Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível

Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito do Tribunal Supremo da Espanha.
Autor convidado

Traduzido por:

Janaina Matida
Professora de Direito da Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doutora em Direito pela Universitat de Girona, Espanha. Consultora jurídica na temática da prova penal.
Lattes: 0726953790052272
ORCID: 000-0003-0963-1848
janainamatida@gmail.com

Aury Lopes Jr.
Professor Titular de Direito Processual Penal na PUCRS. Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Advogado criminalista.
Lattes: 4629371641091359
ORCID: 0000-0002-7489-3353
aurylopes@terra.com.br

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O artigo aborda a incompatibilidade do *princípio* da presunção de vitimização com o princípio constitucional da presunção de inocência. O autor oferece uma análise crítica à defesa do princípio da presunção de vitimização proposto pela professora Teresa Lancry A. S. Robalo, a partir do qual se pretende que a mulher seja tratada como vítima desde o primeiro momento no processo penal. Em resposta a tal proposta,

Resumen: El artículo aborda la incompatibilidad del principio de presunción de victimización con el principio constitucional de la presunción de inocencia. El autor ofrece un análisis crítico a la defensa del principio de victimización propuesto por la profesora Teresa Lancry A. S. Robalo, en función del cual pretende que la mujer sea tratada como víctima desde el principio del proceso/procedimiento penal. En respuesta a dicha propuesta,

Ibáñez, Perfecto Andrés; Trad. Matida, Janaina; Lopes Jr., Aury. Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 185. ano 29. p. 85-100. São Paulo: Ed. RT, novembro 2021.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

aponta-se que essa atribuição apriorística acaba por transformar o investigado/acusado como autor presumido da ação correspondente desde o início da causa, o que seria incorrer em petição de princípio, dando-se por acreditado precisamente o que requer seja provado no curso do processo. A presunção de inocência enquanto princípio constitucionalmente assegurado é incompatível com o princípio de vitimização.

Palavras-chave: Princípios – Presunção de inocência – Presunção de vitimização – Epistemologia jurídica – Processo acusatório.

se apunta que esta atribución apriorística termina por convertir el investigado/imputado en presunto autor de la acción correspondiente, desde el inicio de la causa, lo que sería incurrir en petición de principio, dándose por acreditado precisamente lo que requiere sea probado en el proceso. La presunción de inocencia, principio constitucionalmente asegurado, no es compatible con el principio de victimización.

Palabras clave: Principios – Presunción de inocencia – Presunción de victimización – Epistemología jurídica – Proceso acusatorio.

Sumário: I. A abordagem que se questiona. II. Princípio de presunção de inocência: sua razão constitucional de ser e função processual. III. O princípio de presunção de inocência: a sua dimensão epistêmica. IV. O *princípio* de vitimização e sua incidência na dimensão epistêmica do processo. V. A impossibilidade de inferir um *princípio* de vitimização. VI. Sobre a posição da vítima no processo penal. VII. Referências.

I. A abordagem que se questiona

No[1] n. 159 da Revista do Ministério Público está incluído um trabalho da professora Teresa Lancry A. S. Robalo. Nele, a autora se pronuncia a favor da consagração, como princípio, de uma presunção de vitimização, que considera imprescindível para a tutela da vítima no processo penal. Entende que esse novo princípio seria compatível com o princípio constitucional de presunção de inocência.

Trata-se de um texto bem construído e dotado de um cuidadoso suporte argumentativo, mas que, a meu juízo, defende uma tese processual insustentável se tomamos a Constituição como ponto de partida. Tratarei de explicá-la.

A autora parte da constatação de que a vítima, na Constituição portuguesa, conta com um autêntico direito de intervenção processual em sua qualidade de ofendida, que lhe habilita para atuar como assistente do Ministério Público, em uma posição subordinada. Salvo na hipótese de delitos cuja iniciativa da ação seja privada (particular), em que poderia operar com autonomia na qualidade de parte acusadora. Não obstante, tratando-se dos de caráter público ou semipúblico, a regulação atual lhe permite instar abertura da instrução com respeito a fatos que o Ministério Público poderia haver decidido não perseguir.

O postulado é de que a pessoa que se apresenta como vítima seja favorecida pela presunção de que efetivamente o haja sido, até que, em seu caso, resulte-se provado o

1. Artigo originalmente publicado pela *Revista do Ministério Público de Portugal*, n. 160, 2019.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

contrário. Isso porque, de ser vista apenas como uma vítima em potencial, ela experimentaria uma diminuição de seus direitos fundamentais que lhe impediria ter uma intervenção efetiva e informada em sede processual.

Com o objetivo de evitar que isso se produza, a autora defende a vigência dessa presunção que, ademais, teria que ser operativa desde o momento mesmo da notícia crime[2]. Assim, entre outras coisas, a vítima, já amparada por aquela, ficaria a salvo de tratamentos inapropriados por parte das autoridades ou de qualquer sujeito que interviesse no processo, então obrigados a respeitar seu *status*.

No discurso que se examina, o fato de que esse princípio não se encontra reconhecido constitucional nem legalmente não seria um obstáculo, porque os princípios não precisam desse reconhecimento para que possam valer como tais. Podem estar expressamente acolhidos em disposições legais ou, alternativamente, ser extraídos por via interpretativa da *ratio legis*. Porque, sendo em princípio estruturante da norma, teria uma presença nele *a priori*, ao se tratar de sua razão de ser; o que faria possível seu descobrimento por via doutrinária ou jurisprudencial.

