveriam ser protegidos pelo direito natural. Eles pararam brevemente, no entanto, de argumentar que as ações seriam derivadas do direito natural.

Uma vez que os juristas haviam decidido que as normas do procedimento faziam parte do direito natural, eles rapidamente viram que os direitos essenciais dos réus não poderiam ser transgredidos. O resumo mais sofisticado e completo dos aspectos jurídicos sobre os direitos dos acusados, ao final do século XIII e início do XIV, pode ser encontrado no trabalho de um canonista francês, Johannes Monachus, que morreu em 1313. Enquanto encobria um decreto do Papa Bonifácio VIII (*Rem non novam*), ele comentou extensivamente sobre os direitos de um acusado. Ele começou fazendo a pergunta: poderia o papa, com base neste decreto, proceder contra uma pessoa se ele não o tivesse citado? Johannes concluiu que o papa estava “apenas” acima do direito positivo, não do direito natural. Desde que uma averiguação tenha sido estabelecida pelo direito natural, o papa não pode omitir isso. Ele sustentou, pois, que nenhum juiz, nem mesmo o papa, poderia chegar a uma decisão justa a menos que o réu estivesse presente num tribunal. Quando um crime fosse notório, o juiz poderia proceder de forma sumária em algumas partes do processo, mas a averiguação e o julgamento deveriam ser observados. Ele argumentou que uma convoca-

27 - A seguinte discussão é baseada em nosso: “*Prince and the Law*”, 146-160.

ção ao tribunal (*citatio*) e um julgamento (*sententia*) eram partes integrantes do processo judicial, porque Gênesis 3.9-12 teria provado que ambos eram necessários. Deus havia sido obrigado a averiguar Adão; juízes humanos deveriam fazer o mesmo. Então, pois, ele formulou a expressão sobre um réu possuir direito a um julgamento, e ao devido processo, com as seguintes palavras: **uma pessoa presume-se inocente até que se prove a culpa** (*item quilibetpresumitur innocens nisi probetur nocens*).²⁸ Este fato é um duplo golpe para sensibilidades anglófilas: não só a máxima não é encontrada em fonte anglo-saxônica, mas antes sequer foi dita originalmente em inglês!

Esta, então, é a suprema ironia da história: ao invés de um resistente Anglo-saxão, um cardeal da igreja romana, um francês, o canonista Johannes Monachus foi o primeiro jurista europeu a reconhecer a inexorável lógica do julgamento de Deus sobre Adão: Deus não poderia condenar Adão sem um julgamento, porque mesmo Deus deve presumir que Adão era inocente até que se provasse sua culpa. Outros canonistas brincaram com a ideia dos direitos dos réus.²⁹ Eles cunharam o provérbio de que Deus deve mesmo dar ao diabo o seu dia na corte.

Os comentários de Johannes sobre *Rem non novam* acabaram se tornando a lente comum de uma coleção medieval tardia do Direito Canônico conhecida como as “comunas extravagantes”. Essa coleção, e seu brilho, circulou em centenas de manuscritos e dezenas de edições impressas até o século XVII.³⁰ Então, a resposta à nossa pergunta sobre “inocente até que se prove culpado”, uma pergunta perfeita para a edição jurídica do Trivial Pursuit, quem primeiro a forneceu foi o canonista francês Johannes Monachus. Desde que seu brilho foi lido pelos juristas da *Ius commune* ao tempo de Cesare Beccaria, foi um veículo primário para transmitir o princípio a gerações posteriores de juristas.

Direito Romano, Direito Canônico, o *Ius commune*: a partir dessas fontes, surge aquele grande princípio anglo-saxão: uma pessoa é presumidamente inocente até que seja provada sua culpa. A questão permanece, entretanto, em saber quão profundamente tal doutrina informa a jurisprudência e as práticas judiciais do final da Idade Média até o início da Europa moderna. Neste ensaio, vamos apenas fornecer um breve resumo do problema e um esboço das principais características da história até o momento com o qual começamos, a época de Beccaria e MacNally.

Uma olhada nos relatos padrões de direito e de procedimento após século XIII parece tornar risível a opinião de que qualquer concepção de “inocente até prova em contrário” existia antes do século XVIII na jurisprudência europeia. Tribunais inquisitoriais procurando heresia parecem a antítese do devido processo e contrário a qualquer concepção dos direitos dos acusados. Tortura, acusações secretas e injustiças processuais arbitrárias parecem ser a norma, e não

28 - Citando Inocêncio III, *Dudum* (X 2.23.16) para justificar sua afirmação.

