

A PRÉ-OCUPAÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

THE *PRE-OCCUPATION OF INNOCENCE* IN PENAL PROCESS

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL*

RESUMO

O presente artigo pretende refletir sobre categorias centrais no processo penal, representando instância de ensaio privilegiada para assunção inter-relacionada das categorias da pré-ocupação de inocência e carga da prova. Fundamentalmente, concebe a ideia da pré-ocupação de inocência como regra de fechamento atinente ao horizonte de expectativa a ser preenchido com a decisão política auferida na sentença penal, quando persistir a dúvida, a ser convertida em certeza jurídica, quer dizer, propõe para tal um dispositivo hábil a operar no regime de gestão das expectativas acusatórias de um sistema processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Sistema Acusatório. Presunção de Inocência. Prova.

ABSTRACT

The current article intends to bring a reflection about central categories of the penal process, representing an instance of a privileged essay to the inter-related assumption of the categories of pre-occupation of innocence and charge of proof. Fundamentally, it conceals the idea of pre-occupation of innocence as a closure rule related to the horizon of expectancies to be filled with the political decision taken in the criminal sentence, when the doubt persists, to be converted into juridical certainty, i. e., it is proposed, hence, a dispositive that is able to work in the accusatory expectancies management régime of a penal process system.

KEYWORDS: Penal Process. Accusatory System. Presumption of Innocence. Proof.

SUMÁRIO: 1. APORTES SOBRE PRESUNÇÕES, CARGA DA PROVA E LIVRE CONVICÇÃO NO PROCESSO PENAL; 2. A PRÉ-OCUPAÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA DA PROVA – REGRAS DE CLAUSURA E DE CRUZAMENTO; 3. A PRÉ-OCUPAÇÃO DA INOCÊNCIA COMO PROFANAÇÃO DA EVIDÊNCIA. REFERÊNCIAS.

* Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal); Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS.

E-mail: augusto.jobim@pucls.br ou guto_jobim@hotmail.com

1. APORTES SOBRE PRESUNÇÕES, CARGA DA PROVA E LIVRE CONVICÇÃO NO PROCESSO PENAL

A teoria das *presunções* e do *onus probandi* intervêm em qualquer *controvérsia*.¹ Com o processo penal, visto ao menos genericamente como argumentação racional contraditória inspirado pelos procedimentos retóricos da *prova*, não seria diferente. Ainda sob alguma inspiração retórica, poder-se-ia dizer que a *prova judicial*, segundo LÉVY-BRUHL² trazido ao texto por GIL, é um “mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto”.³ Se, de modo mais simples, a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado.⁴ Assim, o *princípio da jurisdicionalidade* postula a *presunção de inocência*. Como assevera LUCCHINI⁵, para além de ser *presunção* “até que se prove o contrário”, trata-se de um corolário lógico-racional do próprio processo e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento. Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado a todos, como se vê em CARMIGNANI⁶, sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística, independentemente disto aceitar-se, atualmente é *estado* fundamental

1 Controvérsias entendidas, na sua constância, como um índice de instabilidade do próprio conhecimento. Cf. GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, pp. 484 ss..

2 Cf. também, sobre o método da jurística, pp. LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 99-118.

3 GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 36.

4 Cf. GIL, Fernando. *Provas*, pp. 23-44. De forma resumida ainda em GIL, Fernando. Três Notas sobre Prova e Controvérsia. *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, pp. 55-68.

5 LUCCHINI, Luigi. *Elementi Di Procedura Penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899, pp. 10 e 15.

6 CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 145.

do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito.

Não seria necessário deflagrar uma disputa desta visão com o *pessimismo antropológico fascista* que inspirou o brasileiro CPP/41 diante da assunção do modelo republicano de democracia.⁷ Dispensável ainda acentuar as odes de ROCCO⁸ a MANZINI e o Código italiano de 1930 acerca da *presunção de inocência*; fragilidade que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal - por isso o Código vigoroso de Manzini centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.

Avançar por cima de alguma lógica empirista encravada numa valoração probabilística quando à assunção do princípio da *presunção de inocência*⁹ é o que nos permite acolher o substrato

7 Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 155 ss.

8 A parceria com o Ministro Rocco, sem esquecer a intensa cooperação, na elaboração do Código de 1930, de Ugo Aloisi e Carlo Saltelli (sobre isto, cf. MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, p. 96, nota 2), rende um prefácio à obra de um valor histórico inestimável. Aos interessados em ver o que se vincula e o que serve ao ideário copiado pelo código brasileiro e que, em matéria principalmente de *gestão da prova*, apenas teve seus problemas aprofundados, seu exame se torna imprescindível. Dirá Alfredo Rocco, ministro da Justiça de Mussolini à época: “È tradizione vecchia che nel presentare un nuovo libro, si dica partitamente del suo contenuto. (...) [Sobre a coloração de Manzini no Código de 1913] Avevano allora incontrastato dominio quelle ideologie demo-liberali che, attraverso la debolezza degli ordinamenti processuali, posero la giustizia penale in balia delle parti. Il Manzini, tra i pochissimi, reagì contro quelle tendenze. Ricordo con vivo compiacimento che egli fu forse il primo a insorgere contro quel principio della presunzione d’innocenza dell’imputato, che tanto è stato sfruttato nelle aule giudiziarie a danno della giustizia penale” (ROCCO, Alfredo. Prefazione. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. MANZINI, Vincenzo. Volume Primo, pp. IX-X). A fragilidade, afirma, estava presente na justiça criminal, até a insurgência da virtude de Manzini na formulação de um código rigoroso, ao menos em dois pontos básicos: que não deixasse à mercê das partes o processo penal, quer dizer, que centralizasse na figura do magistrado e em sua voluntária, vigorosa e incisiva intervenção capital; e a menosprezo à *presunção de inocência* que tanto dano à justiça já havia acarretado, segundo o Ministro.

9 Tal postura dá condições, de alguma forma, de não se recair nas armadilhas da

racionalidade fascista de Manzini – como aconselha Vélez Mariconde (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Córdoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, pp. 26-27). Para Manzini, em tom ameno quando discute o objeto do processo (particularmente no § I sobre *Finalidades e Interesses Processuais* do Cap. V), o processo penal terá por *finalidade* obter a declaração de certeza da realização de uma “pretensão punitiva” derivada de um delito. O seu *conteúdo* propriamente constitui esta declaração auferida mediante a intervenção do juiz. Todavia, o interesse característico determinante do processo penal é posto claramente, sem subterfúgios: “considerati pertanto lo scopo, il contenuto e il carattere suddetti, è manifesto che *l’interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole*, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l’imputato (...) non già l’interesse di pervenire alla proclamazione dell’innocenza (...)”. Por isso, instala-se numa cisão maniqueísta entre “interesse público” e “interesse privado”, como se, em matéria penal, todos os valores em jogo, principalmente os do réu, não estivessem situados na dimensão dos direitos e garantias fundamentais impostas pela finalidade política e jurídica do Estado Democrático de Direito (ver BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pilares, 2008, pp. 175-186). Propositamente, comporta-se míope aos alertas, tais como o de W. Goldschmidt: “Los derechos fundamentales, como tales, se dirigen contra el Estado, y pertenece, por consiguiente, a la sección que trata del amparo del individuo contra el Estado (...)” (GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia (Dikeología)*. Madrid: Aguillar, 1958, p. 201). Assim, não interessa dizer que o principal valor a ser tutelado é a *liberdade* em razão do *protagonismo do réu*, como assevera Guarneri (GUARNERI, Jose. *Las Partes en el Proceso Penal*. Traducción Constanancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 272) ou que processo penal deva ser traduzido como componente de um *sistema de garantias do mais débil* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías – La Ley de Más Débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et.al.. Madrid: Trota, 1999, pp. 15-35); para ele, patente é sustentar que “le norme processuali penali tutelano principalmente l’interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza”, ou seja, “un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare cioè la pretesa punitiva dello Stato.” Daí a liberdade individual – segundo esta ordem, mesmo que tenha algum lugar (subalterno e obsoleto, é evidente) – nada posta como prevalente. Ao chegar enfim à *tutela da inocência*, nesta parada, ao tratar do que chama de *pretesa presunzione d’innocenza*, parte-se do fato de que, não ser reconhecido como culpável não equivaleria a ser declarado como inocente. Para tanto, Manzini supõe o conceito como equivocado, “goffamente paradossale e irrazionale”, “strana assurdità dall’empirismo francese”, já que a experiência histórica coletiva ensina, segundo ele, que a maior parte dos imputados não são inocentes. Parca sustentação que destoa da argúcia do raciocínio do autor. Incide, pois, na mesma deriva argumentativa da Escola positivista como faz, por exemplo, Cesare Lombroso (*O Homem Delinqüente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, pp. 193 ss.). Na toada do seu olhar, em realidade, o que era apenas a causa da prisionalização, ou seja, produto dos processos de criminalização, nele o positivismo criminológico enxergava sua filogenia criminal, nutrida por características estéticas assinaladas como a causa do delito. Estreito paralelismo e congruência com o pensamento de Manzini que não via

razão na presunção de inocência, não a admitia com valor algum, porque sua lógica partia do final do filtro processual onde apenas vislumbrava condenados em maioria. Apenas se presume inocente, para o processualista italiano, aquele contra o qual nada se prova, o que significa não dever se presumir inocente o imputado no curso da instrução e até o julgamento. Este é o sentido que encontra ao interpretar fielmente o apogeu inquisitorial de estilo: a *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670. Ali está consignado no art. 28, V: “*Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*” [Todos se presumem bons enquanto não se prove que são maus]. A degeneração, segundo esta visão que a vê como um “estranho princípio”, “sonho” ou uma “ficção”, naturalmente, apenas poderia ter começado com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e seu n° IX. *Para lastrear processualmente um regime amplamente autoritário é fundamental tornar supérflua esta presunção*. Encontrava-se já nas atas do projeto preliminar o rechaço peremptório de Manzini a esta premissa que iria então sufragar o Código italiano de 1930: “«Va anzi tutto rilevato che il progetto, come del resto il codice vigente (del 1913), respinge in pieno la assurda presunzione d’innocenza, che da taluni si vorrebbe riconoscere a favore dell’imputato. Questa è una stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali. Sacro e inviolabile è senza dubbio il diritto di difesa, certo e inconcusso è il principio che l’imputato non può essere ritenuto colpevole prima della sentenza irrevocabile di condanna; ma che lo si debba reputare innocente, mentre si procede contro di lui perchè incolpato del reato, è una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire. Finchè vi è un procedimento in corso (dicevo nel mio discorso al Senato) non vi è nè un colpevole nè un innocente, ma soltanto un indiziato: solo nel momento in cui interviene la sentenza si saprà se l’indiziato è colpevole o è innocente».” (MANZINI, Vincenzo. *Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929, p. 22). São com estes materiais que ainda hoje lidamos. “Concede” o argumento inclusive o direito de defesa e seu contraditório, pois não abrirá mão de que a *gestão da prova* recaia, de alguma forma, sob os auspícios do magistrado e tenha como companheira fiel a ignorância à *presunção de inocência*. Vendo-se apenas, sob esta construção, um “indiciado culpável” a obscurecer qualquer limite à intervenção do Estado onipotente, de fato, não se justifica qualquer presunção – como se tal não escondesse, por detrás de um procedimento todo respaldado por um regime totalitário, o alijamento da liberdade como regra e a persecução e condenação a todo custo como *pré-ocupação do campo*. Então, a “*vera condizione dell’imputato*” surge deste novo distanciamento entre alguém não ser considerado culpável e dele se presumir a inocência: até a condenação definitiva, ninguém será considerado culpável, implicando, segunda esta razão estrita, que não estar certo da culpabilidade de uma pessoa indiciada significa necessariamente duvidar de sua inocência. Apesar, como dito, de operada uma falaciosa e cínica defesa da liberdade individual resguardada constitucionalmente, afirmando: “nello Stato fascista il riconoscimento e la tutela della libertà individuale sono condizioni per il progresso della società (...). La legislazione fascista svolge secondo questi concetti fondamentali il principio dichiarato nell’art. 26 dello Statuto, per cui «la libertà individuale è garantita»”, neste ponto Manzini [como se pode ver na terceira edição de 1949 da obra traduzida para o

radical da *presunção de inocência*, tal como alude a opção garantista de civilidade apontada por FERRAJOLI “a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”.¹⁰ Decisão política de princípio fundamental.¹¹ Razão tão bem explicada por CARRARA – em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos –, pela contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.¹² Máxima a ser

espanhol, substitui a expressão *Stato fascista* por “Estado moderno” e *legislazione fascista* por “legislación italiana” – ver **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. 257], não deixa de assinalar que “ma lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato accordata nell’interesse della collettività [passagem flagorosamente suprimida nas edições futuras da obra]”. Para arrematar, novamente sob um suposto “conflito de interesses”, apesar do mero “reconhecimento” do interesse relativo à liberdade individual, o elemento específico e essencial que caracteriza o processo penal “rimane sempre l’interesse repressivo” (MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**, pp. 175-184).

- 10 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.*. Madrid: Trota, 1995, p. 549.
- 11 Ao ponto de Vélez Mariconde abandonar a expressão “presunção” para ficar apenas com *principio de inocência* para aludir precisamente ao *estado jurídico do imputado*. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Estudios de Derecho Procesal Penal II**, p. 27.
- 12 Alude o autor, com maestria, contra aqueles que denunciam em seus discursos – tão presentes nos contextos atuais de hiperpunição – o suposto “escândalo político” por cada absolvição que deixa impune um delito: “Scrisse Pastoret – vi sono nel giure penali degli assiomi così apodittici quanto possono esserlo quelli delle matematiche: e come tale; e come il più positivo fra questi; bisogna riconoscere quello che proclama – Salius esse impunitum facinus relinqui, quam innocentem damnare. Nessuno oserebbe oggidì a fronte scoperta impugnare questa verità. Ma però le tradizioni dell’antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno scandalo politico. Scandalo vero serebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio, nel firmare le assoluzioni; senza tremare nè sospirare nel firmar le condanne. Scandalo vero: perchè con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che il giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l’esser convinto colpevole, ma l’essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condannatorie (...). La sentenze assolutorie assodano nei cittadini l’opinione della propria sicurezza” (CARRARA, Francesco).

trabalhada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação necessária a qualquer sistema processual penal democrático. Na medida em que a falta é constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.

Alternativa política esta, novamente se diga, fundada na linha tênue do nexó entre *liberdade* e *segurança*. Não pouco se olvida da relação recíproca entre ambas. Ou seja, esquecido, sobretudo, está o fato de que alguma segurança genuína apenas poderá ser conquistada com o respeito à liberdade individual. Em oposição, o que avança é o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de menos risco, que acabam por acarretar nenhum acréscimo de segurança e, como resultado certo, trilham a passos largos na direção de regimes autoritários.¹³ Distancia-se da necessária premissa de que ambos os elementos devem estar implicados¹⁴, porque apenas certo grau de *segurança* poderá ser conquistado na medida em que houver *confiança* na não violação da *liberdade* de quem quer que seja. Dois valores jamais vistos excludentemente que se pudesse afastar a convicção de que a segurança está assentada na própria liberdade política. A *presunção de inocência* acaba por ser não apenas uma garantia de *liberdade* como valor fundamental – e de que a *verdade* produzida validamente no

Programma del Corso di Diritto Criminale. Lucca: Tip. Canovetti, 1863, p. 373, nota 1).

13 DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010, p. 237.

14 Segundo muito antes já escrevia MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977, p. 217. No mesmo sentido, PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787, pp. 27-28.

processo penal não será hipertrofiada e sujeita a qualquer preço – mas de *segurança e confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional.

O *medo*, a seu turno, como sintoma que assola o inocente demonstra tão somente o compasso da quebra da função jurisdicional: “cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho.”¹⁵ Qualquer tipo de inversão demonstra o obscurecimento desta regra de tratamento, recorrente nas práticas inquisitivas.¹⁶ Dado como pressuposto das demais garantias e elevado por CARRARA¹⁷ a postulado racional e jurídico fundamental da ciência processual, a *presunção de inocência* tem sido alvo, desde o XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Para chegar aos adágios fascistas de MANZINI, foi antes na Escola Positivista italiana¹⁸ que o arsenal foi montado para poder munir a autoridade e o golpe decisivo sobre ela dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central do tom fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários – desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz

15 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 550.

16 Assim via-se funcionar nas práticas de semiprova; semiculpaabilidade e semicondenação apostas na baixa Idade Média. Cf. PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, pp. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981, pp. 625-658 e CORDERO, Franco. *La Fabbrica della peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984. A jurisdicionalidade vinculada à presunção de inocência, oportunamente se diga, incluiu-se paulatinamente no pensamento processual antevista na própria postulação da definição da *pena*, e o fato dela apenas dever ser imposta após um processo de cognição. Cf. PUFENDORF. *Of The Law of Nature and Nations*. Eight Books – Written in Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The Fourth Edition, carefully Corrected. London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779, p. 770.

