

## Artigos

Recebido: 14.07.2020

Aprovado: 16.08.2020

Publicado: 29.03.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i1.7193>

## A vinculação do juiz à lei e à busca da verdade no processo penal: algumas reflexões sobre o conceito de verdade no processo penal

*Francisco Muñoz Conde*

Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha

<http://orcid.org/0000-0003-4442-0739>

**Resumo:** O presente artigo analisa o princípio da legalidade em relação ao aspecto prático da vinculação do juiz à lei. Por mais estritas que sejam as regras e os preceitos legais, há uma margem de liberdade do julgador na sua interpretação, uma projeção de sua subjetividade e, com ela, toda a carga emocional dos sentimentos que lhe desperta o fato que irá julgar. O artigo sustenta que a sujeição do juiz à lei não garante nenhuma justiça nas decisões, se o julgador não estiver igualmente vinculado à realidade implacável dos fatos aos quais aquela lei deve ser aplicada. A partir daí analisa-se a problemática da busca da verdade no processo penal no Estado de Direito, especialmente no aspecto das limitações ao poder de reconstrução aproximada dos fatos. A conclusão, depois de estudos de precedentes jurisprudenciais, é a de que o processo penal do Estado de Direito deve conciliar a busca da verdade (não como verdade absoluta) com a dignidade dos acusados.

**Palavras-chave:** Legalidade; Juiz; Verdade; Processo Penal; Estado de Direito.

## The judge's binding to the law and the search for truth in criminal proceedings: reflections on the concept of truth in criminal proceedings

**Abstract:** The present article analyses the rule of law principle in its practical aspect of binding a judge to the law. However strict the rules and the legal precepts may be, there's a margin of freedom for the judge in his interpretation, a projection of his subjectivity and, with it, all the emotional burden from the feelings that the fact he/she will judge awakens. The article argues that the judge's binding to the law does not guarantee any justice in his decisions, if the judge is not bound to the unrelenting reality of the facts to which the law must be served. From this point it analyses the problems of searching the truth within criminal procedure in a State governed by the rule of law, especially in the aspect of limitations to the power of approximate reconstruction of the facts. The conclusion, after studying jurisprudential precedents, is that criminal procedure in a State governed by the rule of law must reconcile the search for the truth (not as the absolute truth) with the dignity of the accused.

**Keywords:** Legality; Judge; Truth; Criminal Procedure; Rule of Law.

A vinculação do juiz à lei é algo, hoje, indiscutível. No Estado de Direito moderno, o juiz, como qualquer cidadão, está submetido ao império da lei: a lei é o fundamento e o limite da atividade judicial<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo, porém, a imagem do juiz fechado numa sala de cristal, isolado do mundo exterior, somente vinculado à lei e nada mais que à lei, para preservá-lo da contaminação da ideologia partidária, há muito tempo desapareceu ou, pelo menos, não corresponde à realidade. Também desapareceu, desde seu princípio, a tese de Montesquieu de que os juízes não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, sem que possam agregar ou retirar algo do que ela diz. A realidade mostra constantemente até que ponto essa imagem ideal da relação do juiz com a lei está distante de ser o que é realmente essa atividade na vida cotidiana. Os juízes, como qualquer outro mortal, são sujeitos de carne e osso, são suas paixões e sentimentos, seus defeitos e virtudes, suas crenças e ideologias, às vezes contrárias às leis que devem aplicar ao restante dos cidadãos. Por isso, da mesma forma que os cidadãos, quando podem (e podem muitas vezes) procuram “puxar a brasa à sua sardinha”, isto é, procuram adaptar a lei às suas crenças pessoais ou modo de ver as coisas. Tudo isso dentro, obviamente, do mais escrupuloso respeito ao princípio de legalidade, de uma legalidade que, por sua própria ambiguidade e imperfeição, deixa paradoxalmente ao juiz uma grande margem de discricção e arbítrio, para suas paixões, preconceitos, ideologias e crenças.

Mas, enquanto essa discricionariedade move-se dentro dos limites mais ou menos precisos da legalidade, nada ou muito pouco pode-se fazer para evitá-la ou corrigi-la, salvo recorrer à via, sempre estreita, dos recursos às instâncias judiciais superiores, as quais, também no exercício da discricionariedade interpretativa que lhes permite a lei, podem discrepar da interpretação realizada pelo juiz de instância inferior ou confirmá-la em uma nova decisão. O direito ao duplo grau é, sem dúvida, também um direito fundamental que de algum modo pode limitar a arbitrariedade ou a injustiça de uma decisão judicial, mas tampouco o tribunal que decide um recurso de reexame ou nulidade está completamente livre dos preconceitos, paixões e pressões sociais que igualmente incidem nas suas decisões.

A vinculação do juiz à lei é, pois, no plano dos princípios, algo que ninguém discute, ainda que, depois, no plano da realidade prática, nem sempre seja respeitada com toda a fidelidade que seria desejável ou, pelo menos, esperada. Por mais estritas que sejam as regras e os preceitos legais, ninguém pode negar ao julgador, que as aplica, uma margem de liberdade na sua interpretação, uma projeção de sua subjetividade e, com ela, toda a carga emocional dos sentimentos que lhe desperta o fato que irá julgar. Nada estranho nisso, já que o ato de julgar, como todo ato valorativo, é um ato emocional, do qual não se podem excluir de modo absoluto os sentimentos e valorações que necessariamente acompanham a operação – em princípio, puramente técnica e, por isso, lógica – de aplicação dos preceitos legais.

Sem embargo, a vinculação do juiz à lei, embora seja tão importante, não é garantia, por si própria, da justiça de suas decisões, se não for estabelecido o princípio de que o juiz, ao mesmo tempo que em relação a lei, está vinculado talvez ainda mais à realidade implacável dos fatos aos quais dita lei tem de ser aplicada. Como disse Hassemer, de nada “vale a vinculação à lei se o juiz pode escolher ‘livremente’ os

---

<sup>1</sup> Esse princípio vem confirmado no artigo 117, 1, da Constituição da Espanha, quando diz que “a Justiça emana do povo e se administra em nome do Rei por juízes e magistrados integrantes do poder judicial, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei”. Sobre a legitimidade e independência do poder judicial, v. QUINTERO OLIVARES, G. **La justicia penal en España**. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 187 e ss.

fatos pelos quais, isso sim, aplica a lei com estrito cumprimento das regras”<sup>2</sup>. Essa *vinculação do juiz aos fatos* nunca foi, contudo, tão estrita, nem tão profundamente estudada pelos teóricos do Direito como a *vinculação do juiz à lei*, talvez por sua própria obviedade, talvez também pela dificuldade que existe para abstrair teoricamente a realidade do caso concreto que deve ser processado.

As leis processuais, na Espanha a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, regulam a forma e o modo pelos quais se podem produzir as provas que permitam construir, com maior precisão, a realidade do ocorrido que se irá julgar. Mas a mesma regulação legal pode ser às vezes um obstáculo para averiguação do que realmente aconteceu. Nessa matéria, então, o juiz penal tem, por um lado, a missão de averiguar os delitos e, nesse caso, castigar os responsáveis. Por outro lado, essa mesma atividade investigadora e julgadora deve respeitar determinados princípios e limites inspirados nos direitos fundamentais que se reconhecem e que são garantias estabelecidas na maioria dos textos constitucionais e internacionais. Por isso, diferente do que acontecia no processo inquisitivo, no processo penal acusatório do Estado de Direito a busca da verdade se relativiza e em nenhum caso pode ser realizada a qualquer preço, a todo custo. A prova dos fatos vem limitada no tempo e na forma. Por exemplo, estão excluídas do dever de testemunhar determinadas pessoas que possuem uma relação de parentesco com o acusado; proíbe-se a valoração de provas ilegalmente obtidas, como aquelas produzidas mediante torturas ou maus-tratos, ou por meio de intervenção de uma conversação telefônica realizada sem permissão do juiz etc. Conseqüentemente, apenas com base em provas lícitas e produzidas de acordo com as garantias legais e constitucionais é que o juiz ou tribunal penal pode determinar os “fatos” que deve aplicar a lei. Em outras palavras, buscar a “verdade” – que nunca será exatamente a verdade do que realmente aconteceu, mas sim uma verdade aproximada, em suma, uma “verdade forense” – muitas vezes não tem nada a ver com a verdade material, histórica ou científica. Esse é o principal fundamento da chamada “presunção de inocência”, isto é, o direito de ser considerado inocente até que não exista uma sentença condenatória transitada em julgado, estabelecida por um juiz ou tribunal competentes, após um julgamento realizado com respeito a todas as garantias do imputado.

O Tribunal Constitucional espanhol, a partir da importante sentença 31/1981, deixou claramente estabelecido que a presunção de inocência somente pode ser desvirtuada em caso de “*mínima actividad probatoria de cargo*”, isto é, quando há aporte probatório mínimo para imputação e condenação, praticada no julgamento com todas as garantias processuais. Mas também há que se falar que, a partir dessa declaração, o próprio Tribunal Constitucional deixa o julgador na mais absoluta liberdade para valorar a prova produzida corretamente com todas as garantias, isto é, para valorar a prova como resultado. Essa distinção encontra apoio no artigo 741 da *Ley de Enjuiciamiento criminal*, que dispõe que o tribunal, apreciando “segundo sua consciência” as provas produzidas no julgamento, as razões expostas pela acusação e defesa e a manifestação dos imputados, ditará sentença dentro do prazo fixado por esta lei. Mas o que significa realmente essa declaração? Constitui ela o reconhecimento expresso de que na determinação dos fatos os juízes não possuem outra vinculação senão aquela ditada pelo seu sentido comum, sua intuição e, por último, “sua consciência”, renunciando *a priori* a critérios objetivos que permitam racionalmente buscar a verdade ao mesmo tempo que se faz justiça? Assim pareceu entender uma sentença já antiga do Tribunal Supremo de fevereiro de 1978:

---

<sup>2</sup> HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 142.

O julgador, na hora de apreciar a prova produzida, as alegações das partes e as declarações e manifestações do acusado, fará não de acordo com reminiscência de valoração taxada ou predeterminada pela lei, ou seguindo as regras da sã crítica ou de maneira simplesmente lógica ou racional, senão de um modo livre e abrangente que não tem mais freio à sua soberana faculdade valorativa que o proceder à análise e à consecutiva ponderação, com apego a sua própria consciência, aos ditames de sua razão analítica e a uma intenção que se presume sempre reta e imparcial.

Embora este subjetivismo extremo na livre valoração da prova tenha sido objeto de posteriores matizações tanto na jurisprudência do Tribunal Supremo como na do Tribunal Constitucional, não resta dúvida de que ainda permanece latente em muitas decisões judiciais.

O ponto de partida de toda atividade jurídica é o *fato ou caso* que surge como problema da realidade e que se trata de subsumir no pressuposto de fato da norma jurídica. Para isso, então, é necessário começar pela constatação desse fato como produzido na realidade. Essa é uma tarefa não isenta de dificuldades já que, normalmente, quando alguém se depara com o problema de um fato pretérito, o fato não foi percebido diretamente.

A primeira missão do juiz consiste, assim, na reconstrução dos fatos tal como *aproximadamente* ocorreram na realidade. Esse trabalho de reconstrução somente poderá ser aproximado da realidade, uma vez que é impossível reproduzir o fato já ocorrido em todos os seus detalhes. A situação das pessoas e das coisas muda no tempo e o fato reproduzido será necessariamente distinto, em maior ou menor grau, daquele que realmente aconteceu.

Para essa reconstrução aproximada dos fatos, possivelmente constitutivos do delito, o juiz ou tribunal utiliza-se de uma série de elementos que servem de “prova” de como esses fatos efetivamente se produziram. Entre estas provas, por exemplo, estão a inspeção ocular, a prova documental, a prova testemunhal, as perícias e, inclusive, ainda que mais duvidosa, a confissão do próprio acusado, além de tantos outros meios de provas em Direito admissíveis. A função indiciária de cada um desses meios de prova vem condicionada pelo fato que se pretende provar. Assim, por exemplo, um documento que retrata um contrato simulado de compra e venda é o melhor meio de prova de uma insolvência fraudulenta ou de uma fraude ou estelionato. A perícia grafotécnica pode ser o melhor meio de demonstrar uma falsidade documental. O laudo pericial médico pode ser decisivo para averiguar as causas da morte ou a gravidade das lesões. De qualquer modo, deve-se advertir que nunca ou quase nunca se pode dar a estas provas isoladas um valor absoluto. Naturalmente, é possível retirar delas sempre uma conclusão, mas na realidade trata-se sempre de uma conclusão com diferentes graus de probabilidade.

De todos estes elementos de prova, o mais complexo e o de valor mais duvidoso em relação à conclusão é a prova testemunhal. As declarações das testemunhas presenciais dos fatos são frequentemente contraditórias. As próprias testemunhas, com suas declarações, deformam, consciente ou inconscientemente, a realidade. De um atentado político presenciado por várias pessoas, uma dirá que os terroristas estavam em um carro azul, outra que o carro era verde e que, além do mais, não tinha placas; uma terceira dirá que ouviu três disparos; uma quarta que somente escutou um; uma quinta não gostaria de falar nada por medo de represálias ou complicações etc. Algumas circunstâncias mencionadas serão irrelevantes para subsunção jurídica do fato, por exemplo, a cor do carro etc., mas também costuma ocorrer que se omitam dados que podem ter alguma significação para o processo penal. De todas essas

declarações deve o juiz extrair aquilo que lhe interessa e descartar o que for irrelevante, levando sempre em conta para isso a interpretação dada aos elementos do pressuposto fático e as consequências jurídicas derivadas da sua subsunção.

Especiais dificuldades apresentam-se na averiguação ou determinação do autor ou autores. A tarefa da subsunção é também a de individualizar o “quem” anônimo da norma jurídica numa pessoa ou pessoas concretas para poder imputar o fato averiguado. Também para isso servem as provas antes mencionadas e, especialmente, a testemunhal, com o relativismo que se tem de aceitar sempre nesse tipo de prova. Assim, por exemplo, no caso de assassinato, pode existir uma testemunha que declare ter vendido ao acusado uma pistola, com a qual, segundo o perito balístico, foram feitos os disparos. Esses dados, porém, são apenas parcialmente relevantes para a identificação do autor do fato. Também pode acontecer que aquele que comprou a pistola a vendeu posteriormente a um terceiro. Mas o indício que supõe a declaração da testemunha pode ser importante caso se agreguem outros e, inclusive, um deles pode ser tão decisivo sobre os demais, como, por exemplo, se várias pessoas atestem que viram o acusado quando ele disparava sobre a vítima. Sem embargo, a declaração de um corréu, isto é, de um dos acusados contra o outro ou outros acusados, é de valor mais que duvidoso como prova. Em princípio, conforme o artigo 24, 2, da Constituição espanhola, ninguém está obrigado a depor contra si mesmo e, portanto, o acusado tem o direito de permanecer calado. Por isso, se um réu declara contra outro acusado, pode-se pensar que assim o faz por interesse, por ressentimento ou inimizade, para desviar as suspeitas contra ele mesmo ou porque espera obter algum tipo de benefício econômico ou jurídico. No caso do sequestro e assassinato da jovem Anabel Segura, um dos acusados, posteriormente condenado por tais delitos, implicou no julgamento oral a sua mulher como o verdadeiro “cérebro da operação”. Sem embargo, o Juízo de Toledo/Espanha, na sentença de 3 de fevereiro de 1998, não deu credibilidade a essa declaração, dentre outras coisas porque pensou que o marido fazia isso por ressentimento contra sua mulher, pois ela foi viver com outro homem. No “caso Inestrillas”, que envolveu um famoso dirigente “ultra” acusado de ter assassinado um político do Herri Batasuna, a Audiência Nacional, na sentença de 25 de março de 1993 – se bem que por maioria de dois dos membros do tribunal e com o voto vencido de um terceiro – considerou que a retratação judicial de outro acusado que havia declarado inicialmente a culpabilidade de Inestrillas, o testemunho da própria mulher de Inestrillas e também de dois amigos seus que declararam que no momento do atentado estava na sua casa, eram suficientes para descartar qualquer responsabilidade<sup>3</sup>. Para citar mais um caso recente, na STS de 29 de julho de 1998, no “caso Marey”, a maioria (sete magistrados) considerou que as declarações de alguns acusados, de policiais, do governador de Vizcaya e anterior Secretário do Partido Socialista de Euskadi, implicando no sequestro de Segundo Marey outros dois acusados (Ministro de Interior e Secretário de Estado para o Interior), no momento em que ocorreram os fatos, eram prova para condenação. Outros quatro magistrados do tribunal consideraram insuficientes, pois a prova não estaria corroborada por outras mais objetivas.

Nem ao menos a prova pericial, que por estar embasada em conhecimentos científicos ou técnicos deveria ser a mais confiável de todas, está isenta de objeções. Também na constatação de problemas físicos, químicos ou bioquímicos, existem resultados periciais contraditórios que derivam da própria incapacidade

---

<sup>3</sup> Sobre esta sentença, v. IGARTUA SALAVERRÍA, J. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 101 e ss.

que, algumas vezes, possuem as ciências empíricas para estabelecer a verdade material do que realmente aconteceu. Assim aconteceu, por exemplo, com a determinação da causalidade nas intoxicações do caso de adulteração de azeite de *colza* (cfr. STS de 23 abril de 1992).

Veja-se o que ocorreu numa perícia psiquiátrica forense para determinar a imputabilidade ou inimputabilidade de um acusado, num caso concreto julgado pelo Juízo de Cádiz/Espanha, na sentença de 16 de julho de 1997, no qual o marido, aproveitando-se da permissão de visita aos filhos dada por um juiz de família, estrangula a filha de quatro anos porque assim “deixava um espinho cravado no coração da mãe para toda sua vida”.

Neste caso, o problema reside em pareceres periciais que não apresentam dados claros e que fornecem poucas luzes ao tribunal para decidir o tema. Por um lado, o parecer dos peritos forenses conclui que “as capacidades psíquicas principais do acusado para a decisão e o discernimento se encontram conservadas... sem chegar a constituir entidade patológica de natureza psicótica delirante”. Por outro lado, dois psiquiatras, contratados pela defesa – os quais o próprio tribunal considera como “parciais” – qualificam o acusado como detentor de personalidade paranoica, o que atribuem a um acidente cerebral ocorrido dez anos antes e que, a seu juízo, “reduz sua capacidade cognoscitiva e volitiva”. Após essa deliberação, o próprio tribunal disse que “aceita integralmente o parecer dos médicos forenses” e que, além disso, a perícia coincide com aquela do médico que atendeu a criança e examinou o assassino desde o primeiro momento e que concluiu não existir nenhum tipo de alteração relevante nas faculdades psíquicas e volitivas dele. No entanto, paradoxalmente, inclinou-se pela tese dos peritos da defesa e apreciou a exculpante de alienação mental incompleta, sem dar nenhum tipo de elementos que fundamentem satisfatoriamente sua decisão, ordenando o ingresso do condenado em um centro psiquiátrico por um tempo máximo de 15 anos.

Casos especialmente complexos e difíceis de apreciação da prova aparecem muitas vezes nos delitos contra a liberdade sexual, os quais costumeiramente têm a mulher como vítima. É evidente que em qualquer tipo de relação sexual entre pessoas adultas, quando há consentimento, o fato em si mesmo prescinde de relevância penal. Mas notadamente o problema surge quando o consentimento de um dos protagonistas não fica explícito e, então, há dúvidas sobre se realmente existiu relação voluntária.

O que Fletcher chama de “metafísica do consentimento”<sup>4</sup> nas relações sexuais é resultado de um processo de comunicação entre os protagonistas, às vezes não explicitada verbalmente, que sequencialmente percorre uma série de fases que vão desde os beijos, abraços, toques nas zonas erógenas e genitais, penetração por diversas partes, com ou sem preservativo, em distintas posturas e posições, admitidas em toda sua plenitude ou restritas somente a algumas delas. No curso dessas relações, como em todo processo de comunicação, podem surgir alterações, mal-entendidos ou subentendidos e, então, o que inicialmente poderia ter sido algo consentido, deixa de ser num momento posterior.

Uma pessoa pode consentir em ser beijada, ser tocada, masturbar ou ser masturbada, mas não em ser penetrada; ou não ser penetrada por determinado lugar; ou somente com preservativo; ou somente uma vez; ou se negar a ter relações sexuais com mais de uma pessoa; ou a participar de cenas verdadeiramente chocantes (como a “chuva dourada” ou a “severa disciplina inglesa”); ou se negar a que a relação sexual, na qual participa voluntariamente, seja filmada, violando sua intimidade a qual, como a sua liberdade sexual,

---

<sup>4</sup> FLETCHER, G. P. **Las víctimas ante el jurado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 169.

também deve ser objeto de proteção penal. A casuística nessa matéria é abundante e pode ser encontrada em qualquer manual de sexologia ou em qualquer filme pornográfico. Mas prescindem de relevância penal os atos aqui descritos ou outros similares que se realizam voluntariamente entre pessoas adultas com pleno conhecimento do alcance e significado. Quando isso não é assim desde o princípio ou em algum momento determinado de uma relação consentida inicialmente, uma das partes não queira continuar ou não queira, por quaisquer razões, participar de um determinado tipo de ato sexual, a insistência da outra parte em continuar pode converter-se em um delito contra a liberdade sexual. O delito pode se traduzir, segundo o grau de força sobre a vontade da pessoa que se opõe, em uma agressão sexual, um abuso sexual, com ou sem prevailecimento, ou limitar-se a um simples conflito verbal que pode ser solucionado com a suspensão imediata da relação, sem que o assunto chegue sequer ao âmbito da justiça penal<sup>5</sup>.

Mas quando o conflito chega ao âmbito judicial, normalmente mediante a denúncia de uma pessoa que acredita ter sua liberdade sexual violada, é necessário determinar os fatos, valorando as provas pertinentes, entre as quais muitas vezes somente há a versão de uma parte (denunciante), contra a versão do denunciado ou dos denunciados. Às vezes, o fato pode vir acompanhado de outras provas objetivas como lesões corporais, mas nem sempre estão presentes para se demonstrar a resistência que pôde oferecer a vítima. Já faz um tempo que se superou a jurisprudência que exigia que a mulher mostrasse em seu corpo sinais evidentes de que tinha sido objeto de violência como prova de que tinha resistido com todas as suas forças à relação sexual. A ameaça, inclusive aquela mais grave consistente na morte, não deixa sinais físicos no corpo da pessoa ameaçada e pode ser mais do que suficiente para obrigar uma pessoa a aceitar uma relação sexual ou a entregar a carteira no caso de um roubo. Todas estas circunstâncias, relações prévias, concomitantes ou posteriores à relação sexual, devem ser valoradas judicialmente de acordo com as regras da lógica e, no caso de a vítima ser mulher, tendo em conta a “perspectiva de gênero” – entendida não como preconceito ideológico feminista, mas considerando a própria psicologia e sensibilidade feminina –, considerar-se, se não houver circunstâncias evidentes que contradigam sua declaração, que a credibilidade de uma pessoa que diz que foi estuprada ou forçada a ter uma relação sexual é tanto maior quanto maiores forem os fatores que fazem pensar que não teria nenhum interesse ou motivo para fazer uma imputação falsa. Não se trata de aplicar uma espécie de princípio não escrito do “*in dubio pro muliere*”, mas sim assumir que, se a única prova de que uma mulher foi estuprada é sua declaração e nela consta de modo fiel

---

<sup>5</sup> Uma perspectiva interessante do ponto de vista do suposto agressor ou abusador é a crença errônea de que a outra pessoa tacitamente consente com a relação sexual. Essa possibilidade – que se pode dar no caso de embriaguez, situações de privação temporal de sentido, por sonho, ingestão de drogas etc., que no artigo 181, 2, do Código Penal espanhol considera-se de um modo excessivamente generalizador como um mero abuso sexual e não como agressão, é mais difícil de imaginar nos casos em que se emprega qualquer tipo de coerção para driblar a oposição da outra parte. Na jurisprudência, “Case Law”, do “Common Law”, interessantes sentenças sobre erro do consentimento da vítima de um delito contra a liberdade sexual costumam ser citadas. No caso *Regina vs. Morgan*, de 1975, a Câmara dos Lordes inglesa absolveu uns marinheiros que mantiveram relações com a esposa de um companheiro, apesar da oposição dela, acreditando no que lhes havia dito o marido que era uma oposição meramente fictícia e que ela gostava muito de ter relações sexuais com vários homens ao mesmo tempo, considerando que atuaram na crença irracional de que ela concordava com essa relação. Anos mais tarde, o Tribunal do Estado de Indiana (USA) condenou por estupro o campeão de boxe Mike Tyson, que foi acusado por uma mulher, que depois de alguns toques amorosos, havia aceitado subir com ele ao quarto do hotel, onde, segundo sua versão, foi obrigada pelo famoso boxeador a manter relação sexual completa sem seu consentimento. A alegação de Tyson foi a de que a partir do momento em que ela aceitou subir ao quarto, acreditou razoavelmente de que existia um consentimento em manter também relação sexual, o que foi rechaçado pelo tribunal. Esse caso foi o que motivou grandes manifestações e protestos coletivos de feministas perante o tribunal, as quais portavam o slogan “*No means no*”. Um comentário comparado de ambos os casos pode-se ver em FLETCHER, G. P. **Las víctimas ante el jurado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 176 e ss.

que não consentiu na totalidade da relação, o emprego de qualquer meio que a forçou a aceitar é um ataque à sua liberdade sexual. Assim, o tribunal somente pode decidir o nível de coerção empregado para vencer sua oposição e alcançar o nível de um estupro ou de um abuso sexual, com ou sem prevalência.

Mas qual destes testemunhos, declarações de corréus, laudos periciais etc., que ocorreram nestes casos e que motivaram uma determinada decisão judicial, estão mais ajustados à verdade material? Pode-se falar realmente de verdade material quando as testemunhas estão em contradição, os acusados atribuem culpa um ao outro ou os peritos chegam a conclusões contraditórias sobre o objeto da sua perícia? Existe no processo penal alguma forma de chegar ao descobrimento da verdade do que realmente aconteceu? Deveremos nos conformar sempre com uma verdade parcial, puramente formal e inclusive contrária à verdade material?

Depois do exame desses casos, alguns poderiam concluir, precipitadamente, que o processo penal não é um meio adequado para encontrar a verdade e que, na realidade, trata-se do cumprimento de determinados ritos e fórmulas mais do que a busca de uma verdade mesma. Não distante dessa opinião, por certo, estão as teorias que veem o processo somente como uma fórmula de solução ritualizada de conflitos sociais e não como um meio de busca da verdade<sup>6</sup>. Outros, ao contrário, ainda que não renunciem à busca da verdade, admitem que esta tarefa é muito difícil de executar no marco institucional de um processo penal no qual as partes não estão situadas no plano da igualdade; no qual uma delas, o acusado, pode negar divergir das demais; no qual não se permitem determinadas provas ou a valoração das ilicitamente obtidas; no qual há prazos vinculantes que obrigam terminar o processo e prolatar uma sentença num tempo determinado; no qual existem regras que somente permitem a condenação quando o julgador, além de toda dúvida razoável, está obrigado a absolver no caso de dúvida<sup>7</sup>. Como adverte Habermas, a busca da verdade no discurso institucional tem particularidades que a distingue da verdade no discurso de livre domínio, no qual todas as partes estão num plano de igualdade e têm o mesmo interesse de encontrar a verdade<sup>8</sup>.

Ao lado das “impurezas processuais ou institucionais” é preciso agregar outras razões de tipo extrajurídicas que também dificultam a busca da verdade no processo penal. A moderna criminologia pôs em destaque que nem todos os fatos constitutivos de delito, mesmo que conhecidos, são judicialmente punidos. Há muitas razões de caráter econômico, político, social ou ideológico – como o excessivo custo das investigações policiais; determinadas atitudes valorativas dos encarregados da persecução penal do castigo de determinados delitos (aborto, delito fiscal, delito ecológico); e a atitude da própria vítima etc. – que determinam que nem tudo o que é delito seja investigado, processado e punido. Como as próprias estatísticas criminais demonstram, nem todos os delitos são denunciados e nem todos os denunciados são condenados, sendo certo que, por diversas razões, é bastante elevada a chamada “cifra oculta” da criminalidade, isto é, a parte dela que não aparece ou, em todo caso, não é sancionada<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Nesse sentido é a já clássica tese de LUHMANN, N. **Legitimation durch Verfahren**. 2. ed. Darmstadt/Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag, 1975. Criticamente, HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 163.

<sup>7</sup> HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 163.

<sup>8</sup> Conferir HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 116 e ss. Para uma exposição resumida desta teoria v. HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 163 e VIVES ANTON, T. S. **La reforma del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 257.

<sup>9</sup> Sobre este fenômeno, v. HASSEMER, W; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal**



Com isso não se está a dizer que o processo penal tenha de renunciar, por princípio e desde o princípio, à busca da verdade material, entendida no seu sentido clássico como “*adecuatio rei et intellectu*”, mas somente que tem de moderar essa meta de acordo com as limitações que derivam não apenas das próprias leis do conhecimento, mas também dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e das normas, formalidades e “impurezas” do processo penal.

Na realidade, a busca da verdade material segue e seguirá sendo o objeto principal do processo penal, enquanto se trata da determinação dos fatos de fácil constatação empírica. Assim, por exemplo, a determinação da causa da morte de uma pessoa que recebeu tiros mortais, um na cabeça e outro no peito, dificilmente pode provocar grandes divergências entre a verdade material e a verdade processual. Quando se trata do que se chama “regra tautológica” (como as regras matemáticas) ou dos fenômenos “dêiticos”, que podem ser verificados empiricamente (DNA, impressões digitais, balística, a distância entre São Paulo e Campo Grande), dificilmente as ciências empíricas e o processo penal podem discrepar em relação ao conceito de verdade. Os dados biológicos, físicos, químicos ou matemáticos não podem ser ignorados, modificados ou reinterpretados arbitrariamente por um juiz<sup>10</sup>. Ao contrário do que acontece num laboratório, o processo penal está relacionado diretamente aos interesses humanos, paixões, conflitos individuais e sociais, e precisa ser solucionado em um tempo determinado. O problema no processo penal não é, por exemplo, estabelecer as causas objetivas da morte, mas sim se essa morte foi produzida intencionalmente ou de forma imprudente; se a pessoa que disparou o fez em legítima defesa ou por erro porque disparou inadvertidamente a escopeta de caça ou confundiu o outro caçador com um veado. Às vezes o problema é saber se a morte foi provocada intencionalmente ou foi, simplesmente, uma desgraçada consequência de um mau golpe dado em uma briga sem intenção de matar (o chamado “homicídio preterintencional”); ou, pelo contrário, se, apesar de não ter ocorrido a morte, as feridas leves causadas constituem tentativa de assassinato ou um delito de lesões leves.<sup>11</sup> O tribunal tem de determinar estes fatos com ajuda de critérios que já não derivam diretamente de dados empíricos ou inequívocos, mas sim de outros imprecisos e, portanto, proclives a valorações distintas. Assim, por exemplo, para resolver o problema antes apontado da distinção entre intenção de matar e intenção de lesionar, o Tribunal Supremo espanhol estabeleceu uma série de critérios ou, como se diz na linguagem jurídica brasileira, “súmulas”, recorrendo a “indicadores” como a natureza da arma empregada, número e direção dos disparos, existência de ameaças prévias entre o agressor e a vítima, atitude de agressor antes e depois da agressão<sup>12</sup>. Somente a partir destes dados é possível

---

Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 43 e ss.

<sup>10</sup> Sobre os fenômenos “dêiticos” que, como o corpo, podem ser mostrados e as verdades “consensuais”, v. HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 164. Sobre as diferenças entre as “regras tautológicas” e as “regras jurídicas”, define o autor: “Há, nada obstante, uma diferença fundamental e que se deve atentar quando se estuda a vinculação do juiz à lei e se compara com a vinculação do matemático às leis de sua ciência: as leis do sistema jurídico referem-se à realidade; as leis da matemática referem-se somente a si próprias; as leis do sistema jurídico requerem uma ação (ou omissão) prática; as leis da matemática estão dispostas para o caso de que alguém jogue com elas, conforme as regras da arte; as leis do sistema jurídico não podem se distanciar muito da linguagem cotidiana; as leis da matemática constroem sua própria linguagem. Em poucas palavras: o sistema jurídico elabora experiências, o sistema matemático é vazio, formal e tautológico”. Id. p. 230

<sup>11</sup> Sobre estes problemas, v. MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal**: parte especial. 21. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>12</sup> Veja-se, por exemplo, o STS de 5 fevereiro de 1982. Para um resumo dessa tese jurisprudencial v. MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal**: parte especial. 21. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

determinar ou “atribuir” uma intenção que de outro modo seria de impossível comprovação<sup>13</sup>.

A credibilidade de uma testemunha tampouco é uma verdade tautológica, pois admite discrepâncias a respeito de sua valoração que, em última instância, é o resultado da experiência, do conhecimento psicológico, de fatores pessoais e profissionais, do nível intelectual ou moral dela. Tudo isso avaliado pelo julgador em determinado contexto, tendo em conta também as declarações de outras testemunhas, a corroboração de suas declarações por outras fontes de informação etc. Notadamente quanto a essa prova, há que se levar em consideração uma série de limitações que impede, por exemplo, declarações de pessoas que efetivamente poderiam dar informações sobre o acusado (seus pais, seu cônjuge etc.). O próprio acusado está isento de depor e, se assim o faz, sua declaração não deve, pelas razões já ditas, ser considerada em si mesma como prova quando é incriminadora de outros acusados. Especiais dificuldades surgem em muitos casos em relação à declaração da vítima dos delitos sexuais, máxime porque esses fatos costumam ser cometidos na intimidade e sem a presença de outras testemunhas. Quando as vítimas desses delitos são menores, não apenas há que se contar com a dificuldade adicional da psicologia infantil em sua diferente percepção e interpretação da realidade, mas também com a possibilidade de que fantasie ou minta. Sem embargo, quando a vítima é uma mulher, a tendência atual, que não está livre de pressões dos movimentos feministas, é a de conceder à declaração uma grande credibilidade, dentre outras coisas porque, como ficou assente no caso Mike Tyson, quando uma mulher diz que não é não (“*no means no*”), proibindo-se, em consequência, que sua conduta prévia ou sua forma de vida (prostituição) seja utilizada como prova de um consentimento “tácito”<sup>14</sup>.

Nesse âmbito, a tarefa do tribunal que sentencia não é a compreensão do texto legal, mas sim o que Hassemer chama de “compreensão cênica”<sup>15</sup>, uma compreensão baseada na participação direta dos implicados (acusados, vítima e seus respectivos representantes, como o Ministério Público) e na valoração das provas produzidas diretamente na sua presença (vídeos, declaração de peritos ou de outras pessoas que ajudaram a vítima no local dos fatos) e qualquer outro elemento adicional, admissível no Direito que possa levá-los a compreender e a estabelecer o que realmente ocorreu e dar uma resposta jurídica.

Parece evidente que existem muitos erros na “compreensão cênica”, mas o que se pode fazer para corrigi-la?

Em primeiro lugar, esperar que a repetição do julgamento dentro das estreitas margens que permite o recurso de apelação possibilite que outro tribunal superior, distinto daquele que prolatou a decisão de primeira instância, corrija a deficiente compreensão cênica que houve no primeiro julgamento. Se algum sentido tem o recurso de apelação – e nisto se diferencia do recurso de cassação perante o Tribunal Supremo – é justamente o de permitir a revisão dos fatos que se deram como provados na primeira sentença e fazer uma diferente valoração<sup>16</sup>. É verdade que, na prática, o recurso de apelação se desnaturalizou tanto que

<sup>13</sup> Sobre os “indicadores” como meios de prova dos conceitos que refletem uma tendência ou disposição subjetiva, v. HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 225 e ss.

<sup>14</sup> Sobre a tese assentada no caso Mike Tyson e a proibição de valorar a conduta prévia das vítimas dos delitos sexuais, v. FLETCHER, G. P. **Las víctimas ante el jurado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 169 e ss.

<sup>15</sup> HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

<sup>16</sup> Sobre os limites que possuem o recurso de apelação como forma de revisão dos fatos provados e de sua valoração na sentença apelada v. a aula magna do curso 1998/99 na Universidade Pablo de Olavide, posteriormente publicada como monografia independente pela editora

atualmente consiste, muitas vezes, apenas em uma revisão das atas do primeiro julgamento e das respectivas alegações escritas apresentadas pelos representantes da acusação e da defesa. A sentença do Tribunal Constitucional espanhol 167/2002, de 18 de setembro, estabeleceu que o recurso de apelação deve dar lugar a um novo julgamento, no qual pelo menos as provas pessoais, as declarações dos sujeitos imputados, acusados e vítima, sejam novamente valoradas pelo tribunal de apelação, para que esse possa ter uma verdadeira “compreensão cênica” (e não seja um mero arremedo do que fez o juiz de primeira instância). Ainda que, por diversas razões que agora não vêm ao caso, a referida sentença não pareça ter modificado essencialmente a prática posterior, é de se esperar que, nesse caso, dada a gravidade e a transcendência social que têm os fatos, volte-se a reproduzir no julgamento da apelação as provas fundamentais de caráter pessoal dos protagonistas do caso, o vídeo no qual parcialmente gravaram-se algumas cenas do ocorrido, as declarações das testemunhas que ajudaram a vítima, o depoimento dos policiais que escutaram as primeiras declarações dos acusados quando foram presos etc.

O tribunal de apelação evidentemente rege-se pelo princípio da “livre valoração da prova”, estabelecido no artigo 741 da *LECrim*, pois, enquanto não contraria as regras da lógica, é a verdadeira garantia de independência do poder judicial. Além do mais, no processo penal a busca da verdade está limitada pelo respeito às garantias, inclusive dado o caráter de direitos humanos reconhecidos como tais em todos os textos constitucionais e leis processuais de todos os países da nossa área cultural. Princípios como o da proporcionalidade ou direito à intimidade impedem utilizar, de modo absoluto ou relativo, determinadas técnicas de averiguação como a tortura, o emprego do chamado “soro da verdade”, o detector de mentiras ou as gravações de conversações telefônicas sem autorização judicial<sup>17</sup>.

Por tudo isso, a afirmação de que o objeto do processo penal é a busca da verdade material deve ser relativizada e, desde logo, pode-se dizer, sem temor de se equivocar, que no Estado de Direito em nenhum caso deve-se buscar a verdade a todo custo ou a qualquer preço.

De tudo o que foi dito deduz-se que o objeto do processo penal é a obtenção da verdade somente e à medida que sejam empregados para isso os meios legalmente reconhecidos. Fala-se, assim, de uma “verdade forense”, que nem sempre coincide com a verdade material propriamente dita. Esse é o preço necessário ao processo penal que respeita as garantias e os direitos humanos característicos do Estado Social e Democrático de Direito. “Somente a partir da teoria consensual da verdade – disse Vives – pode-se explicar as autorizações para investigar e as limitações e proibições de fazê-los”. Somente assim – segue o citado autor – “pode-se excluir, por exemplo, a validade das provas ilícitas obtidas, coisa que não se poderia fazer a partir de uma perspectiva epistemológica em que se sustenta a ideia de verdade como correspondência”<sup>18</sup>. Isso porque, como adverte Hassemmer<sup>19</sup>, quando os órgãos de investigação tendem a

---

Hammurabi de Buenos Aires (MUÑOZ CONDE, F. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 58 e ss). Especificamente sobre a valoração da prova testemunhal no recurso de apelação, v. MUÑOZ CONDE, F. La valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación. In: BERISTÁIN, A. (Org.). **Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo**. Madrid: Colex, 1999.

<sup>17</sup> Conferir, por exemplo, a STS de 18 junho de 1992, que rechaçou admitir como prova a escuta telefônica autorizada pelo juiz para um delito diferente (e mais grave) que aquele que era objeto de investigação. Sobre o tema v. MUÑOZ CONDE, F. **El valor probatorio de las grabaciones audiovisuales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

<sup>18</sup> VIVES ANTON, T. S. **La reforma del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 263.

