

O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO *IN DUBIO PRO REO* NA REVISÃO CRIMINAL

ORLANDO DE ALMEIDA PERRI

Desembargador

Como magistrado, sempre me incomodou, em meu ainda curto tempo de experiência na área criminal do Tribunal de Justiça que integro, a questão atinente à possibilidade de aplicação, na ação de revisão criminal, do aforismo *in dubio pro reo*, como atributo do princípio da inocência.

O tema raramente é objeto de discussões, haja vista o fato de reinar, de modo quase absoluto, a posição no sentido de que, na revisão criminal, a dúvida deve atuar contra o condenado; que ela não pode ser transformada em uma segunda apelação, o que impossibilita o reexame de provas e argumentos já refutados; que, por “sentença contrária à evidência dos autos”, deve-se entender aquela que “não se apoia em nenhuma prova produzida no curso do processo”; que a “mera fragilidade ou precariedade do conjunto probatório não autoriza a revisão” etc.

As referidas posições se assentam na hipervalorização que se dá à coisa julgada em matéria penal, decorrência do fato de o condenado não mais ostentar a condição de inocente presumido, perdida com o trânsito em julgado da sentença.

Entretanto, tenho que a revisão criminal está a merecer novos olhares, tanto na situação em que se discute a injustiça da condenação, por ser contrária à evidência dos autos [CPP, art. 621, I], quanto na em que, após a sentença, se descobrem novas provas de inocência do condenado

[CPP, art. 621, III].

Sem pretensão acadêmica alguma, reproduzo, neste despretensioso ensaio, apenas as reflexões que expendi no voto-vista de duas ações revisionais de que participei como vogal na Turma de Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

A começar, carece ser desmistificada a ideia de que a revisão criminal não se presta à reanálise de provas já consideradas [e descartadas] na sentença ou no acórdão, pois do contrário, segundo se argumenta, seria transformá-la em mais uma instância recursal, ou mais precisamente em uma segunda apelação.

O mencionado posicionamento deve ser adotado *cum grano salis*, uma vez que, escorando a revisão criminal na premissa de a sentença condenatória ser **contrária à evidência dos autos** [CPP, art. 621, I], haverá sempre a necessidade de reexaminar e até revalorizar as provas, ressignificando-as na verificação da suficiência delas¹.

A revisão criminal proposta sob esse fundamento impõe, inevitavelmente, a análise das provas existentes no processo, todavia com a finalidade específica de examinar o grau de suficiência delas para superar a presunção de inocência.

Sua diferença com a apelação está em que seu objetivo é constatar o grau de apoio que a condenação tem nas provas dos autos, e a suficiência delas para se julgar provada a imputação.

É por esse prisma que a revisão criminal deve ser

¹ Assim decidiu o STF no HC 123247, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 2-8-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 20-9-2016 PUBLIC 21-9-2016. Esta também, a posição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, *in* Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados, 5. ed., Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1747.

entendida, para que o Tribunal não a baralhe nem a confunda com a apelação.

Diante da alegação de que a condenação contraria a evidência dos autos, cumpre-lhe então verificar se havia provas corroborativas da imputação ou se a convicção externada foi mais um ato de fé; se elas foram tomadas sob as garantias do devido processo legal; se se consideraram provas que deveriam ter sido tomadas como ilegais ou ilícitas; quando baseada em indícios, se o fato-base permitia – segundo as regras da lógica, critérios científicos e máximas de experiência – conduzir à hipótese inculpatória; se houve inferências errôneas ou inexatas, como também o grau delas para se chegar à conclusão; se, entre os indícios, havia coesão lógica, direta e imediata; se se atribuiu correta interpretação às provas; se a valoração foi atomista, apenas; se se consideraram as da defesa e se estas podiam racionalmente ser desprezadas ou, inversamente, se tinham força suficiente para afastar ou pôr em dúvida a imputação do réu; se erroneamente se emprestou credibilidade a determinadas provas ou se utilizou de métodos irracionais na valoração delas; se as existentes tinham mesmo o potencial explicativo demonstrado na sentença; se esta guardou coerência interna entre as premissas e as conclusões; se não valorou ou valorou erroneamente outras provas conducentes a outro resultado favorável ao réu; se, apesar de provado determinado fato, não era ele verdadeiro etc., **tudo para sopesar se, dentro de um juízo racional, alcançou-se o nível de suficiência probatória que a lei considera como necessária para estabelecer a culpabilidade do acusado.**

Assim, o tribunal de revisão, antes de passar a reavaliar as provas, deve fazer um **juízo crítico** da sentença, com todas as nuances da valoração levada a efeito, para constatar se foi ofendida a presunção de inocência, a regra de julgamento *in dubio pro reo* e se, ao fim e ao cabo, cumpriu-se o *standard* de prova capaz de enervá-la.

Feitas essas considerações e havendo espaço para passar do *iudicium rescindens* para o *iudicium rescissorium*, o Tribunal – e não há como fugir do exame – reavaliará todo o mosaico probatório, procedendo a um novo julgamento.

Não ignoro o entendimento jurisprudencial no sentido de que “*O objetivo da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (contrária à prova dos autos) não é permitir ‘uma terceira instância’ de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor*”².

Embora provinda da mais alta Corte do país, a decisão acima apenas reproduz o mantra da doutrina e da jurisprudência, que, a pugilato, defende a coisa julgada como se esta pudesse purificar os erros judiciários ou, quando não, criar sua própria verdade.

A *res judicata*, especialmente no âmbito criminal, não pode ter a dureza diamantina que nossos Tribunais vêm emprestando a ela. Na correção de injustiças, permite-se inclusive o uso do *habeas corpus*, como se vê amiúde em decisões do Supremo Tribunal Federal.

O maior pecado que um juiz pode cometer não é tanto incidir no erro, mas não repará-lo, podendo. A vergonha está em não corrigi-lo. E para corrigir um erro – dizem as línguas dos experientes –, pode-se até

² STF, HC 114164, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 3-11-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015.

violar a lei; mas não se pode, para não violar a lei, manter o erro.

Na prática, porém, quase sempre é muito custoso aos juízes o reconhecimento de erros judiciários, que acabam sendo ocultados atrás do biombo da coisa julgada e tratados como fatalidades necessárias, como efeito colateral da circunstância de o poder de julgar ter sido confiado a homens, e não a seres divinos.

Tem razão João Conde Correia quando anota que *“Os juízes mantiveram, ao longo dos tempos, uma notável resistência psicológica à revisão. Como se a injustiça fosse uma nódoa que não se deve mostrar, ou sequer assumir. Confessar o erro é difícil. O ataque a uma sentença transitada em julgado é, ainda hoje, sentido, porventura inconscientemente, como um ataque ao seu poder. O caso julgado continua a ser hipervalorizado. Há muito pouca generosidade no momento de apreciar os pedidos de revisão e, em caso de dúvida, decide-se a favor do caso julgado (...). Em suma, a jurisprudência ainda não compreendeu que a revisão tanto serve o condenado como os seus próprios interesses. Para além da segurança e da justiça, também o seu prestígio é prejudicado por uma sentença injusta. O mal está no erro e na sua manutenção”*³.

Depois, o caso julgado não pode ser elevado à enésima potência para manter uma injustiça, a não ser que, subvertendo o Estado Democrático de Direito, se pretenda dar segurança ao erro judiciário. *“Se a justiça não pode ser reparada, o Estado não é de Direito”* (...) *“Uma magistratura que não pode corrigir os seus enganos ou que só os pode corrigir parcialmente é uma magistratura incompleta”*⁴.

³ O Mito do Caso Julgado e a Revisão Propter Nova, Coimbra Editora, 2010, p. 107.

⁴ João Conde Correia, ob. cit., p. 232.

Nem se argumente também que a flexibilização do caso julgado afeta a paz jurídica. A essa justificativa, responde o referido autor português: *“Que paz jurídica se pode esperar de uma comunidade que sabe (ou vem saber) que um dos seus membros foi afinal injustamente condenado? Se num primeiro momento a sentença logrou alguma pacificação social, a certeza posterior do erro destruirá facilmente esse estado de espírito, e a indignação será tanto maior quanto menor for a possibilidade de rápida correção desse erro. Ao estado de paz jurídica poderá suceder o estado de convulsão jurídica. A guerra em vez da paz. Enquanto não for reposta a justiça – seja qual for a via – não haverá tranquilidade, mas intranquilidade jurídica. A certeza infame do erro, as dificuldades levantadas ao seu reconhecimento e correção, e o medo de vir a cair no mesmo logro, serão os seus mais poderosos e fiéis aliados. Manter nesta condição uma decisão judicial errada poderá ser um eficaz mecanismo demonstrativo de autoridade, mas será ilegítima num Estado de Direito e causa de descrédito na Justiça e no Estado que a criou”*⁵.

Creio que não me equivoque na afirmação de que para nós, humanos-juizes, é muito mais simples, expedito e tranquilizante partimos da crença de que – em qualquer revisão criminal assentada no argumento de que a condenação contrariou à evidência dos autos [CPP, art. 621, I] –, o protesto do réu contra ela tem forma e aspectos de uma segunda apelação, de simples reexame daquilo que já foi exaustivamente analisado e debatido.

Essa visão estrábica decorre de nosso sistema processual, que nunca trabalhou a condenação sob a perspectiva dos *standards* de provas, porque sempre estivemos mergulhados no equivocado

⁵ João Conde Correia, ob. cit., p. 169/170.

entendimento de que a livre convicção, quando assentada em provas com cores de “*verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal*”, torna a sentença condenatória imutável.

A realidade é que a justiça brasileira ainda não opera com *standard* de provas, com modelos que permitam constatar, para determinadas finalidades nas várias etapas do procedimento, quando o juiz está autorizado a decidir desta ou daquela maneira, como é o caso da prisão preventiva, recebimento da denúncia, busca e apreensão, pronúncia etc.

A existência de provas é condição necessária para a condenação, mas não o suficiente, porque, estando o réu protegido com a presunção de inocência, elas devem ser de tal grandeza que permitam induzir a uma única hipótese fática: a da acusação.

A **verdade** que se busca no processo é a da acusação. O réu não precisa provar sua inocência, pois a Constituição Federal já lhe confere esse *status*.

E a **certeza** dessa verdade não é subjetiva ou puramente potestativa, mas essencialmente objetiva, com obediência a critérios que permitam considerar, em termos de probabilidade, o quanto de prova é necessário para a condenação.

Contudo, sempre predominou, no mal compreendido sistema “*do livre convencimento motivado*”, que, se o juiz encontra nas provas dos autos razões para justificar a condenação, tem ele a discricionariedade de se apartar ou ignorar outras que certificam a inocência.

Segundo essa equivocada opinião, mesmo que as provas da defesa predominem sobre os da acusação, a condenação pode ter lugar

desde que o juiz encontre razões que abonem seu convencimento em evidências dos autos, ainda que mínimas ou manifestamente insuficientes.

Olvida-se que o juiz não é inteiramente livre na deliberação daquilo que pode ser considerado provado no processo.

O livre convencimento motivado exige dele explicação racional em decisão que leve em conta **todo o acervo probatório**, e não apenas um lado das provas.

A mencionada regra impõe ao juiz confrontar provas e argumentos *à charge et à décharge*, verificando a confirmação da hipótese e da contra-hipótese, e não simplesmente selecionando aquelas que vão ao encontro de sua convicção.

O fato imputado somente pode se considerar provado se submetido aos testes de **confirmação e refutação**.

A análise de a condenação ter contrariado a evidência dos autos não deve se resumir à verificação do fato de ela não contar com nenhum apoio nos autos, de haver desconsiderado as máximas de experiência, as regras de lógica e critérios científicos. Noutras palavras, não é suficiente verificar a razoabilidade da sentença, se ela não se mostra aberta e escandalosamente contrária ao conjunto probatório formado na ação penal, como tem proclamado, quase *una voce*, nossa doutrina e jurisprudência.

O livre convencimento motivado não permite ao juiz decidir como quiser, desde que haja uma “mínima atividade probatória” confirmando a imputação penal feita na denúncia.

Devemos deixar para trás o voluntarismo judicial, que licencia o subjetivismo do juiz para julgar segundo seu alvedrio, desde que sua convicção encontre relativo conforto nas provas dos autos, ou quiçá [não raramente acontece] nas informações do inquérito policial.

O livre convencimento motivado não é um cheque em branco que o legislador passou ao juiz, como se ele pudesse definir, sem restrição alguma, a verdade no processo, mas uma obrigação em estabelecê-la mediante a análise objetiva de todas as provas, as quais devem ser escovadas a pelo e a contrapelo, e não apenas num único sentido.

A presunção de inocência obriga o juiz a duvidar da acusação e a considerar as hipóteses alternativas que a contradigam.

Assim, é insuficiente que o juiz se apegue às provas que emprestem apoio à sua convicção; cumpra-lhe também submetê-las ao teste de **refutação** com outras provas que possam contrariá-la.

Feito o confronto, se as provas da acusação não se sobrepõem às da defesa, em grau suficiente para se aquebrantar a presunção de inocência, não há outro caminho senão a absolvição, pois o que pode existir é um **estado de dúvida**, seja em relação à existência do crime, seja em relação à autoria ou participação do réu nele.

Em tal situação, se se condenou quando cabia absolver com base na parêmia *in dubio pro reo*, há erro judiciário a ser reparado pela ação revisional. Para se chegar à conclusão acima, deve o Tribunal analisar se ao juiz – diante do complexo de provas – cabia duvidar e não duvidou; se, diante da dúvida, condenou, violou-se a presunção de inocência, em sua vertente *in dubio pro reo*.

Se a decisão contrária ao texto expresso da lei penal autoriza a revisão criminal [CPP, art. 621, I], que dizer, então, quando se viola um princípio constitucional inobservado na sentença condenatória?

Na ação de revisão criminal, examina-se a racionalidade da valoração da prova realizada na decisão rescindenda, verificando se houve ou não vulneração do princípio da presunção de inocência ou do corolário dele, o do *in dubio pro reo*.

Nesse rumo, torna-se imprescindível o reexame das provas, julgando o acerto da condenação à vista das existentes nos autos no momento em que se ditou a sentença ou o acórdão.

