

## **A MORTE DO PRINCÍPIO DO "IN DÚBIO PRO RÉU", ANTE A ÂNSIA DA BUSCA DA VERDADE REAL**

Amadeu de Almeida Weinmann<sup>1</sup>

A Crença Em Um Mito: A Verdade Real: A Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LVI, ao tornar inadmissível a prova ilícita, automaticamente, impôs uma limitação à política da busca da verdade real. Não se pode separar a verdade real ou material, da verdade jurídica. Até porque o conceito de verdade é extremamente falho ante a fragilidade de nossos sentimentos.

O que venha a ser a "verdade!?"

Começamos analisando o jargão "errare humanum est".

O aforismo romano nos dá, de logo, a noção de tal importância, pois é a "dúvida" parte integrante da atividade humana.

Portanto, para termos uma apreciação filosófico-conceitual da dúvida, precisamos buscá-la nas profundas raízes da verdade para evitar a presença da "dúvida".

Consiste ela, essencialmente, em julgar as coisas como realmente são. Aristóteles a definia: "Dizer que é o que é, e que não é o que não é, eis a verdade".

A verdade, ou a não dúvida, portanto, é uma relação de conformidade entre o que o espírito julga e o que é realmente. É por isso que o ser humano vive constantemente na busca do conhecimento das coisas, especialmente se exteriorizando ou se introjetando, mas sempre na procura de seu próprio encontro. Vivemos tentando conhecer a nós próprios e nos enganamos tanto a nosso respeito.

Procuramos entender os nossos semelhantes e, quantas vezes, nos equivocamos. Tudo isso não mais é que a eterna busca da verdade. E, nesta procura eterna e insaciável, o homem se depara com um terrível anátema:

**É FALÍVEL! ... IMENSAMENTE FALÍVEL.**

O homem não só ignora as coisas, como se equivoca, freqüentemente, com elas. Ignora-as, quando se surpreende desnudo de saber; se equivoca, tomando o falso por verdadeiro.

Mas se, como dizia Aristóteles, a verdade pode se definir como o que é, sempre que tivermos o que é diferente da realidade formal e lógica, nos depararemos diante do que temos como "dúbio".

Diz-se, verdade lógica, justamente por ser ela, ao contrário da verdade ontológica, a simples conformidade dos objetos com a visão de nossa frágil inteligência. Tanto é verdade isso, que podemos mudar tal visão, desde que mude a perspectiva do observador.

Pergunto, para exemplificar: É o objeto que deve se conformar com a nossa inteligência, ou a nossa inteligência é que deve se adaptar ao objeto?

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista, escritor, professor, Pós-Graduação em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

C. Lahr, em seu Cours de Philosophie nos ensina: "É evidente, por exemplo, que a estátua preexistiu como idéia, na inteligência do escultor que a fez, e que, para existir, teve de se conformar, mais ou menos, com esta idéia. Pelo contrário, para o espectador, a idéia da estátua é que deve se conformar à estátua".

Assim, podemos definir a verdade lógica como a conformidade do juízo com o que é, ou, também, a conformidade do juízo com o que não é.

Aparentemente, diante de um juízo ligeiro, os nossos sentidos poderão ser condenados por responsáveis pelas nossas idéias ilusórias.

O sol, por exemplo, nos parece medir pouco mais que trinta centímetros de diâmetro. Parece-nos que é ele quem gira à volta da terra. Uma vareta mergulhada na água se nos parecerá quebrada.

Mas, filosoficamente, os nossos sentidos não podem nos enganar, pois, por si só não são capazes de verdades ou de equívocos. Limitam-se a nos transmitir impressões que recebem, sem fazer qualquer juízo de valor.

Nós é que nos enganamos pelas condições ligadas, ontologicamente, ao saber, e emitimos juízos que, muitas vezes ser acertados, outras vezes se não equivocados, pelo menos dúbios.

### CONFLITO ENTRE A CERTEZA E A DÚVIDA NO PROCESSO CRIMINAL

Primeiramente, devemos partir do exame do que se pode ter como certeza na apreciação da prova processual criminal. Pois bem, somente o princípio do "in dubio pro reo" pode responder tal questão.