Mais concretamente, o princípio de que se trata, ainda sem reconhecimento constitucional e legal – é a tese – emergiria indutivamente de uma forma natural, de normas que objetivam garantir a tutela da vítima no processo e de outros princípios, esses sim constitucionais, como o da dignidade da pessoa e o de acesso à justiça. Enfim, situação em um nível inferior ao da presunção de inocência, por não ser constitucional em sentido próprio, no caso de conflito é aquele que teria de prevalecer. Mas, diz-se, essa seria uma hipótese rara, já que um e outro têm propósitos distintos: um busca proteger o imputado de uma condenação que não esteja fundamentada na confirmação probatória de sua culpa; o outro pretende que a vítima seja reconhecida como tal no processo penal desde o primeiro momento, sem esperar a que se prolate uma decisão condenatória.

II. Princípio de presunção de inocência: sua razão constitucional de ser e função processual

Habermas escreveu que "na maioria dos artigos dedicados a direitos fundamentais ressoa o eco da injustiça padecida que, por assim dizer, é negada palavra a palavra"[3]. Tra-

2. NT: ao longo do texto original, diversas vezes o autor faz menção a "denúncia" e "denunciante", mas, no sistema espanhol, tais expressões não podem ser traduzidas literalmente, porque não correspondem, tecnicamente, à nossa denúncia (instrumento através do qual o Ministério Público exerce a ação penal de iniciativa pública) e denunciante, como autor da denúncia, logo, membro do Ministério Público. No sistema espanhol, denúncia corresponde à notícia crime, nosso boletim de ocorrência; e denunciante é a pessoa que registra a ocorrência, faz a notícia crime vítima ou outra pessoa.

3. HABERMAS, Jürgen *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el estado democrático en términos de teoría del discurso. Trad. ao espanhol de M. Jiménez Redondo. Madrid: Ed. Trotta, 1998. p. 470.

USO EXCLUSIVO IRCCRIM

ta-se de uma perspectiva que deve estar muito presente, inclusive deve presidir qualquer aproximação séria ao tratamento das garantias fundamentais do acusado, que, não por casualidade, são das que mais sofrem nos momentos de involução autoritária. Delas, merece particular atenção a representada pelo princípio da presunção de inocência, central, estrutural do processo penal, até o ponto de que, como há posto atenção Illuminati, se não se parte dele como imperativo (rector) de grau máximo, "não existiria qualquer necessidade lógica de processo"[4]. E assim é, já que, direitos como o de defesa, a um juízo de caráter contraditório e a um juiz imparcial, não são senão derivações ou implicações daquele. Trata-se, pois, de uma opção de fundo que conecta, nessa dimensão profunda, com um básico compromisso (consigo mesmo e com a cidadania) do estado constitucional, na matéria. Para esse, "dizer 'inocente' equivale a conotar o status de cidadão na integridade de suas prerrogativas originárias"[5].

A vigência do princípio da presunção de inocência, com todas as suas implicações, é o que impede que o processo penal seja um mero rito formal de castigo. Tal é o pretendido, desde logo, na sua vertente de regra de tratamento do acusado, a qual foi primeiramente assumida como relação às atrocidades da justiça do *ancien régime*, com a massiva utilização da tortura. Mas também e, inclusive, sobretudo, em sua qualidade de regra de julgamento. Essa se concretiza na exigência de que a aplicação do *ius puniendi* – tão aberto a usos abusivos como se sabe – para ser legítima, vá associada à previa determinação de uma *verdade* fáctica da qualidade, seguindo um curso processual que, *inescusavelmente*, deverá discorrer dentro de um exigente marco de garantias jurídicas. E por isso, ou o que é o mesmo, por uma elementar razão de coerência interna do modelo, o direito do acusado à presunção de inocência unicamente poderá decair na presença de prova condenatória suficiente para superá-la, mas *se, e apenas, se* lícita ou regularmente adquirida. Portanto, depois de que isso já tenha sido produzido. Nunca antes.

A partir desse ponto de vista normativo, o direito que se examina é um direito *absoluto* de seu titular, que deverá valer para o acusado sem restrições ou atenuações possíveis, pois tem *todo* o direito a *toda* a presunção de inocência, em *todos* os casos. Para dizê-lo com uma terminologia muito cara à jurisprudência constitucional, contemplado nessa vertente, nele não é possível distinguir um centro e uma periferia: tudo é *núcleo duro*.

Sabido é também, porque, ademais, os tribunais se encarregam de recordá-lo, seguramente com demasiada frequência, que os demais direitos são graduais e admitem limitações. Mas não é o caso deste: na ausência de uma sólida certeza prática acerca da culpabilidade do acusado, sempre que exista um motivo razoável para duvidar, não haverá mais alternativa que a absolvição. Absolvição que – na expressiva afirmação de Sentís Melendo – "além de livre, como dispõe a lei, deve ser limpa"[6]. É que a vigência do

4. ILLUMINATI,Giulio. La *presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonha: Zanichelli, 1979. p. 84.

5. DOMINIONI, Oreste. La presunzione d'innocenza". In: *Le parti nel processo penale*: profili sistematici e problemi. Milão: Giuffrè, 1995. p. 209.

6. MELENDO, Santiago Sentís. In dubio pro reo. Buenos Aures: EJEA, 1971. p. 161.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

princípio que nos ocupa impede que a ação criminal possa ser posta a cargo do acusado quando não exista certeza probatória acerca de sua autoria. Tudo o que não seja culpabilidade confirmada, isto é, qualquer fracasso da hipótese acusatória – seja por falta de fundamento, seja pela concorrência de outra hipótese plausível favorável ao acusado – apenas pode levar à afirmação incondicionada de sua inocência[7].

O princípio da presunção de inocência como regra de julgamento tem, ademais, a virtualidade de dotar o processo penal de uma relevante dimensão epistêmica; que o julgador deve assumir com convicção, como integrante do mesmo direito fundamental do acusado.

III. O princípio de presunção de inocência: a sua dimensão epistêmica

A presunção de inocência, como direito fundamental e cimento da disciplina constitucional do processo penal, dota este, com efeito, da aludida dimensão epistêmica, que não está legalmente tipificada como tal, isto é, formulada de maneira expressa na linguagem legal, na qual, sem embargo, figuram, sim, seus pressupostos institucionais com expressão suficiente, os quais também são parte relevante de suas condições de possibilidade.

No processo penal acusatório, produz-se a transposição aos seus limites de um método de verificação de fatos[8], através da separação e da distribuição de papéis entre os sujeitos que intervêm nele, é dizer, o juiz e as partes, induzindo-lhes a dialética confrontação argumentativa. Assim resulta uma estrutura e uma dinâmica de comunicação triangular, normativamente assegurada por três garantias processuais: a formulação da acusação, isto é, de uma hipótese acusatória, que abre o juízo contraditório; o ônus da prova que é dela, que pesa sobre o acusador; e o direito à defesa, que corresponde ao acusado. São garantias que, Ferrajoli diz expressamente, designam outras tantas atividades cognoscitivas, daí que – sendo primárias, básicas, inerentes à própria estrutura da atividade – são qualificadas de epistemológicas. Logo identifica outras de ordem secundária: a publicidade, a oralidade, a legalidade dos procedimentos e a motivação das decisões[9].

7. Quando se parte da presunção de inocência como pressuposto, o fracasso probatório da hipótese da acusação (qualquer que seja a causa) apenas pode confirmar o estado de inocência preexistente. O contrário levaria a sustentar a distinção inaceitável entre absolvição por inexistência de provas e outra apenas por insuficiência dessas; e, como consequência, a estabelecer categoria de inocentes.

8. É uma ideia muito bem expressada por Francesco Carnelutti, ao sublinhar que "o conceito de prova se encontra fora do direito" (CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de G. P. Augenti. Trad. ao espanhol por N. Alcalá- Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. XIV).

9. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel e J. Terradillos. 13. ed. Madrid: Trotta, 2018. p. 152-153 e 166.

USO EXCLUSIVO RBCRIM

Como é fácil advertir, trata-se de garantias ou cautelas de natureza processual, porque estão destinadas a articular, ordenando-o, a partir de normas dessa mesma índole, e que concernem aos sujeitos implicados em um processo. Mas, ao mesmo tempo, é evidente que nelas se expressam exigências que são as idealmente chamadas a presidir qualquer marco de debate racional, que tivesse por fim a obtenção de um bom conhecimento empírico.

Em um processo penal regido pelos princípios e pelas normas que se acaba de aludir, o que se busca, não há dúvida, é verificar a veracidade de uma acusação, seu objeto é, pois, comprovar a eventual culpabilidade, não a inocência do denunciado, o que obriga a situar a afirmação (constitucional) dessa no ponto de partida. Assim, a atribuição a alguém da autoria de um delito é somente um acerto, que, de verossímil, será tomado em consideração e dará lugar à abertura de um processo criminal, na qual terá que se provar sua eventual correspondência com a realidade fática a que se refere. Portanto, quem noticia um crime não goza de nenhum privilégio processual; e tampouco lhe assiste qualquer presunção de veracidade no que se diz. Por isso, sua atividade de confirmação diante do investigador e logo no tribunal do processo deverá *partir do zero*. Antes de começar a provar, *não há nada* que, a partir do ponto de vista epistêmico, possa degradar o *status* de inocente do acusado. Esse entra no processo com a sua situação de inocência intacta e a mantém até ser condenado por decisão transitada em julgado, se é que isso chegue a ocorrer. E, se no curso do desenvolvimento do processo, fosse objeto de uma medida cautelar como a prisão preventiva, isso, a rigor, teria que decorrer de razões de estrita índole processual, nunca de caráter substantivo. Claro que os efeitos do terrível instituto sobre a liberdade do afetado serão, em todo caso, para ele, bem reais.

IV. O *princípio* de vitimização e sua incidência na dimensão epistêmica do processo

O núcleo da reivindicação da vitimização como princípio se concretiza em que a vítima deveria ser tida por tal, desde o momento em que noticia um crime. Esta, salvo que fosse dirigida contra pessoa desconhecida, recairia não somente sobre o *fato* concreto tratado de delitivo, individualizado mediante a descrição das particularidades da conduta, mas também sobre alguém sinalizado como seu autor. Sim, porque o objetivo de quem noticia um crime não é apenas o reconhecimento de um determinado *status* processual, de alcance meramente formal. Não. O pretendido é que se considere veraz a atribuição por sua parte de uma responsabilidade criminal a um terceiro. Por isso, se a declaração da vítima, além de simplesmente verossímil, é considerada verdadeira em algum grau já no momento de sua formulação (na ocorrência), degradar-se-ia, de forma inevitável, em idêntica medida, a constitucional condição de inocente do imputado.