Na sondagem da racionalidade, é inevitável a revisitação das provas, como também a valorização e atribuição de pesos a elas para estabelecer se, além de provada a imputação, alcançou-se a densidade necessária para sobrepor a presunção de inocência.

É insuficiente, volto a repetir, que a imputação encontre ressonância nos autos. Este é apenas o primeiro passo para a condenação. O segundo consiste em verificar se o nível de corroboração obtido é bastante para aceitá-la como verdadeira para fins penais, em que o *standard* de prova, à vista da proteção constitucional da presunção de inocência, é o da **altíssima probabilidade**, correspondente ao “além da dúvida razoável” do direito norte-americano.

Um mesmo fato pode dar ensanchas a resultados diferentes, a depender da esfera onde são esgrimidos. No juízo civil, em que o ônus da prova é repartido e não se põem em jogo valores tão caros ao ser humano, como é a liberdade, no mais das vezes a questão é decidida com base no *standard* da preponderância prevalecente (**mais provável que não**). Na esfera criminal, onde o réu é forrado com a presunção de inocência, o *standard* para a condenação é o da **altíssima probabilidade**, de modo que a existência da menor dúvida – que tenha foros de razoabilidade – conduz necessariamente à absolvição.

Estes os fatores a serem examinados na revisão criminal quando escorada no art. 621, I, do CPP. Está dentro do âmbito dela examinar se a condenação malferiu a presunção de inocência ou sua vertente *in dubio pro reo*, ambas integrantes do *favor rei*.

A exigência de determinado *standard* de provas para considerar demonstrada a imputação vai de encontro ao velho e surrado

entendimento de que estamos a tratar, tendo-se em conta que, dentro desse novo modelo, não basta que o juiz esteja convencido de o réu ser culpado do crime, em razão de as provas [uma ou algumas] justificarem a aceitação da hipótese acusatória.

É preciso ir além da sua crença e analisar **o grau de suficiência probatória** no processo, medindo se a acusação cumpriu o *standard* exigido para derrubar a presunção de inocência. É o *standard* de prova que dirá ao juiz quando um fato pode ser considerado provado, para os fins que se pretende.

Mostra-se pouco que a imputação tenha corroboração em prova[s] dos autos, pois somente o cumprimento do *standard* de provas permite dizer quando uma situação fática pode ser reputada provada.

Por isso, a melhor doutrina considera que é o *standard* de provas que estabelece quando a presunção de inocência é superada e se faz possível uma condenação. Nesses termos, sem margem de erro, pode-se dizer que o *standard* é instrumento de garantia da presunção de inocência, do contrário esta nada valeria se pudesse ser derrotada com qualquer nível de prova, especialmente os rebaixados.

Sempre que a condenação não cumprir o padrão de exigência probatória para que se considere provada a hipótese acusatória, estaremos diante de uma sentença **contrária à evidência dos autos**.

Esta, a leitura a se dar ao art. 621, I, do CPP.

No atual estágio de nossa civilização jurídica não cabe mais a ideia de que a condenação não pode ser modificada, no âmbito de revisão criminal, se ela não for aberrantemente contrária à evidência dos autos.

A insuficiência probatória é, sim, motivo bastante para a revisão criminal, uma vez que, sempre que estiver lastreada em provas precárias, a condenação viola o princípio da presunção de inocência ou o *in dubio pro reo*.

É correto afirmar que a presunção de inocência, despida de *standard* de provas, não tem valor axial de garantia, muito menos de direito fundamental.

Se as provas não autorizarem, dentro de um juízo de valoração racional, a condenação – por se revelarem débeis na demonstração da culpabilidade do réu, **acima de qualquer dúvida razoável** –, há espaço à revisão criminal por não cumprimento do *standard* de provas capaz de enervar a presunção de inocência.

Diversamente de outras decisões que o juiz pode tomar no processo criminal, a condenação – exatamente pelo fato de o réu gozar da presunção de inocência – exige o cumprimento de um *standard* de provas diferenciado, mais elevado.

Ao contrário do campo civil, no processo penal a causa não é resolvida porque a prova se inclinou mais para um lado do que para o outro. A condenação de alguém, que traz consigo o reconhecimento da Constituição Federal de ser presumidamente inocente, exige um *standard* de provas que vá muito além da **preponderância prevalecente** [*mais provável que não*].

A punição penal somente se revela legítima quando é manejada em juízo de **certeza**, considerando-se como tal aquele que atinja níveis elevadíssimos de probabilidade de o crime ter ocorrido, de o réu ser o seu autor ou partícipe, e de não militar em favor dele nenhuma causa que exclua sua responsabilidade penal. E a referida “certeza” [da imputação,

obviamente] somente se obtém quando se cumpre o *standard* de prova estabelecido para a condenação.

Se a hipótese de culpabilidade não sobrepuja, no grau exigido para a condenação, a hipótese de inocência, o que existe é a dúvida, que pode ser maior ou menor, a depender do nível empírico de provas que dão suporte às proposições argumentativas.

Não é preciso que a contra-hipótese, apresentada pela defesa, seja mais provável que a hipótese afirmada na denúncia. Mesmo sendo inferior, se subsistem dúvidas que possam ser consideradas razoáveis, ou, dito em outros termos, que não se consiga desprezá-las racionalmente – e, portanto, admitidas em maior ou menor grau de probabilidade –, a decisão deve se inclinar em favor do réu.

A derrota da presunção de inocência não se faz com qualquer prova, ou qualquer nível de provas. Exatamente por carregar consigo a presunção de inocente, há de se exigir esforços redobrados na demonstração da hipótese acusatória, **em nível diferenciado**, e não apenas na preponderância dela sobre a hipótese de inocência.

Ainda que a hipótese da acusação seja mais provável que a da inocência, se não se atinge o *standard* de provas para a condenação – de **elevadíssimo grau de probabilidade** – a condenação deve ceder lugar à absolvição.

Eu me esgoelo e me esfalfo em até ser repetitivo para demonstrar que a revisão criminal, quando fundamentada no argumento de que a condenação contrariou “a evidência dos autos”, provoca, necessariamente, um reexame das provas nos quais se deitou o juízo de culpa reconhecido na sentença transitada em julgado, abrindo a possibilidade de o Tribunal revisitá-las para avaliar não apenas se havia provas que davam

suporte à condenação, mas também, e **principalmente**, se atingiu o nível de suficiência probatória para considerar esgarçada a presunção de inocência.

Também é comum a afirmação de que, na revisão criminal, não tem lugar o princípio do *in dubio pro reo*.

Em certa medida, reina confusão entre o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo*, embora tenha precedido o princípio da presunção de inocência, é considerado hoje como “*projeção ou manifestação da presunção de inocência*”⁶.

Conquanto haja quem entenda que o *in dubio pro reo* já está compreendido na presunção de inocência⁷, e que deve ser abandonada a referida parêmia, a mim me parece claro que ambas, como regras de juízo, não se confundem, e podem ser bem distinguidas quando relacionadas ao *standard* de prova exigido no processo penal.

O *in dubio pro reo* é regra de juízo que se utiliza quando as provas da acusação, a despeito de terem sido confirmadas e não inteiramente refutadas, venham a permitir um estado de dúvida racionalmente aceitável, que não pode ser dirimido pelo juiz sem risco de (grave) erro em condenar alguém que pode ser inocente.

⁶ Maurício Zanoide de Moraes, Presunção de inocência no processo penal brasileiro, Ed. Lumen Juris, 2010, p. 367.

⁷ Para Larry Laudan, um *standard* de prova exigente dispensa o *in dubio pro reo*, a presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova, porque todos já estão nele incorporados (Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar, *ob. cit.*, p. 112). Assim também Michele Taruffo, para quem a exigência de um *standard* probatório maior no processo penal para a condenação, de alta ou altíssima probabilidade, não decorre do princípio da não culpabilidade, mas da escolha política, embora não exclua as justificações jurídicas de garantias processuais do imputado. Para esse jurista italiano, é a adoção de um *standard* elevado que dá força e valor à presunção de não culpabilidade, na medida em que o critério de prova além de toda dúvida razoável implica que é particularmente difícil vencer a presunção e condenar o imputado (Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, p. 1.306-1.307, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>

A presunção de inocência resolve as situações de insuficiência probatória, controlando e medindo o que pode o juiz considerar como bastante e necessário para proclamar a culpabilidade de quem se apresenta como réu no processo. O *in dubio pro reo* é regra de aconselhamento do juiz quando, depois de valoradas e sopesadas as provas, as dúvidas – que não de ser objetivamente razoáveis – não podem ser dissipadas, por subsistir, após todos os esforços empreendidos, a probabilidade de o acusado ser inocente.

O princípio *in dubio pro reo*, corolário do da presunção de inocência, é regra de julgamento, de modo que tem aplicação **até** na revisão criminal.

Diante da alegação de que a condenação contrariou “a evidência dos autos”, caberá ao Tribunal verificar se o conjunto probatório permitia considerar a existência de dúvidas razoáveis acerca da inocência do réu. Como já salientado acima, se havia campo para aplicação do *in dubio pro reo* e o juiz condenou, a sentença deve ser considerada “contrária à evidência dos autos”.

A violação de um princípio constitucional é mais grave que a ofensa à lei.

Assim, é mesmo equivocada a compreensão de que o *in dubio pro reo* não beneficia o autor da revisional, a quem se transfere o ônus de provar sua inocência “além de qualquer dúvida”, com inversão do ônus probatório e do *standard de provas*, que na ação originária eram inteiramente do Ministério Público.

Claro que, havendo condenação com o trânsito em julgado, o agente não se torna “presumidamente culpado”. Para os efeitos da lei **é culpado**, e ponto final!

Isso não significa, entretanto, que não possa protestar contra a inocência perdida, alegando, na esfera de revisão criminal, a inexistência ou insuficiência de provas para sua condenação, que o juiz deveria ter considerado. Em tais circunstâncias, cabe-lhe demonstrar que havia no processo originário provas que objetivamente autorizavam considerar duvidosa a hipótese acusatória ou – o que é o mesmo – racionalmente provável a hipótese da inocência, que obrigava a atração do *in dubio pro reo*, desprezado na decisão condenatória.

Para os fins legais, não há diferença entre a inocência plena e aquela em que é reconhecida por conta de um estado de dúvidas sobre a culpabilidade do réu. Andrés Perfecto Ibañez lembra que “*não há categorias de inocentes*”⁸.

Perdeu-se no tempo a condição da semiculpabilidade provinda da dúvida que atormentava o juiz quanto à culpa ou inocência do réu no momento crucial do processo, que acabava por permitir a imposição de uma pena mais leve do que aquela correspondente ao delito imputado, ou mesmo a absolvição, por benevolência do juiz, não como direito do acusado.

Desse modo, se o fundamento da ação revisional for a insuficiência de provas, para a procedência dela basta a demonstração de inexistência de *plena probatio* ou da verificação objetiva de um estado de dúvida que estava a autorizar a absolvição.

Quando fulcrado nesses termos, o papel do Tribunal será verificar se a condenação tem base sólida nas provas dos autos, tanto no aspecto da existência, **como no da suficiência delas**. Se provas não existiam ou não eram elas válidas, a condenação, nessas condições, vulnerou a presunção de inocência. À sua vez, se provas da incriminação havia mas não

⁸ Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 83.

eram elas bastantes para afastar a presença de **dúvidas razoáveis**, plenamente justificada nos autos, houve esgarçamento do *in dubio pro reo*.

Desse modo, a revisão criminal é cabível tanto na situação em que era ofuscante a evidência da inocência do réu, como na de existência de “dúvidas razoáveis” sobre a culpabilidade dele, pois, como escreveu a buril o emérito Min. Carlos Ayres Brito, “*são contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal da inocência quanto o que se louva em provas insignificantes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito que se ache no polo passivo da relação processual penal*” [STF, HC n. 92.435].

De outro lado, quando a revisão criminal é lastrada em “provas novas” [CPP, art. 621, III], as trazidas não precisam ser de ordem a comprovar sua completa e inquestionável inocência. Se os novos elementos probatórios trouxerem evidências de que o réu pode ser inocente, o erro deve ser reparado, pois o Estado Democrático de Direito repudia a ideia de se manter uma condenação em uma situação de dúvida.

Nessa ordem de ideias, mesmo que na ação revisional o autor não consiga demonstrar sua inocência “*acima de qualquer dúvida*”, se as **provas novas** trincam a **certeza** que fundamentou a condenação, esta deve ser reconsiderada, porque a inocência, em qualquer circunstância, não pode ser medida em termos matemáticos ou absolutos.

Não nos esqueçamos que o *in dubio pro reo* é essencialmente **regra de julgamento**, próprio do sistema do livre convencimento motivado, aplicável sempre que houver necessidade de valorização de provas. Ele não estabelece quando o juiz deve duvidar, mas como proceder em caso de dúvida.

Se a atividade probatória desenvolvida na revisão criminal conduz à formação de juízo de valor à vista de novas provas

colacionadas pela defesa – autônomas ou de reforço àquelas produzidas na instrução criminal da ação penal que resultou na condenação –, em sendo de dúvidas a nova situação jurídica, tem aplicação o *in dubio pro reo*.

E não há problema algum em considerar o *in dubio pro reo* como manifestação do *favor rei* na revisão criminal, principalmente se nos abstrairmos da dúvida subjetiva, como simples estado mental de consciência individual, para considerá-la sob o aspecto objetivo, como condição predicável entre a tese da defesa e as provas produzidas, quando estas tiverem aptidão intrínseca de provar a inocência ou abalar a convicção condenatória manifestada na sentença objurgada.

Devemos ter presente que o *favor rei* tem âmbito de abrangência **maior** que a presunção de inocência, o que autoriza o uso da fórmula *in dubio pro reo* na revisão criminal, não como proteção à inocência, descartada na sentença condenatória, mas como regra de julgamento, especialmente quando exsurja que ela, diante das provas novas, é mais provável que a culpa do condenado.

Pode-se dizer assim que, além de ser um princípio informador do processo penal, o *in dubio pro reo* tem natureza processual, constituindo um mandato de interpretação ao juiz na valoração das provas, diante da perplexidade que elas venham a provocar quanto à inocência ou culpa do incriminado ou condenado.