<sup>19</sup> HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 191.

desvincular-se das regras que dificultam a investigação da verdade, geralmente fazem isso por meio da vulneração do Direito.

Somente a partir da observância das regras e princípios que regulam a prática da prova (e do próprio reconhecimento de uma determinada informação como prova) é possível admitir a “apreciação em consciência” que fala o artigo 741 da lei espanhola de processo penal e que, em nenhum momento, deve ser identificada com a “*intimate conviction*” histórica que conduz a um subjetivismo extremo no qual muitas vezes “fatos provados” convertem-se em uma autêntica “caixa de surpresas”. Como disse Hassemer em relação a prova da causalidade tóxica de um produto, o juiz comporta-se, às vezes, como o mago de um circo, que mete por um lado da “caixa mágica” uma gravata e, pelo outro lado, retira uma pomba, sem que nos indique o que aconteceu no interior da caixa para que ocorra essa transformação.<sup>20</sup> “Apreciação em consciência” não significa, desde já, que o juiz possa fazer uma valoração arbitrária ou puramente subjetiva. O princípio da presunção de inocência é o princípio reitor de toda atuação no processo penal.

A interdição da arbitrariedade, reconhecida no artigo 9, 3, da Constituição espanhola, e que dá legitimidade ao próprio poder judicial, obriga os juízes a fundamentar suas decisões por meio da argumentação e da exposição dos motivos. Isso é o que também diz o artigo 120, 3, da Constituição quando afirma expressamente que “as sentenças serão sempre motivadas”. Esta é também uma exigência da teoria da verdade como consenso que propõe Habermas. “Nela – disse Vives – pode-se distinguir o que faz com que algo seja verdade – sua concordância com as exigências objetivas da razão –, o critério mediante o qual podemos dizer que o é o consenso, obtido na situação ideal de fala, como contraste dessa concordância, e o método que temos que seguir nessa determinação (a argumentação por meio do discurso racional)”<sup>21</sup>.

A necessidade de motivação das decisões judiciais, entendida como argumentação intersubjetiva, comunicável linguisticamente e racionalmente verificável das razões pelas quais se alcançou uma determinada valoração e, em consequência, uma decisão nela baseada, é, pois, a consequência lógica de uma teoria consensual da verdade, única possível no processo penal respeitoso das liberdades e dos direitos fundamentais dos cidadãos implicados num processo penal. Além disso, também é a única teoria compatível com o princípio de que todos são inocentes até que se prove o contrário, isto é, com a presunção de inocência. Ainda, muitas vezes somente a argumentação motivada de uma decisão pode justificar a correção da decisão mesma. Nesse sentido, seguindo Habermas, Hassemer fala de uma “justificação procedimental”<sup>22</sup> que se utiliza, por exemplo, quando o Poder Legislativo trata matérias discutíveis como o aborto consentido, a esterilização de deficientes mentais ou a manipulação genética, e não está muito seguro de que a decisão a ser tomada seja correta, mas, pelas razões que sejam, deve ser adotada necessariamente, sendo então prioritário que seja assegurada a forma ou procedimento da decisão.

Todas estas são exigências de uma teoria da verdade como consenso ou de uma teoria democrática da verdade. Por isso mesmo, em caso de discrepância sobre a valoração da prova por um tribunal, obriga-se a resolvê-la com base em uma votação de seus membros (frequentemente nos casos conflitivos). De

<sup>20</sup> HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 191.

<sup>21</sup> VIVES ANTON, T. S. **La reforma del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 278.

<sup>22</sup> HASSEMER, W. Prozedurale Rechtfertigungen. In: DÄUBLER-GMELIN, H.; GOTTFRIED MAHRENHOLZ, H. (Org.). **Festschrift für Mahrenholz**. Baden-Baden: Nomos, 1994. p. 731 e ss.

igual forma em outros casos que, como nas decisões do tribunal ou do juízo singular, a votação revela sua capacidade de ser assumida como decisão racionalmente fundada, comunicável e intersubjetivamente compreensível por outros membros da comunidade.

Talvez se houvesse mais respeito a tais princípios elementares do Estado de Direito e se fosse assumido mais democraticamente o relativismo do conceito de verdade no processo penal – não somente pelos tribunais de justiça, mas também pelos meios de comunicação nos seus “julgamentos paralelos” –, pudéssemos ter economizado nos últimos anos, e ainda hoje, tanto sofrimento inútil de pessoas acusadas de graves e infames delitos, bem como a frustração sobre as infundadas expectativas que às vezes se atribuem aos tribunais penais na solução de conflitos sociais.

No processo penal do Estado de Direito não somente se deve lograr o equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade dos acusados, mas também se deve entender a verdade mesma não como uma verdade absoluta, mas sim como o dever de sustentar uma condenação somente naquilo que, indubitável e intersubjetivamente, se pode dar como provado. O mais é puro fascismo e a volta aos tempos da Inquisição, o que supúnhamos já felizmente haver superado.

## Referências

- FLETCHER, G. P. **Las víctimas ante el jurado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989.
- HASSEMER, W; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal** Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.
- HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.
- HASSEMER, W. Prozedurale Rechtfertigungen. In: DÄUBLER-GMELIN, H.; GOTTFRIED MAHRENHOLZ, H. (Org.). **Festschrift für Mahrenholz**. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- LUHMANN, N. **Legitimation durch Verfahren**. 2. ed. Darmstadt/Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag, 1975.
- MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal**: parte especial. 21. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F. **El valor probatorio de las grabaciones audiovisuales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F. La valoración de la prueba testifical en el recurso de apelación. In: BERISTÁIN, A. (Org.). **Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo**. Madrid: Colex, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, G. **La justicia penal en España**. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- VIVES ANTON, T. S. **La reforma del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.