Primeiramente, o que se quer é a certeza material quanto aos fatos. E esta é verdadeiramente impossível de se encontrar. É que, num sistema como o nosso, em que legislador se antecipa ao juiz, fornecendo uma série de requisitos para e mecanismos para aferição da prova, sempre estará presente o "dúbio".

Porque é quase sempre impossível o encontro da verdade material ou real?

Ora, porque - dúvida e convicção - formam um binômio indestrutível, convivem, sempre, numa xifopagia indissociável. Tanto é isso uma verdade que a dúvida, tanto quanto a convicção, equivalem ao resultado de um só estado de espírito, demandado por nossos sentidos que, como vimos, são falhos.

### NULLA POENA SINE CULPA

Ora, se os sentidos humanos são falhos, ou, melhor dito, dúbios, o princípio antagônico à pena sem culpa se encontra encravada no princípio do "in dubio pro reo". É ele, e mais ninguém, quem garante a não aplicação de qualquer pena sem o conteúdo probatório suficiente, determinante do princípio obrigatório do "non liquet".

Mas, porque se disse que a verdade real ou material não existe, ou se existe o é só excepcionalmente? Simplesmente porque o julgador não presencia os fatos no momento em que eles aconteceram.

O juiz se depara com um fato anteriormente acontecido, que teve lugar num passado remoto ou mais ou menos recente. Tem ele acesso aos

fatos de um modo eminentemente mediato. Mesmo por que se ele tivesse apreciado o acontecimento, deixaria de ser juiz para ser testemunha do fato. E sendo testemunha, não poderia, jamais, ser juiz da causa.

Mas, se o juiz recebe o que chamaremos de “enunciados factuais”, acontecidos preteritamente, os recebe já contaminados não só com os vícios da percepção humana, com a sabida argumentação acusatória, que é responsável pela prova da existência da própria culpa.

E, sendo os fatos passados e, via de consequência, impossíveis de serem recriados em sua integridade, o juiz deve ter seu livre convencimento baseado em provas de “razoável credibilidade”.

É que, no caso do processo penal, há uma diferença de posicionamentos da pesquisa histórica. Assim, o historiador parte de uma busca a partir de um fragmento de realidade passada, trazida a ele por escritos ou pela própria tradição.

Esse critério não serve para a busca da verdade dos fatos jurídicos, pois o julgador não pode pretender a reconstituição da verdade histórica, mas, sim, de aproximar-se o mais possível dela.

E, sempre que a verdade material ou real não estiver clara, não cabe ao juiz buscá-la, pesquisá-la, ir de qualquer jeito a sua procura, pois que passaria a ser, como de comum, um juiz inquisidor, substituindo-se a posição de acusador.

## DO JUIZ INQUISIDOR

No entanto, entre nós restou um resquício do Tribunal do Santo Ofício, enraizado no mito da verdade real. Usando-se freqüentemente esse princípio se cria a figura do juiz inquisidor. O princípio do devido processo legal abomina este tipo de juiz. Não pode mais haver o juiz acusador.

O princípio da busca da verdade real não pode ser transformado numa panacéia, usada ao bel prazer das partes. Mesmo porque ele não deve ser usado, jamais, de maneira ampla, absoluta e ilimitada, com se tem feito por nossos pretórios.

Deve ele ser endereçado apenas ao esclarecimento de alguns fatos processuais em que a verdade se encontra obscurecido, na sua fundamentalidade. O que não pode acontecer, é usar o mito da verdade real, centrando-se em questões meramente acessórias, em detalhes irrelevantes.

E quando o juiz o determinar, deve proporcionar um autêntico e irrecusável contraditório. Do contrário se estará usando uma forma de iludir a justiça, criando-se uma nova prova de acusação, incompatível com a verdade processual.

O Prof. Aury Lopes Jr. em sua magnífica obra de Direito Processual, lembra: “Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva [art. 311], uma busca e apreensão [art. 242], o sequestro [art. 127], ouça-se testemunhas além

das indicadas [art. 209], proceda ao interrogatório do réu a qualquer tempo [art. 196], determine diligências de ofício [art. 156], ... .”