Se os dados novos permitirem a instalação de uma dúvida razoável, fincada objetivamente nas provas novas trazidas na revisão criminal, deve o Tribunal valer-se da regra de julgamento expressa no brocardo *in dubio pro reo*.

Mesmo não gozando mais da presunção de inocência, em trazendo o condenado, na revisão criminal, provas que provoquem

dúvidas razoáveis de que a condenação tem cores de errônea, é obrigação do Tribunal reparar a injustiça proclamando o estado de incerteza que autoriza a absolvição.

Condenação alguma pode ser mantida diante da perspectiva que as provas novas abrem de o apenado ser inocente; afinal, ninguém pode ser condenado, **ou manter-se condenado**, se não se alcança **ou se não se mantém** o *standard* de prova identificador da culpabilidade.

A **certeza** da culpa transcende até mesmo o cumprimento da pena, acompanhando o condenado além-túmulo [CPP, art. 631], para descanso da sua alma atormentada pela injustiça.

Se, no cumprimento da pena, exsurtem evidências que abalem aquela **certeza**, dando lugar a **dúvidas razoáveis** de que o condenado pode ser inocente, a condenação **deve cessar imediatamente**, fulcrado no princípio de justiça universal que proclama ser preferível mil culpados livres que um inocente condenado.

Repito: a certeza da hipótese acusatória deve ser mantida durante todo o cumprimento da pena. Quando as provas novas fazem desaparecer ou arrefecer essa certeza, a situação é de erro judiciário que ao Estado-juiz cumpre corrigir.

A certeza reclama uma só hipótese fática. A ideia da culpabilidade não convive com a da inocência. Se o réu pode ser tão culpado quanto inocente, a condenação será sempre iníqua.

Numa palavra, a certeza deve ser apodítica, incontestável.

Já expus acima que, quando falamos sobre a verdade em nível de certeza, estamos a nos referir, obviamente, à verdade da acusação, e

não da inocência, porque do réu se pode exigir apenas a demonstração de uma situação de dúvida, que há sempre de favorecê-lo, mesmo após a condenação, pois a existência daquela retira a legitimidade desta.

E não é preciso, insisto dizer, que, na revisão, a falsidade da imputação se revele inquestionável, sendo bastante que a certeza objetiva da culpabilidade seja abalada em seu núcleo fundante, tornando objetivamente **provável** a hipótese de inocência.

Se as provas novas abrem fissuras na **certeza** que justificou a condenação, permitindo considerar racionalmente a probabilidade de o condenado ser inocente, a revisão criminal pode ser utilizada para reconhecimento de um estado jurídico de dúvidas, que sempre e sempre há de beneficiar o réu.

Para se superar uma presunção [de inocência] exige-se um padrão de provas reforçado; para abalar a legitimidade de uma condenação, é suficiente a existência de dúvidas razoáveis.

O juízo rescisório, na situação de provas novas, deve funcionar nos termos pregados por Bernardino Alimena: *“Enquanto o juiz de recurso diz ao juiz de primeira instância: ‘tu erraste e eu corrijo-te’, o juiz de revisão diz-lhe: ‘julgo como tu terias julgado, se conhecesses aquilo que agora eu sei’ ”*⁹.

Tendo as provas novas a propriedade de instalar **dúvidas razoáveis** a respeito da culpabilidade do condenado, rebaixando o edifício da certeza, construído em nível da “altíssima probabilidade”, para, v.g., o da “probabilidade preponderante”, a condenação deve ser levantada.

⁹ Apud João Conde Correia, ob. cit., p. 106.

Nesta hipótese, se as provas novas, sem desfazer diretamente as da acusação, trouxerem foros racionais de credibilidade de que os fatos podem ter ocorrido segundo a versão da defesa, a condenação deve ser afastada diante da objetividade de uma **dúvida razoável**.

Assim se deve compreender porque, se apenas a certeza da culpa pode destruir a situação de inocência, *contrario sensu*, na revisão criminal a dúvida pode restaurá-la.

O raciocínio probatório – mostra a boa doutrina – é essencialmente probalístico. Por isso, quando a hipótese de inocência ganha reforço em provas novas, a probabilidade da veracidade da hipótese acusatória enfrenta, *ipso facto*, um rebaixamento. Noutros termos, na medida em que cresce a probabilidade de inocência do réu, diminui-se a de culpabilidade.

Não sendo possível a reconstrução histórica dos fatos, a verdade almejada no processo será sempre probalística. Nessa vertente, expressando a condenação apenas uma **verdade provável**, a revisão criminal pode ter a finalidade única de assentar **dúvidas** que, sendo razoáveis, retirem a justificativa da condenação.

Assim ocorre porque, se as provas novas tornam a inocência **mais provável** que a culpa, a condenação perde sua base de apoio, o suporte das evidências que a endossava.

E se faz desnecessário, não me canso em dizer, que a probabilidade da inocência suplante muito a da culpabilidade. Mesmo quando as provas novas não tornem a condenação arbitrária, ou escandalosamente injusta, se elas permitirem gerar um estado de dúvida racional acerca da inocência do réu, a sentença deve ser desconstituída e o condenado absolvido.

Importante salientar que a exigência de um *standard* de provas para a condenação não evita erros, mas sim determinado tipo de erro, que é a possibilidade de um inocente vir a ser condenado, ou mantida sua condenação em revisão criminal.

Esta foi a opção adotada pelo legislador constituinte, em decorrência do Estado Democrático de Direito que acabou por eleger.

Tudo se resume a uma questão sobre a distribuição de erros. A uma sociedade democrática interessa mais a inocência de culpados [falsos negativos] do que a condenação de inocentes [falsos positivos].

Por isso, a dúvida deve sempre ser resolvida em favor do réu.

A presunção de inocência não deve ser tratada apenas como princípio do processo penal que favorece o réu antes de ser condenado, e a sentença transitar em julgado. Trata-se, na verdade, de princípio estruturante de todo procedimento penal, que permite outorgar, mesmo aos condenados, o benefício da dúvida **que a sentença condenatória ignorou**, ou da que emergiu com o recolhimento de provas novas na revisão criminal.

Depois destas explicações, a indagação que se faz é: na revisão criminal, qual o *standard* de prova se há de exigir do autor dela para reversão da condenação? Este o busílis da questão.

Tenho comigo que, se as provas novas, per si ou conjugadas às antigas, tiverem força suficiente para incutir dúvidas racionalmente razoáveis sobre a justiça da sentença condenatória, a inocência deve ser restaurada. Prescindível a prova positiva da inocência, porque **dúvidas** no juízo criminal não têm o mesmo significado que no juízo civil.

A só existência de uma expectativa real de a condenação representar uma injustiça, retira do Tribunal o direito de transigir com a liberdade cerceada, pois apenas a **certeza** da culpabilidade autoriza restringi-la sem malferir o núcleo inviolável da dignidade do ser humano.

Devemos ter sempre em conta que a revisão criminal é ação de natureza constitutiva negativa, e não simplesmente recurso, de modo que – especialmente quando fundamentada na existência de provas novas – há a instauração de uma nova relação processual que demanda outra decisão, em que de todo aplicável é a regra de julgamento *in dubio pro reo*.

Não se pode perder de vista que o *in dubio pro reo* tem sua vigência e aplicabilidade no campo da prova, em qualquer situação em que esta for posta em discussão para se impor ou se manter uma condenação. O referido princípio encerra um **mandato** ao juiz no momento de se exigir dele a valoração das provas, o que inclui a revisão criminal, por óbvio.

Claro que é todo do autor o ônus de provar a injustiça da condenação, não em termos absolutos, como é para a imposição de pena. Caso as provas conduzam a uma **dúvida razoável**, a culpa há de ceder lugar à inocência.

Contudo, não basta a mera possibilidade [que é menos que a probabilidade] de o condenado ser inocente. Não tendo mais ele a presunção de inocência e estando a culpa reconhecida em sentença transitada em julgado, creio que o *standard* de provas deve ser o da **probabilidade preponderante**, exigindo-se que a hipótese de inocência suplante a da culpabilidade, e não que seja desta apenas aproximativa.

Nesse diapasão, simples dúvidas que as provas novas possam trazer não são suficientes para arrostar a autoridade do caso julgado, pois, como agudamente escreveu João Conde Correia, “*o caso julgado é imprescindível em qualquer sociedade: não podemos discutir, eternamente, a mesma questão. O processo há de ter fim. Como já referimos ao mito ou à*

hipervalorização do caso julgado, não pode suceder a anarquia, a incerteza, o arbítrio, o caos”.

E arremata o autor lusitano: “*em causa não pode estar nem uma certeza irrefutável do erro nem uma mera possibilidade. O primeiro sistema seria, como a história já demonstrou, demasiadamente restritivo e, por isso, injusto, deixando sem tutela alguns cidadãos injustamente condenados. O segundo seria demasiadamente permissivo, admitindo abusos que são, igualmente, intoleráveis num estado de direito*”¹⁰

Assim, toda vez que as provas novas – não provando a completa inocência – puderem afetar a certeza objetiva da culpa reconhecida na sentença, fazendo nascer um estado de dúvida sobre o acerto da condenação, instala-se uma nova situação jurídica que o Tribunal da revisão criminal não pode ignorar ou desprezar, notadamente quando a hipótese de inocência suplante, em termos de probabilidade, a da culpabilidade.

Em conclusão, a mim me parece clara a necessidade de alargar o ângulo de visão na revisão criminal, para permitir a análise da sentença condenatória sob a ótica do cumprimento, ou não, do *standard* de provas capaz de embotar a presunção de inocência, quando sempre haverá lugar para a aplicação do *in dubio pro reo*.

Xô, visão tunelada!

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 608.