Com efeito, pois, presumir a veracidade da autoatribuição da condição de vítima de um delito equivaleria a *ter por certa,* de algum modo e por sua exclusiva afirmação, a

Ibáñez, Perfecto Andrés; Trad. Matida, Janaina; Lopes Jr., Aury. Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 185. ano 29. p. 85-100. São Paulo: Ed. RT, novembro 2021.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

notícia criminis, normalmente referida a uma conduta e a uma pessoa como autor. Portanto, será presumir, contra o réu, a implicação do imputado na realização da conduta que se lhe imputa. Incorrendo, ao fazê-lo, em manifesta petição de princípio, ao se dar por acreditado, ainda que fosse só em parte, precisamente o que *deveria ser provado dentro do processo*.

Mas sucede que o campo semântico do predicado "inocente", referido ao imputado (antes da condenação por decisão transitada em julgado), no dicionário, em geral, e no léxico constitucional, em particular, carece por completo *de elasticidade*, é como um bloco compacto, de uma peça, que apenas opera em favor do imputado. Não pode se fragmentar nem experimentar diminuição alguma. Denota uma qualidade que não admite atribuições parciais nem reduções em sua significação. Aquele é – de todo modo – inocente, por presunção constitucional. E, sendo assim, atribuir formalmente, da forma apriorística que se propõe, a condição de vítima a quem denuncia[10], é como transformar o sujeito indicado em autor presumido – *ainda que fosse limitada e condicionalmente* – da ação correspondente, já no início da causa. Isso, quando sucede que o princípio em exame exige que o imputado, e inclusive o acusado, entrem no processo e em juízo, respectivamente, como inocentes; que não haja nada que possa (inclusive minimamente) ter-se por certo contra eles, nesse momento. Daí que o julgador esteja obrigado, como exigia Calamandrei, a pôr sua consciência *no modo* "página em branco"[11], para começar a saber do *thema probandum*, unicamente, no decorrer do processo efetivamente regido pelo princípio do contraditório. Com a particularidade de que em tal modo de proceder não se julga apenas um direito do acusado, senão, também uma relevante questão de método[12]. Método, o hipotético-dedutivo, que é o mais idôneo e adequado, para obter uma verdade fática fiável. Por isso, limitar de qualquer forma seu campo de atuação é comprometer a qualidade do resultado do processo mesmo como instrumento cognoscitivo.

Assim, há que se concluir que a presunção constitucional de inocência, que favorece ao imputado, e o possível reconhecimento de um direito de quem noticia o delito haver sido vítima da ação criminosa de uma pessoa concreta, ser tida por veraz, nessa dupla afirmação, apresentam uma incontornável relação de antagonismo, que não é suscetível

10. É claro que quando quem denuncia apresenta estigmas inequívocos de haver sido objeto de uma agressão física, nada impedirá ter por certa a afirmação relativa à produção e o real sofrimento dessa, e os dados correspondentes deverão ser objeto de valoração como parte do quadro probatório. Mas é apenas isso.

11. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. ao espanhol de H. Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 89. Ao respeito, Francesco M. Iacoviello escreveu "la indagación cognoscitiva del juez parte de la duda, no de la ingenuidad [...] el juez que entra en el juicio oral no es un juez ingenio, sino un juez dubitativo. Un juez que se encuentra en la mejor situación epistemológica posible" (*La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milão: Giuffrè, 1997. p 139).

12. Cfr. a respeito FERRUA, Paolo. Il libero convicimento del giudice penale: i limite legali. In: VV. AA. *Il libero convincimento del giudice penale*: vecchie e nueve esperienze. Milão: Giuffrè, 2004. p. 70.

USO EXCLUSIVO DO COMPRADOR

de composição. São termos excludentes. Por isso, a incorporação do segundo ao ordenamento, ainda que fosse por via interpretativa, daria lugar a um conflito "necessário (não contingente)" de princípios, "já que todos os casos concretos disciplinados pelo primeiro são também disciplinados – de um modo incompatível – pelo segundo"[13].

Problema similar ao que se acaba de examinar é o que suscita uma corrente de opinião, com reflexo em alguma jurisprudência, que postula que, quando se trate de delitos de violência sexual contra a mulher, a prova deve ser examinada com "perspectiva de gênero", o que, para alguns, traduz-se no reconhecimento da condição de "testemunha privilegiada" àquela que denuncia haver sido vítima de tal classe de ações[14].

A esse respeito, a emblemática sentença n. 282/2018, de 13 de junho, da Sala Segunda do Tribunal espanhol (Magistrado Magro Servet). Nela, pode-se ler:

> "a vítima se encontra processualmente na situação de testemunha, mas à diferença do resto das testemunhas, é vítima e isso deveria ter certo reflexo diferenciador considerando os meios de prova, já que a introdução da posição de vítima na categoria de mera testemunha desnaturaliza a verdadeira posição da vítima no processo penal, que não é tão somente quem 'viu' um fato e pode testemunhar sobre ele, mas é aquele sujeito passivo do delito que em sua categorização probatória, está em um grau mais elevado que a mera testemunha alheia e externa ao fato, como mero preceptor visual do que ocorreu".

Por isso, conclui: "a versão que pode oferecer do episódio vivido é de grande relevância, mas não como mera testemunha visual, senão como uma testemunha privilegiada".

Um critério semelhante pode se observar na sentença da Primeira Sala da Corte Suprema do México, que resolve o recurso de amparo direto n. 3186/2016 (Magistrado Cossío Díaz), na qual se afirma que, em casos de violência sexual contra a mulher, a declaração da vítima do delito requer um tratamento distinto, pois deve-se realizar com perspectiva de gênero.

Na motivação dessa sentença é de se advertir, ademais, a presença, não sempre explícita, de um argumento também frequente em muitas decisões da jurisprudência espanhola, de todas as instâncias. É o que concretiza a constatação de que as ações delitivas de que se trata, costumam ser cometidas geralmente em condições de clandestinidade, isto é, transcorrem entre o autor e a vítima, sem testemunhas, circunstância a qual se soma a conclusão de que não deveria prejudicar a vítima.

Pois bem, em semelhante modo de discorrer se reitera a aludida petição de princípio, que consiste em dar algo por provado (ademais, contra o réu), ainda no ponto de partida

13. GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milão: Giuffrè, 1998. p. 302.

14. Para um amplo e rigoroso tratamento da matéria, remeto a ORTIZ, José Luis Ramírez. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, v. 1, p. 201-246, 2020.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

do curso processual. Mas também, em outro plano, uma notável falta de rigor e inclusive de capciosidade na maneira de raciocinar, porque as circunstâncias do entorno em que costumam acontecer atos criminais dessa classe, que – de acordo com o que se diz – não poderiam prejudicar a vítima, parece que *sim*, *deveriam,* por outro lado, dar-se em prejuízo do acusado, para quem o fato de enfrentar uma testemunha privilegiada de acusação implicará uma degradação de seu direito à presunção de inocência.

Não é possível desconhecer que a violência sobre a mulher, que acontece precisamente pelo fato de ser mulher, é um fenômeno gravíssimo, de lacerante atualidade e que justifica a existência de uma fortíssima preocupação. Mais, quando existem setores de opinião insensíveis a ele e empenhados em um negacionismo sectário, que dá as costas a uma evidência atroz e tem seu melhor expoente no discurso de certos partidos de extrema direita.

Tampouco cabe pôr questão – aparte a imprescindível política sociocultural orientada à prevenção – a necessidade de uma resposta penal eficaz, que, é obvio, somente poderá ocorrer através do tratamento da disciplina constitucional do processo. A esse respeito, e lamentavelmente, nunca deveria deixar de se ter em conta que, na persecução dessa classe de delitos, será inevitável contar com uma cifra oculta seguramente alta. Porque são muitíssimos os casos de agressões, não apenas de caráter sexual, perpetradas por estranhos, que se produzem nas mencionadas situações de clandestinidade. Essas, geralmente, implicam ataques pelas costas, em lugares ermos, em condições de escassa ou nenhuma iluminação, com extrema violência de movimentos, utilização de armas[15], circunstâncias que, além de tudo, pelo intenso estresse que geram, dificultam extraordinariamente a captação pela vítima dos traços fisionômicos do agressor, e, com isso, a sua persecução. Ao mesmo tempo, provocam um risco do incremento de falsos positivos nas diligências de identificação[16].

15. "La presencia de un arma en la escena de un delito representa un elemento que acapara automáticamente la atención del testigo. Consigue así que el resto de la escena se codifique de una forma relativamente pobre, y, por tanto que el testigo sea capaz de recordar muy bien el arma del delito pero mucho peor quién lo ha cometido". (MAZZONI, Giulianna. *Psicologia del testimonio*. Trad. ao espanhol de A. Moreno. Madrid: Trotta, 2019). Cfr. também RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Ed. RT, 2018.

16. Nesse ponto, segue sendo do maior interesse a clássica obra de GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Trad. ao espanhol de M. Ruiz Funes. Madrid: Editorial Reus, 1933. p. 209 e 246 ss. "Las percepciones cinéticas – dice el autor – son esencialmente lacunarias. La imagen de un objeto [obviamente, también de un sujeto] en movimiento es la resultante de una serie de imágnenes parciales de movimiento. Esta serie es generalmente incompleta, y son la imaginación o el razonamiento quienes suplen esas lagunas" (p. 209-210). E ainda: "Cuando la emoción deviene violenta se altera toda la percepción; no puede formarse más que de impresiones afectivas, que la imaginación tiene buen cuidado de completar en detrimento de la verdad objetiva" (p. 262). Por outra parte, a moderna psicologia do testemunho, com sólida base experimental, veio a reforçar a validade dessas já históricas apreciações. A respeito, cfr., entre outros: MAZZONI, Giuliana. *¿Se*

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Do que se acaba de se expor, segue-se que o tratamento do depoimento da vítima, que se questiona a condição de privilegiada enquanto testemunha, incorre em erro, pelo menos, em dois planos. Primeiro, no plano processual constitucional, segundo se há explanado; e logo no epistêmico, pela sugestão implícita de uma credibilidade do testemunho que está muito longe de poder ser presumida.

O caráter particularmente odioso dos delitos de que se trata, unido à sua incidência estatística, contribui a gerar um intenso e justificado alarme social em um amplo setor da sociedade, que vê a situação atual como de emergência e reclama medidas excepcionais, com o conseguinte redimensionamento e redução das garantias penais e processuais.

Pois bem, chegados a esse ponto, convém recordar que cada época tem as suas emergências, e também o alto custo que se costuma pagar pelas políticas antigarantistas que quase invariavelmente as acompanham. Autores como Cesare Beccaria e Gaetano Filangieri já advertiram a necessidade de se evitar deslizes pelo declive da excepcionalidade, representada em sua época pelas práticas judiciais amparadas no tópico doutrinário e jurisprudencial: *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, el licet judici jura transgredi* (nos delitos mais atrozes bastam as mais leves conjecturas e é lícito que o juiz transpasse os limites do direito)[17]. Também seria bom recordar a advertência de Benjamin Constant no sentido de que "as formas [as garantias] não têm outro objeto que o de conduzir os juízes ao conhecimento da verdade"[18]. É lamentável, e por certo que nossos autores – Beccaria, Filangieri e Constant – encontrariam motivos para manter seu diagnóstico e sua preocupação, à vista das pautas jurisprudenciais de exceção que ainda estão presentes no campo e que inclusive experimentam um certo ressurgimento. Umas pautas nas quais, sem embargo, sim, seria possível reconhecer o Baldo de "Propter enormitatem delict nom concedenda conceduntur et licitum est leges transgredi"[19].

puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Trad. ao espanhol de J. M. Revuelta López. Madrid: Trotta, 2010; DIGES, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Prólogo de J. J. López Ortega. Madrid: Trotta, 2016.

17. Beccaria denunciou isso, como "dictado por la más cruel imbecilidad" (cfr. *De los delitos y de las penas*. Prefácio de Piero Calamandrei. Edição bilíngue aos cuidados de Perfecto Andrés Ibáñez. Texto italiano revisado por G. Francioni. Madrid: Trotta, 2011. p. 153, nota). Gaetano Filangieri também fez crítica a ele, qualificando-o de "máxima errónea que ha sacrificado a la imbecilidad de nuestros jurisconsultos un número infinito de inocentes" (*Ciencia de la legislación*. Trad. ao espanhol de J. Ribera, revisada por Pietro Sanchís, com prólogo de Dario Ippolito. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018. libro III, p. 659).

18. CONSTANT, Benjamin. *Comentario sobre la Ciencia de la Legislación de Filangieri*. Trad. ao espanhol de J. C. Pagés. Paris: Librería de F. Rosa y Comp, 1825. II, p. 162 ss. O autor dedica o capítulo VIII da terceira parte, sob o título "De la abreviación de las formas" a esse assunto, onde mantém o mesmo ponto de vista que Filangieri.

19. Cit. por ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant:* la teoria della prova indiziaria nell'età mediavale e moderna. Milão: Giuffrè, 1995. p. 195.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

V. A impossibilidade de inferir um *princípio* de vitimização

Riccardo Guastini tem discorrido com rigor sobre os "princípios implícitos", como os "não expressamente formulados em alguma disposição constitucional ou legislativa, senão elaborados ou 'construídos' pelos intérpretes!" Mas para que resulte possível operar desse modo no âmbito da interpretação – diz – haverá que contar com uma *ratio*, isto é, um fio ou um valor que há de ser perseguido e que justifica a norma de partida[20].

Pois bem, já se disse o porquê, a juízo de quem escreve, o princípio de que se trata aqui carece de encaixe em um processo processual como o vigente em nossos países; porque não aparece contemplado nos correspondentes ordenamentos. Mas tampouco poderia inferir-se de alguma das disposições integrantes deles, pois, pelas razões expostas, o impede o princípio da presunção de inocência, eixo do processo penal, que não poderia servir de premissa para o alumbramento inferencial de outro que o contradiga frontalmente.

Ademais, deve-se afirmar que, inclusive no caso de não haver esse obstáculo insuperável, haveria um problema de método, pela falta de adequação ao caso trazido por Karl Larenz, reiteradamente citado como fundamental no texto comentado. Isso de um lado, porque as preocupações e o marco teórico de referência desse forte expoente da Escola nacional-socialista de Kiel[21], dificilmente poderiam ser mais alheios às questões de princípios que suscita a disciplina constitucional do processo em um estado de direito. Ademais, é incompatível com a ideia de ordem jurídica diretamente inspirada na metafísica hegeliana, que se manifesta em categorias tão eloquentes como a de que a lei é "expressão do espírito objetivo", de que os princípios seriam assim "formas de expressão, direções de movimento, tendências que abrem passo na consciência jurídica geral"[22]. E, de outro lado, porque sua *Metodologia da ciência do direito*, e, em concreto, as considerações do autor em torno do que chama de "desenvolvimento (aberto) do direito"[23], movem-se no âmbito estrito do direito privado e não são relativas, de modo algum, a uma questão tão

20. GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dommatica*, cit., p. 288-289, Id. *Le fonti del diritto e L'interpretazione*, Milão: Giuffrè, 1993. p. 452 ss.

21. Cfr. a respeito, LA TORRE, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo, Karl Larez y la teoría nacionalsocialista del derecho*. Trad. ao espanhol de C. García Pascual. Madrid: Dykinson, 2008; VERDROSS, Alfred. La *filosofía del derecho en el mundo occidental*. Trad. ao espanhol de M. de la Cueva. México: Centro de Estudios Filosoficos, UNAM, 1962. p. 252-253; LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. *Hegel bajo la esvástica*: la filosofía del derecho de Karl Larenz y Julius Binder. Granada. Comares, 2017; MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror*. Trad. ao espanhol de C. A. Figueredo, Álvaro Nora. Bogotá: Librería Jurídica, 2009. p. 121 e 338-339; e RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 127-129.

22. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. ao espanhol de E. Gimbernat. Barcelona: Ariel, 1966. p. 207, 326 e passim.

23. Ibid., p. 286 e ss.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

heterogênea como o alcance e a ponderação de direitos fundamentais, totalmente afastada da preocupação e, inclusive, das representações teóricas do jurista alemão.