Sem dúvida que tudo isso há raiz no próprio código processual, mas violenta a todos os alicerces do sistema acusatório do processo. A respeito, o insiste mestre gaúcho afirma: “Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O Juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.”<sup>2</sup>

É princípio basilar de direito o da inércia do judiciário: o Juiz somente deve atuar quando provocado pelas partes. É também princípio de natureza constitucional a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), segundo o qual ninguém será considerado culpado até sentença penal condenatória transitada em julgado. Ademais, é princípio básico de direito penal o “*in dubio pro reo*”, pelo qual, havendo dúvida na interpretação da lei ou das provas, prevalecerá a interpretação mais favorável ao réu.

Isto é assim, sem dúvida, em decorrência do princípio da presunção de inocência. Portanto, se a prova é dúbia, incapaz de incriminar o réu, só uma solução é admitida: deverá absolver o réu!

É o “devido processo legal”, é a “presunção de inocência”, é o “*in dubio pro reo*”, é o “garantismo constitucional processual” são, enfim, todos os princípios dos direitos e de humanidade.

## DO ABSURDO LEGAL

O art. 156 do referido código possibilita ao Juiz, de ofício, determinar a produção de provas e diligências, seja durante a fase pré-processual (redação dada pelo artigo pela Lei nº 11.690/2008), seja durante ou após a fase de instrução, antes da sentença. O Juiz, portanto, caso a acusação “NÃO” tenha produzido provas suficientes, poderá, nos termos deste artigo, produzir as provas que entender necessárias para a condenação!

Retrocedemos às eras medievais, aquelas que Foucault chamava de era processual do “suplício-espetáculo”. Voltamos ao medievo, a Tribunal do Santo Ofício, vez que, não cabe ao juiz produzir a prova, muito menos a prova acusatória a prova necessária à condenação.

O Juiz produtor de provas é figura típica do processo penal medieval, do sistema inquisitório, no qual a autoridade que acusa é a mesma que julga.

No dizer do poeta, “a mão que afaga é a mesma que apedreja”.

A defesa, então, além de defender-se da acusação do Promotor ou do Procurador federal terá, também, que se defender dos atos judiciais. O defensor se defronta para dois debates: um, contra a acusação e, outro, com o Juiz!

Onde fica a necessária e justa a paridade de armas? Onde está o princípio da inércia do judiciário? Onde está o “*devido processo legal*”? Onde está o princípio do “*in dubio pro reo*”? Onde se coloca o princípio da “*presunção de inocência*”?

<sup>2</sup> AURY LOPES JR. – ‘in’ Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, pág. 72 e 73, vol. I Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

Não tenho conhecimento de nenhum caso da chamada busca da verdade real, com o fito de absolver o réu, sempre o é na procura daquilo que o Ministério Público não pode encontrar.

Ora, sabemos, e muito bem que, violentar um "*princípio*" é muito mais grave do que desobedecer a uma lei, pois esta é fruto da vontade do povo e aquele, o "*princípio*", faz parte do componente existencial da sociedade!

Antes de tudo, as sociedades se regem, moralmente, por princípios que determinam o seu comportamento. Dos comportamentos é que surgem as leis.

Ora, na medida em que é o Juiz quem acusa, produz prova, julga, condena e executa a pena, se pode afirmar, com certeza certa que assassinado está a princípio da dúvida e com isso, mortas estão todas as regras da humanidade

Devemos admitir a integral aplicação do princípio "*in dubio pro reo*" e lutarmos para que a regra do art. 156 do CPP seja integrada ao princípio da dúvida pois, como se a tem na lei, implica, sem dúvida, na inversão do ônus da prova.

A busca da verdade real, harmonizada com o art. 156, segunda parte, do CPP, deve ser compatibilizada com o art. 386, inc. VII, do mesmo código, respeitando-se ao princípio "*in dubio pro reo*".

A posição de Gustavo Badaró, no sentido de que o réu, diante do princípio "*in dubio pro reo*", jamais poderá ser prejudicado pela existência de dúvida relevante.

Assim, como o papel instrutório do Juiz é supletivo, não há, no processual judicial, adoção do princípio inquisitivo ou inquisitório como queiram.

Espera-se que não se veja jamais, o Juiz, como autorizado a ser um inquisidor, mas com poderes para dirimir dúvidas relevantes, cotejando-os com o princípio "*in dubio pro reo*".

**\* O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB**