

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MAYARA RODRIGUES ARRUDA

PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: DESCONHECIMENTO PELO JUIZ E SUAS
IMPLICAÇÕES PARA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

SOUSA

2013

MAYARA RODRIGUES ARRUDA

PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: DESCONHECIMENTO PELO JUIZ E SUAS
IMPLICAÇÕES PARA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

SOUSA

2013

MAYARA RODRIGUES ARRUDA

PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: DESCONHECIMENTO PELO JUIZ E SUAS
IMPLICAÇÕES PARA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Banca examinadora:

Data de aprovação: 18/04/13

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Examinador 1: Prof. Esp. Iana Melo Solano

Examinador 2: Prof. Esp. João de Deus Quirino Filho

Dedico este trabalho aos meus pais,
Jonas e Ionara, por terem me ensinado a
ser persistente e otimista em todos os
aspectos da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que se mostrou criador, que foi criativo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades. A ti, Senhor, entrego todos os meus projetos, pois confio no poder e na glória do teu nome.

Aos meus pais, Jonas Arruda Leite e Ionara Rodrigues Arruda, por nunca terem medido esforços para realização dos meus sonhos; pelo amor incondicional que sentem por mim; por me fazerem acreditar que sempre posso ir mais além e que não há limites para quem acredita e confia em Deus.

Ao meu Orientador, Francivaldo Gomes Moura, pela paciência, pelas sugestões, por ter acreditado na realização desta pesquisa e confiado em meus ideais.

A todos os professores e funcionários desta IES pelo auxílio e compreensão, principalmente nestes últimos meses de jornada acadêmica, nos quais precisei muito de todos.

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhora tudo o que tenho produzido na vida.

Aos meus familiares, por torcerem pelo meu sucesso e estarem sempre dispostos a me ajudar.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão desse trabalho.

“E conhecereis a verdade e a verdade
vos libertará”.

João 8:32 -

RESUMO

Na finalidade da prova criminal o ponto nodal a ser debatido é a discussão e questionamento acerca da verdade. Diversos autores preocuparam-se, inicialmente, com a problemática da “verdade”, chegando a uma conclusão de que a verdade está no todo, e o todo é demais para nós humanos. Desta forma, para responder a inquietação, iniciou-se com buscas em categorias como a probabilidade, a certeza, a possibilidade, dentre outros, mantendo-se, no entanto, um paradigma: a verdade. Daí a pergunta: “qual a verdade do processo?” respondê-la implica saber se o ser humano é capaz de chegar a frisada verdade, tendo em vista a falibilidade humana e os limites que lhe são impostos. De toda forma, o aspirar-se à verdade do processo, tanto quanto possível próxima da verdade dos fatos, ou do delito, constitui o objetivo a que deve visar toda persecução penal, não menos importante é a presença no seio do ordenamento jurídico, de outros valores, até de maior relevância, para a concretização do sentimento de justiça humana que o próprio alcance da verdade dos fatos, no processo. Diante desta problemática aqui mencionada, buscou-se estudar e analisar o princípio da verdade real para responder às seguintes indagações: a) é possível chegar-se a uma verdade real no processo penal?; b) Qual a importância da instrução probatória do juiz na busca da verdade real? Ao responder tais indagações, utilizando-se, para isso, o método histórico-evolutivo para fins de demonstrar o surgimento e desenvolvimento do princípio da verdade real ao longo dos tempos, bem como o método exegético-jurídico na interpretação de princípios e regras, jurisprudências e doutrinas, sempre baseados em fatores jurídicos tudo com o fito de conjecturar acerca do desconhecimento da verdade real pelo magistrado que traz relevantes implicações, notadamente para a instrução processual. Deveras, ao analisar a aplicabilidade do princípio no caso concreto, para desta forma erradicar-se o artificialismo e aplicar-se a lei de forma justa. Como resultado, verificou-se que o juiz pode e deve, utilizando-se do seu poder instrutório supletivo, buscar superar a dúvida e desvendar a verdade dos fatos postos em litígio, pois conservação do poder instrutório do juiz no curso processual é conquista dos que almejam adequar o processo garantista e efetivo, assim empenham-se para que esses conceitos não se antagonizem.

Palavras-chave: Prova. Verdade. Processo. Juiz.

ABSTRACT

At the end of the criminal trial nodal point under discussion is the discussion and questioning about the truth. Several authors were concerned initially with the issue of "truth", coming to a conclusion that the truth is the whole, and the whole is too much for us humans. Thus, in response to unrest, began with searches in categories such as probability, the certainty, the possibility, among others, maintaining, however, a paradigm: the truth. Hence the question: "what is the truth of the case?" Answer it implies whether the human being is capable of reaching beaded fact, in view of human fallibility and the limits that are imposed. Anyway, the truth aspire to the process as much as possible close to the truth of the facts, or the offense, is the goal to which all should seek criminal prosecution, no less important is the presence within the legal system of other values, even more important, to achieve a sense of human justice that the very scope of the truth of the facts in the case. Faced with this problem mentioned here, we sought to study and analyze the principle of real truth to answer the following questions: a) you can get to a real truth in criminal proceedings? B) What is the importance of the instruction judge in the evidentiary search of the real truth? By answering such questions, using, for this, the historical-evolutionary purpose of demonstrating the emergence and development of the principle of real truth over time, and the juridical-exegetical method in the interpretation of rules and principles, jurisprudence and doctrines, always based on legal factors all with the aim of conjecture about the ignorance of the real truth by the magistrate that brings relevant implications, especially for procedural instruction. Indeed, when considering the applicability of the principle in this case, to eradicate this way is the artificiality and apply the law fairly. As a result, it was found that the judge can and must, using its power instructive GED, seek to overcome doubt and uncover the truth of the facts placed in dispute since conservation instructive power of the judge in the course of that procedure is conquest aims to tailor the process garantista and effective, so strive to not antagonize these concepts.

Keywords: Proof. Truth. Procedure. Judge

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag - Agravo

Ampl - Ampliada

Apud – de acordo com

Art – Artigo

Atual – Atualizada

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

HC – Habeas Corpus

Inc – Inciso

Jan/Jun - Janeiro/ Junho

Min. – Ministro

n. – Número

p - Página

Rel. - Relator

REsp – Recurso Especial

Rev. e atual.– Revista e atualizada

RS – Rio Grande do Sul

SP- São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v. – volume

Ver - Verificada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A VERDADE E O DIREITO	13
2.1 A PERSECUÇÃO DA VERDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL	15
2.1.1 O processo penal no histórico das constituições	16
2.2 A INVESTIGAÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	19
2.3 A VERDADE E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	21
3 A VERDADE E O PROCESSO	24
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL ..	25
3.2 PRINCÍPIO DA VERDADE FORMAL	27
3.3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL	28
3.4 A VERDADE PROCESSUAL.....	30
3.5 LIMITAÇÕES AO ALCANCE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL	33
4 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	38
4.1 PREVISÃO LEGAL	40
4.2 JURISPRUDÊNCIAS APLICÁVEIS	42
5 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A busca da verdade é um desafio cativante para o homem. Independentemente do assunto ou interesse do convívio diário, sempre procurou-se conhecer a verdade. Aristóteles destacou a milenar admiração pela verdade como sendo um dos motivos que levou os homens a filosofar.

No processo penal, descobrir a verdade consiste em desenvolver uma vigorosa ação da inteligência humana, que é de suma importância para o fortalecimento da justiça.

Admite-se, atualmente, que a primazia da verdade no campo processualístico não é plena. Tanto que existem determinados preceitos de validade e de licitude regularizando a aquisição da prova. E caracterizando-se a produção e valoração racional da prova como um meio essencial para se descobrir a verdade, restrições desse tipo podem colocar a sua elucidação em segundo plano na resolução do processo criminal.

De qualquer modo, é consolidado o reconhecimento de que a verdade consiste num estribado pilar do processo, pois inadmissível conceber validade a um processo fincado na mentira, no falso ou mesmo em uma verdade “incompleta”. Daí a ligação entre o Direito e a Verdade.

O processo penal deve buscar a investigação e descoberta da verdade real como fundamento da sentença, pois a função punitiva do Estado só pode ser aplicada em face daquele que, realmente cometeu uma infração devidamente demonstrada pelas provas.

Uma série de princípios que regem o Direito Processual Penal caracterizam-se como postulados fundamentais da política processual penal de um Estado, dentre os quais destaca-se o Princípio da verdade real, que consiste no dever do magistrado de colher provas, na mesma medida que as partes, não se saciando com o que lhe é apresentado, simplesmente.

Com efeito, e diante do cada vez maior sentido publicista que se tem imputado ao processo atual, o juiz absteve-se da posição de mero espectador inerte do duelo judicial, passando a adotar uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, designar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório, trazendo a questão da busca da verdade para a área do direito, de imediato, percebe-se sua indiscutível importância para a aplicação

da lei. Especialmente para o Direito Processual, onde a verdade dos fatos se faz mister para a consolidação da justiça.

Dessa forma, o estudo ora apresentado mostra-se relevante na medida em que procura contornos bem precisos para a matéria, especialmente na esfera dogmática penal, assim como por meio de entendimentos jurisprudenciais aplicáveis. Ademais, traz a lume a questão da imprescindível necessidade de conhecimento e principalmente de aplicação prática do princípio da verdade real, tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado pelo direito penal, qual seja, a liberdade.

Para consecução dos objetivos buscar-se-á a verdade e a suas implicações advindas do desconhecimento do princípio da verdade real pelo magistrado, mostrando assim, a importância da instrução probatória *ex officio*. Como métodos de procedimentos serão adotados o método histórico, a partir do qual, serão avaliados os principais fatores responsáveis pela evolução do pensamento legislativo sobre a matéria e o método monográfico, com vistas a um estudo pormenorizado do assunto, possibilitando ao final uma tomada de posicionamento consciente quanto à problemática. Como técnica de pesquisa será utilizada a documentação indireta, essencialmente pautada na pesquisa bibliográfica e como método de abordagem, será empregado o método dedutivo, o qual possibilitará apresentar inicialmente uma visão geral a respeito da verdade, visando abordar, posteriormente, o princípio da verdade real e o seu desconhecimento pelo magistrado sob uma perspectiva da necessidade/ eficácia da atividade instrutória do juiz.

Assim, para uma melhor compreensão do tema proposto, o presente trabalho se desenvolverá em três capítulos, onde o primeiro fará algumas considerações acerca da verdade, notadamente, destacando a importância da verdade para o Direito, sobretudo, para o direito processual penal. Destaca-se ainda, a verdade e sua relação com o direito constitucional, relatando o desenvolvimento do processo penal no histórico das constituições, bem como, os essenciais princípios do contraditório e da ampla defesa. No segundo capítulo, serão analisados os princípios processuais penais e sua relação com a verdade, conceituando-se, distinguindo-se e evidenciando sua importância para o justo processo. Será explanado, ainda, as limitações ao alcance da verdade no processo penal e suas devidas consequências.

Por fim, em um terceiro capítulo, destinado à análise da legislação infraconstitucional e jurisprudências aplicáveis ao tema, busca-se examinar a

aplicabilidade do princípio da verdade real no ordenamento jurídico brasileiro bem como demonstrar a importância da atividade probatória realizada *ex officio* pelo magistrado a fim de se obter a pacificação social de maneira justa e correta.

Sem a intenção de esgotar o tema, pretende-se com o presente estudo apontar os aspectos pontuais do assunto em questão, segundo certa corrente de pensamento, demonstrando, todavia, os entendimentos contrários e favoráveis à efetiva aplicação do princípio da verdade real, ressaltando, também, a atividade instrutória do juiz e suas implicações para o processo penal.

Portanto, este será o foco do presente trabalho, sendo o mesmo de grande importância para a Academia, para o meio jurídico e para a sociedade em geral, pois a aplicação correta e justa da lei é um direito de todos.

2 A VERDADE E O DIREITO

O intelecto caracteriza-se como sendo a sede da verdade, esta podendo ser definida também, como sendo a conformidade da coisa com a inteligência. De acordo com o pensamento de São Tomás de Aquino, a verdade lógica ou a verdade do conhecimento (verdade gnosiológica), que corresponde ao sentido fundamental da verdade, não pode existir com total independência da “verdade ontológica” (verdade da coisa, transcendental ou metafísica), segundo a qual deve haver conformidade das coisas com a inteligência, ou seja, para que possam ser declaradas verdadeiras, as coisas devem ser inteligíveis.

Pode-se conceituar, ainda, a verdade como sendo a concordância de uma enunciação com o seu objeto. Heidegger acrescenta que a essência da verdade “em si” reina acima do homem. Ela é tida pela metafísica como eterna e imperecível e jamais poderá ser edificada sobre a instabilidade do frágil ser humano. Dessa forma, mostra-se ser impossível atingir a verdade suprema, estando esta, fora do alcance humano.

Aproximando-se de uma conceituação jurídica da verdade, pode-se classificá-la em “verdade de fato” e “verdade de direito”. A primeira consolida-se quando o juízo de valor que o julgador forma acerca de determinado caso, ou acontecimento, está inteiramente conforme com as provas existentes a seu respeito. Já a segunda (verdade de direito) se verifica ao tempo da aplicação da lei ao caso concreto, isto é, quando o juiz declara a regra que dá o verdadeiro sentido ao fato, em conformidade com o pensamento que apreende do legislador.

Analisando-se a busca da verdade para a área do Direito, logo se percebe a sua relevante importância para a aplicação da lei. No Direito processual, destaca-se o elo que liga a reconstituição dos fatos ao dever do Estado de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos, isto é, o processo penal tem por finalidade apuração do fato criminoso e de sua autoria para a respectiva resposta penal via sanção, o que se consegue tal desiderato pela prova. Quanto maior for a gravidade do delito maior será a importância da prova.

A descoberta da verdade se faz necessária para que a lei possa ser aplicada corretamente. O seu descobrimento propicia a possibilidade de ofertar ao juiz, conhecimentos acerca da existência ou inexistência de determinado fato, ou seja, uma

relação de adequação, identidade ou de acordo entre nosso pensamento e as coisas que constituem seu objeto.

A moderna doutrina defende a idéia de que o processo é um instrumento destinado a assegurar a efetividade do Direito. Este Direito não pode ser confundido como o direito subjetivo da parte, visto que, no curso do processo criminal, o juiz faz incidir normas jurídicas que, muitas vezes, não possui ligação com direitos subjetivos. Sendo assim, admite-se que a finalidade do processo tem sido identificada sob uma nova ótica: dizer que o processo penal tem por única finalidade a aplicação do Direito Penal, já não satisfaz aos processualistas que sustentam a transformação do processo de simples instrumento da Justiça em garantia de liberdade. Portanto, conclui-se, que a descoberta da verdade é meio e não fim do processo.

Cabe destacar, que o processo possui como principal finalidade a produção da justiça. Para que a justiça seja produzida, é indispensável o convencimento do juiz acerca da verdade desvendada mediante a reconstituição formal dos fatos.

A efetivação da justiça é o objetivo supremo do processo. Atribui-se a palavra justiça um conceito normativo, por força do qual ela passa a ser definida como um fim social, assim como a igualdade, democracia, bem-estar ou liberdade.

É inadmissível falar em justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e se tornam inseparáveis, em face do que é contraditório supor que se possa aplicar corretamente uma sem respeitar a outra.

Acerca do tema, é imprescindível reproduzir o ensino de Marco Antonio de BARROS (2012, p.29):

Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais se encontram aquelas que visam esclarecer a segunda. Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir.

De acordo com alguns filósofos e juristas, o Direito não é necessariamente equivalente à verdade, pois ele é gerado como pura ficção ou reelaboração formal da realidade. Além disso, há quem diga, a exemplo do doutrinador Jorge De Figueiredo Dias, ser impossível a reconstrução dos fatos perfeitamente conforme à realidade, e por isso conclui-se que somente a “verdade processual” ou a “verdade judicial” pode ser

atingida, e elas, quando muito, representa a certeza judiciária, ou a “verdade provável”, senão a “verdade possível”.

Percebe-se, portanto, que se a “verdade processual” obtida é insuficiente para convencer o julgador, pode-se concluir desta forma, que o mesmo não logrou descobrir a verdade. Nisto, insere-se na sociedade uma sensação de comodismo dos órgãos responsáveis de executar a persecução penal estatal.

Convém ressaltar, no entanto, que tal comodismo levou o legislador a buscar criar novos instrumentos processuais ou estabelecer novas políticas criminais que facilitem a produção da verdade no processo. Pode-se citar como exemplo da nova metodologia implantada pelo Estado, visando minimizar a insegurança dos brasileiros, bem como dificultar o crescimento da impunidade, a edição de recentes leis que apostam no sucesso da delação premiada e procuram dar assistência a vítimas e testemunhas, com o intuito de favorecer o descobrimento da verdade.

Desse modo, é necessário reconhecer que a verdade constitui um dos alicerces do processo em geral, e a verdade real em particular para o processo penal, haja vista que esta consiste no dever de investigar todas as provas e procurar saber como os fatos realmente se passaram. Definitivamente, é inadmissível cogitar-se a possibilidade de imputar validade a um processo, máxime um processo penal dado a gravidade de seu objeto, fincado na mentira, no falso. Justifica-se, assim, a afinidade entre o Direito e a verdade.

2.1 A PERSECUÇÃO DA VERDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL

É importante destacar a relevância do Direito Constitucional, fonte natural e soberana das garantias individuais e dos princípios fundamentais que regem o Direito Processual Penal, pois há uma forte ligação entre processo e Estado, através do qual se resulta o ingresso, cada vez maior, nos textos constitucionais, de princípios e regras do Direito Processual. Assim, muitas das normas e leis de processo penal são frutos das garantias constitucionais.

Cumprido destacar também, que os métodos utilizados para a investigação da verdade no processo penal, oscilaram de acordo com os sistemas de governo. Quando

ditatorial e fechado o regime, mais inflexíveis foram os métodos utilizados na repressão da criminalidade, sendo também, mais graves e dolorosos os meios empregados na descoberta da verdade. Quando democrático e comprometido com os princípios que regem os direitos humanos, mais adequados com a ética e a moral eram os métodos utilizados.

Desse modo, a Lei Maior do País alcança todo o sistema processual, porém no processo penal a aplicabilidade dos seus dogmas se faz sentir com maior intensidade. O fundamento normativo, que deriva do próprio espírito garantidor de direitos fundamentais preservados pela Constituição, possui um teor de concretização que estipula a imediata aplicação das regras de natureza processual penal.

O processo sofre um sério embate de natureza econômica, política e sociológica, resultante da própria evolução da sociedade. Por isso, o Direito Processual Penal é estipulado pela Constituição Federal em muitos de seus aspectos e institutos característicos. E nesse sentido, pode-se falar em Direito Processual Penal como Direito Constitucional aplicado.

Nesse aspecto, pode-se definir como rudimentar a afinidade das leis que regulam o processo penal com as normas constitucionais, tendo em vista que, a oscilação entre retrocesso e avanço das garantias do devido processo legal, ocorreram segundo os acertos e erros dos sistemas e regimes prescritos pelas constantes mutações constitucionais.

2.1.1 O processo penal no histórico das constituições

O código de processo do período imperial (1822-1889) foi prestigiado pela doutrina nacional e internacional por disciplinar seus dispositivos legais em consonância com os ideais estimulados pelo liberalismo, demonstrando incontestável grau de evolução para os padrões daquela época. Recebeu destaque, principalmente, pela adoção do sistema procedimental misto (inquisitivo e acusatório).

De acordo com as novas regras estabelecidas pelo Código, a colheita de provas feita com participação do juiz, passou a ser disciplinada de modo a garantir o contraditório e a ampla defesa do acusado. De outro vértice, o Código de 1832,

conservava a ação penal *ex officio* nos casos em que cabia denuncia, ou seja, admitia ao juiz dar início à ação penal, podendo, ele próprio, colher as provas necessárias. Além disso, o legislador da época assumia o compromisso com a busca da verdade, ao determinar ao juiz de Direito, presidente do “Jury”, que informasse ao Conselho de jurados todos os meios que julgasse necessários para o descobrimento da verdade.

A reforma do “Código de Processo Criminal” ocorreu 19 anos depois, sendo consumado pela Lei 261, de 03.12.1841, promulgada por D. Pedro II. As modificações realizadas foram das mais diversas, cabendo destacar, que a organização judiciária foi outra vez alterada. Retirou-se o “júri de acusação” (primeiro conselho de jurados), permanecendo o “júri de sentença” (composto por doze jurados). Estimulou-se o fortalecimento da ação penal *ex officio* e ampliaram-se os poderes instrutórios dos juízes com o intuito de ampliar o conhecimento da verdade.

Já o Decreto 707, de 09.10.1850, estipulou a substituição do julgamento do júri pelo julgamento do juiz singular, nos crimes de roubo e homicídio cometidos nos municípios das fronteiras do Império, moeda falsa, resistência e tirada de presos. Além disso, atribuiu aos juízes municipais, em caráter privativo, a formação de culpa e a pronuncia, com recurso *ex officio*, sem efeito suspensivo, para o juiz de direito. Este deveria revisar os atos realizados pelo juiz municipal e caso fosse encontrado omissão de formalidades essenciais ou faltas prejudiciais ao esclarecimento da verdade, deveria determinar todas as diligências necessárias para supri-las, diretamente, ou por intermédio do juiz municipal.

Referido arbítrio, permitido aos juízes de forma generalizada, foi posteriormente limitado pela Lei 2.033, de 20.09.1871, que inseriu novas alterações no sistema judiciário, e exemplo da imposição de restrições à aplicação do procedimento *ex officio*. Em seguida, promulga-se a “Constituição dos Estados Unidos do Brazil”, em 24.02.1891. Com esta carta, percebe-se a quebra da unidade processual, na medida em que foi designada a cada estado-membro a competência para legislar em matéria de processo.

Passando-se para a Carta de 1937, desde logo se destaca o fato de o legislador constitucional, de forma inédita, evidenciar a “instrução criminal” da garantia do contraditório, e proteger, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa. Porém, essa visão de se realizar a instrução criminal sob o crivo do

contraditório contrastava com o dispositivo constitucional que restabelecia a pena de morte no sistema jurídico brasileiro, ainda que somente aplicável em casos específicos.

Ainda na Constituição de 1937, o inquérito policial foi mantido como fase ou procedimento preparatório da ação penal. O chamado princípio *ne procedat iudex ex officio*, recebeu maior importância com a aprovação da separação entre juiz e órgão de acusação, cabendo a este a exclusividade da iniciativa da ação penal, embora tenha sido mantida, como exceção, a possibilidade de se instaurar o processo penal *ex officio*, nos casos de contravenções penais.

De outro vértice, o diploma processual penal passou a declarar todas as provas como sendo relativas e não hierarquizadas entre si, dando oportunidade ao juiz de formar sua convicção na livre apreciação do contexto probatório. E nesse sentido, foi fundo na busca da verdade, pois forneceu ao juiz poderes para obter provas complementares ou supletivas, seja durante a instrução criminal, seja antes de proferir a sentença. Mais do que permitir, o legislador passou a exigir uma efetiva participação do juiz na persecução da verdade.

Em seguida, veio a promulgação da “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” em 18.09.1946, onde a previsão legal referente à pena capital desaparece do ordenamento jurídico brasileiro, sendo mantidas a plena defesa e a instrução criminal contraditória.

Ao ser subjugado ao domínio do regime militar, promulgou-se em 24.01.1967, a “Constituição do Brasil”, que, logo em seguida, foi reformulada por força da redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969. Nela manteve-se a vedação às penas de morte, de prisão perpétua e de banimento, sendo ainda mantidas, na base constitucional, as garantias de ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, assim como a instrução contraditória do processo penal.

Por fim, a “Constituição da República Federativa do Brasil”, promulgada em 05.10.1988 e que se destaca por elevar à categoria de direitos fundamentais os princípios que atualmente dão suporte ao processo penal.

Nossa Carta Magna trouxe limites aos meios empregados na descoberta da verdade. Trouxe vedação expressa às penas de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimentos e cruéis. Além disso, outra novidade de relevante interferência na apuração da verdade consiste no preceito que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral.

O legislador constitucional não se contentou em unicamente abolir o uso de qualquer meio agressivo contrário aos Direitos humanos, mas sim, determinou ao legislador ordinário que tipificasse a prática de tortura como crime inafiançável. Dessa forma, de acordo com a sistemática atual, constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, constitui crime de tortura, apenado com reclusão de dois a oito anos.

Diversas outras garantias integram o rol de direitos assegurados pela Constituição de 1988, os quais fornecem importante repercussão no processo criminal, fato esse que tem sido definido pela moderna doutrina como indicativo da transformação do processo penal de simples instrumento da justiça em garantia de liberdade.

Deve-se admitir, que a Constituição Federal de 1988 elevou os preceitos básicos do processo penal ao mais elevado nível de respeito às tradições morais, humanas e éticas de se promover e instrumentalizar a persecução penal estatal.

Em relação à ordem constitucional, torna-se indispensável dar nova estabilidade ao sistema utilizado como meio de realização do Direito. E tal tarefa, ou seja, firmar a consistência do sistema incumbe ao juiz penal desempenhar com toda cautela, porque, em última análise, foi atribuído a ele o poder-dever de declarar o ajustamento que deve existir entre o processo e a Constituição.

Nesse sentido, preleciona Marco Antônio de BARROS (2012, p.80):

Ao julgador cabe determinar o cumprimento da Magna Carta, de maneira que faça valer uma de suas mais nobres funções, qual seja a de se transformar na autoridade garantidora dessa correspondência, porque no juiz se deposita, em *ultima ratio*, a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Evidente, que a revelação da verdade no processo penal só é eficaz quando devidamente selecionado por esse sistema.

2.2 A INVESTIGAÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A busca da verdade é uma persecução instigante para o homem. Independentemente do assunto ou interesse das relações cotidianas, sempre se almejou

conhecer a verdade. Mas o que é verdade constitui questionamento pelo qual a inteligência humana sempre buscou resposta. Embora referido questionamento tenha surgido desde os tempos mais remotos, o seu conceito definitivo ainda não foi encontrado. Assim, pode-se dizer que no campo probatório, o magnífico avanço jurídico em nosso século permanece sendo, em aspectos processuais, a busca da verdade real.

O Direito e a verdade acrescentam-se na proporção em que se verifica no primeiro as regras e normas legais que direcionam a busca pelo esclarecimento da segunda.

Sendo assim, pode-se dizer que a verdade é o elemento principal que o direito persegue e visa atingir. No entanto, nem sempre o intento é alcançado com sucesso. A atual sofisticação das organizações criminosas, o crescente índice de criminalidade, a forma cada vez mais surreal com que são praticados e os efeitos causados na população prejudicam a revelação da verdade, uma vez que não se encontra no poder público uma ação reacionária compatível com a evolução da criminalidade. Ou seja, desvendar a verdade tornou-se uma tarefa de difícil concretização nos processos criminais.

Existem autores, a exemplo de Gustavo Badaró, que declaram ser irrelevante a verdade para o processo, pois, considerando que a finalidade do processo é a solução da lide, a busca da verdade tornaria-se desnecessária diante do aumento de custos acarretado ao processo além de uma possível solução de litígio baseada em dados falsos.

No entanto, conduzido o ceticismo para o processo, ou seja, ao julgar que a verdade não pode ser atingida em relação a qualquer fato, sendo inatingível pela própria natureza humana, não havendo alcance da verdade no processo, ocorrerá uma delibitação da instrução probatoria, e, conseqüentemente, desvalorização da prova.

De qualquer modo, é indiscutível o reconhecimento de que a verdade caracteriza-se como estribado pilar do processo, pois não se permite cogitar a possibilidade de validação a um processo fincado na mentira, no falso, ou que não encontre toda a verdade. Daí a sincronia entre o direito e a verdade.

Segundo Luigi Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade.” (FERRAJOLI, 2002, p.34)

O processo penal deve atender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença, pois a função punitiva do Estado só pode ser aplicada em face daquele que, realmente, cometeu uma infração devidamente

demonstrada pelos elementos de prova coligidos aos autos e quando advindos do contraditório.

Para representar os postulados fundamentais da política processual penal de um Estado, uma série de regras e princípios rege o Direito Processual Penal, nesta toada destaca o princípio da verdade real, que se baseia na incumbência do magistrado em investigar as provas, tanto quanto as partes trazerem elementos de convicção, não se contentando com o que lhe são apresentados, porque subjetivamente não formou sua convicção, porque o direito objetivo o autoriza e o valida via o princípio da verdade real. Ademais, a natureza pública do interesse repressivo, exclui a superficialidade baseada em atos ou omissões das partes.

2.3 A VERDADE E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O descobrimento da verdade no processo deve obedecer ao princípio do contraditório. É inadmissível dar validade a um processo sem ouvir a parte contrária, ou ao menos oferecer-lhe a chance para manifestar-se sobre os atos processuais.

O processo penal possui uma estrutura dialética, própria do caráter bilateral da ação, e é na contradição produzida por dois juízos (acusação e defesa) que se descobrirá a “verdade” dos fatos para que o juiz possa prolatar a sentença. O princípio da verdade está ligado, por sua natureza, ao diálogo. Daí a importância do contraditório para o processo.

É óbvio que os atos que compõem o processo não podem ser resultado exclusivo de uma das partes, e sim produto do conjunto de elementos colhidos sob o crivo do contraditório. O diálogo formado entre acusação e defesa destaca-se, sobretudo, por ser um poderoso meio de produção da verdade.

Assim, percebe-se que o descobrimento da verdade é uma consequência do esforço despendido dos sujeitos que atuam no processo. Trata-se de um esforço estimulante responsável por dissipar as eventuais dúvidas surgidas no curso da ação, visto que, a verdade muitas vezes oculta-se na pluralidade de versões, nas presunções, atos, omissões e demais atos do processo.

O princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”

O referido princípio determina que o processo penal se desenvolva de modo a assegurar que as partes possam livremente deduzir suas alegações, apresentar as provas que possuem e criticar as atividades desempenhadas pelos outros componentes nele envolvidos como o juiz e as partes.

Em se tratando de contraditório pleno e efetivo, Antônio Scarance Fernandes afirma: “Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contraditá-los” (FERNANDES, 2007, p.63)

É nesse sentido, portanto, que o conceito de contraditório se confunde com o princípio da paridade de armas, isto é, as partes do processo munidas de forças similares. (FERNANDES, 2007, p.63)

E a partir desse conceito, passa-se a encontrar a conexão entre o princípio do contraditório e a iniciativa instrutória do juiz.

Nesse sentido, assevera Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 06):

O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita de prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória oficial (...). A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório.

Portanto, a autora ressalta a relevância de não se confundir a atividade instrutória com a parcialidade do juiz, pois a maneira mais adequada de se preservá-la não é tornando-o inerte, e sim, submetendo todas as provas ao contraditório, mostrando, dessa maneira, o caráter limitador do princípio do contraditório à iniciativa instrutória do juiz.

O promotor de justiça Charles Emil Machado Martins, explana que primariamente a atividade probatória cabe às partes, no entanto, se o juiz presumir a relevância de alguma prova não explorada por elas deve ter a faculdade de, de modo supletivo e fundamental, trazê-la ao processo para que seja subjugada ao contraditório e

valorada em sentença, pois, a missão do juiz no processo penal é, dentro da lei, absolver os inocentes e condenar os culpados, assim como preceitua Barbosa Moreira: “Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão”. (MARTINS, [s.d], p.08)

Por esse motivo, igualmente, Ada Pellegrini ressalta, com sabedoria, que esse limite do contraditório à iniciativa oficial, assim como a obrigação de motivar as decisões e a exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, não tem nada a ver com o sistema acusatório, nem como o processo civil dispositivo, tem a ver sim, exclusivamente, com a visão publicista do processo e com a preocupação com a função social. (GRINOVER, 1999, p.06)

Ou seja, se o juiz possui a função de garantir a correta aplicação do direito, objetivando com essa aplicação, principalmente, a paz social, então não de se falar em inércia do juiz e subordinação às partes, pois o objeto em questão é um dos maiores bens jurídicos do indivíduo, a liberdade.

Por isso, a autora preceitua que o modelo acusatório do processo penal não infere com os poderes instrutórios do juiz, na medida em que suas características fundamentais são bem diversas. E a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo. (GRINOVER, 1999, p.06)

Portanto, ao contrario do que se possa imaginar, “não é incompatível com a garantia do contraditório a iniciativa do próprio juiz”, tendo em vista que “as partes hão de ser cientificadas da realização de quaisquer atos instrutórios, e deles poderão igualmente participar”, de forma que “peças insertas nos autos em consequência da iniciativa oficial terão de se submeter à critica dos litigantes” (ZILLI, 2003, p.167)

Conclui-se, assim, que o juiz deve atuar observando sempre o cumprimento do principio do contraditório, pois ele caracteriza-se, ainda hoje, como o instrumento menos imperfeito para a busca da verdade. O respeito a esse principio é indispensável para que se evite a disseminação de injustiças fundadas em “meias verdades”. Dessa forma, os poderes instrutórios e inquisitórios conferidos ao juiz não anulam a contrariedade, mas unem-se a ela.

3 A VERDADE E O PROCESSO

As diversas correntes filosóficas nunca chegaram a um consenso sobre o conceito de verdade. Porém, a mesma pode ser definida como “conformidade com o real” ou a “representação fiel de alguma coisa da natureza”.

A doutrina ensina que verdade e certeza não devem ser confundidas, uma vez que a verdade consiste na concordância da ideologia com a realidade, enquanto a certeza é a crença na percepção dessa realidade. Dessa forma, em alguns casos, pode-se acreditar na certeza do que é concretamente falso e em outras, duvidar do que é concretamente verdadeiro.

A busca da verdade, notadamente presente em todas as áreas do conhecimento, caracteriza-se como um anseio da alma humana e que nasce concomitantemente com o ser humano. Na área jurídica, principalmente no campo processual, a busca da verdade caracteriza-se indispensável para o digno emprego lei e, conseqüentemente, para a obtenção da justiça, objetivo supremo do processo, especialmente do processo penal tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

O processo, como ferramenta para a atuação do Direito, é o trajeto a ser percorrido para o esclarecimento dos fatos ocorridos, para a apuração da verdade. Portanto, é necessário que o Juiz se certifique de que a verdade foi efetivamente desvendada, através da reconstituição formal dos fatos, para que, utilizando a norma cabível, a justiça seja plenamente alcançada.

Parte da doutrina entende, entretanto, que a busca da verdade não implica o fim do processo. O juiz, a quem o julgamento está afeto, é a pessoa mais indicada para determinar se as provas trazidas pelas partes são satisfatórias para a formação do seu convencimento. No entanto, isso não indica que a busca da verdade seja o fim do processo e nem mesmo que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente alcançáveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o Juiz empenhe-se a fim de atingir o maior grau de probabilidade possível.

Todavia, há doutrinadores, a exemplo de Marcos Antônio de Barros, que divergem do pensamento acima mencionado, ou seja, que a busca da verdade implica o fim do processo. Por conseguinte, defendem que a verdade é fim e meio do processo,

caracterizando-se como fim porque consiste naquilo que se pretende elucidar e meio porque é através de seu esclarecimento que a jurisdição se profere.

Se a finalidade do processo é o alcance da justiça, sendo que a verdade compõe um dos seus componentes indispensável, não se pode falar em efetiva realização daquela sem que haja a revelação desta. Conclui-se, desta forma, que a verdade é também, fim do processo.

No mesmo sentido, a doutrina preleciona que o alcance verdadeiro dos fatos é a única maneira de explicar racionalmente em que se baseia a justiça da decisão. Ilógico invocar valores como correção, legalidade e justiça da decisão, quando não se declara a verdade dos fatos como requisito para a correta aplicação da norma.

A despeito do que já foi escrito sobre a importância da verdade para o alcance da justiça, seu esclarecimento, através de um processo judicial, todavia, é uma tarefa de difícil realização. Podendo-se afirmar, inclusive, que são raros os casos em que a verdade é realmente alcançada.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL

O Processo Penal é dirigido por uma cadeia de princípios e regras que configuram postulados fundamentais da política processual de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, mais o processo penal se apresentará como uma considerável ferramenta a serviço da liberdade individual.

Caracterizando-se o processo penal como uma manifestação de civilização, cultura e que reflete determinado momento político, óbvio que os seus princípios oscilam à medida que os regimes políticos se modificam. Num Estado totalitário, respeitam-se as razões do Estado. Já num Estado democrático, a liberdade individual deve ser considerada inviolável pela Constituição.

Assim, compreende-se, que princípios são proposições gerais que funcionam como embasamento substancial para a aplicação do Direito e proteção de direitos. Os princípios protegem a coerência unitária do sistema jurídico auxiliando o legislador na “confecção” de normas. São verdadeiros sustentáculos de um sistema de conhecimento, ou verdadeiras normas qualitativamente diferentes das outras categorias de normas.

Durante muitos séculos, o processo foi admitido como um jogo em que as partes eram os protagonistas e o Juiz mero expectador. Dentro desta disputa o êxito caberia àquele que, segundo a observação do Juiz, tivesse apresentado a melhor prova. No entanto, a classificação dos valores imputados aos meios probatórios era completamente aleatória e preconceituosa. Consagrava uma definição ilógica e coberta de superstições e outros critérios estabelecidos à base de regalias hoje intoleráveis e inadmissíveis.

O magistrado não se preocupava em buscar a verdade de fato, mas somente em escolher o litigante que se destacou nos complicados jogos processuais. O resultado era a instauração de uma verdade meramente formal, o que, obviamente, impregnava o julgamento de imensuráveis injustiças, na grande maioria das demandas.

Do século XVIII até o atual, especialmente após a vitória do iluminismo e da razão na Revolução Francesa, a atividade judicante modificou completamente o seu propósito. O embate entre os litigantes tornou-se um debate lógico e o Juiz tornou-se um participante ativo na evolução do processo, dessa maneira, formando o seu julgamento a base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos.

A verdade real sucedeu a verdade formal como intento do processo e como base da sentença. Extinguiram-se as tarifações de prova por lei e a definição jurídica de prova tornou-se o elemento de convicção. Se o Juiz não se convencesse com as provas apresentadas, esta não teria havido. A ocorrência de prova estava atrelada ao real convencimento do Juiz sobre o fato alegado.

O processo progrediu do conceito privatístico que o primitivo Direito Romano maquinara para uma essência acentuadamente publicística. O papel da jurisdição deixou de ser somente o de fornecer instrumentos as partes para a solução de seus conflitos, passando a exercer importante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

No atual processo, o interesse não se restringe às partes, mas também ao magistrado e a sociedade em cujo nome atua. Assim, todos atuam em direção à missão de realizar o propósito máximo de pacificação social. A extinção dos litígios de forma legal e justa interessa não somente as partes, mas também como a toda sociedade.

Embora a verdade real, em sua absoluta essência, seja um ideal utópico pelo conhecimento restrito do homem, o compromisso com sua vasta busca é o farol, que, no processo, instiga o sobrepujamento das carências do sistema procedimental. E é com o

propósito de servir à causa da verdade, que o Juiz contemporâneo adotou o controle oficial do processo composto das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito e Social de Direito.

3.2 PRINCÍPIO DA VERDADE FORMAL

A verdade formal consiste naquela obtida na apreciação das provas e declarações apresentadas nos autos pelas partes. O Juiz pouco ou nada intervém nessa realização. Referido princípio preceitua que o magistrado pode ser mais complacente na averiguação dos fatos, sem a imposição de diligenciar *ex officio* para a apuração da verdade.

A verdade formal predomina no processo civil, dispositivo apto para a solução de conflitos concernentes a direitos disponíveis, ao menos em sua maioria. Nesse entendimento, o referido princípio seria recebido como forma de por fim a lide, abreviando, assim, a restauração da paz social.

O princípio da verdade formal justifica-se pela impossibilidade de se chegar à verdade plena em todo processo. Por uma opção política, em alguns casos, o Estado-juiz se satisfaz com a verdade projetada pelas partes, compendiando o desfecho do conflito de interesses, sem a necessidade de utilizar toda a sua veemência no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos.

Com a admissão desse princípio, o fato objeto da demanda pode ser examinado sob a ótica real e processual. Aquela simboliza a realidade absoluta, sem aprimores, sem artifícios. Essa, a verdade advinda das provas geradas no processo, que, por sua vez, pode ser distinta da efetiva realidade. Dessa forma, pode-se também denominar a verdade formal como sendo uma verdade judicial.

Mesmo não estando a verdade judicial em conformidade com a absoluta realidade dos fatos, não é meio adequado a viciar a decisão proferida no processo. Isso porque ela foi realizada em conformidade com o conjunto probatório que surge dos

autos, ou seja, o exercício jurisdicional está apropriadamente protegido e fundamentado por tudo que consta do processo, não configurando, assim, uma imposição estatal.

O Código de Processo Civil consagra a adesão do princípio da verdade formal em vários artigos. Vale destacar a determinação estabelecida no artigo 319 daquele diploma legal que preceitua que, em regra, se o réu não contestar a ação, serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

No mesmo entendimento, a regra da confissão ficta resultante da recusa da parte a comparecer em juízo para prestar depoimento pessoal, quando intimada para tanto ou, mesmo comparecendo, se recusa a depor, instituída pelo artigo 343, § 2º do CPC.

3.3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

A apreciação desse princípio começa pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, até chegar-se a conclusão da incapacidade real de se extrair dos autos, e exata reprodução da realidade do crime. Diante disso, em momento algum, poderá o magistrado garantir ter obtido a verdade objetiva, aquela que condiz perfeitamente com o ocorrido no plano real. O Juiz possui, na realidade, uma crença segura na verdade que reflete através das provas obtidas e, por tal motivo, absolve ou condena.

Nesse sentido, preleciona Guilherme de Souza NUCCI (2008, p.105):

[...] o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes.

Ainda assim, falar em verdade real desperta no espírito do magistrado uma necessidade de ação, um sentimento de insatisfação com o que lhe é exibido pelas partes, enfim, um impulso contrario à indiferença, à inércia. Direitos fundamentais do homem, tais como, integridade física e psicológica, honra, vida, liberdade, dentre outros, podem ser prejudicados por uma condenação criminal, justificando-se, assim, a indiscutível importância de se buscar a verdade material.

Portanto, o princípio da verdade real consiste no dever que o magistrado possui de buscar provas, tanto quanto as partes, não se satisfazendo com o que lhe é exposto, unicamente.

Para exemplificar a colheita de ofício promovida pelo Juiz e explícita menção à busca da verdade, pode-se citar o disposto nos artigos: 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”) todos do Código de Processo Penal, logo são dispositivos legais que estão fundamentando uma ideia e que a pesquisa monográfica contribui para demonstrar a importância da verdade real e suas graves consequências para instrução do processo penal.

Adverso à verdade formal, norteadora do processo civil, através da qual o juiz não necessita ir a procura de provas, sobretudo em ações de cunho privativamente patrimonial, que constitui interesse disponível, saciando-se com a prova trazida pelas partes e formando sua decisão com o que descortina nos autos. No entanto, a verdade real se sobrepõe: requer que o magistrado seja co-autor na elaboração de provas. Esse princípio, por vezes, sugere o distanciamento da aplicação literal de preceitos legais.

A razão disso pode ser demonstrada com uma hipótese de demonstração quando a parte, desejando ouvir mais testemunhas do que lhe é permitido por lei, invoca a busca da verdade real, para conseguir do magistrado a chance de realizá-lo.

Tal teoria é defendida, entre outros, por Tourinho Filho, para quem, nas causas cíveis, o juiz deve tomar por satisfeito com a verdade formal ou convencional que surja das revelações trazidas pelas partes, circunscrevendo suas indagações aos fatos debatidos nos autos, ao passo que, no processo penal, o magistrado tem a obrigação de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração penal e em que condições a perpetrou, sempre objetivando a melhor justiça. (TOURINHO, 2002, p.37)

Todavia, a doutrina vem relativizando o princípio da busca da verdade formal no processo civil, citando diversos artigos do Código de Processo Civil que determinam ao magistrado o encargo de buscar a prova da verdade tanto quanto as partes,

identificando-se, dessa forma, com o princípio da verdade material. Dentre as normas estão: a) caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art.130 do CPC); b) o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342 do CPC); c) o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se acha em seu poder (art. 355 do CPC); d) o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa (art. 440 do CPC).

É notável, que referida legislação atribui ao julgador a opção de aplicar a verdade real em qualquer processo. Isso demonstra, novamente, a tendência publicista do Direito processual moderno, que objetiva produzir o cumprimento da justiça, em cujo cenário inclui-se a providencial intervenção do magistrado durante a instrução do processo, executada com o intuito de assegurar a paz social. E por esta caracterizar-se como objetivo supremo, há quem sustente a necessidade de persecução da verdade material, não devendo o juiz se contentar, tão somente, com a verdade formal, como método de se expandir a efetivação da justiça.

3.4 A VERDADE PROCESSUAL

Feitas as necessárias distinções e considerações acerca da verdade formal e a verdade real, torna-se indispensável trazer a lume a análise sobre a possibilidade de se atingir a efetiva verdade por meio de um processo judicial.

Primeiramente, observa-se que, a despeito do que foi explanado, no que tange a aplicação do princípio da verdade formal ao processo civil e do princípio da verdade real (ou verdade material) ao processo penal, tal concepção não mais impera na doutrina, já que as citadas normas podem encontrar acolhimento indistintamente numa ou noutra área do Direito, ou seja, ocasionalmente, a busca da verdade real deve guiar o processo civil, havendo também a possibilidade de que a verdade formal venha a predominar no processo penal, conforme o caso.

Nesse entendimento, pode-se afirmar que a verdade formal prepondera no processo civil, desde que esteja tratando de direitos disponíveis. Do contrário, se a causa possui interesse público, predomina a incumbência judicial de investigar a verdade material, como se pode verificar em ações que versem sobre alimentos, tutela, curatela, casamento, dentre outras. Todas elas tratando de direitos indisponíveis.

Contemporaneamente, tem-se compreendido que não mais perdura a diferença entre verdade real e verdade formal. A distinção consiste no método de obtenção da verdade, como uma espécie de “regras do jogo”. Em outras palavras, tanto a verdade real quanto a verdade formal configuram, em suma, a verdade processual.

A verdade absoluta, que consiste, na exata concordância com o real, dificilmente pode ser adquirida através da reconstrução histórica realizada em um processo judicial, seja ele civil ou mesmo criminal. Isso decorre da obrigatoriedade de subordinação às regras que regularizam a atividade jurisdicional.

A proteção jurídica no processo sobrepuja a verdade real, pois a verdade é atingida quando respeita-se a liberdade jurídica do cidadão. No entanto, mesmo que, respeitando-se tal liberdade, não seja possível chegar-se à verdade, ainda assim, a lei prepondera e o réu deverá ser beneficiado.

Considerando o subjetivismo do conhecimento, ou seja, a possibilidade que cada indivíduo possui de examinar e interpretar ao seu modo particular percebe-se a necessidade de se respeitar a legalidade na atividade jurisdicional, onde todos os atos devem ser praticados observando-se princípios e regras que o regularizam, sob pena de se tornarem inválidos.

Como já fora mencionado, o objetivo supremo do processo é a realização da justiça, a qual se perfaz com o alcance da verdade. No entanto, essa busca se mostra vinculada a severos princípios éticos, não podendo adentrar a seara da imoralidade, nem tampouco desobedecer aos direitos e garantias individuais tutelados constitucionalmente. Portanto, essa é a única maneira de proteger a segurança jurídica processual, assim como, a revelação da verdade, mesmo que não seja em sentido real, mas tão somente formal.

Mediante essa realidade, boa parte da doutrina afirma que a verdade real não passa de uma lenda, um preceito do processo penal, justamente pelo seu caráter inalcançável. Sustenta-se que o encontro da “verdade plena” caracteriza-se como um mito não sustentável, pois a realidade impõe obediência aos métodos de ajustamento

ditados por um Estado de Direito. Ou seja, a reconstrução processual-histórica, no máximo, propiciará o descobrimento de aspectos da verdade, assentados, dessa forma, em um ponto possível de ser alcançado nesse caminhar.

Nessa linha de raciocínio, os vocábulos verdade material e verdade formal contribuiriam, no máximo, para diferenciar graus distintos de aproximação daquela verdade inalcançável e absoluta.

É sabido que a verdade real não pode ser atingida de maneira absoluta, e que sua busca está adequadamente limitada por regras apropriadas ao Estado Democrático de Direito. Admite-se, também, que a verdade atingida através de um processo judicial, nada mais é do que uma verdade formal, ou mais precisamente, a verdade processual.

O presente trabalho monográfico, no entanto não se contenta com o entendimento doutrinário que defende a utopia da verdade real no processo penal. Acredita-se, ao contrário, que o referido princípio deve ser examinado sob uma ótica moderna, em acordo com os demais princípios que norteiam o processo penal.

Nessa acepção, ao afirmar que o princípio da verdade real orienta o processo penal, não se está defendendo a utilização desmedida de todo e qualquer meio para a apuração da verdade absoluta, desrespeitando-se, dessa forma, direito e garantias individuais, assim como as normas processualísticas. Defende-se, sim, o uso de todos os meios autorizados por lei que tornem possível a máxima aproximação atingível do que se conceitua verdade.

Assim, em termos processuais, a verdade real não significa a verdade absoluta, por essa caracterizar-se inatingível, mas deve ser compreendida como a verdade processual que mais se aproxima da realidade, diferenciando-se, assim, da verdade formal, caracterizada por uma superficialidade que a torna mais distante da realidade, já que pode ser obtida de simples presunções ou indícios, por exemplo.

Conclui-se, portanto, que o princípio da verdade real não só está presente no processo penal como também predomina nele, adverso com o que ocorre no processo civil, onde há, em tese, predominância da verdade formal.

Esse posicionamento não é defendido por acreditar-se na possibilidade de se chegar à verdade absoluta através de um processo criminal, mas sim, por se almejar que, nessa espécie de procedimento, a ação dos sujeitos processuais, principalmente do juiz, é bem mais complexa no intuito de buscar a elucidação mais completa dos fatos, ao

passo que, no processo civil, a prática judicial é mais restrita, predominando, em muitos casos, somente o que foi argüido por determinada parte.

3.5 LIMITAÇÕES AO ALCANCE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

Diante do exposto, verifica-se que o alcance da verdade, através de um processo judicial, intrinsecamente no que compete ao Processo Penal, não é infundável, ou seja, o Estado-Juiz não pode sobrepor-se à legislação com o fito de atingir a justiça.

A despeito dos vários insumos processuais dentre os quais o Juiz pode valer-se a fim de encontrar a verdade, fato é que não é defeso ao magistrado ultrapassar o limite da legalidade durante o decorrer daquela, uma vez que a averiguação dos fatos penalmente imputáveis sem sujeição a nenhum limite pode por em perigo valores pessoais e sociais de inimaginável magnitude.

Este item, dessa forma, tem o fito de estudar algumas dessas limitações, o que, por sua vez ratifica a idéia dita anteriormente de que a veracidade real no processo penal não pode ser entendida como a verdade absoluta.

A interdição da utilização das provas ilegais, elencada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, configura-se como um exemplo de limitação ao alcance da verdade no processo penal. Trata-se de uma norma que ocasiona notáveis reflexos na persecução da verdade, pelo fato de estabelecer parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que buscam revelá-la, os quais se harmonizam com o espírito de legalidade e moralidade dos atos praticados pela Administração Pública. Ou seja, ao administrador só é admitido fazer o que a lei expressamente permite, e não há preceito legal que permita a aquisição da verdade a todo preço.

Na mesma acepção do texto constitucional, o art. 157 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Mostra-se inconcebível ao bom senso, a idéia de que o magistrado possa valer-se de uma prova obtida criminosamente como razão de sua sentença. A magna Carta preceitua que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III), que “ninguém será considerado culpado até o transito em

“julgado de sentença penal condenatória” (art.5º, LVII), consagra o “direito ao silêncio” (art. 5º, LXIII) e declara inviolável a “intimidade” (inc. X do art. 5º).

Além das provas obtidas ilicitamente, também são proibidas as chamadas “provas ilícitas por derivação” onde ela, em si mesma, é lícita, mas somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos provenientes de uma outra prova ilicitamente obtida, a exemplo da tortura (conduta ilícita) para obter-se informações da localização da *res furtiva*, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), para obter-se informação de onde se encontra as drogas e que posteriormente é apreendida de forma legal etc.

Neste entendimento, qualquer prova que mantenha uma mínima mácula de ilegalidade, seja ela representada pela ilicitude ou pela ilegitimidade, deverá ser de pronto prejudicada pelo julgador, pois irá contra o decoro e a moralidade que deve possuir todo e qualquer ato jurisdicional.

Mais uma limitação ao alcance da veracidade, e não menos importante que a limitação anteriormente alegada, é a proteção constitucional vista aos bens e direitos intocáveis. Exordialmente, a intangibilidade pode ser definida como "... a característica que guarda de qualquer violência aos direitos personalíssimos ou resguarda o estado das coisas associadas com tais direitos."

Do elenco dos direitos anunciados invioláveis pela CF/88 pode-se referir a intimidade, a vida pessoal, a honra e a imagem das pessoas, assim como a privacidade de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

A familiaridade integra a categoria de direitos da personalidade, e consolida-se no campo secreto da vida do indivíduo, a qual não pode ser escancarada contra sua vontade. Por conseguinte, a vida particular pode ser considerada como o modo de viver peculiar de cada indivíduo. A dignidade, por conseguinte, embaralha-se com a dignidade da pessoa, composta por todos os princípios morais e éticos reconhecidos por sua idoneidade e comportamento. Por último, a efígie é a representação exata do ser, seja ela fotográfica, computadorizada, gráfica ou sob alguma outra forma.

Compreende-se que, a respeito da segurança de inviolabilidade dos mencionados direitos, não deve ela servir de proteção ao infrator da lei penal, isto é, a inviolabilidade não é irrestrita, podendo sucumbir diante do interesse público, do interesse da justiça.

É claro que a particularidade, a vida pessoal, a honra e a imagem não podem ser violadas prescindivelmente. A garantia de sua inviolabilidade, conquanto, não pode ser entendida como impunidade, de sorte que, em restrito desempenho ao dever legal e com observação de todas as medidas impostas pela necessidade e adequação tais valores devem ser mitigados a fim de facilitar a eficácia da persecução penal.

Em mesmo entendimento, a CF/88 declara, em seu art. 5º, inc. XII:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, exceto, em último caso, através de ordem judicial, nas circunstâncias e na forma que a lei decretar para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O entendimento gramatical desse dispositivo induz a crer que o legislador somente autorizou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, preservando a inviolabilidade absoluta referente ao sigilo das comunicações telegráficas, das correspondências e dos dados.

Não se pode acreditar, ainda assim, que esta foi a ínfima e verdadeira intenção do legislador constituinte, posto que, se assim fosse, o descobrimento da verdade alcançaria insuperável obstáculo. Considera-se, sim, que a exceção autorizada por via judicial abrange todas as hipóteses de sigilo enunciadas naquele dispositivo.

Sendo essencial para o alcance da veracidade no levantamento da ocorrência de um crime, e através de autorização judicial, poderá haver, ainda, a quebra do sigilo das comunicações telegráficas, das correspondências e dos dados.

Conserva-se, assim, o conceito de que a Lei n. 9.296/1996, que prevê a interceptação das comunicações telefônicas, pode ser utilizada para a quebra dos demais sigilos previstos no dispositivo constitucional acima mencionado, de modo que toda e qualquer transgressão dessa espécie deve ser feita sob segredo de justiça, de acordo com a parte final do art. 1º dessa Lei.

Outrossim, mesmo que autorizadas judicialmente, estas provas podem sofrer as mesmas restrições previstas para a interceptação telefônica, dispostas no art. 2º daquela lei, quais sejam: não são autorizadas se não existir indícios ponderáveis de autoria e participação em infração penal, se a prova puder ser elaborada por outros meios, ou se o fato investigado não incidir em infração penal punida com pena de reclusão.

Abordando as restrições à busca da verdade no processo penal, interessante destacar os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo,

introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei n. 9.099/95, em seguida acrescentada e alterada pela Lei n. 10.259/2001, dificultando a descoberta da verdade real.

A transação penal é a chance de acordo entre as partes, em audiência preliminar, sobre a reparação dos danos civis ocasionados pela infração penal, em caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, ou proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, em se tratando de ação penal pública incondicionada, ou condicionada, quando oferecida à representação.

No primeiro caso, ocorrendo o acordo dos danos civis, o ato será matéria de homologação pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, implicando na renúncia ao direito de queixa ou de representação.

No segundo caso, não existindo a alternativa de arquivamento, o membro do Ministério Público propõe uma aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa que, se aceita pelo autor, será homologada pelo juiz. Em síntese, ambos os casos caracterizam-se como uma aplicação de pena independente da instauração de uma ação penal.

Depreende-se que o Estado-juiz relega à segundo plano a missão de conduzir o processo com o fim de verificar a exatidão do delito, espécie de persecução não compatível com a orientação doutrinária adotada, a qual defende a tese de que o processo penal possui a finalidade de realizar a justiça. A respeito, Osvaldo Henrique Duek Marques apud Marco Antônio de Barros assevera (1993, p.1):

A transação penal implicaria admissão de culpa e aceitação de pena, sem a apuração da verdade material, em desobediência aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência.

A suspensão condicional do processo é admitida nos crimes cuja pena mínima prevista for igual ou inferior a um ano, consiste, no consentimento, pelo acusado, de proposta oferecida pelo representante do Ministério Público, em relação ao oferecimento da denúncia, da qual inclua os requisitos que deverão ser cumpridos, pelo período de dois a quatro anos, ficando suspensos o processo e o curso do lapso prescricional.

Com o fim do prazo estabelecido sem que tenha ocorrido qualquer violação às condições impostas, o juiz decretará a extinção da punibilidade do acusado. No entanto, se no curso do período de prova o acusado for processado por outro crime ou

contravenção, descumprindo qualquer das condições estabelecidas, ou se, imotivadamente, deixar de reparar o dano, a suspensão condicional do processo será revogada e este continuará em seus posteriores termos.

Portanto, nesse caso o descobrimento da verdade revela-se substancialmente prejudicado. Porque a extensão do período de suspensão condicional do processo aumenta a probabilidade de destruição das provas do delito, impossibilitando, dessa forma, a reconstituição do fato criminoso.

4 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode-se assegurar que houve uma redemocratização dos sistemas político e jurídico nacionais, aprimorando-se as normas compatíveis com um Estado Democrático de Direito, no qual o intento essencial é garantir os direitos e garantias fundamentais.

O respeito absoluto à dignidade da pessoa humana é garantia explícita de que o ser humano é sujeito de direitos e o Estado Democrático de Direito deve estar sempre disposto a atender suas necessidades e assegurar o gozo pleno e universal dos direitos humanos consagrados nos elementos normativos internos e internacionais, excluindo-se, com isso, qualquer entendimento consubstanciado nos preceitos dos Estados totalitários. Dessa forma, inevitável concluir que toda e qualquer atividade estatal deve estar orientada pelo respeito ao direito compreendido como produto do exercício da soberania popular e utilizado em obediência, principalmente ao princípio da igualdade.

A ligação entre as regras fundamentais de Direito Penal e os preceitos assentados na Constituição é de subordinação. Os princípios penais e processuais penais consagrados na Carta Magna têm como finalidade impedir a ação arbitrária dos poderes públicos.

Princípios como os da dignidade da pessoa humana, base de todos os outros, da legalidade, da não auto-incriminação, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório são garantias de que a intervenção estatal deverá sempre obedecer ao devido processo legal, com todos os atos procedimentais previstos em lei.

O sistema penal está subjugado a um legalismo estrito, ou seja, o desvio punível é aquele formalmente exposto pela lei, desconsiderando os aspectos pessoais do agente. A punição recairá sobre as condutas que se ajustarem perfeitamente a todos os elementos do tipo penal, impossibilitando, assim, que o aplicador da lei classifique como crime todos os atos que julgue imorais ou merecedores de sanção.

Em razão da natureza supletiva do Direito Penal, ao contrario do processo civil, que se satisfaz com a simples verdade formal, a persecução criminal tem como objetivo o descobrimento da verdade real, ou seja, independente do ônus da prova, o que interessa saber é o que verdadeiramente ocorreu no plano fático, ou ao menos descobrir

uma versão mais próxima possível dos acontecimentos, uma vez que a verdade absoluta consiste num modelo ideológico, impossível de ser alcançado.

Portanto, para que ninguém seja subjugado à sanção penal sem ter sido efetivamente o autor do delito investigado, é indispensável uma análise intensa das provas produzidas, buscando sempre a verdade real, intento pleno da persecução criminal, uma vez que no Processo Penal não se permite presunções utilizadas no Processo Civil, nas decisões de suas lides, em geral, de natureza privada.

Seguindo esse entendimento, destacamos a lição de Júlio Fabbrini Mirabete (2002, p.44):

Com o principio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil.

O principio da verdade real está intrinsecamente relacionado ao principio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, pois preceitua o Processo Penal que ninguém será considerado culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória. Por isso, esta tem o dever de descobrir o verdadeiro autor do delito, pois a verdade real e todas as circunstâncias que orientam o fato criminoso devem ser reveladas.

Como já mencionado, a finalidade da persecução criminal é descobrir a verdade real e, por isso, o juiz tem o poder de estabelecer, diante da inércia das partes, a produção de provas, ou seja, ordenando que sejam trazidos ao processo elementos novos que possam auxiliar o seu convencimento, buscando-se, sempre, a decisão mais justa, uma vez que as sanções penais são a “*ultima ratio*”, ou seja, aplicadas quando sanções civis e administrativas não forem suficientes para punir o ilícito.

Para Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p.117):

O exercício eficaz do poder jurisdicional, desejo natural do Estado, sobretudo quando envolvidos bem jurídicos eleitos por ele próprio como de alta relevância, supõe uma correta aplicação do ordenamento jurídico, o que somente será alcançado com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo.

Guilherme de Souza Nucci, assevera (2007, p.350):

A adoção do princípio da verdade real no processo penal tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrario à passividade, pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro.

Portanto, o magistrado pode instaurar a realização de provas toda vez que, não se sentir apto a decidir ou compreender que as partes não trouxeram aos autos elementos de convicção indispensáveis ao desfecho do caso.

4.1 PREVISÃO LEGAL

A atividade instrutória do juiz está prevista no artigo 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I-ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II-determinar, no curso da instrução ou, antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A lei 11.690/08 inseriu no ordenamento jurídico a possibilidade de produção antecipada de provas na fase do inquérito policial, modificando recentemente o Código de Processo Penal. O ordenamento jurídico brasileiro já previa a produção antecipada de provas no curso da instrução processual. Assim, o magistrado tem o arbítrio de ordenar, durante o curso da instrução, a produção de provas consideradas urgentes, quando o réu citado por edital não comparecer ou não constituir advogado que o represente no ato, ocorrendo, nesses casos, a suspensão do processo.

Essa providência objetiva impedir ou, ao menos, evitar que os vestígios do crime, inclusive as testemunhas, ocultem-se no decorrer do tempo, dificultando a descoberta da verdade substancial dos fatos e impedindo que o juiz decida de forma justa.

Corroborando os argumentos expostos, cabe ressaltar a lição de Ada Pellegrini Grinover (2005, p.19):

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória inicial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre os fatos efetivamente ocorridos.

Conclui-se assim, que é inaceitável que o juiz utilize normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente comprovados. O efeito da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para o desfecho do processo. Por esse motivo, o magistrado deve adotar uma posição ativa na fase instrutória, não se restringindo a apreciar os fundamentos fornecidos pelas partes, e sim, deliberando sua realização, sempre que necessário.

É essencial que o magistrado atue com o intuito de atingir o maior grau de probabilidade possível. Quanto mais intensa for a sua participação na investigação do caso, mais perto da certeza estará. Em alguns casos, a omissão da parte na instrução do feito é freqüentemente ocasionada por uma situação de desequilíbrio material, em que predominam questões institucionais, econômicas ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz aparece, nesse quadro, como um meio de se alcançar a igualdade entre as partes.

A visão do Estado social não tolera um posicionamento passivo e conformista do juiz, regulado por princípios essencialmente individualistas. O processo não é uma disputa, em que vence o mais poderoso ou astucioso, e sim, um instrumento da justiça, através da qual se almeja encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição fica ameaçada quando o juiz conserva-se inerte, esperando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

A iniciativa probatória do juiz não vicia a sua imparcialidade. Quando ele determina a produção de uma prova não solicitada pelas partes, ou quando julga necessário voltar a interrogar uma testemunha ou requisitar explicações do perito, ainda não sabe o efeito que essa prova acarretará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção.

Longe de afetar a sua imparcialidade, a iniciativa oficial garante o real equilíbrio e oferece um levantamento mais completo dos fatos. Ao juiz é indiferente se autor ou

réu ganham, o que importa, é que vença aquele que tem razão. Mesmo não atingindo a verdade absoluta, o comportamento ativo do juiz lhe ajudará no encontro desta.

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal direcionado para a liberdade absoluta do juiz e para o uso de poderes ilimitados na persecução da prova, caracteriza-se hoje como uma aptidão a chegar-se próximo da verdade judicial: uma verdade extraída à restrita influência das partes pelos poderes instrutórios do magistrado e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida.

4.2 JURISPRUDÊNCIAS APLICÁVEIS

O princípio da verdade real foi discutido em diversos casos, de acordo com uma publicação feita pelo portal do Superior Tribunal de Justiça. Um exemplo, foi o caso da morte de Mércia Nakashima. A defesa do réu aspirava que o processo seguisse em Narazé Paulista (SP), cidade onde a vítima teria falecido por afogamento, pois, o Código de Processo Penal (CPP) preceitua que a competência é do juízo local onde o crime se consuma.

No entanto, o juiz Leandro Bittencourt Cano, de Guarulhos (SP), asseverou que a regra deveria ser afastada no caso concreto, em razão do contratempo que o deslocamento de competência acarretaria à apuração da verdade real: dentre as 16 testemunhas de defesa, 13 seriam ouvidas em Guarulhos; o caso teria provocado grande comoção social nessa cidade; e, de modo geral, a produção de provas era mais beneficiada pela permanência do processo nessa comarca.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) manteve-se no mesmo posicionamento. Para os desembargadores paulistas, a modificação da competência delibitaria a colheita de provas: “A comarca de Guarulhos é o local onde há maior facilidade para se apurar os elementos probatórios necessários à busca da verdade real”, declararam no acórdão.

A decisão foi mantida pelo STJ no HC 196.458: “Ora, deve-se ter em mente que o motivo que levou o legislador a estabelecer como competente o local da consumação do delito foi, certamente, o de facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem

como o de garantir que o processo possa atingir a sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real”, assevera o voto do relator, ministro Sebastião Reis Junior.

“Dessa forma, seguindo o princípio da busca da verdade real, tem-se que se torna mais segura a colheita de provas no juízo de Guarulhos”, acrescentou. “O desenrolar da ação penal neste juízo, sem dúvidas, melhor atenderá as finalidades do processo e melhor alcançará a verdade real”, concluiu o relator.

Outra incidência do princípio, ocorreu no HC 40.803. Um assistente de acusação invocou o princípio da verdade real para fundamentar o pedido de habeas corpus contra o réu. O assistente argumentava que a legislação deixou “grande lacuna” em relação a seu papel, cujos atos deveriam ser interpretados com “elasticidade, mormente quando imprescindíveis para a apuração da verdade real”. Por esse motivo, o STJ deveria conceder o habeas corpus para que fosse realizada a oitiva de testemunhas pelo júri, testemunhas estas arroladas pelo assistente de acusação e não pelo Ministério Público. Porém, o pedido não foi conhecido pela Quinta Turma.

Outro caso em que foi mencionado o princípio da verdade real foi no julgamento do habeas corpus em favor do banqueiro Daniel Dantas. O desembargador Adilson Macabu também fez referência ao princípio. Para o relator do caso, a busca da verdade real deve ser realizada com observação da legalidade dos métodos empregados, respeitando-se o devido processo legal (HC 149250).

Igualmente invocando o princípio da verdade real, a ministra Maria Thereza de Assis Moura quis afastar a necessidade de pagamento de despesas com oficial de justiça para que testemunha de defesa fosse ouvida. O juiz havia declarado a preclusão da prova pelo não pagamento da diligência.

A relatora do HC 125.883 entendeu que, mesmo se tratando de ação penal privada, quando é exigido de forma expressa o pagamento da diligência, o magistrado pode oficiar a oitiva de testemunhas e outras diligências, “em homenagem aos princípios da ampla defesa e da verdade real, que regem o direito penal e o processo penal”.

“Tal circunstância corrobora a ilegalidade aqui constatada, em que se deixou de ouvir testemunha regularmente intimada pela defesa, em ação penal pública, em decorrência do não recolhimento antecipado da taxa respectiva”, concluiu.

O princípio também foi utilizado para coibir a incidência da súmula do STJ que exige a reiteração do recuso especial após o julgamento dos embargos de declaração.

Neste caso, após os primeiros embargos terem sido julgados parcialmente a favor do recorrente, um dos corréus, não beneficiado, embargou novamente a decisão (Ag 1.203.775).

No entanto, antes desse julgamento, o recorrente apresentou recurso especial. Julgados e indeferidos os segundos embargos do corréu., ele não reiterou suas razões recursais, levando inicialmente à negativa de apreciação de seu apelo.

Porém, a quinta turma do STJ reviu sua decisão inicial em vista do princípio da verdade real. De acordo com o ministro Jorge Mussi, “exigir-se tal ratificação, após julgamento de embargos de declaração rejeitados pela corte local, em que não houve modificação de absolutamente nada na situação jurídica dos sentenciados, afigura-se um excesso de formalismo, à luz dos princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas, principalmente no âmbito do direito processual penal, onde se busca a maior aproximação possível com a verdade dos fatos (verdade real) e o máximo de efetivação da Justiça social”

De acordo com o relator, não existiria motivos para se reiterar o recurso se não houve acréscimo, modificação ou supressão de questão de direito ou fato capaz de influenciar no recurso especial, de modo que não se poderia “exigir o preenchimento de uma formalidade sem qualquer fim específico”.

A ministra Nancy Andrichi, em voto no REsp 331.550, manifestou-se pela preponderância da busca da verdade real sobre o formalismo processual: “Antes do compromisso com a lei, o magistrado tem o compromisso com a justiça e com o alcance da função social do processo, para que esta não se torne um instrumento de restrita observância da forma, distanciando-se da necessária busca pela verdade real”.

Afirmando, também, no REsp 1.012.306, que: “A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de prova de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça”. Por esse motivo, o juiz tem a discricionariedade de exigir a produção de provas que julgar necessárias, mesmo não sendo essas, requeridas pelas partes.

Outro julgamento que ensejou a abordagem do princípio da verdade real foi o caso de Eloá Cristina, que se refere ao mais longo seqüestro em cárcere privado já registrado pelo estado brasileiro de São Paulo e que adquiriu repercussão nacional e internacional.

De acordo com notícia veiculada ao site cláusula penal, durante o julgamento, após encerrar suas perguntas a uma das testemunhas, a perita da Polícia Civil Aparecida Pereira Lopes, a advogada pediu a juíza para fazer mais algumas perguntas, sendo seu pedido indeferido pela magistrada. Sendo assim, “Em nome do princípio da verdade real, eu quero ouvir a testemunha de novo”, alegou a defensora. “Esse princípio não existe ou não tem esse nome”, retrucou a juíza. “Então a senhora deveria voltar a estudar”, disse a advogada”.

5 CONCLUSÃO

Identificou-se no capítulo inicial a importância da verdade para o direito, onde a descoberta da verdade se faz necessária para a correta aplicação da lei. A efetivação da justiça é o objetivo supremo do processo, e é inadmissível falar-se em justiça sem que se descortine a verdade. Esta constitui elemento essencial da justiça, e ambas complementam-se e tornam-se inseparáveis em face do que é contraditório supor a aplicação correta de uma em desrespeito à outra.

Como não poderia ser diferente, os textos constitucionais e legislação especial previram mecanismos e buscaram novos instrumentos processuais para facilitar a produção da verdade no processo. Como exemplo pode-se mencionar a edição de recentes leis que apostam no sucesso da delação premiada e procuram dar assistência a vítimas e testemunhas, com o intuito de favorecer o descobrimento da verdade. Isto é um exemplo da nova metodologia implantada pelo Estado, visando minimizar a insegurança da população brasileira bem como dificultar o crescimento da impunidade.

Abordou-se, também, a verdade e sua obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois, é inadmissível dar validade a um processo sem ouvir a parte contrária ou ao menos oferecer-lhe a chance de se manifestar sobre os atos processuais. Assim, percebeu-se que a descoberta da verdade real é produto do esforço empregado pelos sujeitos que atuam no processo. Corresponde a um esforço estimulante responsável por dirimir eventuais dúvidas advindas no curso da ação, visto que, a verdade muitas vezes oculta-se na pluralidade de versões, omissões, presunções e demais atos do processo.

No capítulo seguinte, foram abordadas breves considerações sobre princípios e regras que configuram postulados fundamentais da política processual de um Estado. Percebeu-se que o processo penal caracteriza-se como uma manifestação de civilização e cultura que reflete determinado momento político, e obviamente, seus princípios oscilam à medida que os regimes políticos se modificam. A exemplo de um Estado totalitário, respeitam-se as razões do Estado. Já em um Estado democrático, a liberdade individual deve ser considerada inviolável pela Constituição. Depurou-se, que os princípios são proposições gerais que funcionam como embasamento substancial para a aplicação do Direito e proteção dos direitos. Os princípios protegem a coerência unitária

do sistema jurídico auxiliando o legislador na “confecção” de normas. São verdadeiros sustentáculos de um sistema de conhecimento, ou verdadeiras normas qualitativamente diferentes das outras categorias de normas.

Evidenciou-se o princípio da verdade formal, predominante no processo civil e apto para a solução de conflitos concernentes a direitos disponíveis, ao menos em sua maioria. O princípio da verdade formal justifica-se pela impossibilidade de chegar-se a uma verdade plena em todo processo. Por uma opção política, em alguns casos, o Estado-juiz se satisfaz com a verdade projetada pelas partes, compendiando o desfecho do conflito de interesses, sem a necessidade de utilizar toda a sua veemência no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos.

Destacou-se, também, o princípio da verdade real, objeto de estudo principal desse trabalho. Ficou demonstrado, a incapacidade real de se extrair dos autos a exata reprodução da realidade de um crime. Diante disso, em momento algum, poderá o magistrado garantir ter obtido a verdade objetiva, aquela que condiz perfeitamente com o ocorrido no plano real. O Juiz possui, na realidade, uma crença segura na verdade que reflete através das provas obtidas e, por tal motivo, absolve ou condena.

Ainda assim, falar em verdade real desperta no espírito do magistrado uma necessidade de ação, um sentimento de insatisfação com o que lhe é exibido pelas partes, enfim, um impulso contrario à indiferença, à inércia. Direitos fundamentais do homem, tais como, integridade física e psicológica, honra, vida, liberdade, dentre outros, podem ser prejudicados por uma condenação criminal, justificando-se, assim, a indiscutível importância de se buscar a verdade material. O tema tratado evidenciou acirradas discussões doutrinárias, revelando, principalmente o conservadorismo de alguns autores ligados a um direito penal clássico, quanto à aceitação da verdade real.

Com a exposição de fortes argumentos, foram superados todos os possíveis entraves à aplicação do princípio da verdade real, demonstrando-se que a legislação atribui ao julgador a opção de aplicar a verdade real em qualquer processo. Isso demonstra, novamente, a tendência publicista do Direito processual moderno, que objetiva produzir o cumprimento da justiça, em cujo cenário inclui-se a providencial intervenção do magistrado durante a instrução do processo, executada com o intuito de assegurar a paz social. E por esta caracterizar-se como objetivo supremo, defendeu-se a necessidade de persecução da verdade material, não devendo o juiz se contentar, tão somente, com a verdade formal, como método de se expandir a efetivação da justiça.

No entanto, a busca pela verdade dos fatos não deve ser realizada de qualquer forma, à todo custo. Por isso, foram abordadas algumas limitações ao alcance da verdade real, como a interdição da utilização das provas ilegais (onde qualquer prova que mantenha uma mínima mácula de ilegalidade, seja ela representada pela ilicitude ou pela ilegitimidade, deverá ser de pronto prejudicada pelo julgador, pois irá contra o decoro e a moralidade que deve possuir todo e qualquer ato jurisdicional) e, também, a proteção constitucional vista aos bens e direitos intocáveis. Do elenco dos direitos anunciados invioláveis pela CF/88 pode-se referir a intimidade, a vida pessoal, a honra e a imagem das pessoas, assim como a privacidade de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

No último capítulo, visando afastar qualquer dúvida quanto à necessidade de aplicação do princípio da verdade real, demonstrou-se a importância do conhecimento do referido princípio para despertar no magistrado um sentimento de busca, contrário a passividade, pois está tratando de direitos fundamentais da pessoa humana, assim como, a segurança da sociedade.

Foi mencionada a previsão legal da atividade instrutória do juiz e também jurisprudências aplicáveis ao tema. Foram citados diversos julgamentos de grande repercussão nacional, em que o princípio da verdade real foi suscitado concluindo-se, assim, que é inaceitável que o juiz utilize normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente comprovados. O efeito da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para o desfecho do processo. Por esse motivo, o magistrado deve adotar uma posição ativa na fase instrutória, não se restringindo a apreciar os fundamentos fornecidos pelas partes, e sim, deliberando sua realização, sempre que necessário.

A partir das considerações expostas observa-se indispensável a aplicação do princípio da verdade real em sua essência absoluta, e que embora seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com a ampla busca da verdade é o farol que ilumina o processo, estimula a superação das deficiências dos fatos e ajuda ao sistema procedimental. O intuito é servir à causa da verdade já que o juiz contemporâneo assume comando oficial do processo, haja vista que este é integrado das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, logo esse juiz deixou de ser mero espectador, inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa de coadjuvante das partes em contraditório, um juiz de cooperação entre as partes, assim juiz aberto que, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas em nome

da verdade real, para fins de que se possa saber como realmente foi praticada a infração penal e em que condições o agente praticou para que o juiz dê uma sentença a luz do seu livre convencimento motivado.

REFERÊNCIAS

____. **Lei nº 11.690**, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em 02 março. 2013.

____. **Lei nº 10.259**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em 28 fevereiro. 2013.

____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 25 fevereiro. 2013.

____. **Lei nº 2.033**, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104055/lei-2033-71>. Acesso em 15 março. 2013.

____. **Lei nº 11.690**, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em 25 fevereiro. 2013

____. **Lei nº 9.296**, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em 20 fevereiro. 2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 331.550/RS (2001/0083562-9)**, da 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 25 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294452/recurso-especial-resp-331550-rs-2001-0083562-9-stj>>. Acesso em 28 fevereiro. 2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.012.306/PR (2007/0287732-4)**, da 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 28 de abril de

2009. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6069426/recurso-especial-resp-1012306-pr-2007-0287732-4-stj>>. Acesso em 02 março. 2013.

A transação penal nos Juizados Especiais, *Boletim IBCCrim*, 1993, p. 1, apud Marco Antonio de BARROS, *A busca da Verdade no Processo Penal*, 2002, p. 261 e 262.

A verdade real na jurisprudência do STJ. Disponível em : < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250>. Acesso em 15 março. 2013

AQUINO, São Tomaz de. *Summa Theologica – Quaestiones disputate de veritate*. Trad. De Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Graspone, 1980. V.1.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20/24.

BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 3ªEd, São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2012

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm .Acesso em: 15 fevereiro. 2013

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 fevereiro. 2013

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 8 março. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . **Habeas Corpus n. 196.458**. Min. Relator Celso Limongi. DJ 22.02.2011. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18304457/habeas-corpus-hc-196458-stj>. Acesso em 10 março. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 125.883/SP**. Min. Relatora Mara Thereza de Assis Moura. DJ 18.05.2011. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19086539/habeas-corpus-hc-125883-sp-2009-0004616-5-stj>>. Acesso em 15 março. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 149.250/SP**. Min. Relator Adilson Vieira Macabu. DJ 05.09.2011. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083579/habeas-corpus-hc-149250-sp-2009-0192565-8-stj>>. Acesso em 13 março. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 40.803/RS**. Min. Relatora Laurita Vaz. DJ 14.11.2005. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/62083/habeas-corpus-hc-40803-rs-2004-0185067-8-stj>>. Acesso em 11 março. 2013.

Decreto 707 de 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-707-9-outubro-1850-560105-publicacaooriginal-82682-pe.html>. Acesso em 11 março. 2013

Emenda constitucional 1 de 17.10.1969, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 12 março. 2013

FERNANDES, Antônio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 5ª Ed. ver; atual. e ampl – São Paulo: Revista dos tribunais, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974, v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, vol.347 – 1999 (julho/ agosto/ setembro)

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília 1(18)- jan/jun. 2005: *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*.

HEIDEGGER, Martin. *Vom wesen der wahrheit*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural Coleção “Os Pensadores”, 1973, v.45.

MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do juiz” será que somos medievais?** Disponível em: www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf Acesso em: 26 mar. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Princípio da verdade real x caso Lindemberg. Disponível em: <http://clausulapenal.blogspot.com.br/2012/02/principio-da-verdade-real-x-caso.html>

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1 – 24. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003