17 CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 364; 370-371; 377; 379-381 e 450-451.

18 Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, pp. 106-116.

(núcleo fundante da diferenciação sistêmica no processo penal¹⁹) – podem ser dispostos como faces do mesmo centavo. Não por falta de motivações que GAROFALO²⁰ considerava um absurdo a fórmula da presunção de inocência, exigindo, para delitos graves, como obrigatória e generalizada, a prisão provisória. A seu turno, o expoente mais denso da Escola, FERRI²¹, dedica-se, dentro de seus modelos de justiça sumária muito além das provas de culpabilidade, a reduzi-la a mero aforismo ilógico. Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige não apenas um sistema acusatório, mas a mediação de um processo em geral.²²

19 Por todos, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

20 GAROFALO, R. *Criminologia*: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefácio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, pp. 384; 394-395; 408; 410; 412-413 e 416.

21 Para tanto, constrói um argumento mais elaborado para este “aforismo jurídico ilógico”. Inteligentemente reconhece a presunção de inocência ao início inclusive concedendo-lhe uma “base positiva incontestável”: “a presunção de inocência, e com ela a regra mais geral in dubio pro reo tem seguramente um fundo de verdade e até é obrigatória” para então restringi-la “quando se trata[r] do período preparatório do juízo”. Aceitando que apenas uma escassa minoria não se trata de “gente honrada” e são delinquentes, mesmo assim a confluência à *adesão* pronta aos mecanismos da *evidência* vez mais podem ser localizados: “mas quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processado, confirmada por outros dados, esta presunção, que lhe é favorável, não me parece ter a mesma força lógica ou jurídica.” A presunção de inocência, neste viés, apenas existirá num plano abstrato, pois qualquer movimento persecutório para além da investigação negá-la-á ou, ao menos, sempre a porá em dúvida. Ela será eliminada “em todos os casos e em todos os períodos do juízo em que está em contradição com a mesma realidade das coisas” – e já que isto para ele representa enxergar no processo penal como mecanismo maximizador da utilidade social na eliminação do *criminoso nato*, assim “se suprimirá todo o fundamento e as demais disposições processuais que nelas se inspiram e que são verdadeiramente contrárias às razões mais claras de justiça e de utilidade social.” (FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006, pp. 241-242).

22 O modelo jurídico nada mais estabelece que *a arte de disputar o verossímil*. Cf. GIL, Fernando. Do Direito à Teodiceia: Leibniz e o Ónus da Prova nas Controvérsias. *Mediações*, p. 74.

Na disputa sobre o verossímil, na contraposição das hipóteses trazidas, é sobre a *dúvida* que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final. Vê-se ainda mais claramente com a implicação trazida pela *carga da prova*. A *presunção de inocência* funciona desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um *estabilizador de expectativas*²³ que, na mesma medida que vedará o juiz de realizar qualquer diligência em caso de *dúvida* sobre a matéria de juízo, torna-se um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. A seu modo, a *presunção de inocência* não aventa apenas uma “norma de tratamento” – daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a *carga da prova* atribuída à acusação.²⁴ Contudo, não há nenhum *ônus* a ser suportado pelo réu para afirmar sua inocência. Poderá sim, estrategicamente, ter *interesse* de se desincumbir de algum elemento de prova, quer dizer, *provar a dúvida* com relação à prova produzida, jamais *encargo* ou *ônus*.

Nada adequado falar-se em *ônus probatório* em sede de processo penal, porque não se trata rigorosamente de “divisão” e sim de “atribuição” da *carga da prova* ao acusador, diferentemente do que se passa no processo civil. Uma visão complexa que leve em conta a *situação jurídica* do processo penal como fez GOLDSCHMIDT,²⁵ autoriza a pontuar a existência de

23 Neste sentido, cf. desde logo obra que em largo caminho inspira o escrito, MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 51 ss..

24 Sobre esta relação genética *presunções* e *carga da prova*, cf. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, pp. 179-218.

25 Desde uma concepção dinâmica e complexa do processo como *situação jurídica* (ao menos a partir do clássico que veio a público em 1925 – *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* de James Goldschmidt) que diz com o “estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los

chances que permitem *possibilidades* de que sejam obtidas futuras *vantagens* processuais para a defesa no momento da decisão. Não se trata de nenhum *dever*, podendo ou não “assumir riscos” no exercício de seu direito subjetivo de provar (melhor dizendo, exercer ou não sua *chance*) em vista de uma sentença favorável.²⁶

meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935, p. 47 e, igualmente, em GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 55) – por certo, tal abordagem permite, em nossa leitura, bem vislumbrar a posição da defesa quanto à *carga* que se (im)põe no processo penal à acusação. Sobre o acusador, para prevenir uma desvantagem processual, em último caso uma sentença desfavorável, incumbe-lhe a carga processual. Qualquer “carga” (apenas se quiser, em *sentido material*) que se pudesse atribuir à defesa nada tem a ver com a divisão da carga probatória com a acusação, no sentido em que não se pode confundi-la com o próprio *interesse* (*não dever*) que pode ter o réu de, por exemplo, responder ao interrogatório e não permanecer calado como lhe é de direito. Goldschmidt a denomina *carga de defesa menos perfeita*, dependente de algum prejuízo advindo delas do arbítrio judicial, assemelhando-se, segundo ele, à *carga material da prova*, ou seja, atinente ao *interesse* da parte em que se comprove determinado fato. Completamente distinta é a ideia de carga formal da prova que dispensa o juiz de informar-se de ofício e de praticar diligências necessárias a fim de averiguar a verdade. Necessidade esta de aporção de provas imposta às partes pelo princípio dispositivo. “Por consiguiente, los señalamientos de pena imponen una carga de *defensa*.” A carga da defesa será, assim, dedutível do poder punitivo junto ao processo penal, quer dizer, da carga ou *interesse* neste sentido do acusado de não se deixar convencer o julgador do fato punível a si atribuído. Nada a ver com a *carga formal necessária* regulada pela relação entre as partes e o juiz, mas atinente ao liame mútuo das partes (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 52-53).

- 26 Para se alçar a teoria do processo não mais como uma relação jurídica abstrata, ao menos desde Goldschmidt, há que se ver a dupla natureza das normas jurídicas: como imperativos aos cidadãos e como *medidas para o julgamento juiz* (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 43). Neste último viés, de cariz dinâmico, é que se devem assentar as adequadas categorias para se compreender os nexos processuais. Todas as interconexões processuais devem se constituir numa relação com a sentença judicial esperada, ou seja, tem como lastro a *expectativa* da conduta do juiz quanto à decisão final. Daí a vigência do direito para o autor estar fundada na força psíquica da expectativa das promessas ou ameaças de uma sentença de certo conteúdo. “Los lazos jurídicos de los individuos que se constituyen correspondientemente, son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable.” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 46 e GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, pp. 50-51). A parte que poderá se encontrar na ocasião de obter uma vantagem processual pela realização de um ato, possui então uma *possibilidade processual* e aquela que tem que executar um ato para prevenir um prejuízo processual, e em definitivo um sentença desfavorável, incumbe-lhe uma *carga* processual. Claramente vê-se o *fluxo* retomado como operador

Determinante é o poder do imputado de carear elementos suficientemente idôneos para sustentar a dúvida no pensamento do julgador, o que nada interfere na inteira *carga da prova* a ser suportada pela acusação.²⁷ Não havendo qualquer carga para a

necessário para a análise complexa da fenomenologia do processo, mormente o penal: não mais meramente *direitos* no sentido clássico, mas *expectativas e possibilidades* frente a uma decisão (des)favorável. Enfim: “La *expectativa* de una ventaja procesal, y, en último término, de una sentencia favorable, la *dispensa de una carga* procesal y la *posibilidad* de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los *derechos* en el sentido procesal de la palabra. En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: *chances*. Las tres clases de derechos procesales que se han establecido corresponden a las tres especies de derechos materiales que suelen distinguirse. Las expectativas de una *ventaja* procesal pueden compararse con los derechos relativos, porque hay por parte del juez vinculación de satisfacerlas; las *dispensas de cargas procesales* se parecen a los derechos absolutos en que ponen a salvo la libertad de la parte interesada contra cualquier perjuicio; por último, las *posibilidades de actuar con éxito* en el proceso se corresponden totalmente con los derechos potestativos o constitutivos. Por otro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una *carga procesal*. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación.” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 52-53 e, análogamente, em GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 47).

- 27 Diretamente na lição do professor alemão, importa ainda frisar, com auxílio de Alcalá-Zamora y Castillo (Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II (nº 12-30), pp. 53-80), que as situações processuais se formam desde os *atos processuais*. Neles há que se distinguir os *atos das partes* e *atos judiciais*. Os primeiros podem ainda se dividir em *atos de obtenção* (*Erwirkungshandlungen*) e *atos de causação* (*Bewirkungshandlungen*). Mesmo que estes últimos tenham a ver com os fatores de “atendibilidade” daqueles (valoração de validade e eficácia – são exemplos os convênios processuais, declarações unilaterais ou participações de vontade, confissão judicial, apresentação de documentos etc.; cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, pp. 148-152), os *atos de obtenção* são o centro do processo, por isso atribuídos às partes em sentido estrito, dispostos a trazer um fato à *evidência*, como é o caso das *aportações de prova*: “encaminan a impetrar una resolución de un contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez.” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 48 e GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 102). Independente de se tratar de uma *proposição de prova*, em que a parte se oferece para provar um fato concreto mediante determinado meio de prova, ou de uma *produção de prova* em que se faz eficaz diretamente este meio de prova comunicando percepções sensíveis ao juiz, resulta clara a qualidade da prova como *ato das partes*: “(...) actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho.” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*,

defesa, o problema apenas poderá pôr-se na dimensão da perda de uma *chance* em virtude de um *risco* de não obter o sucesso na decisão final.

Em matéria probatória, além das elementares garantias do *contraditório*, sem o qual não há sequer prova, e da *motivação*, medida mínima de controle sobre a livre convicção do magistrado, é que vem à tona a *carga da prova*.²⁸ Seu caráter

p. 130). Ao nosso entender, completamente condizente ao princípio acusatório está a centralidade dos *atos de obtenção de prova nas partes* – pois tem valor, segundo o autor assinala perfeitamente, não apenas o “*nemo iudex sine actore*” e “*ne iudex eat ultra petita partium*”, mas também a proibição em absoluto de se praticar diligências de prova para além das propostas pelas partes – que faz incumbi-las não somente da *proposição* mas da *produção* da prova.

- 28 As garantias processuais em sede probatória estão depositadas na administração da *verificação/refutação* fáticas. Aqui, segundo Ferrajoli, trabalhando-se com a lógica *indutiva*, nunca estaremos diante de alguma verdade da conclusão, mas tão só uma *probabilidade* disto (*força indutiva das provas*), pois não é possível “demonstrar” o rigor causal, mas sim sustentá-lo como plausível. Nesta atividade intelectual e, sobretudo, normativamente disciplinada, a conclusão “provada” pelo processo penal tem um valor de hipótese *explicativa de natureza probabilística*, que conecta a ação imputada à culpabilidade de um sujeito e ao conjunto de fatos descritos em premissas (pista já sinalizada por PAGANO, Mario. *Principj del Codice Penale e Logica de Probabili* – Per service di Teoria alle Pruove nei Giudizj Criminali. Napoli: Da Torchi di Raffaello di Napoli, 1828, pp. 59-71). Qualquer forma de regime quanto às formas de controle na investigação indutiva não poderá dispensar o aumento de plausibilidade e do grau de probabilidade de acordo com método (nada mecânico, profundamente inventivo e confiado à imaginação) de *confirmação* e *refutação*. A estrutura lógica da prova dá-se nesta parelha: *confirmação/refutação*. Não se trata, na indução judicial, segundo Ferrajoli, de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória, e sim *confirmá-la* ou *invalidá-la*. Por esta razão, deve-se falar, não em *provas suficientes* para a condenação, mas de *provas necessárias*. Há uma transposição cênica no processo acusatório de uma certa investigação científica que justificará a indução fática presente no processo desde três condições: a *carga da acusação* de produzir as provas a confirmar sua hipótese; o *direito de defesa* de invalidar tal premissa e a faculdade do juiz de aceitar como convincente a hipótese acusatória se concordar com todas as provas e resistir a todas as contraprovas recolhidas. Resumidamente, como garantias da estrita jurisdicionalidade no processo penal, teremos a *necessidade da prova*, a *possibilidade de refutação* e a *convicção justificada*. Só a partir disto é que o processo penal poderá se montar como contenda entre hipóteses em concorrência que ao juiz cabe dirimir: a carga da prova recaída sobre a acusação, aliada à contraprova das hipóteses trazidas ou mesmo contra-hipóteses compatíveis com os dados disponíveis capazes de administrar explicações alternativas, fazem com que o magistrado somente possa justificar a condenação adequadamente se: “sólo si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no

epistemológico, para além do jurídico, reflete, não uma lógica de valoração das provas, mas de redução do poder de verificação e denotação fática do juiz, condizente com a segurança da máxima de que nenhum culpável será punido. Como critério de justificação da convicção, ou seja, legitimador da verificação indutiva no processo, a *carga da prova* tem posto privilegiado dentro das garantias epistemológicas de *verificação* e *refutação* fáticas patentes. Para que indefectivelmente o puro poder não se sobreponha ao saber é que há a *necessidade da prova* concretar-se com a *carga jurídica da acusação* e não ser dissolvida em nenhum critério vazio de íntima convicção.²⁹

Sobre a *livre convicção*, cabe antes ao menos pontualmente asseverar que a superação moderna das provas legais e a sua consagração foram posto avançado de extensa tradição antes mesmo da ilustração do processo penal do séc. XVIII.³⁰ Conservada na *law of evidence* enquanto nublada pela inquisição na Europa³¹, ela é recuperada pela cultura ilustrada imersa na lógica indutiva probatória e pela concepção clássica de processo como *disputatio* (resultado de confirmações e refutações). Tal

contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables.” A acusação com as suas hipóteses e provas e a defesa com o direito de contradizê-las, o juiz cujos hábitos não tenham distado da imparcialidade e da dúvida, neste esquema, apenas poderá aceitar como verdadeira a tese acusatória se elas forem confirmadas pelas provas capazes de sustentar a pretensão, não ser desmentida por nenhuma contraprova e prevalentes sobre todas as demais em conflito com ela. Quando não resultem refutadas nem a hipótese acusatória nem aquela em conflito com ela é que entrará em cena a conformidade do princípio *in dubio pro reo* como *norma de fechamento* – basta as contra-hipóteses não terem sido desmentidas para aceitá-las como verdadeiras de acordo com esta regra de jurisdicionalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 151-152).

29 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 147-155.

30 A extensão quase infundável desta trajetória por ser percebida em FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 136-141.

31 DAMAŠKA, Mirjan R. *Edicence Law Adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997, p. 07-25.

via, ligada à retórica³², incorpora-se aos valores democráticos e liberais. Pressupostos humanistas estes que acabarão por alimentar a estrutura acusatória do processo penal clássico, em especial a imparcialidade e o caráter alheio do juiz a respeito da contenda.³³

A *livre convicção* já aparece neste panorama como “argumentada” (*iuxta alligata et probata*), nunca tendo entrado em conflito com a necessidade de provar.³⁴ Desenvolvendo-se o caráter meramente “provável” da verdade empírica, ganha espaço a aceitação da verdade judicial, por exemplo em PAGANO e CARMIGNANI, como algo nunca absoluto ou objetivo.³⁵ Neste sentido, o princípio da *livre convicção* do juiz adentra como um rechaço ao sistema de *provas legais* e torna-se intimamente ligado à *presunção de inocência* e à *carga da acusação* – ambas a solidificarem a *dúvida* como hábito profissional do juiz. Longe de ser um trivial critério discricionário da valoração, substitutivo às *provas legais*, indica mais profundamente as condições epistemológicas da prova (*teoria das provas legais negativas*). Resultou que, depois da Revolução Francesa não cessou de ser transformada numa fórmula tosca, idônea a legitimar o arbítrio judicial.³⁶ Aquilo que deveria ser um freio às *provas legais* como condições suficientes para a condenação, converteu-se na própria

32 Além de um vasto apanhado da tradição em matéria de prova, cf., em particular, sobre a concepção da prova como *argumentum* ligada ao processo ático: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 136.

33 Cf. BACON, Francis. *The Works of Francis Bacon*. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. Volume XII. Boston: Brown and Taggard, 1860, pp. 267-268.

34 Cf. DOSI, Ettore. *Sul Principio del Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 03.

35 PAGANO, Mario. *Principi del Codice Penale e Logica de' Probabili*, pp. 59 ss. e CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*, pp. 140-142.

36 Neste sentido, CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 567 e 602-603.

negação da prova como condição necessária da “livre” convicção. De garantia indispensável a pensar a *carga da prova*, passou de forma leviana a entrar em contradição com ela.³⁷

Esquemáticamente, a *livre convicção*, fiel à clássica *ars disputandi*, e depois ao *law of evidence*, com a montagem do procedimento inquisitório (dito misto) em 1808, é sepultada em favor da *intime conviction*.³⁸ Aquela anomalia bifronte também teve a enorme capacidade de funcionar como diluidora da *carga da prova* diante de uma fórmula vazia de “íntima” convicção. Com isto se pretendia encerrar ou deixar encoberto o problema das *condições probatórias* que justificariam a convicção (“prova adequada” ou convincente a sustentar a decisão judicial), vez mais denunciando a pouca importância epistemológica que acaba por ter a prova para a matriz inquisitiva, senão como epicentro da função produtiva do magistrado.³⁹

De alguma forma, é desde esta formatação que, epistemologicamente, o critério da *livre convicção* tenta “conciliar”, por assim dizer, os dois fundamentos dos mecanismos da prova: a *argumentação* e o *testemunho*. A tensão entre os dois níveis – a saber, o primeiro de *correspondência passiva* a retratar o empírico e o outro de *construção racional* ativa e conceitual – é que se encontra neste terreno de constantes aporias.⁴⁰ A expressão “livre convencimento”, desta forma, não poderá funcionar para justificar disfarces para a infração das regras estabelecidas.⁴¹ Nunca deixará de ser plenamente motivado, tendo o juiz o dever

37 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 139 e 147.

38 MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 870-876; ademais, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, pp. 17-40.

39 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 140.

40 GIL, Fernando. *Provas*, pp. 36-37.

41 CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale – Profilo Istituzionale*. Ristampa con Appendice di Aggiornamento. Torino: Utet, 2006, p. 299.

de justificar e exteriorizar a sua decisão com base na prova dos autos. Trata-se de realizar uma declaração na qual se possa crer e, sobremaneira, o livre convencimento, para não se converter numa chave-falsa nas mãos de um juiz que se considera onisciente,⁴² impõe a força do rito no lastro das partes.

Isto bem apontado, a *carga acusatória da prova* apenas fará algum sentido propriamente num processo acusatório como garantia de sua *verdade processualmente válida*.⁴³ A verdade desejada pelo processo inquisitivo, única e substancial, não admite a legitimidade de pontos contrastantes arbitrado por um juiz imparcial. A eminência substancialista vista na inflada verdade destes sistemas remete ao poder investigatório do juiz-inquisidor e seu protagonismo. O “carácter monista y monologante de la actividad procesal”⁴⁴ necessita, pois, da prova, arrancada, sem mais, ao próprio acusado. Na condição de o primeiro movimento incumbir à acusação, posto que assistido o acusado do postulado da *presunção de inocência*, natural que quem deva aportar *toda* a prova a confirmar sua hipótese seja a acusação. Precisamente, é do polo atrativo do sistema acusatório que a *carga acusatória da prova* impede sujeitos diversos da acusação de desempenhar esta função. Diversos são os estilos, mas a primazia do *fim* (de uma verdade máxima) é que estampa o horizonte de um modo de operar inquisitivo, ao contraponto da relevância dos *meios* no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima (mais certa possível, que não se submeta a ser posta, contudo, no exílio por algum regime de sua pura negação⁴⁵).

42 CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 602.

43 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos (1ª ed. 1974). Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 194.

44 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 610.

45 Cf. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, pp. 87-92 e o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal. *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 202 – set./2009, pp. 04-06.

Apenas assim que uma concepção epistemológica falsificacionista de uma “prova adequada” – confirmada por uma pluralidade de provas (*modus ponens*) e não desmentida por nenhuma contraprova (*modus tollens*) – pode ser compatível com uma *livre convicção*, nada entendido como um princípio autoritário a permitir o juízo condenatório independente das provas, mas como representação da garantia de submissão de qualquer meio de prova à livre valoração do juiz e da obrigação do juízo de culpabilidade atrelada à prova.

2 A PRÉ-OCUPAÇÃO DE INOCÊNCIA E A CARGA DA PROVA – REGRAS DE CLAUSURA E DE CRUZAMENTO

A *carga da prova* acaba por ser, sob um aspecto epistemológico mais amplo, objeto privilegiado em qualquer modelo de controvérsia, pois representa o *entrecruzamento*, segundo GIL, de três tipos de regras: *regras sintáticas*, *regras semânticas* e *regras pragmáticas*. Bem de se notar que tais regras serão, mais precisamente, os *constrangimentos aos limites* da estrutura da argumentação, formadores do estrato transcendental, segundo GIL, das controvérsias. Quando se fala de *regras sintáticas*, reporta-se aos *modos formais de oposição dos argumentos*, que regulam tanto a abertura e o desenrolar da disputa processual (a dialética dos argumentos tão bem espelhada no processo penal sob o valor do *contraditório*) quanto as *regras de fechamento* que resolvem o debate (aventada pela ideia de *presunção de inocência*). As *regras semânticas* respeitam a *validação dos argumentos*, dependente das anteriores decisões sobre a quem cabe provar e quem se beneficia de uma *presunção*. Intimamente elas estão conectadas à *pragmática* concernente, para além das “regras” processuais, à dimensão intersubjetiva da controvérsia, sobre a qual se institui um *regime de discurso intensivo* (apaixonado) que necessita ser regulado. Assim é que

o vetor de *cruzamento* presente na *carga da prova* anuncia sua singularidade.⁴⁶

Importando pouco seguir estritamente a relação estabelecida por GIL entre *carga da prova* e *presunção* (de “todo e parte”, esta sendo abarcada por aquela), valioso angariar o efeito deixado pela função da *carga da prova* como *regra de cruzamento* profundamente ligada à *presunção*. Assim, o produto ainda melhorado poderia ser obtido, não obstante, quando se observa de outro ponto mais adequado, não mais desde a *carga da prova* a englobar a *presunção de inocência*, por exemplo, em suas *regras sintáticas*, todavia desde o mirante da própria *presunção de inocência*, agora posta como *regra de clausura*, incluindo-se aí a visão da *carga da prova* como representação de sua dimensão de *norma probatória*. Assim, pode-se agregar um argumento mais rico com relação à *presunção de inocência*.

Desta forma, decidido por este registro, rigorosamente falando, poderíamos chegar ao ponto extremo, seguindo ILLUMINATI⁴⁷, de até mesmo dispensar falar em *carga da prova*, à força obviamente apenas da condição da valoração radical da *presunção de inocência*. É assim que o autor aproxima ao prescrever a *presunção de inocência* como *norma de juízo*, ou seja, produto da proibição de alguém ser condenado senão quando completamente provada sua culpabilidade. Isto, sobretudo, faz-nos vislumbrar a radical *simetria* quanto aos valores aqui

46 Dirá Gil quanto aos modelos de controvérsia em geral: “A distribuição do ónus é o objeto principal das regras processuais, no cruzamento da sintaxe, da semântica e da pragmática. São sintáticas na medida em que têm incidência sobre a ordenação dos argumentos («as jogadas»). Relacionam-se com a semântica porquanto a avaliação dos argumentos pode depender de decisões sobre saber a quem cabe provar e quem se beneficia de uma *presunção* (as *presunções* favoráveis são simétricas do ónus da prova). E são ainda pragmáticas pois processo e controvérsia decorrem da circunstância de cada contentor procurar vencer o outro. A esfera transcendental em matéria processual consiste no requisito de uma instância de julgamento.” (GIL, Fernando. Um Modelo para as Controvérsias. Mediações, p. 38).

47 ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. 6ª ed. Bologna: Zanichelli 1984, pp. 110 ss.

envolvidos, independentemente do viés abordado: *presunção de inocência* e *carga da prova*, intimamente vinculadas, espectros de uma mesma e necessária experiência processual penal, diferentes modos de ser do valor acusatório.

A visão da *presunção de inocência*, sistematicamente posta como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*, tal como na tese afirmada por MORAES no processo penal brasileiro – em minucioso trabalho, quase exaustivo sobre o tema – parece não destoar deste mesmo desejo e vigor radicais. A rigor, não que antes, por exemplo, ILLUMINATI não tenha aberto caminho e consignado a *presunção de inocência* como *regra de juízo*, aproximando-a principalmente da concepção também de *norma probatória*, ao sublinhar a relevância forte da regra em relação às decisões sobre o fato incerto. Quando da sua aplicação nas conclusões das questões probatórias em que o juiz ficar na *dúvida* sobre qual reconstrução acreditar, dá por assentado o autor a sua função modelar de configuração do método probatório.⁴⁸

Não deixando o autor brasileiro de diferenciá-las metodicamente em formas autônomas, a construção da *presunção de inocência* sistematicamente como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*, de outra parte, coloca todas estas dimensões sobre uma mesma norma jusfundamental. Se o significado de “norma de tratamento” relaciona-se mais diretamente com a figura do imputado, os outros dois significados (“norma de juízo” e “norma probatória”) estão mais ligados à matéria probatória. Ao considerar, em especial, o *favor rei* e o *in dubio pro reo* diferenciadamente (incidentes ambos, todavia, como “norma de juízo” e aplicáveis ao nível judicial de efetivação das normas ao caso concreto), sustenta de fundamental, no primeiro, a alusão natural à ideia de *dúvida* a ser resolvida favoravelmente ao réu, enquanto, no *favor rei*, trata-se de uma

48 ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, pp. 91-93.

escolha valorativa que não tem como causa a dúvida; a base informadora deles são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal. Isto faz o *favor rei* incidir tanto no campo legislativo quanto no campo judicial, deixando o *in dubio pro reo* fora da incidência no campo legislativo.

Não se pode confundir a dúvida gerada pelo desconhecimento ou pelo conhecimento parcial de algo, típica do *in dubio pro reo*, com a escolha que deve ser feita conforme a linha doutrinária, metodológica ou ideológica que o intérprete possua. O “favor rei” incide exatamente neste instante (...)⁴⁹.

Em suma, o *in dubio pro reo* limita-se ao âmbito judiciário, destinado e determinado pelo caso concreto, e não projeta seus efeitos no âmbito legislativo. Propriamente, sintetizando os três aspectos do *princípio da presunção de inocência*, teremos: a presunção de inocência como “norma de tratamento”, compreendendo a ideia tradicional mais assimilada da garantia de todo cidadão ser tratado na persecução penal como inocente, impondo-se que os efeitos da decisão condenatória apenas sejam aplicados após o seu trânsito em julgado, diretamente perceptível no art. 5º LVII da Constituição da República (certamente não o único significado extraível). A presunção de inocência como “norma probatória”, oriunda da doutrina espanhola, expõe que sejam necessários “aspectos objetivos” relativos a uma atividade probatória atribuída ao órgão da acusação, uma atividade lícita e incriminadora. Desta forma: o primeiro aspecto diz com “*quem deve provar*” no processo penal (que o autor chama, a nosso despeito, de ônus probatório) sem esquecer, num segundo ponto, que a prova a ser produzida pelo órgão acusador trata-se de uma “*prova lícita*”; arrematando ao entender que a prova incriminadora deve ser apta a demonstrar a materialidade do

49 MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, p. 365.

crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria. Por fim, como “norma de juízo”, a presunção de inocência não mais estaria sobre a relação de aspectos objetivos, mas imersos nas noções de suficiência, probabilidade, dúvida etc. peculiares à subjetividade. Este última dimensão (onde a presunção de inocência informa o sentido de juízo, na medida em que traz ao nível de concretização o *favor rei e o in dubio pro reo*) também difere da anterior, pois somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido, no instante da formação da convicção judicial. O aspecto citado tem uma conotação, segundo o autor, subjetiva na determinação da “suficiência” da atividade probatória.⁵⁰

Ao novo ver, para que as diferenciações, a certa altura, não se tornem nebulosas ao extremo – invertendo e neutralizando razoavelmente o intento de delimitar as dimensões aludidas, produzindo o efeito conhecido similar àquela metáfora do mapa tão bem detalhado que acaba por reproduzir integralmente a realidade a representar, inviabilizando sua função primeva – nossa preocupação dirige-se (muito menos sobre diferenciações que podem se tornar estéreis) no sentido de comungar suas representações, de espreitar seus nexos, azeitar suas sobreposições, sopesar suas intersecções e confluências, com o tino de uma ideia forte de corpo de conteúdo a dotá-la de uma montagem capaz de ler estas dimensões como reflexos de sua complexidade e de sua própria reflexividade inovadora. Isto pode tornar tamanha argúcia, ao nosso interesse, prejudicial nalguma medida (talvez não deva ser desprezado o fato de Illuminati tê-lo feito sob um aspecto unitário, como destacamos antes), no momento em que se sabe – “embaralhando-se” as perspectivas – o quanto a atribuição probatória, que deve ser realizada por um órgão da acusação, quando vem à tona como exercício judicial, tem a influir derradeiramente na convicção da sua decisão. Aqui

50 MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**, pp. 424 ss..

tais aspectos dicotômicos (“objetivos” quanto à produção da prova/“subjetivos”, quanto à avaliação do material produzido) merecem ser pulverizados exatamente para deixar evidenciado o aspecto bifronte da *gestão da prova* (neste especial, irmanação da *carga da prova* e da *presunção de inocência*).

Assim, sob alguma força de síntese, o olhar da *presunção de inocência* posta como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo* não afasta, muito pelo contrário, é aprofundada quando o que há de determinante em sua gênese deixa ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de *regra de fechamento*, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão política* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*.

3 A PRÉ-OCUPAÇÃO DA INOCÊNCIA COMO PROFANAÇÃO DA EVIDÊNCIA

Ao que parece ser – pode-se arriscar nesta altura com pouca margem de erro –, também é de encontro ao caráter expansivo e incorrigível da *convicção* sobre o qual deve se dirigir o argumento acusatório como modalidade de constrangimento, lugar cativo em que adentram a *presunção de inocência* e a *carga da prova*. Isto nos conduz a perguntar: poderá dispensar, por esta via, ou ter, nalgum ponto, a *evidência*⁵¹ como aliada? Isto é

51 Os contornos da categoria epistemológica da *evidência*, principalmente suas interfaces com a *alucinação*, a *prova* e a *convicção*, ainda que, em alguma medida, possam-se dar por adquiridos devido à extensão do presente escrito, não nos permite deixar de assentar certas dimensões. *É evidente aquilo que dispensa a prova* (ver GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Tradução Dr^a. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996, p. 09). A evidência por exatamente não precisar de justificação é a verdadeira descrição daquilo que é. Este indicador epistêmico diz do *valor de verdade de uma proposição*. (GIL, Fernando. *O Amor da Evidência*. *Modos da Evidência*, Com Intervenções de Patrice Loraux, Marc Richir, Antonia Soulez e Paulo Tunhas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 81). *Index sui et veri* pode representar sua estrutura. Ao contrário da *prova*, não remete para dispositivos de avaliação exteriores à proposição. A evidência se lê como sinal indubitável, o que não a deixa de alinhar

com a *ilusão*, por isso ser devedora de *justificação*. A tarefa (interminável) da crítica encaminha-se por aí. Tanto do ponto de vista da *compreensão* quanto da *extensão*, é o *excesso* no âmago da evidência que impera e a sua eficácia é que faz desaparecer a necessidade de alguma *prova*. O discurso da *verdade da evidência* é identificável aqui num nível bem particular quanto à prova. E esta verdade não cessará de se oferecer como terreno de satisfação aos convencimentos céleres e aos anseios mais íntimos de punição (GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 42-43). Percebe-se o quanto a sua *natureza performativa* terá uma vocação *totalizante*, pois, para lograr atingir a inteligibilidade, vai à cata do que é incontestável e necessário em cada domínio, retendo aquilo que há de máxima certeza. A atenção participante na *evidência* é também *mostração* e *ostensão*, quer dizer, um modo de *alucinação* decorrente da autoadoção de si da evidência (GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 119). Assim, porque a inteligibilidade da *evidência* representa uma operação *alucinatória*, nada disto podendo se dar sem a intensificação do dado sensível. Por isso, a transformação do “pensamento” em “coisa” que se vê impor claramente, sobremodo, nos reflexos icônicos (performativos) do magistrado em busca de redobrar a *crença* na sua atuação probatória (original ou complementar), ou ainda na permanente superexcitação do *populismo punitivista*. Neste ponto, poder-se-ia perguntar: bastaria, pois, pensar em constrangê-la enquanto estivessemos pensando criticamente em dispositivos processuais voltados à limitação do poder punitivo, da exceção tornada regra, das arbitrariedades em geral, ou qualquer outro modo de *excesso*? Em grande parte, assim o é. Todavia, muito menos complicado se de todo fosse assim. Não haveria necessidade de pensar a *evidência* também como componente dos mesmos contrapontos que parecem querer combatê-la. Caso particular da *prova* (e do *contraditório* a ela inerente) e dos operadores da *convicção*, representados aqui pela *crença* (expressão singular da *evidência*). Particularmente, as componentes de *presunção*, hábeis a compaginar expectativas, e tão úteis para dissuadir a pulsão por punição dos mecanismos processuais penais em sede de decisão judicial. Captar as expressões da *evidência* e assegurar o mínimo de contaminação é supor sua porosidade e sopesar, até mesmo, para sua relevância nalgum ponto, onde a sua capacidade característica poderá ser fundamental em sede de um processo penal democrático. Cada mecanismo, como a *convicção* e a *prova*, veiculado pelo processo em si, a sua maneira, em princípio já está a serviço de impor algum limite às pulsões da *evidência*. O que derivará da complexidade nesta sede é que nada garante algum sucesso pleno. A tendencial contaminação entre tais elementos é que tem lugar ao invés de algum gozo regulatório total. A prova, como aquilo que nos convence e tendo um destinatário, possui por finalidade fazer aceitar um corpo de proposições. Inscreve-se aqui o registro da *evidência*, não tanto na ordem da mera *adesão*, mas na formação da *aceitação* desde o *modo da prova* pelo que é afetado. Pode-se avizinhar que jamais a *evidência* desapareceu do campo do processo penal e do direito em geral. Mais profundamente, é da sua copertença que se fala, sua insinuação agenciadora sempre presente, pois ela reside nos próprios agentes destinados ao seu constrangimento. Como acentua Gil (O Amor da Evidência, pp. 91-92), a desconstrução da certeza subjetiva da *evidência* sempre se fez em benefício exatamente da exigência de *prova*. Mas não é a *evidência* o fim último da *prova*? A *prova*, de certa maneira, sendo vista como uma adequação do dizer ao objeto, em que o pensamento se enuncia a si, não seria esta adequação o equivalente da *evidência*? Apenas nesta medida de adequação equivalente à evidência que a *prova*, submetida a sua série de constrangimentos e critérios, poderia ser dita como “um

possível? Em que medida particular? A resposta parece indicar, diga-se desde logo, que, no momento em que as *presunções* são informadas por operadores como a *confiança*, a *evidência* pode ser usada em favor de *maximizar as expectativas acusatórias*. A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório.

Na medida em que a *convicção* não poderá ser abandonada pela *crença*, e sendo o nervo dela a *adesão*, o seu grau máximo de assentimento constituir-se-á em *confiança*.⁵² Em apertada síntese,

regime forte do pensamento”. Daí seu *paradoxo* ou *antinomia* da prova: a *prova*, deste ponto, destina-se a lastrear o *convencimento* e engendrar a *convicção*. Esta colocação não avança sem a condição de saber que não há prova sem destinatário. Ademais, a *convicção* é reconhecida assim como receptáculo do investimento probatório, no intuito de constituir a sapiência do verdadeiro. Estar convencido significa *saber o verdadeiro* (GIL, Fernando. **A Convicção**. Tradução de Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003, p. 82). Na medida em que a *crença* e a *convicção* dizem respeito exclusivamente ao sujeito, o modo de doação/aprovação da *convicção*, ou seja, a aceitação subjetiva, pode chamar-se *adesão*. E será a *adesão* este sinalizador afetivo da *crença*, sem o qual não haverá *convicção*. Não há *adesão* sem *crença* e vice-versa. Em termos simples, se a *crença* se afasta de procedimentos cognitivos, sendo opostamente a *convicção* oriunda da ordem da verdade, será a *adesão* o operador epistêmico que proporcionará o contágio máximo entre ambas. Sobre a *convicção*, propriamente, nunca se dirá o suficiente acerca dos diversos níveis que se imbricam. Enfim, como atenta Martins, o trajeto linear seria salvacionista se sobreposições e contaminações não representassem a dimensão de *circularidade* entre *crença*, *dúvida*, *assentimento*, *confiança*, *aceitação* e *justificação*, todos eles capazes de ser “palco de insinuações de toda ordem” por parte das mais diversas “expressões dos regimes epistêmicos da evidência”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**, pp. 21-22).

- 52 Para Wittgenstein, certas proposições que chama de “proposições-gonzos”, porque são “gramaticais” (sendo elas que, de alguma maneira, permitem os próprios jogos de linguagem), desenharam uma “imagem do mundo”, nem verdadeira nem falsa (não se provam, pois escapam desta dimensão), e funcionam como *background* de toda questão sobre esta condição. Desde esta leitura, a *confiança*, para Gil, acaba por ser uma crença de segunda ordem, a partir da qual poderá se instituir o “jogo da prova” (GIL, Fernando. *Crer, Confiar e Senso Comum e Convicção: uma Reflexão Wittgensteiniana*, ambos em *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda,

“a confiança é a matriz da crença em geral”⁵³. Aqui se pode explicar o porquê de às vezes se crer com razões insuficientes ou contra elas, ou mesmo o motivo pelo qual se tende a crer (a existência de uma dose de propensão ao *investimento*), sem esperar a *avaliação* – vimos na prática da gestão temerária do juiz em sede probatória. A primazia da identidade, isto posto, combinada com uma certa ideia de estabilidade, irremediavelmente invoca a base epistêmica da *presunção*. Segundo MARTINS, “a *presunção* é apanágio da *evidência*”⁵⁴, e o problema fulcral passa a ser a *gestão das expectativas* que nela se deposita. A *evidência*, mesmo que devendo ser comprimida num extremo, não se conserva alheia ao jogo probatório (pois é sua base) e pode implicar, com o seu operador de *confiança* aplicado na *presunção*, hábil mecanismo de minimização das pulsões punitivas.

Se no direito a *presunção* está a serviço da justiça, precisamente à justeza do processo – que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova* –, ela deve ser

2005, pp. 113-115 e 142-143, respectivamente).

53 GIL, Fernando. Crer, Confiar, p. 110. É na *presunção* que reside o operador da *confiança* como matriz da crença em geral. Um mecanismo responsável para estimar decisões com relevo ordenador na administração da própria *segurança*, por exemplo, contra os influxos punitivos. Havendo um momento para estimar alguma categorização sistêmica, certamente este ponto consegue-se aqui vislumbrar. Tal seria: a *confiança*, via *presunção de inocência*, como tática *restritiva*, sob esta leitura, de limitação ao poder punitivo e como *oportunidade* estratégica de conferir espaço ao regime acusatório no processo penal. Este operador da *confiança*, visto como um reforço natural da *presunção (de inocência)* no processo penal), pode-se ajustar a um panorama de elasticidade persecutória que não para de multiplicar seus limites. Reconhecer estas possibilidades expansivas da punição pode dotar uma gama de meios capazes de neutralizar os perigos destas relações, além de internalizar um respaldo das *expectativas* democráticas (cf., na condição de algum foco pouco ortodoxo, LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996, pp. 105-112). Todavia, não esqueçamos que a *confiança*, como um operador útil de contágio da *evidência*, será virtuoso, ao nosso interesse, apenas como produto de um investimento no *desejo* democrático, adequado à premissa *acusatória*, e distante das pulsões simplificadoras das demandas punitivas.

54 MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 10.

acompanhada, tal como pontua brilhantemente WHATELEY, de uma “pré-ocupação do terreno”. Escreve:

According to the most correct use of the term, a “Presumption” in favor of any supposition, means, not (as has been sometimes erroneously imagined) a preponderance of antecedent probability in its favor, but, such a pre-occupation of the ground, as implies that it must stand good till some sufficient reason is adduced against it; in short, that the Burden of proof lies on the side of him who would dispute it.⁵⁵

É a *evidência* posta diante de si mesma, à vista desarmada e a bom termo. Ou, noutras palavras, a *evidência* atuando como coadjuvante de um dispositivo, o processo penal – que, à primeira vista, sabedor da permeabilidade da *evidência*, enxerga-a como alvo a ser constrangido (pela *prova*) –, aqui é elevada ao primeiro plano da cena, exatamente para comungar esforços na contensão das *pulsões inquisitoriais* se assim quisermos.⁵⁶ A *evidência* não só

55 Segue o autor: “Thus it is a well-known principle of the Law, that every man (including a prisoner brought up for the trial) is to be presumed innocent till his guilt is established. This does not, of course, mean that we are to take for granted he is innocent; for it that were the case, he would be entitled to immediate liberation: nor does it mean that it is antecedently more likely than not that he is innocent; or, that the majority of those brought to trial are so. It evidently means only that the ‘burden of proof’ lies with the accusers; – that he is not to be called on to prove his innocence, or to be dealt with as a criminal till he has done so; but that they are to bring their charges against him, which if he can repel, he stands acquitted. Thus again, there is a ‘presumption’ in favor of the right of any individuals or bodies-corporate to the property of which they are in actual possession: this does not mean that they are or are not likely to be the rightful owners; but merely, that no man is to be disturbed in his possessions till some claim against him shall be established. He is not to be called on to prove his right; but the claimant, to disprove it; on whom consequently the ‘burden of proof’ lies. (...) There is a Presumption in favor of every existing institution. Many of these (we will suppose, the majority) may be susceptible of alteration for the better; but still the ‘burden of proof’ lies with him who proposes an alteration; simply, on the ground that since a change is not a good in itself, he who demands a change shew cause for it. No one is called on (though he may find it advisable) to defend an existing institution, till some argument is adduced against it: and that argument ought in fairness to prove, not merely an actual inconvenience, but the possibility of a change for the better.” (WHATELY, Richard. *Elements of Rhetoric*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830, pp. 98-99 e 100-101).

56 Cf. o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica*

não pode ser eliminada do cenário, tal como a *verdade*, mas será hábil de ser canalizada – e o salto responsável aí estará – como uma convidada estratégica, quando não uma parceira mesma da engrenagem probatória, pronta a resguardar o *regime da prova* que se fixará também a partir dela. Diretamente dito: indissociável será um *regime de prova* alheio ao protagonismo judicial na sua coleta, ou seja, valorizador pleno do sistema acusatório, e o *assentimento* da *presunção de inocência* que poderá, inclusive, defendê-lo de eventuais incidências ou invasões da *evidência* em nível de complementação probatória a cargo do magistrado.

Elemento, sem dúvida, dotado de uma potência estabilizadora do ordenamento e organizador de expectativas que, afinal, dotá-lo-á de maior ou menor *confiança*. Com a *presunção*, pode-se “introduzir entorses no regime da prova”⁵⁷, na medida em que se antecipa uma espécie de *preenchimento* de expectativa, ou seja, antevê-se um modelo de acontecimento. A parilha *expectativa/preenchimento* é da arqueologia da *evidência* e da própria estrutura arcaica da compreensão.⁵⁸ Saber atuar nestes jogos é propriamente ter a noção do quanto o *regime da evidência* é componente e pode inclusive ajudar a reforçar os lastros democráticos do processo penal.

Questão: deve haver uma propensão dinâmica e necessária de um sistema acusatório em *constranger a evidência*, pois nela há uma vertigem antidemocrática por dispensar a prova? Sob alguma resposta mais simplória, sim. Por certo, haveria como eliminá-la? Nem se fosse possível, seria aconselhável, pois sua *permeabilidade* torna-a útil aos elementos, como a *presunção de inocência*, que darão a sustância necessária, doutro modo,

Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

57 GIL, Fernando. Do Direito à Teodiceia: Leibniz e o Ónus da Prova nas Controvérsias, p. 78.

58 GIL, Fernando. Expectativa e Preenchimento. **Modos de Evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 65.

à *gestão da prova* a cargo das partes, exatamente para que não recaia na sedução da imediação do contraditório. Em suma, poder-se-ia ver um “modo benéfico” da *evidência*; contornada sob novos usos profanos.

Toda a *expectativa*, assim, está assentada na *constância*, na regularidade do seu sistema, condição, segundo WITTGENSTEIN⁵⁹, do exercício da própria linguagem. É da gramática da expectativa poder saber de algo, um esperar “objetivado”, sem deixar de ser intencionado. E se ela se reporta sem intermediários à realidade, como afirma GIL na sua análise de WITTGENSTEIN, alheia a mediações, quer dizer, naturalmente, que funciona no registro da *evidência*.⁶⁰

Estamos acompanhados por verbos intencionais que conduzem as expectativas, mais ou menos a exigir o seu *preenchimento*: um plano a pedir sua realização ou como uma esperança aguardando ser satisfeita.⁶¹ A *presunção de inocência*, vista deste plano, é uma hipótese firmada pelo regime democrático. Uma lei sobre a qual se firmam as demais proposições, uma intenção que antecipa de certa forma a realidade processual de maneira muito particular, quer dizer, satisfaz-se convocando um *estado* de coisas que a preencherá. É nesta *copertença* entre *expectativa* e *preenchimento* que se

59 Tudo se passa na linguagem, não existe distância: “Na linguagem, a expectativa e a satisfação tocam-se” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*. Tradução e Prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 418). Outras secções nos ajudam a acompanhar o tema: “Gramaticalmente a expectativa é um estado; como é ter uma opinião, ter uma esperança, saber uma coisa, ser capaz de fazer uma coisa. Mas para se compreender a gramática destes estados tem que se fazer uma pergunta: «Qual o critério válido para determinar que uma pessoa está num destes estados?» (Estado de dureza, de peso, de ajustamento)” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, pp. 458-459). Mais: “Uma expectativa está inserida numa situação, da qual resulta. A expectativa de uma explosão pode, por exemplo, resultar de uma situação na qual se espera uma explosão.” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, p. 461).

60 GIL, Fernando. “Expectativa e Preenchimento”, p. 70

61 WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, p. 415.

poderá fundar algum *desejo* de sistema acusatório. Se a lógica epistêmica da *evidência* nos autoriza a compreender um campo processual penal de *experiências*, somado a um *horizonte de expectativas* informado pelo sistema acusatório (o juiz-espectador da prova), uma *vontade de preenchimento* pode bem ser auxiliada pelo operador da *pré-ocupação de inocência*. Na condição da *expectativa* convocar, em todas as situações processuais, o estado de inocência que a preencha, ou seja, que fixa o seu regime de *preenchimento*,⁶² a *evidência* – via *pré-ocupação de inocência* – acaba por ter entrada privilegiada nos *regimes de gestão das expectativas acusatórias* de um sistema processual penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal. **Boletim** – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 17 – n° 202 – set./2009.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BACON, Francis. **The Works of Francis Bacon**. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. Volume XII. Boston: Brown and Taggard, 1860.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi del Diritto Criminale**. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.

62 GIL, Fernando. “Expectativa e Preenchimento”, pp. 75 e 77.

- CORDERO, Franco. **La Fabbrica della peste**. Roma/Bari: Laterza, 1984.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003.
- CORDERO, Franco. **Riti e sapienza del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1981.
- DAMAŠKA, Mirjan R. **Edicence Law Adrift**. New Haven & London: Yale University Press, 1997.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûrete dans un monde dangereux**. Paris: Éditions du Seuil, 2010.
- DOSI, Ettore. **Sul Principio del Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Garantías – La Ley de Más Débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et.al.. Madrid: Trota, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.*. Madrid: Trota, 1995.
- FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.
- GAROFALO, R. **Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal**. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.
- GIL, Fernando. **A Convicção**. Tradução de Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003.
- GIL, Fernando. **Acentos**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.
- GIL, Fernando. **Mediações**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001.
- GIL, Fernando. **Mimésis e Negação**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.

GIL, Fernando. **Modos da Evidência**, Com Intervenções de Patrice Loraux, Marc Richir, Antonia Soulez e Paulo Tunhas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

GIL, Fernando. **Provas**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986.

GIL, Fernando. **Tratado da Evidência**. Tradução Dr^a. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**. Milano: Giuffrè, 1971

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal** – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)**. Madrid: Aguillar, 1958.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GUARNERI, Jose. **Las Partes en el Proceso Penal**. Traducción Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. 6^a ed. Bologna: Zanichelli 1984.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinqüente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LUCCHINI, Luigi. **Elementi Di Procedura Penale**. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996.

MAIER, Julio B. J.. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. **Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale**. Vol. VIII. Roma: 1929.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/ London: University of California Press, 1977.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAGANO, Francesco Mario. **Considerazioni sul Processo Criminale**. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787.

PAGANO, Mario. **Principj del Codice Penale e Logica de' Probabili** – Per service di Teoria alle Pruove nei Giudizj Criminali. Napoli: Da' Torchi di Raffaello di Napoli, 1828.

PUFENDORF. **Of The Law of Nature and Nations**. Eight Books – Written *in*

Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The Fourth Edition, carefully Corrected. London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Estudios de Derecho Procesal Penal II.** Córdoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956.

WHATELY, Richard. **Elements of Retic.** Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico Investigações Filosóficas.** Tradução e Prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Recebido em 16/07/2012.

Aprovado em 18/02/2013.