29 - Pennington, *Prince and the Law* 163-164.

30 - Johannes Monachus to Extravag. com. 2.3.1 (*Rem non novam*) v. Non obstantibus aliquibus privilegiis, London, BL Royal 10.E.i., fol. 214r, London, Lambeth Palace 13, fol. 363v-364r: “Et Gen. xviii. ubi factum erat notorium attamen Deus uoluit probare quam iudicare... Nec obstat extra. de accus. c. Euidencia <X 5.1.9>, nec ibi tollitur citatio nec sententia quia Gen. iii. probatur utrumque necessarium... Hinc est quod iudiciorum ordo et placitandi usus in paradiso videtur exordium habuisse. Nam Adam de inobedientia a Domino redargutus, quasi actori exceptionem obiiciens, relationem criminis in coniugem, immo in coniugis actorem convertit, dicens: Mulier quam mihi sociam dedisti me decepit... Item quilibet presumitur innocens nisi probetur nocens, extra. de presum. c. Dudum <X 2.23.16>.” Walter Ullmann was, as far as I know, the first modern historian to cite Johannes’ gloss in “The Defence of the Accused in the Medieval Inquisition,” *The Irish Ecclesiastical Record* 73 (1950) 481-489 at 486.

a exceção.³¹ Alguns estudiosos modernos argumentaram que os tribunais sentiam a obrigação de punir os crimes, como uma questão de utilidade pública, e que os “atalhos” processuais para a “verdade”, como tortura, eram meios pelos quais esses tribunais cumpriam suas obrigações.

Então a questão é: como é que o direito do acusado a uma presunção de inocência sobrevive no final da jurisprudência medieval e no início da modernidade? Tem sido verdade no passado, e continua sendo verdade nos dias de hoje, que as regras processuais são quebradas e os direitos violados mais frequentemente quando os juízes enfrentam crimes que golpeiam os aspectos mais sensíveis da sociedade. Os casos em que encontramos questionamentos à presunção de inocência, novamente, são aqueles que lidaram com grupos marginais, especialmente hereges, bruxas e judeus.

Deixe-me dar alguns exemplos. Em 1398 ou 1399, Salamon e seu filho, Moysés, judeus que viviam em Rimini, haviam sido acusados por várias mulheres cristãs de terem tido relações sexuais com elas. O caso, que foi ouvido por um inquisidor franciscano, Johannes de Pogiali, caiu sob a jurisdição da Inquisição, uma vez que pesava sobre Salamon e Moyses a acusação de que tinham usado argumentos heréticos para seduzir as mulheres. Quando eles encontraram virtuosas resistências das mulheres, Salamon e Moyses disseram a elas que as mulheres cristãs que fornecassem com homens judeus não incorreriam em pecado. As mulheres testemunharam perante a Inquisição que cederam a Salamon e Moyses só depois de terem sido convencidas por seus argumentos inteligentes.³² Não conhecemos os fatos por trás desse caso, apenas seu resultado como relatado do julgamento perante o tribunal papal. Embora os fatos isolados possam nos fazer pensar nesse caso como algum material para uma farsa boccacciana, Salamon e Moyses não pensaram que a acusação tenha sido divertida. O resumo do caso pelo inquisidor é de grande interesse. Ele chamou testemunhas antes dele, examinou-as e elas fizeram seus juramentos para dizer a verdade. No final, ele não achou que as acusações contra Salamon e Moyses eram juridicamente comprovadas. Não é sempre que encontramos um juiz justificando sua decisão na Idade Média. Nesse caso, Johannes de Pogiali o fez. Ele examinou os fatos e concluiu que “era melhor deixar um crime impune do que condenar uma pessoa inocente.”³³ Muitos reconhecerão nessas palavras “as razões

31 - Sobre o uso da tortura nos processos judiciais, veja-se: Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter* (Norm und Struktur: Studien zum sozialen Wandel in Mittelalter und Früher Neuzeit, 14; Cologne-WeimarVienna: Bohlau Verlag, 2000).

32 - *The Apostolic See and the Jew: Documents: 492-1404* (Studies and Texts, 94; Toronto 1991) 527-529, ASV, Reg. Vat. 316, fol. 226r-226v and Bologna, *Bibl. univers. Cod. Lat. 317, Vol. 5.1, fol. 277r-280v*. Published by C. Piana, *Cartularium Studii Bononiensis S. Francisci* (Analecta Franciscana 11; Assisi: 1970) 384ff. Para outro consilium tratando a alegação dos Judeus de que sexo não era pecado, veja-se: Bologna, *Collegio di Spagna, MS 123, fol. 382r-416r*: “Quidam Iudeus firmiter credit et publice aserit quod cohire solutum cum soluta non est peccatum mortale.” This consilium was probably written between 1381 and 1387 by Guglielmo de Vallseca who was the chancellor to King Peter IV of Catalonia. See *I codici del Collegio di Spagna di Bologna*, ed. Domenico Maffei, Ennio Cortese, Antonio Garcia y Garcia et al. (Orbis Academicus: Saggi e documenti di storia delle università, 5; Milan: 1992) 400. Sobre a miscigenação muculmana e judia com mulheres cristãs, veja-se: David Nirenberg, *Communities of Violence: Persecution of Minorities in the Middle Ages* (Princeton: 1996) 127-165. Para outros argumentos, veja-se: Diego Quagliani, “Gli ebrei nei consilia del Quattrocento veneto,” *Consilia im spatium Mittelalter: Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, ed. Ingrid Baumgürtner (Studi, Schriftenreihe des Deutschen Studienzentrums in Venedig, 13; Sigmaringen: 1995) 189-204. Veja-se, ainda: Battista de’ Giudici, *Apologia Iudaeorum inventiva contra Platinam: Propaganda antiebraica e polemiche di curia durante il pontificato di Sisto IV (1471-1484)*, ed. Diego Quagliani (Inedita, 1; Rome: 1987).

33 - *Ibid.*, 528: “non invenit contra ipsum Salomonem fore iuridice et legitime probatum, videlicet quod ipse talia verba protulerit aut alia supradicta commiserit vel fecerit, considerans fore melius facinus impunitum relinquere quam innocentem condemnare... declaravit dictum Salomonem de verborum predictorum prolatione et aliorum premissorum perpetratione fuisse et esse innocentem”.

de Blackstone”: “o direito sustenta que é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra”, que entrou no direito inglês do *Ius Commune* por meio de Fortescue.³⁴

Johannes teve que escolher entre duas concepções de ordem: se os crimes devem ser punidos com base no interesse público ou se os acusados devem ser presumidamente inocentes se as provas forem insuficientes, mesmo num caso delicado em que um “marginal”³⁵ tenha violado mais do que apenas a ordem pública.³⁶ Johannes também teve de escolher entre um padrão de justiça para os cristãos e um padrão de justiça para os judeus. Quando juízes e juristas se fizeram essa questão nos séculos XV e XVI, a resposta teórica foi invariavelmente a mesma: os judeus tinham os mesmos direitos que os cristãos ao devido processo legal. E se as provas falhassem, eles seriam presumidamente inocentes. Certamente, a teoria nem sempre encontrou o seu caminho para o tribunal, mas as regras eram repetidas seguidas vezes em decretos papais enviados a juízes locais e a cortes inquisitoriais. Em 1469, o papa Paulo II confirmou a petição do imperador Frederico III que absolveu juízes, notários e escribas cristãos que participaram de casos envolvendo judeus em quaisquer delitos. Alguns sacerdotes cristãos se recusaram a absolvê-los de seus pecados, a menos que fizessem penitência por seus papéis no tribunal ajudando os judeus.

A “Justiça”, observou o Papa Paulo, “deve ser igual para todos, cristãos ou judeus”.³⁷ Papas posteriores emitiram decretos que especificavam, em detalhes, as proteções processuais que os judeus deveriam receber. Uma carta do Papa Sixtus IV, em 1482, determinou que os judeus deveriam receber os nomes de seus acusadores, deveriam também poder apresentar exceções, provas e defesas legítimas para o tribunal e, se tais direitos fossem violados, poderiam apelar para Roma.³⁸ Do número de vezes que a cúria romana repetiria tais admoestações, no curso dos próximos 50 anos, teoria e prática podem nem sempre ter coincidido.³⁹ Várias cartas do século XVI enfatizaram o direito de defesa a um judeu, de ter um advogado e de receber dinheiro de apoiadores para custear a defesa em acusações de heresia e de apostasia.⁴⁰ Como o papa Paulo III declarou em 1535, “ninguém deve ser privado de uma defesa, que é estabelecido pelo direito

34 - Laufer, “Rhetoric of Innocence,” 333-334 e n. 17.

35 - NT: A expressão original é “outsider”, que pode significar forasteiro, ou, em outros contextos, alguém que não pertence a um grupo, na distinção entre centro e periferia, ou “marginalizado”, como pareceu mais adequado.

36 - Richard M. Fraher argumentou em uma série de artigos, que o procedimento medieval, entre 1200 e 1500, estava saturado com a ideia de que o *Ius commune* ditava que era do interesse público que os crimes não permanecessem impunes. Essa concepção de ordem judicial levou à introdução da tortura, e, depositou o ônus da prova nos réus. Penso que a presunção de inocência desempenhou um papel maior na teoria e na prática do que Fraher admitiria. Veja seus artigos: “The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: ‘Rei publicae interest ne crimina remaneant impunita,’” *University of Illinois Law Review* (1984) 577-595 e “Conviction according to Conscience: The Medieval Jurists’ Debate concerning Judicial Discretion and the Law of Proof,” *Law and History Review* 7 (1989) 23-88.

37 - Shlomo Simonsohn, *The Apostolic See and the Jews: Documents: 1464-1521 Studies and Texts* 99 (Toronto: 1990) 1163-1164 at 1164: “cum iustitia, que omnibus communis esse debet, ipsis ludeis ministratur”.

38 - *Ibid.*, 1284-1287.

39 - *Ibid.*, 1287-1288; *The Apostolic See and the Jews: Documents: 1522-1538 Studies and Texts* 104 (Toronto: 1990) 1693-1700 at 1696; *The Apostolic See and the Jews: Documents 1539-1545 Studies and Texts* 105 (Toronto: 1990) 2297-2298.

40 - E o direito de permanecer em silêncio; veja-se: Richard H. Helmholz, “Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European ‘ius comune,’” *New York University Law Review* 65 (1990) 962-990 and Henry Ansgar Kelly, “The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc,” *Speculum* 68 (1993) 992-1026, now reprinted in *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West* (Ashgate: 2001), com vários outros artigos abordando as questões discutidas neste ensaio.

natural”.⁴¹ O direito a uma defesa, a um advogado e aos meios para conduzir uma defesa era uma extensão óbvia dos direitos consagrados pela máxima “Inocente até que se prove culpado”. Em contraste, o *common law* não reconhecia o direito de um réu aconselhar-se juridicamente com advogado em julgamentos de traição até 1696.⁴²

O século XVI tornou-se uma grande época para o direito criminal e para o procedimento no *Ius commune*. Juristas anteriores haviam escrito tratados sobre tortura, provas, heresia e julgamentos de bruxaria, mas nenhum havia escrito ainda um tratado detalhado sobre o procedimento penal. Do século XIII ao século XV, tratados sobre o procedimento penal foram, com poucas exceções, curtos e esquemáticos.⁴³ Durante o século XVI, os juristas sintetizaram a jurisprudência do *Ius commune* e escreveram grandes trechos sobre os direitos dos acusados em processos criminais. Os nomes desses processualistas penais, contudo, não são tão conhecidos: Giuseppe Mascardi, Giovanni Luigi Riccio, Giulio Claro, e Giacomo Menochio, que não são nomes familiares, nem mesmo para os historiadores do direito. Uma das grandes figuras nesse desenvolvimento foi Prospero Farinacci, que viveu entre 1544 e 1618. Ele provavelmente foi educado em Perugia, e rapidamente ganhou experiência em ambos os lados da bancada.

Em 1567, ele se tornou o comissário-geral a serviço dos Orsini de Bracciano; no ano seguinte, ele fixou residência em Roma como membro da câmara papal. Contudo, em 1570, ele foi preso por um crime desconhecido. Problemas jurídicos o perseguiram pelo resto de sua vida. Ele perdeu um olho numa briga, foi destituído de suas posições, além de acusado de sodomia.⁴⁴ Apesar de suas dificuldades, o papa Clemente VIII o restituiu à corte papal em 1596. Farinacci defendeu Beatrice Cenci, que foi acusada de assassinar o próprio pai, no caso criminal mais famoso da época.⁴⁵ Ele começou em 1581 a sua obra mais relevante, “*Praxis et theorica criminalis*”, finalizando-a por volta de 1601.⁴⁶

41 - Ibid., 1991: “nos, volentes nemini defensionis munus, quod de iure nature est, tolli.” See *ibid.*, 2078.

42 - Theodore F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (4th Ed. London 1948) 410. Cf. James A. Brundage, *Medieval Canon Law* (London-New York: 1995) 149 n. 50. A jurisprudência francesa continuou a seguir os ditames do *Ius commune*. Procez verbal des confrences tenues par ordre du roi, entre messieurs les commissaires du conseil et messieurs les diputds du parlement de Paris, reprinted in Code Louis: Ordonnance criminelle, 1670 (Testi documenti per la storia del processo, edd. Nicola Picardi and Alessandro Giuliani (Milan: 1996) 163: “ce conseil qu'on a acoatumd de donner aux acusez n'est point un privilege acordé par les Ordonnances ni par les Loix que c'étoit une liberté aqoise par le droit naturel, qui est plus ancien que toutes les Loix humaines. Que le nature enseignoit A l'homme d'avoir recours aux lumieres des autres, quand il ne n'en avoit pas assez pour se conduire et d'emprunter du secours, quand il ne se sentoit pas assez fort pour se drfendre... Que si on vouloit comparer n6tre procedure criminelle A celle des Romains et des autres Nations, ou trouveroit qu'il n'y en voit point de si rigoureuse, que celle qu'on observe en France, particulierment drpuis l'Ordonnance de 1539”.

43 - Tancredo de Bolonha escreveu um dos primeiros tratados versando exclusivamente sobre processo penal, ca. 1210-1215. Veja-se: Richard M. Fraher, “Tancred’s ‘Summula de criminibus’: A New Text and a Key to the Ordo Iudiciarius,” *Bulletin of Medieval Canon Law* 9 (1979) 23-35, edited on pp. 29-35. A discussão mais completa do processo penal nesse período foi a terceira parte do *Guilielmus Durantis’ Speculum iuris* 2 vols. Basel 1574; reprinted (Aalen: 1975). Outros tratados influentes sobre processo penal podem ser encontrados no volume 11 de *Tractatus universi iuris* (Venice: 1584).

44 - Quando Giuseppe Cesari desenhou o retrato de Farinacci, ca. 1600 (Rome, Museo Nazionale di Castel Sant’Angelo), ele deliberadamente e, obviamente, o deixou seu olho esquerdo nas sombras.

45 - Veja-se: Beatrice Cenci: La storia, il mito. ed. Mario Bevilacqua and Elisabetta Mori. Roma, Viella, 1999.

46 - A. Mazzacane, “Farinacci, Prospero (1544-1618),” *Juristen: Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, ed. Michael Stolleis (Munich: 1995) 199-200; Niccolò Del Re, “Prospero Farinacci giureconsulto romano (1544-1618),” *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, 3rd series 28 (1975) 135-220. Mazzacane escreveu que ele completou a obra em 1614, mas uma edição de “*Praxis et theoricae criminalis*” foi publicada em Veneza: apud Georgium Variscum, 1603 (in fine 1601), que é descrita como a 3ª Ed., ampliada. Cfr. *Antichi testi giuridici (secoli XV-XVIII) dell’Istituto di Storia del Diritto Italiano*, ed. Giuliana Saporì (Milan: Università degli Studi di Milano, Pubblicazioni dell’Istituto di Storia del Diritto Italiano, 7: 1977) 1.242, no. 1162.

O tratado de Farinacci toca brevemente⁴⁷ na presunção de inocência. A questão surgiu em vários contextos diferentes. Ele insistiu no fato de que a “exceção de inocência” era privilegiada no direito natural e nunca poderia ser abolida por meio da lei; se uma legislação abolisse o direito do réu a ter uma defesa, isso deveria ser interpretado como sendo apenas uma defesa injusta ou caluniosa.⁴⁸ Nem mesmo o papa poderia tirar o direito do réu de provar sua inocência, já que esse direito seria fundamentado no direito natural.⁴⁹ Como outros juristas que escreveram sobre o processo penal, Farinacci distinguia entre as presunções do direito e as presunções dos homens; uma presunção dos homens era, por exemplo, que, em caso de dúvida, um homem deveria ser considerado bom.⁵⁰

Outra grande voz da razão no processo penal foi Frederico von Spee (1591-1635). Ele foi jurista, jesuíta e poeta, e os críticos literários ainda estão escrevendo e derramando alguma tinta em seu poema mais importante: *Trutznachtigall*. Mais importante, ele também foi um crítico da intolerância e da ignorância. Como Beccaria, um século depois, ele condenou a tortura, a perseguição de bruxas e outros crimes que enfureceram os príncipes e a plebe. Infelizmente, para ele, a Europa ainda não estava preparada para a sua voz da razão. Acabou destituído de seus cargos acadêmicos e condenado por sua ordem após a publicação de “*Cautio criminalis*”, seu famoso tratado sobre procedimento no julgamento de bruxaria-feitiçaria. Morreu jovem em Trier, enquanto ajudava a tratar soldados infectados pela praga de 1635.⁵¹

“Devemos supor que as bruxas são culpadas?” questionou ele, em “*Cautio criminalis*”. E ele respondeu: “Essa é uma pergunta estúpida”.⁵² Sua reprovação contra o uso da tortura era

47 - NT: A expressão original é “bristles”, que significa “cerda”, “pelos” ou “seda”, de modo a poder ser contextualizado como “penteia”, uma expressão que seria inerente a tocar brevemente no tema, razão pela qual optamos por fazer o trocadilho.

48 - Prospero Farinacci, (*Prosperus Farinacius*), *Praxis et theoricæ criminalis libri duo in quinque titulos distributi* (Frankfurt: 1606) Liber I, tit. I, quaestio XI, p. 141, num 9: “Quarto urget quia exceptio innocentiae a iure priuilegata est, et taliter, ut numquam a statuto alias exceptiones tollente sublata censeatur, 1. Quoniam, C. ad leg. lul. de adult. Anan. in c. Si adversus... immo si statutum tollit reo defensionem, intelligitur de defensionibus iniustus et calumniosus, secus de iustus, et quae respiciunt illius innocentiam”.

49 - *Ibid.*, 143-144, num. 15: “Et si tu subtilis diceres ergo Princeps isto casu <cases where the pope has judged someone contumacious> tollit exceptionem, et defensionem innocentiae? Qua tamen cum sit de iure naturae, nec a principe, nec a statuto tolli potest... Respondeo duobus modis. Primo, quod ex caussa (sic) publicae utilitatis multa potest princeps contra generales iuris regulas, praesertim ne delicta remaneant impunita, ita in his terminis respondet Carer. d. num. 89 et 99 poret Matth. et Andr. in constitu. Paenam eorum, in i. notab.... Respondeo secundo, quod isto casu summus pontifex non prohibuit exceptionem innocentiae, sed illius admissionem sibi reservavit, cum dicit “Nisi habita asignatura nostra speciali gratia” (Cited bull of Pius V, dated to the fifth year of his pontificate on p. 143). Advertat ergo iudex isto casu, ne sit velox ad exsequendum sententiam quia si reus offert innocentiam suam docere per contrarias probationes debet supersedere et principem consulere vel expectare, quod pro parte rei adeundum principem recurratur, isto praesertim casu, in quod prout infra dicitur, facilis esse debet idem princeps in admittendo reum ad defensiones, et si iudex aliter faceret, male faceret”.

50 - *Ibid.* Lib. I, tit. V, p. 563 num. 94: “Praesumptio hominis ... est quidam conceptus causatus in mente ab aliqua probabili coniectura... quod in dubio quilibet praesumitur bonus et non malus, c. Dudum, de praesum. et similia [citing Giuseppe Mascardi, *Conclusiones probationum*, Lib. I, q. 10, num. 24 and 25]. See Sven K. Knebel, “Naturrecht, Folter, Selbstverzicht: Spees ‘Cautio Criminalis’ vor dem Hintergrund der spatscholastischen Moralphilosophie,” *Die politische Theologie Friedrich von Spees*. (Munich: 1991) 155-157.

51 - Wilhelm Kosch, *Deutsches Literaturlexikon*, ed. Bruno Berger (Bern-Munich: 1963) 408-409; Karl Keller, *Friedrich Spee von Langenfeld (1591-1635): Seelsorger Dichter, Humanist* (S.1. 1969); G. Richard Dimler, *Friedrich Spee’s Trutznachtigall*. *German Studies in America*, 13; (Bern-Frankfurt am Main: 1973) 11-13. On Spee see Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison* 119-122.

52 - Friedrich von Spee (published anonymously), *Cautio criminalis seu Deprocessibus contra sagas liber* (Rinthelii/Rinteln an der Weser): 1631) *Dubium XIX*, p. 101: “An de captis nomine Veneficii mox praesumendum sit eas necessario reas esse? Stulta quaestio videatur.” Uma edição moderna foi editada por Theo G.M. van Oorschot (*Friedrich Spee, Samtliche Schriften*, 3; Tubingen-Basel 1992), incluindo a paginação da edição de 1631.

absoluta. Ele pegou seus argumentos emprestados de Farinacci.⁵³ E a retórica inspirou Beccaria um século depois:⁵⁴

Pode um acusado que não confessa sob tortura ser condenado?” Eu assumo “escreveu Spee” que ninguém pode ser condenado a menos que sua culpa seja certa; uma pessoa inocente não deveria ser morta. Todo mundo é considerado inocente, e todos não são conhecidos por serem culpados.⁵⁵

Há alguma ironia nessa parte da história também. Beccaria e Pietro Verri – o modelo de Beccaria, quem escreveu um tratado significativo sobre tortura, publicado muito tempo depois de *Dei delitti*⁵⁶ – provavelmente pegaram emprestado o pensamento de Spee e o adaptaram às suas palavras quando escreveram sobre a tortura.⁵⁷ No entanto, Beccaria e Verri condenaram Spee, Farinacci e outros juristas ao mesmo tempo em que se apropriaram de suas ideias, acusando-os de serem moles com a tortura.⁵⁸

Como Alessandro Manzoni eloquentemente apontou, Verri subestimou a contribuição para os argumentos intelectuais que sustentaram sua condenação à tortura e não enfatizou a contribuição de juristas anteriores. Como parte do relato de Manzoni sobre uma causa célebre e milenar, muitos juízes enviaram vários homens inocentes para a morte com quase nenhuma evidência de sua culpa, demonstrando que Verri havia distorcido seriamente a tradição jurídica.⁵⁹

A partir desta evidência, todos nós sabemos da prática da tortura em seu próprio tempo, podendo-se concluir, sem dúvida, que os intérpretes de processo penal deixaram a teoria e a prática de tortura muito, mas muito, menos bárbara do que eles acharam. Evidentemente seria absurdo atribuir essa diminuição do mal a uma causa sozinha, mas penso

53 - Ibid., 264, *Dubium XXXIX, Ratio i.* “Si convicta esset, torta non esset, est autem torta, non igitur convicta: Constat ex supra dictis et vide Farinacium q.38 n. 4.”

54 - Ibid., 264-265: “*Dubium XXXIX, Ratio ii.* Quaero ex iudice quem in finem ream torserit? An, ut tortura paena delicti esset? An, ut, via ad veritatem? Contrajura est, ut tortura paena sit, et prorsus inauditum, nam cujus criminis erit paena?... *Ratio iii.* Quero item ex iudice an haec reae confessio necessaria ad condemnandum fuit, an non fuit? Si fuit, cur igitur sine ea nihilominus damnavit? Si non fuit, crudelitas est, quam morte puniendam seu confessam seu inconfessam destinaverat, tam gravibus torturis lacerasse, ne, quae unit tantum destinata morte erat, una morte morderetur.”

55 - Ibid., 262-263: “*Dubium XXXIX.* An, quae nihil in torturis confessa est, damnari possit? Suppono damnari neminem posse nisi certo de eo constet culpam sustinere; neque enim innocens occidi debet. Innocens autem omnis praesumitur, qui nocens esse nescitur”.

56 - Pietro Verri (1728-1797), *Osservazioni sulla tortura* (Milan: 1804). Edição mais recente: Pietro Verri, *Osservazioni sulla tortura* (Volte anime, 3) (Milan: 1997).

57 - See the comparison of texts printed in the edition of Beccaria, ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 62 n. 1 and 63 n. 1.

58 - Pietro Verri, *Osservazioni sulla tortura*: E singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si atribui la pestilenza che devasto Milano l’anno 1630 (Milan: 1804). On Verri’s and Beccaria’s relationship to Spee, see Schmoekel, *Humanitat und Staatsraison* 582-585.

59 - Alessandro Manzoni, *Storia della colonna infame*: Testo del 1840, ed. Alberto Chiari and Fausto Ghisalberti (Verona: 1963) 702: “*Da queste testimonianze, e da quello che sappiamo essere stata la tortura negli ultimi suoi tempi, si può francamente dedurre che i criminalisti interpreti la lasciarono molto, ma molto, men barbara di quello che l’avevan trovata. E certo sarebbe assurdo l’attribuire a una sola causa una tal diminuzione di male; ma, tra le molte, me par che sarebbe anche cosa poco ragionevole il non contare il biasimo e le ammonizioni ripetute e rinnovare pubblicamente, di secolo in secolo, da quelli ai quali pure s’attribuisce un’ autorit di fatto sulla practica de’ tribunali.*” Manzoni’s father was probably Giovanni Verri, the brother of Pietro; and his mother was Giulia Beccaria, the daughter of Cesare. See Alessandro Manzoni, *Storia della colonna infame*: Testo definitivo e prima redazione, ed. Renzo Negri (Milan: 1974) 5.

que entre as muitas causas, seria razoável contar as repetidas repreensões e advertências, renovadas publicamente, século após século, por juristas a quem é certamente concedido uma autoridade definida sobre a prática nos tribunais.

Manzoni teve uma visão extraordinária sobre a evolução das normas na jurisprudência da Europa. Ele percebeu muito bem a complicada dialética por meio da qual os juristas argumentaram, tomaram emprestado e acrescentaram o pensamento de seus antecessores e, em suas obras, falaram do outro lado dos séculos aos seus pósteros. Nós poderíamos acrescentar, neste ensaio dedicado aos estudiosos modernos, que fizeram mais para reintroduzir as normas do *Ius commune* na erudição contemporânea, afirmando que os juristas e Manzoni tiveram um digno sucessor.

Nós fizemos um círculo completo: do juiz White para MacNally, passando por Beccaria e depois atravessando Johannes Monachus, e, depois de volta a Beccaria. A evolução da norma determinante de que toda pessoa é presumida inocente até que se prove sua culpa é um estudo de caso do longo processo por meio do qual os princípios do direito emergem lenta, hesitantemente, às vezes dolorosamente, na jurisprudência.

A máxima “inocente até que se prove culpado” nasceu ao final do século XIII, preservada na jurisprudência universal do *Ius commune*, empregada na defesa de réus marginalizados, judeus, hereges e bruxas, nos primeiros períodos modernos e, finalmente, implantada como um poderoso argumento contra a tortura nos séculos XVI, XVII e XVIII. Por essa última rota, entrou na jurisprudência do *common law* por intermédio de um Irlandês completamente desonroso, depois de este ler um livro sobre punições criminais por um italiano.

Mas porque foi um transplante da *Ius commune*, acabou ingressando no mundo do direito americano de uma forma bastante diferente. Isto não mais era uma máxima que significava o pacote de direitos que era devido a todo réu. Porque o direito americano não herdou diretamente a jurisprudência da *Ius commune*, seus significados mais amplos foram perdidos durante o transplante. Consequentemente, o foco americano tem sido inteiramente ressignificado para a apresentação de evidências (provas) e para as regras processuais na sala de audiências do Tribunal.

Na jurisprudência do *Ius commune*, a máxima resumiu os direitos processuais que todo ser humano deve possuir, não importando qual seja o seu status, religião ou cidadania. A máxima protege réus de serem coagidos a testemunhar e a incriminar a si mesmos. Concedeu-lhes, ainda, o direito absoluto de serem convocados para ter seu caso ouvido em um tribunal aberto, para ter um advogado, para ter sua sentença pronunciada publicamente, além de apresentar provas em sua defesa. Um jurista do *Ius commune* ficaria bastante intrigado com o fato de que hoje podemos abraçar a máxima “uma pessoa é inocente até que se prove sua culpa” e ao mesmo tempo presenciar que seja negado a seres humanos uma audiência sob certas circunstâncias. Para eles, a máxima significava ‘ninguém, absolutamente ninguém, pode ter negado o direito a um julgamento em qualquer circunstância.’ E que todos, absolutamente todos, tinham o direito de conduzir uma defesa vigorosa e completa.

Em um mundo sufocado pelos estreitos horizontes dos sistemas legais aprisionados por soberanias nacionais, esta história é o melhor argumento que eu conheço para que se possa retornar a uma concepção do direito que seja ampla, comparativa e aberta à jurisprudência de outros sistemas jurídicos.

* *
*