

Senso Incomum: E a raposa-juíza mandou esfolar o carneiro!

Spacca

Esta fábula de Liev Tolstói (99 contos e fábulas) me foi remetida pelo meu amigo Carlos Alberto Nahas, Promotor de Justiça de Santa Catarina, que me inspirou para esta coluna (o texto foi traduzido do francês por um juiz amigo de Nahas). Ei-la:

Um mujique (camponês) entrou com uma ação contra o carneiro. A raposa ocupava naquele momento as funções de juíza. Ela fez comparecer na sua presença o mujique e o carneiro. Explicou o caso.

– Fale, do que reclama, oh Mujique?

-Veja isso, disse o mujique, na outra manhã eu percebi que me faltavam duas galinhas; eu não encontrei delas nada além dos ovos e das penas, e durante a noite, o carneiro era o único no quintal.

A raposa, então, interroga o carneiro. O acusado, tremendo rogou graça e proteção à juíza.

-Esta noite, disse ele, eu me encontrava, é verdade, sozinho no quintal, mas eu não saberia responder a respeito das galinhas; elas me são, aliás, inúteis, pois eu não como carne. Chame todos os vizinhos, ajuntou ele, e eles dirão que jamais me tiveram por um ladrão.

A raposa questionou ainda o mujique e o carneiro longamente sobre o assunto, e depois ela sentenciou:

-Toda noite, o carneiro ficou com as galinhas, e como as galinhas são muito apetitosas, a ocasião era favorável, eu julgo, segundo a minha consciência, que o carneiro não pôde resistir à tentação. Por consequência, eu ordeno que se execute o carneiro e que se dê a carne ao tribunal e, a pele, ao mujique.

Esta fábula de Tolstói me faz lembrar do julgamento do mensalão, quando lá se disse, em um determinado momento, mediante a invocação de Nicola Malatesta de que o ordinário se presume; e só o extraordinário se prova. Claro que, de tão confuso que é o livro, o próprio Malatesta diz o contrário, folhas adiante. Duas questões exurgem de Mala-atesta: um, que não se deve utilizar um autor “por partes”, em “fatias”; dois, que não se pode dizer que o ordinário se presume. Presunções são próprias de sistemas inquisitoriais. Isso para dizer o menos.

Mas a questão que mais bate com o conto de Tolstói é o artigo 23 da LC 64, pelo qual

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.





Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o referido dispositivo (ADI 1082). Nas palavras do relator, ministro Marco Aurélio ([Regras que permitem produção de provas por juiz eleitoral são válidas](#)),

A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, e fatos publicamente conhecidos ou das regras de experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem ser estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual.

Pronto. Eis o *busílis* da questão. Pode, na democracia, o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária? O que mais me impressiona-é-o-silencio-eloquente-da-comunidade-jurídica. Ela se queda silente. Sem o mínimo pudor. A doutrina não esboça a mínima reação. Doutrina, doutrina, onde estás que não respondes?

Como no julgamento do Carneiro — acusado injustamente de furtar galináceos do Mujiqe — , contra ele pesavam presunções. Só poderia ter sido ele que comera as galinhas. E a juíza Raposa, com base em sua livre convicção, apreciando fatos públicos e notórios, mandou esfolar o pobre carneiro. Formulou contra o carneiro, de forma “indutiva”, uma presunção.

Qual é o problema de induções e julgamentos por presunções? Um não. Vários. O principal deles é que, em julgamentos por presunções, o pobre do utente não pode provar o contrário. Ele é culpado de plano, só porque só-podia-ser-ele e que “todo-mundo-sabe-que-foi-assim”.

E tem outra: o que é isso, o “interesse público de lisura eleitoral”, que tudo justifica? Quem dirá o que interessa ao público? Vejam a fragilidade normativa de um dispositivo desse tipo. Substitua-se-o por “o juiz decidirá conforme a sua consciência e da forma que melhor atenda ao interesse público de lisura eleitoral”, e não haverá nenhuma diferença relevante da situação atual. Se o juiz está autorizado a decidir com base em indícios e presunções, e se é ele mesmo quem decide como e quando deve fazê-lo, estamos simplesmente dependentes não de uma estrutura e, sim, de um olhar individual.

É a antiteoria da decisão jurídica. Uma decisão assim não é produzida no ambiente democrático do processo, mas no terreno solitário da mente judicial. O fato de ela ser “jogada” num processo, e de se submeter “aos recursos inerentes à legislação processual” não é o suficiente para salvá-la. A decisão democrática deve ser precedida de debate em contraditório, pois não? Com a palavra, os processualistas e constitucionalistas!

Dworkin lembra que, dependendo do que se entenda por “liberdade”, a “liberdade” do lobo é a morte do carneiro. Ele tem razão. É por isso que a “livre” apreciação da prova, ao contrário do que vai na lei eleitoral, *não pode ser tão livre assim*. Se o juiz tiver mesmo esse tipo de liberdade, pobres dos carneiros.

Falando (mais) sério: deve-se dar ao processo jurisdicional a dimensão de *controle* do exercício do poder de decidir. Decisão judicial é algo muito importante para ficar ao sabor de indícios e presunções. Numa democracia, poder público é poder fiscalizado e controlado. Do início ao fim. Não deve importar a convicção íntima do juiz, mas sim o que o direito como um todo apresenta como resposta para um

determinado contexto probatório.

Ora, não há uma relação de oposição entre o tal “interesse público de lisura eleitoral” e o direito dos contraditores ao... contraditório! Soberania popular e direitos individuais são cooriginários e interdependentes. Se o fato é público e notório, que se discutam os seus efeitos no lugar certo, isto é, no curso do processo. Se o “raciocínio indutivo” (sic) é consistente com a prova, isso é tema para debate processual. É assim que se constrói uma decisão. Será tão difícil assim entender isso? Não é que o juiz não possa se valer, por exemplo, das tais “regras de experiência”; mas a validade desta (e dos raciocínios que se desdobram a partir desta) devem ser explorados dialogicamente.

Nesse sentido, o julgamento por presunções e induções fere de morte a presunção da inocência. Engraçado: a lei diz que é possível julgar “presumindo”; só que esquecemos (eu, pelo menos, não) que existe um princípio que obriga a que o judiciário não presuma nada contra o réu. Está lá na Constituição. Bingo! Vou dizer de novo, com certa ironia epistêmica: A-Constituição-proíbe-que-se-presuma-contra-o-réu... e, por incrível que pareça, a lei eleitoral diz o contrário. Assim, na ADI 1082, o que o STF fez foi interpretar a Constituição de acordo com a lei eleitoral.

PS: penso que, depois de tanto tempo, não é necessário dizer que não devemos confundir a necessidade de punir e a necessidade de preservarmos as garantias processuais. Tem gente que confunde isso. Pensam que, para punir, há que diminuir as garantias. Ora, o direito penal deve ser duro; mas sem abrir mão das garantias. Por isso — convenhamos — o Estado não necessita de presunções a seu favor. Aliás: onde fica a isonomia? O acusado em processo comum não tem induções e presunções contra si (pelo menos formalmente); já o do “processo eleitoral”, sim (o tal artigo 23 da LC 64). Mais uma vez, pergunto: oh, doutrina, onde estás?

PS1: em um país em que a polícia só investiga 1 a cada 10 roubos e que menos de 10% dos crimes *lato sensu* são apurados, querem que se resolva esse déficit fiasquento usando presunções contra a malta? Incluam-me fora dessa.

Uma ode ao respeito à presunção da inocência

Tenho a satisfação de dizer que, enquanto Procurador de Justiça, travei longas batalhas contra a violação do princípio da presunção da inocência. Por várias vezes consegui convencer o órgão fracionário do tribunal que, por exemplo, nem sempre o porte ilegal de arma pode ser tipificado. Tampouco o disparo de arma de fogo. E a direção por embriaguez. Enfim, nenhum delito admite responsabilidade objetiva. Somente o caso concreto é que pode levar ao enquadramento. Direito penal não pune tabula rasa. Um Estado Democrático não convive com responsabilidade penal objetiva.

Travei longas batalhas contra prisões processuais que, pela falta de um fundamento concreto, não raro sequer conseguiam esconder o caráter de adiantamento de uma pretensa e futura pena. Também é grande a desconsideração do ambiente institucional sob o qual foram erigidos tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal. Esquece-se que são diplomas do seu tempo. O autoritarismo de ambos, cuja incompatibilidade com uma Constituição Democrática é de uma obviedade ululante, para usar a expressão de Nelson Rodrigues, é o reflexo de uma época ditatorial. Mas o senso comum teórico reinante ignora isso. Parece que está fora da história, pois parte de uma premissa atemporal, nas

reiteradas fundamentações com base em julgados cujos casos subjacentes são impertinentes e/ou anteriores ao contexto normativo discutido no caso concreto. Gadamer teceu severas críticas a esse *modus operandi* de encobrimento do processo histórico quando discorreu sobre a importância da consciência histórica nas ciências humanas.

Várias vezes utilizei-me da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), também conhecida na Europa como sentença redutiva. Com ela, faz-se uma abdução de sentido. A regra permanece no sistema; somente não é aplicada naquele caso concreto, porque, fosse aplicada *tabula rasa*, violaria a presunção da inocência.

E não o fiz pela primeira vez. Infelizmente não inventei isso. Há várias decisões nos tribunais europeus. Permito-me remeter o leitor para o meu *Verdade e Consenso* (Saraiva, 2014, pp. 319 e segs), assim como em vários pareceres (p.ex., 70009228594 TJRS), onde esmiúço a tese. Mas, resumidamente, trata-se do seguinte: em Espanha, um sujeito foi processado por ter sido preso transportando “ganzuas” (micha, entre outros). A Lei culminava a pena de 1 a 5 anos para quem fosse preso transportando esse material. O advogado do cidadão arguiu a inconstitucionalidade do dispositivo. O juiz trancou o processo e remeteu, *per saltum*, para o TC. Lá, depois de longa discussão, decidiu-se que o dispositivo que criminaliza a posse de ganzuas não era inconstitucional *stricto sensu*. Afinal, não é vedado que o Estado criminalize esse tipo de conduta. Mas, então, onde reside o problema? Simples: o tribunal disse que o dispositivo seria inconstitucional se aplicado na hipótese de ocorrer a violação da presunção da inocência. Isto é, no caso concreto, se o dispositivo é aplicado violando a presunção da inocência ou outro princípio, a aplicação incorrerá em uma inconstitucionalidade. Isso, entretanto, não invalida a regra, que poderá ser aplicada nos demais casos. Por isso, fala-se em inconstitucionalidade sem redução de texto. Aqui não há espaço para explicar com mais detalhes. No livro mostro como isso foi feito.

Em outras palavras: o Estado somente pode processar alguém se provar que um bem jurídico está em jogo concretamente; e tem de provar isso; ou seja, ele, o Estado, não pode presumir. Simples assim. Presumir é impedir que o sujeito prove o contrário; enfim, presumir é impedir que o utente prove sua inocência. Não há, assim, responsabilidade objetiva. Como Procurador de Justiça, fiz isso várias vezes, com êxito. Aquilo que para o Delegado, o Promotor e o Juiz era um *easy case*, eu transformava, mediante este raciocínio, em um *hard case*. Assim foi em um caso de um utente condenado por disparo de arma de fogo, que não pôde provar sua inocência. Mostrei que o crime de disparo de arma de fogo, se aplicado por responsabilidade objetiva, viola o princípio constitucional da presunção da inocência. Isso também prova que não há cisão entre casos fáceis e casos difíceis. Um caso é um caso. Depende da compreensão do intérprete. Bingo de novo!

Numa palavra final

O carneiro se lascar porque contra ele foi usada uma presunção. Quantos utentes de *terrae brasilis* se lascam porque contra eles militam presunções e outros quetais? Mas como isso é possível se a Constituição garante que a única presunção possível é aquela usada a favor do cidadão?

Pois é. Tolstói estava certo ao denunciar isso em sua fábula. Por tudo isso é que eu não gosto de raposas. Como na estorinha trabalhada por Isaiah Berlin, reutilizada por Dworkin, as raposas sabem um pouco de muitas coisas..., já os Ouriços sabem uma grande coisa (vejam o livro *Justiça para Ouriços*, de Dworkin). Como disse, prefiro Ouriços, animais da minha espécie. Neste caso — e desculpem a minha



falta de modéstia — fico alisando meus longos espinhos!

Autores: Redação ConJur