Escreve nossa autora, que a presunção de vitimização que sustenta, na realidade,

> "já existe, posto que as normas que se dirigem a conferir especial proteção à vítima (...) encontram sua *ratio legis* na presunção de que qualquer pessoa que entre em contato com os órgãos da polícia, do Poder Judiciário ou do Ministério Público, deve ser tratada com respeito, de modo equitativo, devendo ser informada acerca do andamento do processo e, inclusive, receber os cuidados médicos ou psicológicos que necessite"[24].

Pois bem, somente tem razão em um sentido. Naquele que aponta para o – legalmente reconhecido – imperativo de respeito a todas as pessoas que participam ou sejam envolvidas no processo penal, e, ademais, não possui nenhum problema de compatibilidade com o constitucional princípio de presunção de inocência do imputado. Desse modo, sendo esse o conteúdo da presunção de vitimização, dado que está já normativamente acolhido nesses termos, não haveria nada a reclamar a respeito, e careceria de sentido a reivindicação que dá conteúdo ao trabalho que é objeto do exame.

Porém, não tem razão, porque a carga de provar que a ação delitiva denunciada por alguém produziu-se da maneira, nas circunstâncias e com os efeitos que se diz, e foi praticada pela pessoa a quem foi atribuída, pesará sempre, de maneira exclusiva e em toda a sua extensão, sobre a parte denunciante ou ao acusador.

Esse, da presunção de inocência, não importa reiterá-lo, é o princípio constitucional central, inclusive é a razão de ser do processo acusatório e contraditório. Portanto, ao ser tomado – e a esse respeito não existe outra alternativa – como verdadeira *ratio legis* e fundamento último de qualquer preceito relativo ao estatuto daqueles que nele intervêm, está claro que não pode dar fundamento a disposição legal alguma que o menoscabe ou o contradiga.

VI. Sobre a posição da vítima no processo penal

É inevitável que as declarações da pessoa que se apresenta diante de uma autoridade judicial[25] como vítima de um delito sejam objeto de uma primeira indagação, destinada

24. P. 194 do artigo que se toma como referência.

25. NT: Aqui a expressão "autoridade judicial" refere-se ao "juez de instrucción", ou seja, o juiz que preside a investigação preliminar (não o juiz do processo). No sistema brasileiro, a vítima comparece à autoridade policial, encarregada da investigação, ao contrário do sistema espanhol, em que a investigação está a cargo do "juez de instrucción", que também não se confunde com o "juiz das garantias" que se pretende implantar no Brasil e já vigente em outros sistemas. O juiz de instrução espanhol é um juiz-investigador-inquisidor, modelo já abandonado pela imensa maioria dos países europeus (Alemanha substituiu essa figura pelo promotor investigador em 1974, a

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

a avaliar sua confiabilidade. Uma manifestação verossímil, coerente, estruturada e com conteúdo de dados imprescindíveis deverá dar lugar ao seu recebimento como notícia crime, sem prejuízo do que resulte da investigação que se irá iniciar. Quando, além disso, concorra a existência de estigmas que, em termos de experiência, sugiram uma ação agressiva como causa, poderá atribuir-se àquela com razoável fundamento, já desde o início, a condição de vítima, e esses elementos de valoração e o trazido por seu depoimento, orientarão as obrigatórias diligências de averiguação relativas à dinâmica comissiva e ao possível autor, elementos sobre os quais não se pode presumir.

Desde o ponto de vista estritamente processual, a pessoa que se considere afetada por uma conduta criminosa – em ordenamentos jurídicos como o espanhol[26] – poderá se manter como simples noticiante do crime, sendo toda a iniciativa de investigação corresponderá ao "juez de instrucción" [no Brasil, será a autoridade policial][27] e ao Ministério Público. Mas poderá também se fazer parte, atuando como tal no processo, no exercício das ações penais[28] e cíveis.

Felizmente, nossos países foram dotados recentemente de normas de proteção da vítima[29] ajustadas aos padrões internacionais, que, inobstante as medidas assistenciais di-

Itália em 1989 e Portugal em 1988/1995) e que não corresponde ao juiz das garantias (que não investiga, apenas decide sobre o que lhe é pedido pelo Ministério Público ou pela polícia).

26. NT: E também no sistema brasileiro vigora o mesmo regime jurídico, pois a vítima pode deixar a acusação integralmente a cargo do Ministério Público ou, se preferir, habilitar-se como assistente da acusação (que é uma parte secundária, contingencial e não obrigatória).

27. NT: Inserimos essa ressalva no texto, pois no sistema espanhol a investigação preliminar está a cargo do juiz, que comanda a atuação da polícia, de forma completamente diferente do modelo brasileiro de investigação (inquérito policial). O sistema espanhol ainda atribui a investigação preliminar a um juiz (*juez de instrucción*), sendo assim um modelo inquisitório e completamente ultrapassado. O modelo brasileiro é policial, pois a investigação está a cargo da polícia judiciária, ainda que se admita a investigação direta pelo Ministério Público como uma alternativa excepcional. Sobre o tema, remetemos o leitor para as obras *Investigação preliminar* e *Direito processual penal*, de Aury Lopes Jr., ambas publicadas pela editora Saraiva.

28. NT: Atuar no processo como uma espécie de assistente da acusação. No sistema espanhol é admitida a figura da "parte civil", que vem – dentro do processo penal – buscar exclusivamente a satisfação de um interesse financeiro, algo sem similar no modelo brasileiro.

29. No caso da Espanha a Lei 4/2015, de 27 de abril, do Estatuto de la víctima del delito: O artigo 3 desta lei relaciona os direitos das vítimas em termos gerais: "a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso". Diretos cujo conteúdo tem um desenvolvimento pontual no resto do articulado, que, ademais, deu lugar às necessárias reformas da Ley de Enjuiciamiento Criminal para efeitos de transposição de algumas das disposições contidas na Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, através da qual se estabelecem

USO EXCLUSIVO STJ/CEJ

rigidas a recolocá-la em sua situação *ex ante* (que deveriam ser generosamente previstas com caráter geral), contemplam novos direitos processuais, historicamente ausentes no sistema legal. Assim, aquele que noticiou o ocorrido sem habilitar-se como parte no processo, será notificado/informado de decisões como de arquivamento ou da adoção de medidas relativas à situação pessoal do imputado, cautelarmente preso ou condenado (e aquele que estiver habilitado como parte no processo, receberá através de seu procurador). E referente ao respeito da sua intimidade, quando seja obrigado a declarar na investigação e no processo, entre outros.

Mas em qualquer caso, a oitiva de quem atua no processo como denunciante do crime e vítima, sobretudo quando se trata de delitos contra a liberdade sexual, vai facilmente suscitar delicados problemas de limites, difíceis de manejar, e cuja aplicação prática exige prudência do investigador e do julgador, que deverão modular as iniciativas e as resistências das partes no jogo do contraditório. Em efeito, por exemplo, existem condutas penalmente reprováveis que se situam no limite das relações de um casal, cuja apuração pode tornar inevitável a realização de perguntas que incidem sobre determinados aspectos dela, que são íntimos por definição. Aqui será necessário distinguir as questões cujo esclarecimento é imprescindível, por sua estreita vinculação com os fatos, daquelas que são inadmissíveis, por dizerem respeito a estratégias defensivas de desclassificação ou descrédito da vítima ou testemunha de acusação, ou que sejam pura e simplesmente expressão de estereótipos intoleráveis. Ao fim, os problemas dessa natureza terão de ser resolvidos caso a caso, através de um delicado exercício de ponderação, que permita o normal desenvolvimento da instrução em contraditório com o imprescindível respeito à dignidade das pessoas.

VII. Referências

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Prefácio de Piero Calamandrei. Edição bilíngue aos cuidados de Perfecto Andrés Ibáñez. Texto italiano revisado por G. Francioni, Madrid: Trotta, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. ao espanhol de H. Fix Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de G. P. Augenti. Trad. ao espanhol por N. Alcalá- Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CONSTANT, Benjamin. *Comentario sobre la Ciencia de la Legislación de Filangieri*. Trad. ao espanhol de J. C. Pagés. Paris: Librería de F. Rosa y Comp, 1825. II.

normas mínimas sobre os direitos, o apoio e a proteção das vítimas de delitos. Além disso, é preciso referir-se, por sua relevância, o importante Convênio do Conselho Europeu sobre a prevenção e luta contra a violência contra a mulher e a violência doméstica, feito em Istambul, dia 11 de maio de 2011.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

DIGES, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Prólogo de J. J. López Ortega. Madrid: Trotta, 2016.
DOMINIONI, Oreste. La presunzione d'innocenza. In: *Le parti nel processo penale*: profili sistematici e problemi. Milão: Giuffrè, 1995.
FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel e J. Terradillos. 13. ed. Madrid: Trotta, 2018.
FILANGIERI, Gaetano. *Ciencia de la legislación*. Trad. ao espanhol de J. Ribera, revisada por Pietro Sanchís, com prólogo de Dario Ippolito. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018. libro III.
GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Trad. ao espanhol de M. Ruiz Funes. Madrid: Editorial Reus, 1933.
GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e L'interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1993.
GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milão: Giuffrè, 1998.
HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el estado democrático en términos de teoría del discurso. Trad. ao espanhol de M. Jiménez Redondo. Madrid: Ed. Trotta, 1998.
IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milão: Giuffrè, 1997.
ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d' innocenza dell. Imputato*. Bolonha: Zanichelli, 1979.
LA TORRE, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo, Karl Larez y la teoría nacionalsocialista del derecho*. Trad. ao espanhol de C. García Pascual. Madrid: Dykinson, 2008.
LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. ao espanhol de E. Gimbernat. Barcelona: Ariel, 1966.
LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. *Hegel bajo la esvástica*: la filosofía del derecho de Karl Larenz y Julius Binder. Granada: Comares, 2017.
MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Trad. ao espanhol de J. M. Revuelta López. Madrid: Trotta, 2010.
MAZZONI, Giulianna. *Psicología del testimonio*. Trad. ao espanhol de A. Moreno. Madrid: Trotta, 2019.
MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror*. Trad. ao espanhol de C. A. Figueredo, Álvaro Nora, Bogotá: Librería jurídica, 2009.
RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, v. 1, p. 201-246, 2020.
RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Ed. RT, 2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant*: la teoria della prova indiziaria nell'età mediavale e moderna. Milão: Giuffrè, 1995.
SENTÍS MELENDO, Santiago. In dubio pro reo. Buenos Aures: EJEA, 1971.
VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho en el mundo occidental*. Trad. ao espanhol de M. de la Cueva. México: Centro de Estudios Filosofóficos, UNAM, 1962.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Presunção de inocência" VI Encontro AASP, de Antonio Cezar Peluso – *RDBras* 1/231-245; e
- *Habeas Corpus* 118.770 do STF: direitos fundamentais contra direitos fundamentais. Mais uma violência à presunção de inocência, de André Luiz Nicolitt – *RT* 983/155-175.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM