

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Sander Silva Ferreira

ANÁLISE SOBRE PROVAS E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Paranaíba-MS

2017

Sander Silva Ferreira

ANÁLISE SOBRE PROVAS E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Me. Rilker Dutra de Oliveira

Paranaíba-MS

2017

F443a Ferreira, Sander Silva

Análise sobre provas e a busca da verdade no processo penal/ Sander Silva Ferreira. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

170 f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Me Rilker Dutra de Oliveira.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Processo penal. 2. Verdade real. 3. Provas. I. Ferreira, Sander Silva. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

SANDER SILVA FERREIRA

ANÁLISE SOBRE PROVAS E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me. Rilker Dutra de Oliveira (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. Aires David de Lima
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Leonardo Dumont Palmerston
Promotor de Justiça na Comarca de Paranaíba-MS

Aos meus pais Adelino e Cleuza, fonte de inspiração e razão de todo meu esforço.

Ao meu irmão Thales e, também, companheiro nesta jornada acadêmica.

Por compartilharem dos meus objetivos e, a cada conquista, neles se realizarem.

Provas irrefutáveis do amor incondicional, base essencial de toda minha dedicação.

AGRADECIMENTOS

O encerramento desta etapa de minha formação acadêmica, conquistada com enorme esforço, se deve em grande medida ao apoio incondicional que encontrei em diversas pessoas com quem tive a honra e o deleite de conviver. Aos meus familiares, amigos, professores, enfim, cabe-me demonstrar, ainda que de forma singela, minha eterna gratidão.

Sendo assim, agradeço primeiramente aos meus pais, Adelino e Cleuza, e ao meu irmão Thales, família inspiradora, base essencial de todo meu esforço e dedicação. Apesar da intensa saudade acarretada pela distância, foram compreensíveis com todo o tempo abdicado e a distância natural do convívio normal que o presente trabalho impôs para que sua concretização fosse possível. Outrossim, agradeço a minha tia Luzia Rodrigues, cujo apoio com moradia foi indispensável para minha manutenção e, ainda, possibilitou-me o convívio com minha inesquecível avó Maria Aparecida.

Aos professores com quem tive oportunidade de conviver, tanto nas FIPAR quanto na UEMS, pessoas essenciais na moldura do conhecimento através dos preciosos ensinamentos propagados, pelo incentivo e toda confiança que me foi depositada, além de grandes incentivadores verdadeiras fontes de inspiração.

Devo, em especial, agradecer a minha paciente e querida orientadora, professora Muriel Amaral Jacob, pelo período que estive sob sua orientação, a quem passei a admirar profundamente e que apesar do pouco conhecimento e convívio até então, concedeu-me a honra de ser seu orientando, conferindo-me essa valiosa oportunidade, ao depositar a confiança necessária para a realização deste trabalho, apaziguando-me diante das inquietudes e propagando parcela de seu vasto conhecimento. Sobejará, enfim, minha profunda gratidão e eterna admiração não só pelos ensinamentos propagados em suas orientações e, também, junto ao Núcleo de Práticas Jurídicas que juntamente com as professoras Silvia Leiko e Rilker Dutra, apesar do período exíguo que lá estive, transmitiu Lições de Vida que levarei por toda minha existência.

A querida professora, e agora orientadora, Rilker Dutra de Oliveira, pessoa maravilhosa que transborda doçura e carisma, de alegria contagiante, sendo sempre um prazer

imenso estar em seu convívio, a quem desde as preciosas aulas de práticas, no quarto ano da universidade, passei admirá-la intensamente e que, de forma cordial, possibilitou-me a finalizar o presente estudo engajando nos objetivos já delineados e me instigando a concluí-lo. Pela contribuição imensurável para o êxito final deste estudo serei eternamente grato e a levarei, por toda minha vida, como grande inspiração. Tampouco posso deixar de agradecer a professora Delaine Oliveira Souto Prates a quem tenho grande admiração, talvez a grande incentivadora que tive nesses anos de universidade, com profundos elogios sempre depositou enorme confiança em minha capacidade.

Agradeço aos amigos de longas datas Fabio Ferreira e Vanessa Medeiros. Também as grandes amizades que construí na saudosa turma das FIPAR, em especial, ao grande amigo e companheiro de labuta por alguns anos Arthur Franco Garcia, exemplo de compaixão e companheirismo, com quem trilhei caminho similar e partilhei objetivos. Aos nobres colegas da UEMS, pela calorosa recepção e o convívio profundo desses quase quatro anos e pelas eternas amizades adquiridas, em especial, a dos amigos Raniel Oliveira, Dieimi Rufino, Edivaldo Camilo e Eduardo Venturini, a este, sobretudo, não só pelo exemplo de vida e inspiração, mas por sermos egressos de outra faculdade, trilhamos juntos caminhos semelhantes, compartilhamos objetivos e dividimos confidências, grande irmão que a vida me presenteou, a quem sempre torcerei incondicionalmente.

Por fim, agradeço a minha supervisora de estágio Renata Freitas da Silva Barbosa e a servidora Angela Maria de Paula pela paciência e ensinamentos, sem dúvidas, essenciais para minha formação acadêmica e, quiçá, profissional. Aos colegas do Cartório da 1ª Vara Cível e Criminal e demais servidores do Fórum da Comarca de Cassilândia-MS, pela recepção e convívio desses quase dois anos de estágio.

A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E a segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram o lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metade diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente estudo tem como tema de discussão a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto da prova no Direito Processual Penal, com enfoque crítico ao princípio da “verdade real” insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório. Nesse viés, a pesquisa tem por escopo compreender e fomentar, com arrimo na dogmática filosófica à conceituação de “verdade” para adentrar na discussão da verdade material como princípio processual, vista por muitos, como característica fundante do sistema processual penal que, historicamente, legitimou inúmeras barbáries em virtude da tão aclamada “verdade real”. Desse modo, diante da relevância dos bens tutelados na seara penal, busca-se estabelecer uma verdade fidedigna àquela do fato-crime justificando os amplos poderes instrutórios que o legislador ordinário outorgou ao magistrado na tentativa de obtê-la, porquanto o único meio de alcançá-la, ao menos em maior probabilidade, seria por meio das provas. Assim, infere-se que o Estado-Juiz, através do magistrado, deve estar convicto da verdade dos fatos para que possa prolatar sua decisão, pautada no anseio de justiça, seja condenatória para dar efetividade ao *jus puniendi* estatal condenando o agente criminoso, seja absolutória para manter em liberdade indivíduo sabidamente inocente, evitando a propagação de injustiças. No entanto, soa inadequado falar em verdade real no processo penal, porquanto inalcançável por variados motivos, dentre os quais, a total impossibilidade de reconstrução fidedigna do fato passado, além de inúmeros óbices impostos pela legislação que a impossibilita de ser alcançada a todo custo. Logo, percebe-se que o mito da verdade real, além de atarracar processos em prol de uma reconstrução fiel dos fatos, apenas tem fomentado o ranço inquisitorial ao legitimar e cultuar na lei adjetiva os arquétipos inquisitoriais de outrora, como aqueles previstos no art. 156, I, do CPP, em verdadeiro disparate ao sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988. Assim, refuta-se veementemente o termo “verdade real” por denotar-se um dogma fundante do processo penal no qual é impossível de obtê-la, mormente, à luz de um sistema penal garantista endossado com o advento da atual Constituição Republicana, devendo o acusado, doravante, ser tratado como sujeito de direitos e garantias processuais que não podem ser relegadas em virtude de uma verdade essencialmente inalcançável. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Processo Penal. Verdade Real. Provas.

ABSTRACT

The present study has as a topic of discussion the search for truth in the criminal process, through an analysis of the institute of proof in the Criminal Procedural Law, with a critical focus on the principle of "real truth" inscribed in article 156, I, of the Code of Criminal and motive process of the entire probationary system. In this bias, the research aims to understand and foster, with support in philosophical dogmatics, the conceptualization of "truth" to enter into the discussion of material truth as a procedural principle, seen by many as a fundamental characteristic of the criminal procedural system that, historically, legitimized innumerable barbarities by virtue of the much acclaimed "real truth." Thus, in view of the relevance of the protected assets in the criminal court, it is sought to establish a truth that is true to that of the crime, justifying the broad instructional powers that the ordinary legislator granted the magistrate in an attempt to obtain it, since the only means of achieving it, at least most likely, would be through evidence. Thus, it is inferred that the State Judge, through the magistrate, must be convinced of the truth of the facts so that it can proliferate its decision, based on the yearning of justice, condemning to give effectiveness to the *jus puniendi* state condemning the criminal agent, absolution to keep innocent individual free, preventing the propagation of injustice. However, it seems inappropriate to speak in real truth in the criminal process, since it is unattainable for various reasons, among them, the total impossibility of a reliable reconstruction of the past fact, besides numerous obstacles imposed by the legislation that makes it impossible to be reached at all costs. Therefore, it is evident that the myth of the real truth, in addition to encroaching processes for a faithful reconstruction of the facts, has only fostered the inquisitorial rancidity by legitimizing and worshiping in the adjective law the inquisitorial archetypes of yesteryear, such as those foreseen in art. 156, I, of CPP, in true disregard for the accusatory system, adopted by the Federal Constitution of 1988. The term "real truth" is thus strongly denied as a fundamental dogma of criminal proceedings in which it is impossible to obtain it, in the light of a guarantor criminal system endorsed with the advent of the current Republican Constitution, the accused should henceforth be treated as subject of rights and procedural guarantees that can not be relegated by virtue of an essentially unreachable truth. The methodology used in this research is of bibliographical and jurisprudential character, being consulted printed and virtual sources, through descriptive analysis and deductive method.

Keywords: Criminal Procedure. Real Truth. Proof.

SIGLAS

ADIN = Ação Direta de Inconstitucionalidade

apud = referido por

ampl. = ampliada

art. = artigo

atual. = atualizada

CF = Constituição Federal

CP = Código Penal

CPC = Código de Processo Civil

CPP = Código de Processo Penal

Dec. = Decreto

DJ = Diário da Justiça

ed. = edição

et. al. = e outros

HC = Habeas Corpus

in = em

in fine = no fim

Inq. = Inquérito Policial

in verbis = nestes termos

Min. = Ministro

n.p. = não paginado

p. = página

PL = Projeto de Lei

Rel. = Relator

rev. = revista

STF = Supremo Tribunal Federal

STJ = Superior Tribunal de Justiça

Vide = verificar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONCEITO E TEORIAS DA VERDADE	17
1.1. Conceito de verdade na filosofia	17
1.2. Teoria da correspondência	26
1.3. Teoria da coerência	28
1.4. Teoria do consenso	30
1.5. Teoria pragmática	31
1.6. Teoria semântica	33
1.7. Teoria da redundância	35
2. A VERDADE NO PROCESSO	39
2.1. Verdade histórica ou “dos fatos”	42
2.1.1. Verdade formal	46
2.1.2. Verdade real	50
2.1.3. A verdade material no processo civil	57
2.1.4. A verdade formal no processo penal	62
2.2. Verdade é finalidade do processo?	64
2.3. Algumas distinções: verdade, certeza, convicção	69
2.4. A prova como meio de obtenção da verdade	76
3. PROVAS	85
3.1. Conceito e finalidade	85
3.2. Meios de prova e momentos probatórios	93
3.3. Objeto da prova	101
3.4. A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz	110
3.5. Princípios que informam a atividade probatória	121
3.6. Provas ilícitas e ilegítimas	124
3.7. O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas	134
4. QUAL A VERDADE OBTIDA E UTILIZADA?	140
4.1. Desmistificação da verdade real	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS	162
REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

O presente estudo que tem em seu âmago a discussão sobre a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto das provas, possui um enfoque crítico ao denominado princípio da “verdade real” como princípio processual penal.

Partiu-se da premissa de que Direito e verdade estão intrinsecamente ligados entre si, fazendo-se uma reflexão entre o conceito de verdade, bem como sua aplicação no processo, além de uma ligeira análise sobre as provas no processo penal. Ao final, buscou constatar se a busca da verdade real é, de fato, possível de ser alcançada no processo penal diante dos limitados meios de cognição dos quais poderá o julgador valer-se na tentativa de reconstrução do fato criminoso.

Assim, para se chegar ao discurso da verdade real no processo penal e sua crítica, fez-se necessária uma ampla abordagem sobre a dogmática filosófica, com a finalidade de se determinar o que, filosoficamente, compreende-se por “verdade” para, a partir de então, traçarmos um paralelo com a famigerada verdade material e sua aplicação no processo.

De forma bem particular, o presente trabalho possui uma análise bem definida, no sentido de indagar se seria possível o alcance da verdade real no processo penal sem que nisso pudesse prejudicar os direitos fundamentais do indivíduo.

Sendo assim, a pesquisa em comento possui como pretensão propor uma reflexão crítica ao referido princípio que é tido, por muitos, como característica fundante do sistema processual penal no qual, em virtude dos bens tutelados, justificaria os amplos poderes instrutórios que o legislador atribuiu ao magistrado como forma de obtê-la.

Nesse sentido, aliás, não se possui por veleidade o esgotamento do tema, mas, de certa forma, visa-se à contribuição ao aperfeiçoamento do debate acadêmico no campo do direito processual penal, com o aprimoramento do conhecimento e a formação de novas ideias acerca de um tema já consolidado na clássica doutrina processual e, ainda, constantemente fomentado pelos nossos tribunais e jurisprudências pátrias.

Desse modo, portanto, a pesquisa denota-se salutar pelo contexto em que fora delineado, porquanto sob um viés humanístico buscou-se trazer à baila a abordagem de um tema com feições atuais no campo jurídico e doutrinário, constatando que, diante de um sistema processual penal eminentemente garantista, conforme adotado pela Magna Carta de 1988, não deve a busca pela “verdade real” funcionar como discurso para subjulgar o acusado, como se este fosse mero instrumento do processo.

Ademais, trata-se de uma temática propedêutica e com incidência em distintos campos do Direito, como do Direito Constitucional - em matéria de direitos fundamentais -, no Direito Penal e processual penal, além da dogmática da Filosofia etc., sendo, ainda, amplamente discutida pelos órgãos jurisdicionais e pela doutrina processual pátria.

O tema denota-se relevante por excelência, pois, busca trazer críticas construtivas à dogmática processual penal, na qual em virtude do discurso pela busca da verdade material tem legitimado posturas inquisitoriais do julgador no intuito de se alcançar a referida “verdade”, em nítida afronta ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, o assunto encontra-se intimamente ligado ao tema dos direitos fundamentais, em especial, no que tange ao direito de liberdade do indivíduo e/ou sua dignidade que poderão, conforme o caso, serem seriamente afetados.

A problemática que desencadeou na escolha do tema partiu, dentre outros fatores, da premissa conceitual do processo que tem no instituto da prova sua base central. Como se sabe, há no processo uma sequência de atos concatenados de forma lógica e que se destinam ao exaurimento da tutela estatal, através da prolação de uma decisão final que ponha fim aos litígios judiciais e que possa restabelecer a pacificação social.

Diante disto, surgiu a inquietude e indagações propostas neste trabalho que em seu transcorrer buscou compreender, através da dogmática filosófica, se seria possível sustentarmos que tal decisão, de fato, corresponda à verdade.

No processo penal, como se sabe, por lidar com direitos indisponíveis, caberá ao magistrado buscar uma verdade mais acurada, com maior fidelidade possível com a realidade ocorrida no delito, seja para aplicação da justa e correta reprimenda estatal, seja para manter em liberdade indivíduo comprovadamente inocente.

Neste contexto, a prova ganha relevância ímpar, pois é através dela que o julgador formará sua convicção acerca da (in) existência dos fatos narrados na exordial acusatória, sendo, pois, arbitrária e totalmente desarrazoada a decisão condenatória que nelas não se fundam.

Dessa feita, ante a indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados em matéria penal é que o legislador ordinário adotou o princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório. Por tal princípio subtende-se que, por estar em jogo à liberdade do indivíduo que poderá ser restringida, em prol do interesse público poderá o magistrado requisitar a produção de provas de ofício, não devendo contentar-se com a produção probatória ao encargo exclusivo das partes.

Assim, o presente estudo que se estruturou em quatro capítulos, fez-se no primeiro deles uma abordagem sobre o conceito de verdade, com arrimo na filosofia, buscando compreendê-la para ulterior análise da verdade como princípio processual. Desse modo, fez-se uma breve digressão sobre as variadas teorias da verdade, traçando suas nuances e características centrais.

Em linhas gerais, constatou-se não haver um critério único e seguro sobre a verdade, diversificando-se as teorias que propuseram a fomentá-la, dentre as quais, a teoria da correspondência, da coerência, do consenso, a pragmática, a semântica e da redundância, consignando-se o entendimento de que a verdade será, pois, contingente e relativa.

No segundo capítulo, traçou-se uma análise sobre a verdade no processo, partindo da noção afeta a cognição processual de que no processo penal visa-se à reconstrução, através da atividade probatória, do fato-crime ocorrido em momento pretérito, anterior à atividade processual, para que o magistrado que não o presenciou diretamente, convicto da verdade sobre os fatos, possa sentenciar o processo condenando ou absolvendo o acusado conforme o que restar provado.

Dessume-se, portanto, tratar-se de uma verdade histórica ou dos fatos que serão reconstituídos no processo, logo, o único meio de reconstruir a verdade dos fatos ocorridos no passado será por meio do instituto das provas.

Diante disso, fez-se uma breve abordagem entre a tradicional divisão de verdade formal aplicável ao processo civil e verdade real como ínsita do processo penal, buscando, logo após, rechaçar esta vetusta e indiscriminada divisão, na medida em que ambos os princípios encontraram guarida tanto numa quanto noutra seara processual.

Verificou-se, ainda, que para concretização de uma decisão justa, mister se faz que referida decisão não esteja desassociada da noção de que o processo, de fato, logrou êxito no alcance da verdade, pois, será útil que as pessoas creiam nisso, legitimando a decisão e acalmando os ânimos dos envolvidos na atividade processual. Assim, distinguiu brevemente os conceitos de verdade, certeza e convicção e, ao final do capítulo, deu-se realce a noção da prova como o único meio de se chegar à verdade no processo.

No terceiro capítulo, fez-se necessária uma abordagem mais acurada sobre o instituto das provas. Como se sabe, a atividade probatória se destina primordialmente a estabelecer, no processo, a certeza necessária para que o juiz possa julgar determinado fato convicto de sua veracidade, sobretudo, para lastrear eventual sentença condenatória.

Assim, objetiva-se superar o estado de dúvida e as incertezas constantes dos enunciados fáticos, eis que a instrução probatória converge para integral apuração dos fatos passados, sendo a prova meio idôneo para se chegar a tal desígnio, ao menos em maior probabilidade e/ou proximidade da realidade do que eventualmente ocorreu.

Relevante dizer que, entre outros aspectos, buscou-se trazer à baila o conceito de prova e sua finalidade, os meios de provas e o objeto da atividade probatória, bem como a distribuição do ônus da prova no processo penal.

Nesse tocante, aliás, realçou-se sobre a iniciativa probatória do magistrado no intuito de se chegar ao alcance da verdade material, buscando analisar se à luz do sistema acusatório, adotado pela atual Constituição Federal, se seria lícito a ampla iniciativa que se atribuiu ao juiz na colheita de provas.

Traçou-se, ainda, a abordagem acerca de alguns princípios concernentes a matéria das provas com a finalidade de se demonstrar que a atividade probatória deve-se fundar no fato de que o investigado, o réu, é sujeito de direitos e garantias processuais insuprimíveis e não mais objeto do processo.

Maior enfoque, entretanto, deu-se a questão da ilicitude das provas, trazendo-se a distinção feita pela doutrina acerca das provas ilícitas e ilegítimas, quais suas implicações na apuração da verdade e as limitações a tal vedação que possibilitam, conforme o caso, sua utilização no processo.

Assim, buscou trazer alguns motivos de ordem legal que podem funcionar como insuprimíveis óbices ao alcance da verdade real. Ao final do capítulo traçou-se, ainda, uma abordagem acerca das provas ilícitas e sua utilização no processo, através do princípio da proporcionalidade, quando denotar-se o único meio de comprovar a inocência do acusado.

Nesses casos, depreende-se que o Estado não deve coadunar-se com a propagação de injustiças, em verdadeiro disparate aos anseios de um Estado Democrático de Direito que, em tais situações, disseminaria a iniquidade em vez de propagar justiça e restabelecer a paz social.

Já ultimando a pesquisa, no quarto capítulo, buscou-se consignar qual a verdade obtida e utilizada no processo penal, visando elencar os principais motivos que nos leva a crer que o dogma da “verdade real” não passa de mero devaneio, um ideal utópico, senão uma ligeira ingenuidade.

Nesse sentido, realçou que seu discurso, em efeitos práticos, tem servido apenas para legitimar a adoção de arquétipos inquisitoriais como aqueles previstos no art. 156, I, do CPP,

em nítida afronta ao sistema acusatório, permitindo que ao juiz, imbuído na busca pela verdade material, possa usurpar função previamente definida pela Constituição Federal.

E, por fim, diante das variadas limitações, buscou-se demonstrar a verdade que se utiliza no processo penal e os fatores que a legitimam dando-lhe a validade necessária para sua preponderância no processo.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

1. CONCEITO E TEORIAS DA VERDADE

1.1. Conceito de verdade na filosofia

Cumpra, inicialmente, buscar compreender o conceito de verdade com arrimo na filosofia, pois, afinal, tal dogmática desde os primórdios incumbiu-se, com maior precisão, na busca em compreendê-la e conceitua-la.

Esclarece Sampaio (2010, p. 30) que a busca por sua essência “já remonta à criação da Era Cristã pelos ensinamentos bíblicos, pelo qual Pôncio Pilatos, após a afirmação da existência da verdade por Jesus, indagou a Este: ‘que é verdade?’”¹.

Não se deve, contudo, inclusive aos dias hodiernos, atribuir-lhe uma conceituação com feições absolutas e estanques, sendo, pois, variáveis consoantes os diferentes estágios sociais e, mais notadamente, com o próprio avanço do pensamento filosófico, passando, assim, ao largo de uma definição unívoca quanto ao seu conceito.

Com efeito, assevera Camello (2009, p. 02) que “refletir sobre a verdade na filosofia é, pois, transcender, de certo modo, as inúmeras pontuações e usos que o termo pode assumir na vida comum e até mesmo na atividade científica”.

Nesse sentido é imperioso frisar que “o conceito de verdade é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos, desde os tempos mais remotos, não existindo um conceito único ou um consenso sobre o assunto, diversificando as correntes filosóficas que discutem a esse respeito” (JACOB, 2015, p. 97).

Vale destacar, entretanto, que a busca pela essência da verdade é tão antiga tal qual a filosofia. Sendo certo, entretanto, que essa busca “visa atender os próprios anseios da alma humana [...]” seu nascedouro dar-se-á “[...] concomitantemente com o ser humano” (BARROS, 2013, p. 27).

Nesse sentido, pode se afirmar que “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, de acreditar que as coisas

¹ Acerca do tema, Marco Antônio de Barros relembra que no Evangelho narrado por João 18:33-38 (*BÍBLIA SAGRADA*, Antigo e novo testamento) que: Pilatos interrogou Jesus da seguinte forma: “És tu o rei dos judeus?” Respondeu Jesus: “Vem de ti mesmo esta pergunta ou te disseram outros a meu respeito?” Respondeu Pilatos: “Porventura, sou judeu? A tua própria gente e os principais sacerdotes é que te entregaram a mim. Que fizeste?” Respondeu Jesus: “O meu reino não é deste mundo. Se o meu reino fosse deste mundo, os meus ministros se empenhariam por mim, para que não fosse eu entregue aos judeus; mas agora o meu reino não é daqui”. Então, lhe disse Pilatos: “Logo, tu és rei?” Respondeu Jesus: “Tu dizes que sou rei. Eu para isso nasci e para isso vim ao mundo, a fim de dar testemunho da verdade. Todo aquele que é da verdade ouve a minha voz”. Perguntou-lhe Pilatos: “Que é a verdade?”.

são exatamente tais como as percebemos e o que as pessoas nos dizem é digno de confiança e crédito” (CHAUI, 2000, p. 112).

De certo modo, essa busca incessante visa atender os próprios anseios da alma humana, pois o homem não possui controle absoluto da verdade. Do ponto de vista universal, seu conhecimento sobre a verdade é apenas parcial. Conseqüentemente, as formidáveis descobertas científicas acumuladas pelos sábios apenas confirmaram nosso sentimento imanente de que existem outras verdades a descobrir (BARROS, 2013, p. 27).

A despeito da antiguidade dessa ambição, vale trazer à baila um trecho de *Meditações Metafísicas*, de Descartes² (1596-1650). Nesse sentido, vejamos.

[...] há já algum tempo eu me apercebi de que, desde meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras, e de que aquilo que eu depois fundei em princípios tão mal assegurados não podia ser senão mui duvidoso e incerto; de modo que me era necessário tentar seriamente, uma vez em minha vida, desfazer-me de todas as minhas opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo novamente desde os fundamentos, se quisesse estabelecer algo de firme e de constante nas ciências [...]. (DESCARTES, apud, JACOB 2015, p. 95-96).

Nesse aspecto, ainda sobre a dogmática filosófica de Descartes - um dos célebres propulsores na busca pela verdade -, no que tange ao seu inconformismo e inquietude em aceitar as verdades que lhe eram postas socialmente, impende-nos consignar os dizeres de Chauí (2000, p. 115) que ao colacionar as teses do referido filósofo com os apontamentos de Sócrates, preleciona a autora que:

Descartes começa sua obra filosófica fazendo um balanço de tudo o que sabia: o que lhe fora ensinado pelos preceptores e professores, pelos livros, pelas viagens, pelo convívio com outras pessoas. Ao final, conclui que tudo quanto aprendera, tudo quanto sabia e tudo quanto conhecera pela experiência era duvidoso e incerto. Decide, então, não aceitar nenhum desses conhecimentos, a menos que pudesse provar racionalmente que eram certos e dignos de confiança. Para isso, submete todos os conhecimentos existentes em suas épocas e os seus próprios a um exame crítico conhecido como **dúvida metódica**, declarando que só aceitará um conhecimento, uma ideia, um fato ou uma opinião se, passados pelo crivo da dúvida, revelarem-se indubitáveis para o pensamento puro. Ele os submete à análise, à dedução, à indução, ao raciocínio e conclui que, até o momento, há uma única verdade indubitável que poderá ser aceita e que deverá ser o ponto de partida para a reconstrução do edifício do saber.

Essa única verdade é: “Penso, logo existo”, pois, se eu duvidar de que estou pensando, ainda estou pensando, visto que duvidar é uma maneira de pensar. A consciência do pensamento aparece, assim, como a primeira verdade indubitável que será o alicerce para todos os conhecimentos futuros.

² DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os pensadores).

Para a filósofa Chauí (2000, p. 113) “a busca da verdade está sempre ligada a uma decepção, a uma desilusão, a uma dúvida, a uma perplexidade, a uma insegurança ou, então, a um espanto e uma admiração diante de algo novo e insólito”. Aliás, a referida filósofa assevera que:

Podemos, dessa maneira, distinguir dois tipos de busca da verdade. O primeiro é o que nasce da decepção, da incerteza e da insegurança e, por si mesmo, exige que saíamos de tal situação readquirindo certezas. O segundo é o que nasce da **deliberação** ou **decisão** de não aceitar as certezas e crenças estabelecidas, de ir além delas e de encontrar explicações, interpretações e significados para a realidade que nos cerca. Esse segundo tipo é a busca da verdade na **atitude filosófica**. (CHAUÍ, 2000, p. 114-115).

Socialmente, sob uma análise vulgar a despeito da verdade muito frequentemente a concebemos em distintos aspectos. Destarte, ao considerá-la como oposto de falsidade, atribuímos-lhe o sentido de atributo de proposições revestidas de um caráter lógico que, a princípio, não são refutáveis. Assim, entre os leigos dir-se-ão que tudo aquilo que não é falso, é, pois, verdadeiro ou vice-versa.

Desse modo, consubstanciando-se da visão de Carnelutti, o que se tem normalmente é um conhecimento parcial, posto que o atributo de verdade sob tal viés encontra-se comumente pautado não pelo conhecimento do “ser”, mas, ao revés, parte-se da noção do “não ser”. Ou seja, para chegar-se a verdade das coisas, além de conhecer o que realmente ela é, mister se faz saber também o que ela não é (COUTINHO, 2015).

Noutro prisma, entretanto, se considerar a verdade como oposto da mentira, geralmente são lhe atribuídas características de algo incontestado, condizente com a realidade ou que, por vezes, com esta guarda conformidade ou nela encontra guarida. Neste sentido, ao abordar, de forma antinômica, as variadas acepções de verdade socialmente concebidas, Chauí (2000, p. 126) aduz que:

1. O erro, o falso e a mentira se referem à **aparência** superficial e ilusória das coisas ou dos seres e surgem quando não conseguimos alcançar a **essência** das realidades (como no poema de Mário de Andrade, em que a garoa-neblina cria um véu que encobre, oculta e dissimula as coisas e as torna confusas, indistintas); são um defeito ou uma falha de nossa percepção sensorial ou intelectual;
2. O erro, o falso e a mentira surgem quando dizemos de algum ser aquilo que ele não é, quando lhe atribuímos qualidades ou propriedades que ele não possui ou quando lhe negamos qualidades ou propriedades que ele possui. Nesse caso, o erro, o falso e a mentira se alojam na linguagem e acontecem no momento em que fazemos afirmações ou negações que não correspondem à essência de alguma coisa. [...].

A verdade exige que nos libertemos das aparências das coisas; exige, portanto, que nos libertemos das opiniões estabelecidas e das ilusões de nossos órgãos dos sentidos. Em outras palavras, a verdade sendo o conhecimento da essência real e profunda dos seres é sempre universal e necessária, enquanto as opiniões variam de lugar para lugar, de época para época, de sociedade para sociedade, de pessoa para pessoa. Essa variabilidade e inconstância das opiniões provam que a essência dos seres não está conhecida e, por isso, se nos mantivermos no plano das opiniões, nunca alcançaremos a verdade.

Historicamente, sua concepção terminológica é também variável se diversificando ao longo dos séculos, nas mais variadas línguas. Desse modo, conforme esclarece Chauí (2000, p. 123):

Em grego, verdade se diz *aletheia*, significando: não oculto, não escondido, não dissimulado. O verdadeiro é o que se manifesta aos olhos do corpo e do espírito; a verdade é a manifestação daquilo que é ou existe tal como é. O verdadeiro se opõe ao falso, *pseudos*, que é o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser e não é como parece. O verdadeiro é o evidente ou o plenamente visível para a razão.

[...]

Em latim, verdade se diz *veritas* e se refere à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes, pormenores e fidelidade o que aconteceu. Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos; refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Um relato é veraz ou dotado de veracidade quando a linguagem enuncia os fatos reais.

[...]

Em hebraico verdade se diz *emunah* e significa confiança. Agora são as pessoas e é Deus quem são verdadeiros. Um Deus verdadeiro ou um amigo verdadeiro são aqueles que cumprem o que prometem, são fiéis à palavra dada ou a um pacto feito; enfim, não traem a confiança.

[...] A nossa concepção da verdade é uma síntese dessas três fontes e por isso se refere às coisas presentes (como na *aletheia*), aos fatos passados (como na *veritas*) e às coisas futuras (como na *emunah*). Também se refere à própria realidade (como na *aletheia*), à linguagem (como na *veritas*) e à confiança-esperança (como na *emunah*). (CHAUÍ, 2000, p. 124).

Conforme já mencionado alhures, a essência atribuída à verdade é, pois, variável consoante os diferentes estágios sociais. Assim, de forma incipiente, ao analisarmos o viés evolutivo dos sistemas probatórios, pode se destacar quatro fases dessa evolução intimamente ligadas a incessante busca pela verdade. Há, portanto, segundo Barros (2013, p. 52), as denominadas fases “primitiva (ou étnica); mística (ou religiosa); legal (ou da certeza legal) e moderna (ou da certeza moral)”, cujas nuances de verdade é nitidamente pautada, nos dizeres do eminente autor, por “avanços e retrocessos”, mormente nas primeiras fases marcadamente pelo ranço inquisitorial proeminente à época.

Com efeito, é sabido que “até pouco mais de cinco séculos atrás, a humanidade, na visão da cultura ocidental, vivia da firme convicção de que as suposições pregadas pela fé e

religião, correspondiam, de fato, à verdade [...]” (JACOB, 2015, p. 95). Nesse sentido, a verdade das coisas e dos relatos pautava-se, precipuamente, no pensamento divino, ou seja, “[...] a vontade de Deus é a verdade a ser seguida!” (SAMPAIO, 2010, p. 33). Não obstante, vislumbra-se tal correspondência nos períodos de Inquisição Católica, período em que os dogmas religiosos, pautados na vontade divina, eram tidos pela igreja como verdades incontestáveis, acarretando, como se sabe, aos que contra elas insurgiam, terríveis perseguições eclesiais em prol das denominadas verdades divinas.

Todavia, com o avanço científico e tecnológico as verdades pautadas na religião, concebidas até então por absolutas, são postas em xeque. Isto em razão de que a verdade, doravante, passa a ser assegurada através do método científico, cujo rigor e exatidão são enaltecidos e concebidos com maior idoneidade na busca pela verdade, porquanto experimentalmente comprovados.

Saliente-se, ademais, que tal anseio no aprimoramento do conhecimento exsurge como corolário natural da raça humana, pois, conforme assinalado por Aristóteles (1984, p. 11), nas linhas iniciais do livro I da sua obra *Metafísica*, traduzida por Vizenzo Cocco, “todos os homens têm, por natureza, o desejo de conhecer [...]”.

Na mesma linha de raciocínio, Jacob (2015) pondera que o método científico passa a ser utilizado como critério essencial para se estabelecer a verdade de determinada coisa, posto ser inerente ao ideal humano a incessante busca de se atingir a verdade e o conhecimento das coisas.

Em certa medida, com avanço da ciência às verdades místicas, baseadas na fé e sem comprovação empírica, passam a serem relegadas socialmente na medida em que a verdade científica, aquela empiricamente comprovada, faz “cair por terra” às várias verdades que em outrora foram concebidas como corretas e inquestionáveis. Vejam os seus dizeres:

[...] o avanço das ciências e o estabelecimento do método científico, a partir do século XVI, essa suposta “harmonia” da massa, baseada na fé, começa a se desmazelar e a verdade então concebida passou a ser aquilo demonstrado por meio de estudos e experimentos, fazendo cair por terra várias ideias até então estabelecidas como corretas.

Isso porque o ideal humano é a sede de conhecer. O homem, como ser pensante e racional que é, quer saber a verdade, atingir o conhecimento das coisas (JACOB, 2015, p. 96).

Por consectário, depreende-se que a veracidade dos fatos, dos relatos, das coisas, das proposições, enfim, dos arquétipos ideais comumente empregados à verdade, muito embora

sejam consensualmente aceitos no seio social, além de não absolutos, podem ser revestidos de caracteres transitórios e relativos, de sorte a manterem consonância com os avanços sociais, e, mais notadamente com o aprimoramento do método científico. Destarte, as proposições que antes eram tidas como verdadeiras e incontestáveis, serão como tal até que se comprovem em sentido diverso a sua inveracidade (FERRAJOLI, 2010).

Ora, à guisa de raciocínio, vale lembrar que em tempos pretéritos acreditava-se, veementemente, no âmbito da igreja católica, na teoria geocêntrica como verdade incontestável; por longo tempo, ademais, acreditou-se nos períodos das grandes navegações que a terra era quadrada; no Brasil Colonial acreditavam que os indígenas eram desprovidos de almas e, assim por diante. Tais ilações - muito embora já elididas nos dias hodiernos - por mais absurdo que nos pareçam atualmente, foram todas concebidas por verdadeiras em outrora.

Curial destacar, por oportuno, que nem no âmbito das ciências exatas onde há um maior rigor na exatidão dos resultados expressados por suas fórmulas e proposições, jamais se deve atribuir feições absolutas à verdade nela empregada. Com efeito, a título de ilustração vale lembrar que a teoria gravitacional de Isaac Newton foi, em seu tempo, fortemente confrontada por Albert Einstein através da Teoria da Relatividade.

Portanto, por mais robustas e consistentes que sejam determinadas “verdades científicas”, estarão sempre suscetíveis a serem rechaçadas ou reformuladas quando, com o advento de uma nova concepção de verdade amplamente aceita, forem taxadas como falsas ou inconsistentes e, por consequência, obsoletas.

Os cientistas não podem estar seguros de que suas conjecturas atuais são verdadeiras, nem mesmo que eles vão algum dia atingir a verdade ou que iriam saber, se atingissem mesmo a verdade, que o fizeram. Contudo, se a verdade deve ser não apenas um ideal, mas um ideal ‘regulador’ ou *que guia*, deve ser possível dizer, quando uma teoria substitui outra, se a ciência está se aproximando da verdade (HAACK, 2002, p. 164).

Neste sentido, ademais, denota-se pertinente à transcrição da precisa lição de Ferrajoli (2010, p. 52-53), ao asseverar que:

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir a asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.

Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como “verdadeiras” no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas. Ao máximo podemos – e devemos – pretender que, quando se descubra a falsidade de uma ou de várias teses de uma teoria, esta deva ser rechaçada ou reformulada. A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos [...].

Deflui-se do exposto, que a veracidade de uma assertiva judicial e as teorias científicas em razão de sua conotação relativa, será como tal até que nova tese ou teoria denote-se mais consistente ou condizente aos anseios e avanços sociais de determinada época.

Destarte, o que atualmente concebemos por verdadeiro poderá futuramente não permanecer incólume como tal, ocasião em que certamente será substituída ou reformulada por nova concepção de verdade que melhor se coadune aos anseios sociais, bem como aos constantes avanços culturais e científicos de referida época na busca e estabelecimento da verdade sobre algo.

Em outras palavras, a verdade de determinada coisa jamais poderá ser estabelecida por critérios estanques, pois ao estarem atreladas as distintas concepções de veracidade estabelecidos nas mais variadas formações sociais será, pois, aferida por critérios relativos e contingenciais a determinada época e formação social.

Assim, para Ferrajoli (2010) a impossibilidade de se estabelecer um critério seguro e satisfatório das teses judiciais se dá, sobretudo, porque são elas geralmente aferíveis pela plausibilidade dos conjuntos de conhecimentos preexistentes que temos a despeito da coisa cuja veracidade se perquirirá.

A história exemplifica que tampouco nas ciências mais rígidas, tais como à matemática e a física, não se deve atribuir valor absoluto e invariável as suas teorias. Malgrado haja em tais ciências um maior rigor na busca pela exatidão das fórmulas e resultados nelas expressados, poderão ser igualmente substituídas por outras teorias mais consistentes.

Desse modo, inexistirá uma verdade absoluta inclusive nas ciências exatas, podendo ocorrer que a verdade estabelecida em outrora já não mais se demonstre condizente ao

momento histórico e aos anseios da época em que é aferida e, por tal razão, seja taxada por inconsistente ou obsoleta.

Atualmente, chega-se a conclusões de que até mesmo na Física é determinada na busca de verdade, ou seja, ainda para as ciências exatas, a verdade somente é absoluta até que haja prova em contrário, deixando, portanto de ser verdade para se tornar uma não verdade. A verdade, portanto, mostra-se sempre relativa dependendo daquele que impõe a função de observá-la. (SAMPAIO, 2010, p. 23).

Muito embora já tenha sido exaustivamente abordado no bojo deste capítulo, repise-se que não há entre os filósofos uma conceituação unívoca de verdade, havendo, pois, inúmeras teorias filosóficas que ao longo da história se debruçaram na tentativa de conceituá-la. Os filósofos, contudo, nesta incessante busca em compreender o que de fato corresponda à verdade tende associá-la e obtê-la através da teoria do conhecimento. De fato, “o conhecimento só pode ser considerado “saber” na medida em que corresponde à verdade. Do contrário ele é erro. [...]” (JACOB, 2015, p. 97).

Nesse diapasão, no que concerne a busca pela essência da verdade, diversificam-se as teorias e correntes filosóficas que, geralmente pautadas em premissas assaz subjetivas, buscam lhe associar, entre outros fatores, a critérios de correspondência, coerência, consenso utilidade e redundância.

Infere-se, portanto, segundo Chauí (2000, p. 133), que a verdade “está na história e é histórica”, uma vez que eventual concepção de verdade, embora amplamente aceita e inquestionável a determinada época, poderá em outra formação social não permanecer incólume como tal e, certamente, será substituída ou reformulada por nova concepção de verdade que melhor se coadune aos anseios e perspectivas sociais de determinada época ou formação social.

As concepções históricas e as transformações internas ao conhecimento mostram que as várias concepções da verdade não são arbitrárias nem casuais ou acidentais, mas possuem causas e motivos que as explicam, e que a cada formação social e a cada mudança interna do conhecimento surge a exigência de reformular a concepção da verdade para que o saber possa realizar-se. (CHAUÍ, 2000, p. 133).

Neste sentido, ao analisar o dissenso filosófico e a concepção de verdade sob o viés histórico e evolutivo, Zilles (2005, p. 130) assevera que:

No empirismo lógico do século XX, inicialmente defendeu-se o princípio da verificabilidade como critério de verdade. Afirmava-se que uma proposição tem

significado se, e somente se, for verificável em termos empíricos. Mas logo se percebeu que tal princípio não é empiricamente verificável. Por isso foi abandonado em sua versão forte.

Na história da filosofia, citam-se como critério de verdade ora a evidência, ora a práxis, ora o consenso. Descartes e Husserl atribuíram importância à evidência da visão intuitiva como base de seus sistemas. O empirismo reserva a evidência para os dados dos sentidos. O marxismo considera a práxis como critério da verdade. O pragmatismo diz que verdadeiro é o que é útil. Habermas, com sua teoria do discurso e do diálogo, colocou em debate o novo critério do consenso.

Na realidade, sabe-se que dificilmente haverá entre os filósofos um consenso sobre o assunto, pois, segundo Reale (1999, p. 71), “a Filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão. A Filosofia, ao contrário, contenta-se com o rigoroso, que é perfectível por definição; [...]”.

Logo, depreende-se que a compreensão e a abordagem acerca das celeumas atinentes a busca da verdade serão, pois, variáveis de acordo com as correntes filosóficas que ao longo da história fomentaram as discussões a respeito de sua essência, dando relevo ao dissenso filosófico no tocante a busca, talvez utópica, de estabelecer um critério seguro e satisfatório de verdade.

Obviamente, no campo da filosofia, jamais se conseguirá obter um conceito exato de verdade, nem de nenhum outro conceito, pois é sabido que na filosofia não se pretende a exatidão e sim divagações profundas do ser humano, o que gerará, em virtude da subjetividade, vários pensamentos divergentes, de acordo com a individualidade de cada ser pensante. [...] (JACOB, 2015, p. 97).

Antes, porém, de se abordar sobre as teorias de verdade é interessante enfatizar os dizeres de Aristóteles (1984) para o qual, apesar da amplitude teórica e o dissenso filosófico no que tange a busca pela verdade, as variadas teorias estabelecidas denotam-se inconsistentes, quando isoladamente verificadas, a se estabelecer um critério seguro e satisfatório. Nesse viés, aduz o insigne autor que:

A especulação acerca da verdade é, num sentido difícil, noutro, fácil: a prova é que ninguém a pode atingir completamente, nem totalmente afastar-se dela, e que cada [filósofo] tem algo que dizer sobre a natureza, nada ou pouco acrescentando cada um à verdade, embora se faça do conjunto de todos uma boa colheita (ARISTÓTELES, 1984, p. 39).

Aduza-se, enfim, que sem desprezar a amplitude teórica existente acerca do tema, a abordagem que se fará a seguir buscará, de maneira categórica, fomentar a respeito das teorias da verdade sem, contudo, esgotá-las.

Desse modo, em que pese à profusão teórica existente, para não delongarmos a demasia, buscou-se realçar aquelas teorias cujo conteúdo, embora dissonantes entre si, possuem - cada qual - inegáveis contribuições e valores filosóficos nessa incessante busca pela verdade.

1.2. Teoria da correspondência

Para os adeptos desta teoria o critério de verdade é a adequação ou conformidade do pensamento ou da proposição com a realidade de determinada coisa, fato ou objeto racionalmente concebido. Deste modo, “a verdade consiste na correspondência entre a proposição, à afirmação ou a negação e aquilo que é (ou que não é) o caso” (ZILLES, 2005, p. 130). Portanto, “haverá um enunciado verdadeiro se houver correspondência com determinado fato” (JACOB, 2015, p. 97).

Pondere-se, todavia, que conquanto “o conceito de verdade da experiência cotidiana é que um enunciado é verdadeiro, quando corresponde aos fatos. O problema filosófico é saber se conhecemos a verdade”. (ZILLES, 2005, p. 129). Não obstante, sabemos que “as pessoas falam muito da verdade e até as defendem, mas o fazem sem qualquer trabalho intelectual ou meditação profunda. Quase ninguém, antes disso, se preocupa com indagações como: A verdade existe? Se existe, é universal? Que é a verdade? E assim por diante” (JACOB, 2015, p. 96-97).

Conforme destacado por Zilles (2005, p. 131), os princípios e premissas basilares dessa teoria assenta-se, inicialmente, nos pensamentos de Aristóteles, o qual ao destacar (em sua obra *Metafísica IV, 7*) que: “Negar aquilo que é, e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade”, estabelece, assim, uma noção de verdade-adequação na medida em que, segundo a máxima Aristotélica, “a verdade está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa”. Nesse sentido, complementa o autor, “uma coisa não é branca, porque se afirma como verdade que é assim; afirma-se como verdade que é assim, porque ela é branca” (ZILLES, 2005, p. 131).

Outrossim, vislumbra-se na máxima elaborada por Platão de que: “Verdadeiro é o discurso que diz as coisas como elas são; falso é aquele que as dizem como não são” (ZILLES, 2005, p. 131), estabelece-se - tal qual a máxima aristotélica - a noção de verdade consubstanciada pelo discurso ou pelo pensamento. Consigne-se, todavia, conforme destacado por Jacob (2015, p. 98), que “Platão busca a verdade em um mundo transcendente (o mundo

das ideias, distinto do mundo sensível) e Aristóteles a procura em uma ordem imanente ao mundo percebido, isto é, no mesmo plano em que desenvolvemos nosso contato prático e perceptivo com a realidade”.

Sem dúvidas, essa foi uma das teorias mais difundidas no âmbito da filosofia, dentre os quais Russell, Wittgenstein (HAACK, 2002), Moore, São Tomás de Aquino, entre outros, propuseram-se a fomentá-la.

Para a filósofa Haack (2002, p. 133) “tanto Russell quanto Wittgenstein, [...], deram definições de verdade como a correspondência de uma proposição com um fato”. Desse modo, sem destoar substancialmente da ideologia aristotélica de que a verdade encontrar-se-ia na linguagem, para tais filósofos “a interpretação da correspondência [...] está intimamente relacionada [...] com o ideal de uma linguagem perfeitamente clara” (HAACK, 2002, p. 135).

Nesse contexto, denota-se pertinente ressaltar os dizeres de Chauí (2000, p. 127) que ao abordar a verdade sob tal prisma – quando verificada através de critérios linguísticos -, ressalva que:

De fato, se a verdade está no discurso ou na linguagem, não depende apenas do pensamento e das próprias coisas, mas também de nossa **vontade** para dizê-la, silenciá-la ou deformá-la. O verdadeiro continua sendo tomado como conformidade entre a ideia e as coisas – no caso, entre o discurso ou relato e os fatos acontecidos que estão sendo relatados -, mas depende também de nosso querer.

Sem embargos a diversidade filosófica desta teoria, saliente-se que a verdade aferida por critérios de adequação e correspondência ao pensamento humano ganha proeminência filosófica a partir de São Tomás de Aquino que, ao estabelecer um critério à verdade ontológica, busca fazer “[...] jus às intuições vinculadas com a concepção aristotélica da verdade [...]” (JACOB, 2015, p. 98). No entanto, segundo Camello (2009, p. 6), “Tomás tem como cenário ontológico de fundo a realidade que é termo da ação criatural divina e para a qual o conhecimento humano se inclina, com o intuito de apreendê-la e de poder emitir um juízo verdadeiro e adequado a seu respeito”.

Com efeito, sob a visão tomista “a verdade de uma proposição é garantida pela correspondência entre o juízo do intelecto e a realidade intencionada” – *Veritas est adequatio rei in intellectus* (ZILLES, 2005, p. 131). Pondere-se, porém, que a expressão dessa verdade como se depreende é revestida de uma índole estritamente religiosa e, por vezes, autoritária. Desta forma, segundo Sampaio (2010, p. 31) “a verdade, por Tomás de Aquino, estará sempre presente, já que será criada pelo pensamento de Deus”.

Na determinação das coisas, Tomás de Aquino estabelece a existência de apenas uma verdade, já que a verdade é precisamente Deus. Por conseguinte, há possibilidade da determinação da verdade pelo conhecimento humano, o que impede seu julgamento. A mente não julga a verdade, mas julga segundo a verdade. O que atualmente geraria um romantismo jurídico, Tomás de Aquino definiu com precisão a imparcialidade jurisdicional, na qual o juiz julga conforme a lei, mas não a lei. Assim, a decisão deveria ser, na visão do filósofo, o reconhecimento da verdade, mas não a própria verdade. (SAMPAIO, 2010, p. 32).

Afere-se, portanto, sob a ótica do que se expos até aqui, que o critério da verdade como correspondência assenta-se na conformidade do pensamento ou do discurso com determinada coisa, fato ou objeto racionalmente concebido, de tal sorte que a conformidade do juízo ou relato que se diz verdadeiro denota-se transcendente ao plano da consciência (ZILLES, 2005). Há, pois, no âmago desta teoria, como premissa basilar, o conhecimento racional.

Aduza-se oportunamente, enfim, que sob o prisma da teoria abordada, depreende-se que o “fundamento da verdade do juízo é o ser, a existência real e efetiva” (ZILLES, 2005, p. 130), uma vez que, embora consubstanciada no discurso e/ou no pensamento humano, e, essencialmente, na relação de conformidade deste com o(s) objeto(s) ora analisado(s), faz-se salutar e indispensável à prévia noção e conhecimento de sua essência para que, a partir de então, havendo adequação do pensamento aos fatos possa-se emitir um juízo acerca da verdade neles expressados.

1.3. Teoria da coerência

Criada por Leibiniz e, posteriormente, difundida por Bradley (1846-1924), Hegel, Nicholas Rescher, entre outros (ZILLES, 2005); para tal teoria, em síntese, a verdade de uma proposição deve ser aferida e analisada, não de forma isolada, mas, através de um contexto em que, confrontada com outras proposições cientificamente corroboradas e, por vezes, já imbuídas na convicção humana, demonstre-se coerente com os estudos científicos para que seja considerada verdadeira. Neste prisma, havendo coerência entre os enunciados ora confrontados serão, pois, ambos verdadeiros, ao passo que sendo incongruentes, entre si, ao menos um deles será falso.

Observe-se que, tal teoria tem como ponto cerne a contradição dos enunciados ou das proposições. Destarte, uma vez confrontados dois ou mais enunciados, sendo contraditórios entre si, considera-se verdadeiro aquele que se demonstrar mais coerente com as convicções

humanas e que, por vezes, estejam em consonância com os estudos científicos que lhe dará – ou não - idoneidade.

Isto se dá porque, segundo Zilles (2005, p. 133), no âmbito desta teoria “a problemática tradicional da verdade transfere o centro de interesse do ser para o ‘pensar’, da realidade para a subjetividade, da natureza e alcance ontológico para os pressupostos e as condições de sua realização”.

Nesse sentido, a despeito do critério utilizado para se aferir a verdade através da coerência, impende-nos, por oportuno, consignar os dizeres de Ferrajoli (2010, p. 67), segundo o qual:

“[...] Precisamente, a coerência é o critério que implica considerar falsa uma proposição se estiver em contradição com outra reputada verdadeira ou se é derivável desta outra reputada falsa, e considerá-la verdadeira se é derivada de outra reputada verdadeira ou se estiver em contradição com outra considerada falsa”.

Ainda nesse viés, ao abordar acerca dos aspectos desta teoria, Zilles (2005, p. 134) destaca que:

A verdade de um juízo ou de uma proposição consiste na coerência desse juízo ou proposições com o sistema em que se insere. Portanto, a verdade não se refere, primariamente, ao objeto, mas ao sistema. Se uma proposição é verdadeira ou falsa, depende da coerência como ela se relaciona com outras proposições da mesma teoria. Quando houver duas proposições de uma teoria que se contradizem, pelo menos uma é falsa. O difícil é achar o critério para dizer qual é falsa. Certamente depende de sua coerência com outras proposições.
A teoria da coerência também pode ser formulação de caráter mais subjetivo: uma crença é verdadeira quando é coerente com minhas convicções.

Ademais, impende-nos colacionar a didática exemplificação de Ferrajoli (2010) ao enfatizar a aplicação da coerência como critério subjetivo utilizado pelo juiz na averiguação da “verdade provável” dos fatos. Assim, por exemplo, o juiz ao perquirir sobre a veracidade e confiança dos relatos de uma testemunha, obter-se-á tal idoneidade quando demonstrar-se coerente com os demais relatos e/ou com o cotejo probatório carreado aos autos. Nesse sentido, vejamos:

“[...] Quando um juiz impõe a uma testemunha que se comprometa a dizer toda a verdade, não lhe pede que não entre em contradição, mas que diga como ocorreram realmente as coisas; não se contenta com o fato de que subministre justificações cômodas ou plausíveis de seu depoimento, mas exige que este depoimento corresponda àquilo que seja de seu conhecimento. A coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato

e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra “verdadeiro” – como das palavras “confiável”, “provável”, “verossímil”, “plausível” ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximada das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas. (FERRAJOLI, 2010, p. 67-68).

Nesse diapasão, Taruffo (2014) aponta a coerência como uma análise semiótica do processo judicial quando ligados aos relatos cuja veracidade deva ser aferida através de sua coerência, senão vejamos seus dizeres:

[...] Em uma perspectiva um pouco diferente, uma teoria da coerência também é usada no domínio da análise semiótica do processo judicial, na qual se presta especial atenção aos <<relatos>> que narram às partes, as testemunhas e os advogados. [...] Nessa perspectiva, a coerência do <<relato>> desempenha um importante papel persuasivo e os meios de prova tendem a ser compreendidos como um suporte para um <<relato>> convincente. [...]. (TARUFFO, 2014, p. 26-27).

Como guisa de arremate, em termos mais sintéticos, pode se afirmar que a teoria da coerência entende “[...] a verdade como inserção infrangível de uma sentença no contexto geral das declarações científicas”, (HABERLE³ apud JACOB, 2015, p. 99), sendo assim “[...] dedutível por meio de uma correspondência lógica de um ditado com estudos científicos” (JACOB, 2015, p. 99). Deste modo, segundo Haack (2002, p. 137) “o teste da verdade de todos os enunciados que não sejam perceptivos deriva de suas relações com outros enunciados, os perceptivos, que se supõe serem verificados por confrontação direta com os fatos”.

1.4. Teoria do consenso

Sob a ótica desta teoria, que tem como expoente o filósofo alemão Jürgen Habermas, a compreensão da verdade se dá, na definição deste, com “a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual, entretanto, está sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal” (HABERLE apud JACOB, 2015, p. 99).

Logo, segundo Zilles (2005, p. 135) “a teoria do consenso baseia-se na experiência de que o conhecimento de uma pessoa depende de outras pessoas que também conhecem”.

³ HABERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

Assim, “a verdade não é uma simples propriedade de proposições” (ZILLES, 2005, p, 135), na medida em que o critério para aferi-la pauta-se no diálogo, fazendo-se necessário à aceitação deste por seus interlocutores. Sendo assim, um relato será veraz quando, amplamente discutido entre os participantes, haja um consenso e aceitação no tocante a sua veracidade.

Em que pese seu valor teórico, ressalte-se que, sob a ótica da teoria em comento, sua mazela consiste na hipótese em que, arrimada no discurso e na aceitação deste pelos seus participantes, através do consenso pode-se considerar como errôneo ou equivocado o discurso que, em essência, seria verdadeiro, rejeitando-o pelo fato de não haver entre os interlocutores um consenso e aceitação no que tange a sua veracidade. Outrossim, ao revés, pode-se aceitar como verdades as afirmações que, a princípio, são equivocadas, inverídicas ou errôneas, na medida em que no plano do discurso, embora deturpada sua veracidade, haja um consenso entre seus participantes no sentido de que tal relato seja veraz.

A teoria do consenso de Habermas tem limitações. Uma primeira dificuldade coloca-se porque iguala verdade e validade. Uma segunda é o critério do consenso discursivo. Sem discutir a reivindicação da validade de uma proposição, não parece evidente que a validade em todos os casos seja idêntica com a verdade. Por um lado, o consenso pode chegar a afirmar como verdadeiro um erro e, por outro, pode rejeitar o reconhecimento a verdades, como no caso das teses de Galileu. Se todos afirmam que o sol gira ao redor do planeta Terra, a maioria ou unanimidade democrática de modo algum asseguram a verdade. A concordância intersubjetiva de todos os parceiros parece ser apenas o aspecto externo da constatação da verdade, que como tal pode ser definida exclusivamente em proposições lógicas. Indicando os meios e o caminho para chegar a um consenso, ou seja, nomeando as condições e os pressupostos de uma situação idealista de linguagem, concentra-se no processo para chegar à verdade, mas não a definição da essência de verdade. O consenso não pode ser o último critério de verdade ou falsidade, sem recurso à experiência e a evidência e sem referência ao objeto (ZILLES, 2005, p. 135-136).

Deflui-se, portanto, que a verdade obtida através do consenso conduz, inexoravelmente, a exigência de que as pronúncias e os enunciados correspondam a uma argumentação comum e universal, amplamente aceita pelos seus interlocutores. A dificuldade, contudo, conforme destacado por Zilles (2005, p. 135), assenta-se na “exigência de mostrar a verdade de uma proposição, ou seja, convencer outros de que é verdadeira”, uma vez que situada no plano do discurso e do diálogo.

1.5. Teoria pragmática

Abordada por diversos filósofos, dentre os quais, Peirce, Ferdinando Schiler, John Dewey (ZILLES, 2005) Nietzsche, entre outros, teve, porém, seu apogeu filosófico com Willian James (1842-1910), para o qual uma crença seria verdadeira na medida em que produzisse bons efeitos. Desse modo, segundo Zilles (2005, p. 136), para os pragmáticos “é considerado verdadeiro o que é útil” e, por assim dizer, tudo o que é bom para nossa vida será, em certa medida, dotado de veracidade.

Em linhas gerais, “no pragmatismo há interesse apenas no resultado prático da investigação e não na sua essência. [...]. Assim, para os pragmáticos, tudo que for útil e eficaz mostra-se verdadeiro” (SAMPAIO, 2010, p. 23). Por conseguinte, conforme assinalado por Haack (2002, p. 140), depreende-se que “o significado de um conceito deve ser dado pela referência às consequências ‘práticas’ ou ‘experimentais’ de sua aplicação [...]”.

Afere-se, portanto, sob a ótica pragmática, que “um conhecimento é verdadeiro não só quando explica alguma coisa ou algum fato, mas, sobretudo quando permite retirar consequências práticas e aplicáveis” (CHAUÍ, 2000, p. 132). Desse modo, aduza-se que “a ideia fundamental do pragmatismo é que a essência dos objetos e das pessoas se expressa em seu comportamento e em suas ações, sendo determinada a partir dos efeitos” (ZILLES, 2005, p. 136).

Na realidade, segundo Reale (1999, p.169), “costuma-se dizer que para o pragmatismo o critério de verdade não é a adequação do sujeito ao objeto, mas a medida de sua conveniência sócio-cultural, como utilidade menor ou maior para o homem”. Assim, “uma verdade só é verdade porque vai ao encontro das exigências vitais do homem” (REALE, 1999, p. 169).

[...] a verdade do conhecimento para os pragmáticos consiste na concordância do pensamento com os objetos práticos do homem – naquilo, portanto, que provar ser útil e benéfico para sua conduta prática. Assim, o juízo ‘a vontade humana é livre’ é verdadeiro porque é apenas na medida em que demonstra ser útil e benéfico para a vida humana, especialmente para a vida em sociedade (SAMPAIO, 2010, p. 24).

Com efeito, a título de recapitulação, denota-se conveniente trazer à baila os dizeres precisos de Jacob (2015, p. 99) ao definir a teoria em comento. Nesse sentido, vejamos.

Na teoria pragmática, fundada, basicamente, no critério prático de coadunar a observação sensível de resultados, ou seja, empiricamente verificável, segundo a qual a verdade está nos resultados e aplicações práticas do conhecimento, aferível pela experimentação e pela experiência. Essa teoria sugerida por William James e por outros, é como se dissesse literalmente: uma proposição é verdadeira se houver vantagem prática em sustentá-la.

Depreende-se, por consequência, que “[...] uma ideia é verdadeira enquanto for útil para nossa vida crer nela. Se, por exemplo, a hipótese da existência de Deus satisfaz, produz efeito em nossa vida, é verdadeira” (ZILLES, 2005, p. 136). Tal silogismo, contudo, de correlacionar aquilo que nos é profícuo ao critério de verdade, certamente tornar-se-á incoerente quando a “não verdade” possa nos parecer útil, contrariando, assim, toda posição pragmática (SAMPAIO, 2010), na medida em que os filósofos adeptos desta teoria ao estabelecerem um arquétipo ideal consubstanciado na noção de verdade-utilidade, certamente, olvidaram-se de tais nuances.

1.6. Teoria semântica

Com inegável influência e aceitação filosófica, a teoria semântica da verdade cujo expoente é o filósofo polonês Alfred Tarski (1902-1983) tem, a princípio, seu interesse restringido à análise da “concepção aristotélica clássica de verdade”, como visto alhures de: “Dizer do que é que ele não é, ou do que não é que ele é, é falso, enquanto dizer do que é que ele é, ou do que não é que ele não é, é verdadeiro”. (HAACK, 2002, p. 144). Assim, segundo Haack (2002, p. 156), “Tarski expressa à expectativa [...] de que sua definição faça justiça à concepção aristotélica de verdade”.

Para tanto, em seus estudos o referido filósofo assevera que a definição de verdade terá de ser relativa a uma determinada linguagem, na medida em que ao considerar o dúbio aspecto de um enunciado, suscetível, ademais, a invariáveis paradoxos semânticos que, segundo Alfred Tarski, poderão ser elididos através de recursos metalinguísticos, determinada sentença “pode ser significativa em uma linguagem e falsa, ou não significativa, em outra”. (HAACK, 2002, p. 147).

Nesse sentido, sob a ótica desta teoria qualquer definição semântica de verdade, para ser aceitável, deve satisfazer uma condição material e outra de correção formal. Com efeito, sem se ater as minúcias, saliente-se que a condição material é exposta por Tarski, por meio de sua célebre formulação de que: “Cai neve é uma proposição verdadeira, quando de fato cai neve” (ZILLES, 2005 p. 138).

De outro modo, Haack (2002, p. 147) entende que o requisito formal “[...] diz respeito à estrutura da linguagem na qual a definição de verdade deveria ser dada, os conceitos que podem ser empregados na definição, e as regras formais às quais a definição deve se

conformar”. Nesse viés, imprescindível se faz que eventual definição de verdade seja, ao menos, materialmente adequada e formalmente correta para que, então, possa ser considerada satisfatória (HAACK, 2002).

Denota-se curial, por oportuno, colacionar os dizeres precisos de Ferrajoli (2010) para o qual a análise de ‘verdade processual’ conduz necessariamente a observância de ambos os aspectos supracitados (condição material e adequação formal), muito embora ao aborda-los lhe dê nomenclatura diversa, tais como “verdade fática” que, nos termos em que abordada, parece-nos estar ligada a noção de condição material, e, também, o que denominou como “verdade jurídica” que por igual silogismo parece-nos estar relacionada à ideia de adequação formal de que Tarski propôs. Nesse sentido, o referido autor aduz que:

Do meu modo de ver, pode-se deduzir uma caracterização semântica adequada destes dois conceitos dentro de um modelo ideal de jurisdição penal rigidamente cognitivo da definição de “verdade”, elaborada por ALFRED TARSKI, que é também uma estipulação geral das condições de uso do termo “verdadeiro”. Segundo esta definição, “uma proposição *P* é verdadeira se, e somente se, *p*”, onde “*P*” está para o nome metalinguístico da proposição e “*p*” para a própria proposição: por exemplo, “a oração ‘*a neve é branca*’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca”. Se aplicarmos esta equivalência ao termo “verdadeiro” tal como é predicável da proposição fática e jurídica, nas quais pode ser decomposta a proposição “Tício cometeu culpavelmente tal fato definido na lei como delito”, obteremos, por substituição, as duas seguintes equivalências: a) “a proposição *Tício cometeu culpavelmente tal fato* é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato”; e b) “a proposição *tal fato está definido na lei como delito* é verdadeira se, e somente se, tal fato está definido na lei como delito”. Estas duas equivalências definem, respectivamente, a *verdade fática* e a *verdade jurídica*, a respeito das quais servem para esclarecer as diversas referências semânticas, que no primeiro caso são os *fatos* ocorridos na realidade e no segundo as *normas* que a eles se referem. E definem, conjuntamente, a *verdade processual* (ou *formal*). Portanto, uma proposição jurisdicional será (processual ou formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido.

[...] a redefinição tarskiana não se compromete, ademais, com o propósito metafísico da existência de uma correspondência ontológica entre as teses das quais se predica a verdade e a realidade às quais elas se referem, mas limita-se a elucidar de maneira unívoca e precisa o significado do termo “verdadeiro”, como predicado metalinguístico de um enunciado. Não é, em suma, uma definição real, mas uma definição nominal. [...]. Esta teoria, com efeito, não subministra um critério objetivo ou realista de aceitação da verdade - que, como tem esclarecido o próprio Tarski, não existe -, mas se limita a indicar as condições de uso do termo “verdadeiro”, qualquer que seja a epistemologia adotada ou rechaçada (FERRAJOLI, 2010, 51-52).

Não é inócua, ademais, acentuar que esta concepção semântica de verdade sugerida por Tarski foi, por muitos, assegurada como uma versão mais adequada da teoria da correspondência. No entanto, malgrado haja certa afinidade teórica entre ambas, “Tarski não

se considera dando uma versão da teoria da correspondência, e sua condição de adequação material é neutra em relação à correspondência e outras definições” (HAACK, 2002, p. 161).

[...] parece ser uma razão bastante inadequada para tomar a teoria de Tarski como uma teoria da correspondência, pois a condição de adequação material, embora seu papel seja de eliminar algumas definições, certamente não identifica a teoria da correspondência como unicamente correta. Presumivelmente, ela permite, por exemplo, uma definição de redundância como a de Mackie (HAACK, 2002, 159).

Observa-se, portanto, que Tarski, ao elaborar a concepção semântica de verdade, busca em certa medida evitar os denominados paradoxos semânticos que os enunciados estão suscetíveis, ou seja, busca rechaçar os aspectos ambíguos concernentes a linguagem, o que faz através de recursos metalinguísticos, conforme alhures demonstrado. Assim, seria um paradoxo inadmissível, por exemplo, a “possibilidade de uma proposição ser verdadeira mesmo que ninguém acredite nela, ou falsa mesmo que todo mundo acredite nela” (HAACK, 2002, p. 162).

Nessa perspectiva, Meurer (2013, 172), em interessante pesquisa denominada “Tarski: concepção e definição de verdade”, colaciona os dizeres do filósofo polonês e preleciona que:

[...] Tarski não se conformava com situações antinômicas e considerava inapropriado trata-las de maneira superficial. “O aparecimento de uma antinomia é, para mim, sintoma de uma doença. Começando com premissas que parecem intuitivamente óbvias, recorrendo a formas de raciocínio que parecem intuitivamente certas, uma antinomia nos leva ao sem-sentido, a uma contradição⁴”.

Desse modo, buscando elidir tais paradoxos, conforme demonstrado em sua formulação de que: “A neve é branca’ é verdade se, e somente se, a neve é branca”, Tarski propõe a noção de adequação material e de condição formal, exigidos como critério satisfatório para aceitação da verdade.

1.7. Teoria da redundância

Na concepção desta teoria, introduzida por Frege e Frank P. Ramsey, tendo neste seu maior realce, a noção de verdade aqui empregada parte da ideia de “que os predicados ‘verdadeiro’ e ‘falso’ são redundantes no sentido de que eles podem ser eliminados de todos

⁴ Trecho retirado, segundo Meurer, de: TARSKI, A. Verdade e demonstração. In _____. *A concepção semântica da verdade*. Tradução de Celso Braidia et al. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 203-233.

os contextos *sem perda semântica*” (HAACK, 2002, p. 177). Desta forma, conquanto haja eliminação dos mencionados predicados (‘é verdadeiro’, e ‘é falso’), entende-se que o enunciado, ainda assim, manterá sua (in) veracidade quando implicitamente aferidos.

Pode-se dizer que tal teoria tem como ponto marcante a busca em estabelecer uma lógica textual, pautada na formação dos enunciados e do discurso que dele se faz, buscando evitar o excesso desnecessário ou a deficiência das informações. Em outros termos, conforme aponta Nespoli (2009, n. p.), em modesta pesquisa denominada “Teorias da verdade”, “[...] o universo da teoria da redundância é buscar as palavras certas para comunicar com maior eficiência”. Aliás, nesta teoria trabalha-se “[...] a lógica do texto, a ideia exata da informação sem redundância, sem excesso ou com deficiência de informação, ou seja, no ponto certo, na busca da verdade” (NESPOLI, 2009, n. p.).

Para o educador Nespoli (2009, n. p.) “[...] afirmar algo sobre um fato é igual a atribuir-lhe publicamente a verdade. E dar referência sobre quem afirma é o mesmo que pensar que é verdadeira também. Assim, a Teoria da Redundância passa o problema da verdade para a fonte [...]”.

Não obstante, nessa linha de raciocínio, imagine-se, hipoteticamente, que no processo judicial quando da oitiva de certa testemunha, afirma esta com veemência haver presenciado diretamente o evento criminoso em que “Tício agredira fisicamente Caio”, causando-lhe lesões corporais. O problema para se aferir a verdade aqui, sob a ótica do que propõe Ramsey, não estaria propriamente no discurso que tal testemunha venha proferir em Juízo, sendo indiferente que em seu relato diga “‘é verdadeiro’ que Tício agrediu fisicamente Caio” ou simplesmente afirme “Tício agrediu fisicamente Caio”.

Observe-se que ambos os enunciados dizem a mesma coisa, na última afirmação (Tício agrediu fisicamente Caio), embora despida do enunciado “é verdadeiro” a sua veracidade é implicitamente aferível, em virtude da axiologia que se atribui aos relatos de tal testemunha, na medida em que presenciara diretamente o fato delituoso quando de sua ocorrência.

Assim, no exemplo supracitado, dizer: “‘é verdadeiro’ que Tício agrediu fisicamente Caio” é redundante, podendo ser o predicado elidido do enunciado que, ainda assim, manterá o seu sentido bem como a sua veracidade. Igual raciocínio se faz para atribuir a inveracidade ou falsidade de um enunciado, usando, porém, o predicado “é falso” como bem sintetizou Ramsey.

Ramsey propõe eliminar ‘verdadeiro’, onde o que é dito ser verdadeiro não é explicitamente fornecido, mas apenas obliquamente referido, por meio de quantificação de segunda ordem: ‘O que ele diz é sempre verdadeiro’, por exemplo, deve ser explicado como significando ‘Para todo p , se ele afirma p , então p ’. [...] [...].

Contudo, se a análise se mostra contendo o predicado ‘é verdadeiro’, a verdade, por fim, não foi eliminada e, em última instância, ela não é redundante (HAACK, 2002, p 181-182).

Costa (2012, n. p.), em pesquisa intitulada como “A verdadeira teoria da verdade”, cuja versão fora publicada no *livro Paisagens Conceituais*, apregoa que:

[...] a teoria da redundância evidencia: não é que a atribuição de verdade a uma proposição é supérflua, mas que ela pode ser substituída por uma proposição julgada ou asserida, sem que tal atribuição venha linguisticamente explicitada. Como julgar uma proposição é o mesmo que pensar que ela é verdadeira, e como asserir uma proposição é o mesmo que atribuir publicamente verdade a uma proposição julgada, tudo o que a teoria da redundância realmente faz é varrer o problema da verdade para debaixo do tapete do problema da asserção, onde ele pode permanecer [...].

Logo, para Costa (2012, n. p.) “[...] o que faz com que a teoria da redundância pareça correta é a propriedade de nossas línguas naturais de usualmente não atribuir verdade às proposições de modo explícito, uma vez que o ato de asserir é tão frequente que a explicitação dessa atribuição se tornou supérflua”. Talvez por isso que Haack (2002, p. 177) destaca que para Ramsey “[...] não há realmente nenhum problema independente acerca da verdade, mas meramente uma confusão linguística”.

Isto porque, não obstante, caso o predicado (“é verdadeiro”, por exemplo) seja deslocado para o final do enunciado não podendo ser aferido de modo implícito, exige-se a sua pronúncia para manutenção do significado daquilo que se enuncia. Em síntese, elucida a filósofa Haack (2002, p. 181) que se: “Para todas as proposições p , se ele afirma p , então p é verdadeira”, estando, pois, o predicado ao final como exigência necessária para que haja inferência da verdade, não estaria como tal totalmente eliminada e, por isso, não seria redundante, contrariando a teoria exposta por Ramsey denotando aquilo que ele denominou como ‘confusão linguística’.

Portanto, na concepção clássica de Ramsey a redundância se dá quando ‘Para todo p , se ele afirma p , então p ’ (HAACK, 2002, p 181). Eis, portanto, a redundância expressada no enunciado “ p ”, consistente nos predicados “verdadeiro” e “falso”, cuja eliminação não afetaria na capacidade da compreensão daquilo que se profere. Sendo assim, ao enuncia-lo mesmo que ausente os referidos predicados, de igual modo, serão compreensíveis.

Logo, conquanto haja supressão dos referidos predicados, seja ele verdadeiro ou falso, ainda assim, será possível aferir a veracidade ou falsidade do enunciado, porquanto sendo a verdade obtida através de critérios linguísticos seriam eles redundantes e, portanto, implicitamente aferíveis.

2. A VERDADE NO PROCESSO

A busca da verdade, conforme se destacou no capítulo inicial deste trabalho, sempre foi uma questão intrigante, sendo seu alcance almejado nos mais variados ramos do “saber”. Viu-se, anteriormente, que a filosofia incumbiu-se, com maior precisão, na busca em compreendê-la sem, contudo, chegar-se a um consenso sobre o assunto, diversificando-se as teorias filosóficas quanto ao tema. Não há, pois, no âmbito da filosofia um critério único e seguro sobre o que de fato corresponda à verdade.

No processo, contudo, entende-se que para justa e correta aplicação do direito material ao caso concreto versado na demanda judicial, é imperioso que a “verdade dos fatos” trazidos à análise judicial do Estado-juiz esteja demonstrada na sentença que o magistrado irá prolatar quando finda a instrução probatória.

Há, pois, que se perquirir no seio processual uma reprodução fática com maior fidelidade com as narrativas feitas pelas partes a fim de se chegar, tanto quanto possível, a verdade dos fatos ocorridos. Tal ilação evidencia-se com maior clareza no processo penal onde geralmente a discussão judicial gira em torno de um dos bens jurídicos mais preciosos do indivíduo: a sua liberdade, devendo o evento delituoso ser elucidado da forma mais acurada possível.

De modo geral, o processo, além de outras funções, também se destinaria ao alcance da verdade para a justa e correta aplicação da lei, possibilitando, por meio da instrução probatória, chegar-se a tal desígnio.

Nesse ínterim, haverá por meio das provas a tentativa de reconstituição dos fatos passados, ora objetos da demanda judicial. Desse modo, antes, porém, de se fazer uma abordagem mais acurada os aspectos concernentes à busca da verdade no seio processual, cabe, por oportuno, buscar compreender a conceituação do processo e os escopos primordiais que lhe substanciam.

Inobstante, pode-se dizer que o processo consiste em uma sequência de atos concatenados em uma ordem lógica, denominada por procedimentos, que se desenvolvem em considerável decurso de tempo, objetivando a prolação de uma decisão final que possa findar os litígios e desavenças postos ao crivo do Poder Judiciário a quem incumbe solucioná-los. Conforme elucidada Medina (2016, p. 165) “trata-se de uma sequência ordenada, segundo o que a lei estabeleça. E a que se atribui um impulso constante, sob o controle de quem o preside [...]”.

Em outros termos, aduz-se que o processo é uma relação jurídica composta por uma sequência de atos concatenados entre si, previamente estabelecidos em legislação processual, destinando-se através de uma sequência lógica chegar-se a uma decisão final.

Seu desiderato primordial é, em certa medida, a tentativa de apaziguar os ânimos e desavenças dos litigantes, mediante uma imposição estatal que ponha fim aos litígios judiciais, culminando, em tese, na denominada pacificação social tida como aspiração máxima de toda sociedade.

É por meio do processo que se dá efetividade a alguns direitos constitucionalmente salvaguardados, tais como, o direito de ação e acesso à justiça. Sem embargos do exposto, a análise que se fará adiante gira em torno de saber se tal decisão de fato corresponda à verdade.

Como se notou, ademais, sedimentou-se no decorrer deste trabalho o entendimento de que nem as “[...] ‘verdades científicas’ não são absolutas, mas sim relativas, pois todas estão impregnadas de um conteúdo concreto, determinado pelas épocas históricas em que foram proclamadas. A verdade de um momento histórico não é a de outro” (BARROS, 2013, p. 26).

Ora, se não podemos falar em alcance da verdade nem nas ciências exatas, “já que foi desmistificado pelas teorias quânticas e da relatividade de Einstein” (SAMPAIO, 2010, p. 109), não nos parece crível que se possa atingi-la na seara processual de forma absolutamente fidedigna. Logo, a verdade em termos absolutos denota-se de difícil alcance no processo. Neste sentido, é o que assegura Ferrajoli (2010, p. 52). Vejamos:

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.

Dessa forma, denota-se conveniente a transcrição dos dizeres de Taruffo (2014), que ao abordar a dicotomia entre verdade absoluta e relativa realça que a primeira – verdade absoluta – seria pertencente ao domínio da religião e da metafísica, por vezes, inalcançável nas demais ciências cuja verdade empregada seria sempre relativa, ponderando, inclusive, que esta estaria afeta aos processos judiciais, senão vejamos:

De fato, a ideia de verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata de um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as

matemáticas não pretendem ser capazes de alcançar verdades absolutas; de fato a ideia de verdade absoluta parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica. Em verdade, em todo contexto do conhecimento científico e empírico, incluído o dos processos judiciais, a verdade é relativa. Na melhor das hipóteses, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de <<ideal regulador>>, ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real no mundo (TARUFFO, 2014, p. 25-26).

Em suma, Taruffo (2014) traz uma síntese bastante interessante e que possibilita, de antemão, vislumbrar a estreita relação que há entre o processo e a busca pela verdade. Com efeito, destaca o referido autor que a noção básica de um litígio tem como premissas certos fatos sobre os quais se baseia.

No processo penal, em face do princípio da legalidade, os fatos que se analisará em juízo serão aqueles previamente tipificados como crime e dos quais tenha o agente supostamente vindo a se delinquir com a prática do delito, devendo incidir a sanção penal caso comprovado sua culpabilidade e demais aspectos do crime.

Nesta ótica, havendo a transgressão do preceito normativo por parte do agente, caberá ao Estado dar efetivação ao *jus puniendi* que lhe é atribuído de modo a sancionar a quem, comprovadamente, tenha praticado conduta tipificada como crime. Haverá, pois, nesse conflito o interesse estatal em punir o autor do delito que, por vezes, buscará esquivar-se da reprimenda estatal.

Para tanto, para que se possa apurar como efetivamente se deu o fato narrado na peça acusatória é por meio do processo que se buscará a apuração dos fatos para a justa e correta aplicação da lei penal, seja para punição do verdadeiro culpado, seja para manutenção do *status libertatis* do indivíduo inocente, sendo a atividade probatória o meio idôneo para se alcançar tal intento.

Assim, busca-se através do processo, em especial, com a instrução probatória nele desenvolvida, chegar-se “a verdade dos fatos” com maior fidelidade possível ao que ocorreu em delito passado. Nesse compasso, a reconstituição dos fatos no seio processual deverá, inexoravelmente, pautar-se no respeito e observância do devido processo legal com todos seus consectários.

Destarte, a prova ganha importância ímpar para o processo, na medida em que visa reconstituir fato pretérito não diretamente percebido pelo julgador que, ainda assim, caberá a solução do conflito judicial aplicando o Direito ao caso concreto.

Logo, a verdade no processo será estabelecida e demonstrada através da sentença que irá o julgador proferir quando finda a instrução probatória. Eis, em suma, a síntese da lógica processual e sua relação com a busca da verdade, cabendo-nos a tentativa de, nos tópicos subsequentes, buscar fomentar de forma mais acurada alguns dos aspectos da busca da verdade no processo.

Assim, dentre outras pretensões, o presente capítulo tem por fito possibilitar a compreensão da verdade no processo para, por conseguinte, oportunamente, indagar-se à verdade consubstanciada na sentença estatal se, de fato, corresponda à verdade tal qual aquela idealizada no âmbito da filosofia ou, ainda, se como tal atenderia aos anseios de justiça.

2.1. Verdade histórica ou “dos fatos”

Inicialmente, cabe ressaltar que há no âmbito doutrinário entendimento de que no processo prevalece “uma ‘verdade histórica’, sendo definida como aquela que se procura obter com o propósito de assegurar a realidade de certos acontecimentos, de certos fatos realizados no tempo e no espaço” (BARROS, 2013, p. 25). Isto ocorre porque, conforme destacado por Lopes Junior (2016, p. 209), “[...] os fatos passados não são passíveis de experiência diretas, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos”.

Não obstante, pode se afirmar que “o processo penal é uma recepção natural de fatos históricos, tornando necessária a degustação dessas informações para que haja uma demonstração próxima da realidade” (SAMPAIO, 2010, 160). Assim, entre os processualistas modernos há uma clara “[...] preocupação em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 30).

Diante disso, Lopes Junior ⁵ (in PEREIRA, 2016, p. 74) sustenta ser inadequado falar-se em verdade (sobretudo, na denominada verdade real) na reconstituição de fatos pretéritos. Vejamos os seus dizeres:

Não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real). É absurdo equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *A verdade e prova no processo penal*. (org), 2016 p. 74.

flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo.

Conforme elucidação feita por Sampaio (2010, p. 165) “o processo, indubitavelmente, possui a função de regularizar uma situação processual, mas também de reconstruir um fato histórico, que deverá ser demonstrado através da prova sob o crivo inafastável do contraditório”. Em outras palavras, para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a correta e adequada reconstrução dos fatos com a estrita e necessária observância das garantias individuais do acusado.

Daí dizer que “no campo do Direito processual destaca-se o vínculo umbilical que liga a reconstituição histórica dos fatos ao dever estatal de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos” (BARROS, 2013, p. 27). Assim, para Barros (2013, p. 27) no seio processual descobrir a verdade “é oferecer conhecimentos capazes de convencer alguém (no caso o julgador) da existência ou inexistência de determinado fato, ou seja, uma relação de identidade, de adequação ou de acordo entre nosso pensamento e as coisas que constituem seu objeto”.

Logo, nesta ótica, para que se possa assegurar ao indivíduo uma prestação jurisdicional justa, a busca da verdade deve ser fomentada no processo penal, não obstante as limitações naturais e processuais atinentes ao seu alcance e que, invariavelmente, devem ser compatibilizadas com tal busca. Neste prisma, parece coerente e totalmente plausível a assertiva de “que a verdade é elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir. Todavia, nem sempre o intento é alcançado com sucesso.” (BARROS, 2013, p. 29).

Ferrajoli (2010) ressalta que as verdades processuais não são diretamente acessível pela experiência empírica do julgador e, por isso, deduz-se tratar de um tipo de “verdade histórica”, relativas a fatos passados, insuscetíveis de experimentação direta pelo magistrado. Nesse sentido, esclarece o autor:

A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de *classificatória*, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal. Ainda quando tanto as proposições judiciais de fato quanto as de direito sejam teses empíricas de forma existencial ou singular, compartilham com as teses das teorias científicas a não suscetibilidade a uma verificação experimental direta, como a permitida pelas proposições empíricas de observação (FERRAJOLI, 2010, p. 54).

Na realidade, em matéria processual “quando se fala da verdade de um fato, [...] fala-se na verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio” (TARUFFO, 2014, p. 19). Nesse viés, conforme destaca Taruffo (2014, p. 19), “as proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, são o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como o meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio”.

Resulta daí, em face de tais circunstâncias, que o julgador na reconstrução indutiva dos fatos em litígio possa não lograr êxito em reconstitui-la de forma fidedigna, dando azo para as dúvidas e incertezas, contrariando toda aspiração processual pela busca da verdade e esclarecimento dos fatos. Com efeito, pode ocorrer que “relativamente ao conhecimento de um determinado fato, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou de certeza” (MALATESTA, 1996, p. 19).

Daí a inferência de que, embora se utilize critérios distintos na busca pela comprovação dos fatos alegados em juízo, “a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza” (OLIVEIRA, 2017, p. 465).

Realmente aqui, conforme destacam os processualistas Marinoni e Arenhart (2015, p. 33), seria “[...] difícil legitimar as decisões judiciais caso não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais incidem. Afinal, como fazer o cidadão crer na legitimidade das decisões se essas não declarassem que a hipótese, sobre a qual incide, configurou-se na realidade?”.

Assim, segundo esclarecimentos de Oliveira (2017, p. 174), “por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do *fato delituoso*), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional”.

Nesse sentido, para Lopes Junior (*in* PEREIRA, 2016, p. 74) deve-se “considerar que o processo penal tem por finalidade – através da prova – fazer a reconstituição de um fato histórico (crime) e que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista [...]”.

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas produzidas em contraditório, pretende criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento

desse fato legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR *in* PEREIRA, 2016, p. 78)⁶.

Contudo, “a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 39).

Como se sabe, “o julgador não esteve presente à realização dos fatos; a análise do que ocorreu, portanto, há de passar tanto pela subjetividade das testemunhas que presenciaram o evento quanto pelo do juiz, distorcendo-se com isso duplamente os fatos” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 45).

O crime é história, passado, e, como tal, depende da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. [...]. Não há dúvida de que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção. Isso, sem considerar a intenção de deturpar, pois parte da premissa da “boa testemunha”, o que é uma ilusão (LOPES JR *in* PEREIRA, 2016, p. 75)⁷.

Dessarte, o julgador em tal reconstrução dos fatos jamais deve excluir, terminantemente, a ideia de que os fatos possam ter-se dado de forma distinta que, no entanto, não restou provada.

Portanto, o resultado desta reconstrução processual dos fatos expressada na sentença judicial dificilmente refletirá de forma absolutamente fidedigna a verdadeira realidade fática, de sorte a excluir toda e qualquer possibilidade de que os fatos possam, eventualmente, ter-se consolidado de outra maneira não trazida a lume no processo.

Assim, tem-se entendido na doutrina ser impossível de se atingir de forma fidedigna a verdade sobre certo evento histórico, o que diante da reconstrução indutiva ou dedutiva que se faz no processo torna-se mais evidente.

Deveras, o conceito de verdade é algo absoluto ou como destacou “Santo Agostinho [...]: *Verum est id quod est* – a verdade é o que é” (BARROS, 2013, p. 22). Logo, conforme elucidação de Marinoni e Arenhart (2015, p. 41), por ser seu conceito algo absoluto, “somente pode ser atingido quando se tenha por certo que determinada coisa se passou de tal forma,

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *A verdade e prova no processo penal*. (org), Gazeta Jurídica, 2016, p. 78.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Ob. Cit.*, p. 75.

excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade”. Obviamente, essa possibilidade extrapola os limites humanos, ante ao seu subjetivismo e falibilidade.

2.1.1. A verdade formal

A doutrina tradicional, como se sabe, sempre inclinou a crer que a verdade como princípio processual caracterizava-se pela maior ou menor conveniência de investigação empregada na busca pela verdade, subdividindo-se em verdade formal e verdade material, estando esta (verdade material) afeta ao processo penal, ao passo que àquela (verdade formal) estaria relacionada aos escopos do processo civil.

Pode-se afirmar, em síntese, que pelo dogma da verdade formal tem-se por primazia, como nítida opção legislativa, encerrar os litígios ou abreviar o restabelecimento da paz social sem, contudo, exigir que o juiz para tanto diligencie *ex officio* na obtenção da verdade plena dos fatos, contentando-se com a verdade projetada pelas partes no seio processual através das provas por elas coligidas aos autos (BARROS, 2013).

Deflui-se, dessa ótica, que “o conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma ‘ficção’ de verdade”, bastando, para o processo civil, que o fato a ser provado “fosse considerado *juridicamente* verdadeiro” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 35).

Trata-se igualmente de vetusto dogma, segundo o qual, permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso de aplicação do princípio da verdade material. Enquanto deste último se extrai o aceite à intervenção na colheita de provas por parte do aparelho estatal incumbido de exercer a *persecutio criminis*, no campo da verdade formal firmou-se a ideia de que a produção jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas pelas partes. Ou seja, entende-se que em tal caso é mínima, ou até inexistente, a iniciativa do juiz na produção de prova com o intuito de se descobrir a verdade. (BARROS, 2013, p. 35).

Nessa perspectiva, Cardoso (2009, p. 183) sintetiza o referido princípio como sendo relacionado à menor interferência do magistrado na instrução probatória. Vejam seus dizeres:

Tradicionalmente, os princípios da verdade formal e material, conforme já introduzido, se relacionam à fase de instrução probatória dos fatos. O primeiro traduz-se na mínima ou inexistente iniciativa do juiz na produção das provas e teria aplicação no sistema processual civil, relacionando-se com o princípio dispositivo. Dessa forma, na apuração da verdade formal, o Estado-Juiz, *a priori*, “pode satisfazer-se com a verdade formal, entendida esta como aquilo que se reputa verdadeiro em face das provas carreadas aos autos”, representando a aplicação do brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não

está no mundo). O magistrado contentar-se-ia com a verdade projetada pelas partes nos autos do processo, não precisando atuar *ex officio* na fase probatória. Assim, em razão da busca pela verdade formal, no processo civil se admitiriam as presunções *juris tantum* da verdade, a exemplo dos efeitos da revelia [...].

Em geral, tal outorga legislativa que permite uma postura mais indulgente ao juiz no processo civil, exigindo-lhe uma postura menos ativa na obtenção e colheitas das provas, contentando com o que lhe é disposto nos autos, limitando-se a análise e preservação de sua legalidade processual, incide-se com maior relevo sobre aqueles direitos passíveis de transação entre as partes, e, portanto, disponíveis, “sem que nisto haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional” (BARROS, 2013, p. 36). Nesse prisma, saliente-se que não convém ao Poder Judiciário maior ingerência estatal, criando empecilhos a rápida solução da lide sob o discurso da busca pela verdade fática.

Partindo desta premissa, Marinoni e Arenhart (2015, p. 36) enfatizam que “o processo civil, por lidar com bens menos relevantes que o processo penal, pode-se contentar com menor grau de segurança, satisfazendo-se com um grau de certeza menor”.

Em suma, para os referidos autores, poderá o julgador limitar-se a dar “mais relevo à observância de certos requisitos legais da pesquisa probatória (por meio da qual a comprovação do fato era obtida) do que ao conteúdo da prova” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 36).

Neste sentido, preleciona Rangel (2015, p. 9) que ao considerarmos “[...] que o direito é disponível para as partes e que as mesmas podem sobre ele transigir, torna-se desnecessária a investigação da verdade processual no processo civil”.

Em sentido adverso, esclarece Jacob (2015, p. 109) que, diferentemente do Direito Civil, “[...] na seara penal, ainda que o órgão acusador se persuada da inocência do réu, não é permitido transacionar, fora do Juizado Especial, podendo o juiz proferir sentença condenatória a despeito do uniformizado entendimento das partes”.

Como corolário desta concepção de inércia estatal no que tange a instrução probatória, segundo esclarecimentos de Lima (2017, p. 67) houve o entendimento de que ao “magistrado se reservava uma postura passiva, não devendo influir na produção de provas, matéria de atribuição exclusiva das partes. Ao final do processo, caso tivesse dúvida acerca dos fatos, deveria julgar o litígio segundo a verdade formal”. E, arremata o autor, que “somente quando a relação material fosse indisponível é que se admitia que o juiz determinasse a produção de provas *ex officio*” (LIMA, 2017, p. 67).

Resulta daí, sob a ótica deste princípio, que a atuação estatal – através da figura do juiz – deve se dar em caráter excepcional, de forma supletiva quando, para o deslinde da causa, for imprescindível para formação de sua convicção a despeito da veracidade dos fatos alegados, necessitando que o magistrado, para tanto, diligencie *ex officio* na instrução probatória a fim de dirimir eventuais dúvidas e incertezas intransponíveis que, por vezes, não foram sanadas pelas provas já carreadas aos autos.

De certo modo, tal maneira de pensar realça, com certa ênfase, o princípio “dispositivo, segundo o qual somente as partes levam ao processo o material probatório” (LIMA, 2017, p. 67), alçando-lhe ao patamar de princípio motriz do sistema probatório civil, sobretudo, nas demandas em que se discuta acerca de direitos com conotações transacionáveis, mormente, aqueles exclusivamente patrimoniais.

Todavia, em que pese os argumentos até aqui expendidos, saliente-se que a afirmação de que a justiça civil não está nada - ou ao menos em menor proporção - imbuída na busca pelo estabelecimento da verdade dos fatos em litígio, pode nos soar paradoxal uma vez que a noção substancial da exigência da prova é primordialmente estabelecer a verdade dos fatos, destinando-se a produzir no seio processual a noção de justiça consubstanciada pela decisão estatal. Contudo, sob tal viés denota-se pertinente à colação dos dizeres de Taruffo (2014, p. 22-23) ao destacar que:

Desse ponto de vista, a verdade dos fatos em litígio não é um objetivo em si mesmo, nem o propósito final de um processo civil. É mais uma condição necessária (ou um objetivo instrumental) de toda decisão justa e legítima e, em consequência, de qualquer resolução apropriada e correta da controvérsia entre as partes. Por conseguinte, a verdade não é um objetivo final autossuficiente, tampouco uma mera consequência colateral ou efeito secundário do processo civil: é apenas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa. Uma vez que o processo judicial tem por objetivo render justiça, e não simplesmente resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade, como condição de justiça, na decisão dos casos.

Sob a ótica do famigerado princípio, ressalta Marinoni e Arenhart (2015, p. 35) que caberá ao “[...] juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo por completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame”.

Assim, não lhe é conveniente busca-la a todo e qualquer custo, posto que o encargo probatório concernente a direitos disponíveis interessam, ao menos em maior parcela, aos litigantes a quem incumbirá demonstrar a veracidade de suas alegações através das provas moralmente legítimas e legalmente admissíveis.

De fato, vislumbra-se certo predomínio da verdade formal no Processo Civil, sobretudo, porque a referida legislação processual traz inúmeros dispositivos que, diante da inércia das partes em realizar determinados atos que lhe é atribuído, implicarão nas denominadas presunções de veracidade em seu desfavor. Tais presunções, conquanto sejam passíveis de prova em contrário não se olvide que a desídia da parte, nesses casos, poderá lhe acarretar efeitos nefastos na medida em que o julgador poderá contentar-se com elas sem que demande demais esforços na instrução probatória.

Em síntese, segundo Rangel (2015, p. 10), no Processo Civil há “possibilidade de serem aceitas presunções, ficções e as transações, afastando, assim, a verdade material”. Nesta perspectiva, Marinoni e Arenhart (2015, p. 36) retratam que no Processo Civil há “uma relação de custo-benefício: entre a necessidade de decidir rapidamente e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância do primeiro”.

Cuida-se de uma opção [...] mediante a qual se acolhe o princípio da verdade formal como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social. Ideal seria que todo processo judicial aflorasse naturalmente a verdade plena dos fatos. Mas como isso é quase impossível de ser concretizado, sobrevém, na prática, a opção política que pretende abreviar a solução de determinados conflitos de interesses, para os quais o Estado-Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes no processo. Por isso o magistrado não se dispõe a empreender toda sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade do fato, sem retoques. Logo, a verdade formal também é produto da inteligência humana, que podendo não ser coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais à chamada “verdade judicial”. Isto não corrompe a decisão que encerra o processo, pois a providência jurisdicional assim declarada repousa num conjunto probatório do qual emerge a verdade formal, também chamada de verdade convencional, fracionada ou limitada, sem que nisto haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional. (BARRROS, 2013, p.35-36).

Neste sentido, é que podemos destacar que a inércia do réu em contestar a ação na qual é demandado, o juiz - observado as ressalvas quanto aos efeitos da revelia - poderá considera-lo como revel e presumir-se por verdadeiros as alegações de fato formuladas pelo autor na exordial, em consonância com as prescrições dos artigos 344 e seguintes do Código de Processo Civil.

Entretanto, sob a ótica do atual diploma processual é curial ressaltar que não verificando a ocorrência dos efeitos da revelia, a mando do juiz deverá o autor especificar as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado (art. 348, CPC). Logo, segundo o entendimento de Nucci (2016) há no dispositivo em comento uma mitigação da busca pela verdade formal.

Outrossim, a título de ilustração, vale relembrar que o já revogado Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu bojo dispositivo pelo qual presumia-se autêntico o documento particular produzido contra a parte que instada a impugna-lo, no prazo de 10 (dez) dias, mantém-se silente. No atual contexto processual, sob a ótica do artigo 411, III, do CPC/2015, considera autêntica a assinatura de documento juntado por uma das partes e não impugnado pela parte adversa.

Ademais, Barros (2013) traz a lume o exemplo do depoimento pessoal, quando a falta ou o silêncio da parte intimada implicaria em confissão (art. 139, VIII, CPC/2015). Como se sabe, a confissão no processo civil gera como consequência, além da presunção de veracidade, a dispensa de produção de prova podendo o juiz considerá-la ao fundamentar sua decisão, sem, contudo, demandar esforços mais acentuados pela busca da verdade material.

Todavia, para evitar certos equívocos denota-se salutar a transcrição da advertência feita por Barros (2013, p. 36) segundo o qual, embora presumida a veracidade das alegações que por inércia ou desídia da parte não foram elididas ou impugnadas, não se trata de uma “verdade destituída de qualquer suporte probatório, pois à presunção em espécie deve ser fruto de uma dedução lógica. Até porque, como diziam os romanos, *ubi non potest cadere veritas, ibi fictio non cadit* (onde não se pode admitir a verdade, aí também nem a ficção)”.

2.1.2. A verdade real

Conforme se expôs nas linhas iniciais do tópico precedente, na cultura doutrinária clássica predominava o entendimento de que o princípio da verdade real estaria intrinsecamente ligado aos anseios do Direito Processual Penal, justificando-se pela relevância dos bens aqui tutelados.

Nessa ótica, exige-se do julgador uma postura ativa na busca pela verdade não devendo se contentar com as provas trazidas pelas partes ao processo, outorgando-lhe a possibilidade, sempre que necessário, de determinar *ex officio* a produção de provas que reputar convenientes e imprescindíveis para formação de sua convicção a fim de se chegar à verdade real dos fatos subjacentes, os quais lhe darão subsídios para sentenciar condenando ou absolvendo o acusado.

Para o Processo Penal, afinal, “nunca foi suficiente aquilo que tem aparência de verdadeiro” (BARROS, 2013, p. 33). Acredita-se, assim, que “é por meio da aplicação do princípio da verdade material que o juiz passa a conhecer a verdade como ela é, despida de

qualquer artificialismo” (BARROS, 2013, 34). Por tal razão, Capez (2016, p. 101) sustenta que “é dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença”.

[...] no âmbito processual penal, estando em discussão à liberdade de locomoção do acusado, direito indisponível, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, sempre na busca da verdade material. Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual (LIMA, 2017, p. 67).

Nesse sentido, Cardoso (2009) ao discutir acerca da intangibilidade da verdade absoluta e a dicotomia entre verdade real e formal, assevera que o referido princípio caracteriza-se pelos amplos poderes instrutórios conferidos ao magistrado na busca pela verdade material tão perquirida no processo penal, senão vejamos seus dizeres:

[...] no processo penal o juiz somente deveria se contentar com o descobrimento da verdade material, tendo em vista a natureza de ordem pública das questões discutidas. Por essa razão, o magistrado teria amplos poderes instrutórios para determinar de ofício diligências que convir necessárias para o esclarecimento dos fatos, relacionando-se com o princípio da livre investigação das provas, não sendo admitidas as presunções *juris tantum*, ao contrário, o réu tem direito de permanecer calado, de sorte que seu silêncio não gera presunção de que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros, ou seja, que o réu praticou o ato criminoso (CARDOSO, 2009, p. 183).

Sob a ótica deste princípio, “o conjunto instrutório deve refletir, no maior grau de fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes ao fato investigado” (BONFIM, 2012, p. 108). Por tal razão, segundo Bonfim (2012, p. 108), “o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o processo penal, ao revés da seara civil, não se conforma com “ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça” (TAVORA; ALENCAR, 2017, p. 79).

Prevaleceu, assim, “o entendimento de que o ideal de justiça seria alcançado quando a sentença estivesse alicerçada na ‘verdade material’ considerada à própria alma do processo” (BARROS, 2013, p. 35). Nesse viés, segundo Oliveira (2017, p. 177), “a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”. Conseqüência disto, é que o discurso pela busca da verdade real “não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados” (LOPES JR, 2016, p. 208).

Nesse viés, Ferrajoli (2010) ao defini-lo põe em relevo que a crença no alcance da verdade serviu como discurso para legitimar ou chancelar inúmeras arbitrariedades, mormente, no direito processual penal onde imperava o entendimento de que a verdade real deveria ser buscada como meta primordial do processo, ainda que necessária à supressão de regras procedimentais para atingi-la.

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI, 2010, p. 48).

Conforme demonstrado anteriormente, a justificativa de uma iniciativa probatória mais acentuada na justiça penal se dá principalmente por conta dos bens tutelados que, diferentemente dos bens jurídicos protegidos na esfera civil, são tidos como irrenunciáveis, haja vista que na seara penal está em conflito o *jus puniendi* estatal e o direito de liberdade do acusado.

Aliás, Avena (2017) ao definir o famigerado princípio realça que a postura que se exige do juiz, no processo penal, está voltada para efetivação do *jus puniendi*, embora reconheça ser a verdade absoluta inalcançável, senão vejamos:

O princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de

forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal. Não se ignora, diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a verdade absoluta sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada. Muitos referem, inclusive, ser ela inatingível. Assim, a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções (AVENA, 2017, p. 44-45).

Nesse aspecto, importante destacar as diferenças apontadas por Nucci (2016) quanto à busca da verdade no processo civil e no processo penal, enfatizando a (in) disponibilidade dos bens jurídicos tutelados como fator determinante para maior ou menor atuação do juiz na instrução probatória. Nesse sentido, elucida o autor:

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, pela qual o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraindo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo (NUCCI, 2016, p. 67).

Como vimos exaustivamente no bojo deste capítulo, a divisão que a doutrina atribuíra à busca da verdade pauta-se, sobretudo, na relevância dos bens jurídicos tutelados o que seria determinante na postura do magistrado quanto à instrução probatória.

Em outros termos, diga-se que o processo penal por versar acerca de direitos indisponíveis, tais como, dentre outros, a vida, a liberdade e a integridade física, exige-se do magistrado penal que não seja condescendente com a instrução probatória como encargo exclusivo das partes, cabendo-lhe diligenciar *ex officio* para extirpar eventuais dúvidas que persistirem acerca da veracidade dos fatos discutidos em Juízo.

Pode-se dizer que o ideal ao qual aspirava todo o modelo probatório penal é a reconstituição do fato delituoso tal qual o ocorrido em sua essência, haja vista que tais fatos embora insuscetíveis de experiência direta pelo julgador não o exime de aplicar o direito ao fato concreto.

Assim, exige-se como corolário lógico da sentença penal condenatória que esta esteja pautada em um amplo e robusto cotejo probatório, não se contentando com presunções e confissões quando desprovidas de outros elementos firmes e seguros a se utilizarem como fundamentos para condenação do acusado.

Isso se dá porque, não obstante, todas as provas no processo penal possuem atualmente valor relativo, de tal sorte que não bastará para formação da convicção do magistrado quanto à veracidade dos fatos discutidos que sejam eles incontrovertidos ou que o réu admita o teor da acusação que lhe é imputada.

Caberá ao juiz perquirir, tanto quanto possível, a verdade fática em sua essência, limitando-se a observância das regras procedimentais em matéria probatória. Logo, havendo ineficiência probatória, quando justificável a persecução penal, a absolvição será o consectário natural que se imporá como regra de julgamento.

Tal preocupação justificava-se na medida em que o processo se destina a produzir justiça, sendo que tal desígnio será admissível quando associado à crença de se ter alcançado a verdade dos fatos subjacentes, ainda que, na realidade, tal alcance não seja possível por conta de inúmeros fatores que lhe obstam de ser atingida a todo e qualquer custo. Nisto, certamente, haverá um paradoxo intransponível a primeira vista, mas, que deverá ser superada pelo magistrado, a quem caberá sentenciar convicto de tê-la alcançada.

Neste sentido, importante trazer a baila os dizeres de Marinoni e Arenhart (2015, p. 97-98) que estabelecem a diferença entre a busca da verdade e a convicção de verdade afeta aos processos judiciais. Nesse sentido vejamos:

Nesse momento, portanto, é oportuno esclarecer a distinção entre busca da verdade e convicção de verdade. Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma ideia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente, é que a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado. Apesar de isso ser absolutamente óbvio em outros setores do conhecimento, o direito não consegue se livrar do peso da ideia que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar “iluminado pela verdade”.

[...] É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade. *Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”. Lembre-se que CALAMANDREI, após afirmar que “a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas”, salientou que “é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível desta meta inalcançável” [...].

A convicção da verdade é relacionada com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. [...] (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 97-99).

Ora, como se sabe, em matéria penal há o interesse social pelo qual o infrator deva arcar com as consequências decorrentes do delito por ele praticado e, ao mesmo tempo, há, igualmente, a preocupação de que a tutela estatal não chancele injustiças ao condenar

indivíduos inocentes, privando-os de sua liberdade de locomoção, direito este constitucionalmente salvaguardado, evidenciando o caráter de *ultima ratio* inerente ao Direito Penal.

Neste sentido, salienta o processualista Nucci (2016, p. 312), em seu *Código de Processo Penal Comentado*, que “a adoção do princípio da verdade real no processo penal tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade, pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro”.

Entretanto, estabelecer a verdade real como meta principal do processo é, certamente, dar azo para incidir-se em um Juízo eivado de injustiças e arbitrariedades. A história é exemplo disso e, portanto, não devemos olvidar que esta arraigada crença de ser a verdade um ideal alcançável no processo legitimou inúmeras barbáries.

Como se sabe, tal crença tinha como legítimo o vezo da tortura como meio idôneo de se obter a confissão que, nos sistemas processuais de outrora, já foi alçada ao patamar de “rainha das provas”, possuindo valor absoluto e legitimando condenações e injustiças.

[...]. Eis aqui a relevância de desconstruir o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo) típicos do sistema inquisitório.

Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura -, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados. (LOPES JR, in PEREIRA, 2016, p. 67)⁸.

Nesse sentido, arrimada nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira⁹, ressalta Muriel Amaral Jacob (2015, p. 92) que:

[...] esta busca pela “verdade real” autorizou práticas probatórias diversas, disseminando uma cultura inquisitiva atingindo os órgãos estatais responsáveis por esta procura, assim, “[...] a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”. (OLIVEIRA, 2008, p. 286). Tal princípio tinha como finalidade primordial, portanto, balizar eventuais desvios cometidos pelas autoridades públicas,

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *A verdade e prova no processo penal*. (org), 2016; p. 67.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

justificando, também, a ampla atividade probatória do juiz, o qual deveria ser “imparcial”. [...].

Com efeito, o discurso de se chegar o “mais próximo da realidade através da busca pela verdade real, impõe que o julgador não se contente com as provas produzidas pelas partes, enfrentando interesses retóricos de segurança jurídica pela sociedade, mas também pela busca de aplicações de garantias fundamentais” (SAMPAIO, 2010, p. 85).

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, 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 implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu (NUCCI, 2016 p. 66-67).

Aduza-se, enfim, que pelo princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo sistema probatório, poderá o juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes [...]”, e, ainda, nos termos do inciso II do referido artigo, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. (BRASIL, 1941, n. p.).

Advirta-se, por oportuno, em consonância com os dizeres de Jacob (2015, p. 109) que “essa requisição de provas pelo Juiz não deve ser feita de modo discriminado e de qualquer forma, passando da figura do ‘julgador imparcial’, a acusador ou defensor, e sim somente quando ainda faltarem elementos para formação de sua convicção”.

Isto porque os poderes inquisitivos do juiz têm um limite, que é a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes. Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa (GRECO FILHO, 2012, p. 174).

Semelhantes dispositivos emergem como corolário da famigerada busca pela verdade real, possibilitando ao magistrado agir de ofício sempre que reputar necessário para descoberta da verdade.

Assim poderá, por exemplo, a qualquer tempo proceder a novo interrogatório (art. 196 do CPP); ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP); além da possibilidade de os tribunais, câmaras ou turmas nos julgamentos das apelações, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências (art. 616 do CPP), dentre outros dispositivos.

A despeito do mencionado princípio, conveniente trazer a baila os dizeres de Jacob (2015, p. 92) ao salientar que:

Assim, num Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Noronha (2002), em que a liberdade individual é tida como premissa norteadora, fundamental para a justa organização da sociedade, fica claro que as decisões penais, por terem efeito direto sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um conhecimento resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a presunção de inocência. Além disso, é também necessário que tais provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa.

Dessume-se, portanto, que no campo processual penal, dada a indisponibilidade dos bens em confrontos, ainda que incontroversos os fatos exige-se que o magistrado diligencie na busca da obtenção da verdade mais próxima possível da realidade, posto que ao dar efetividade ao *jus puniendi* estatal poderá influenciar diretamente no *status libertatis* do cidadão, sendo imprescindível, portanto, que a decisão prolatada não esteja desassociada do ideal de verdade que será alcançado, ao menos em maior proximidade, quando consubstanciado em uma ampla e robusta instrução probatória.

2.1.3. A verdade material no processo civil

Doutrinariamente, assentou-se o entendimento de que no processo civil emprega-se o princípio da verdade formal, ao passo que no processo penal destinava-se a busca da verdade real. O principal argumento que sustenta tal divisão pela busca da verdade é, sem dúvidas, a relevância dos bens jurídicos tutelados por cada sistema processual, o que influencia na maior ou menor conveniência de o magistrado intervir na instrução probatória.

Considerando tal concepção, é uníssono o entendimento entre os doutrinadores de que no processo penal por lidar com interesses mais relevantes, quando comparados aos interesses

tutelados pelo direito processual civil, deverá o juiz imiscuir-se na demanda judicial de sorte a velar pela obtenção da verdade real e pela justa aplicação do direito, haja vista que neste caso a demanda judicial versaria sobre direitos indisponíveis.

Noutra ótica, entendia-se que no Processo Civil por se tratar, em maior parcela, sobre direitos disponíveis e, portanto, suscetíveis de transação pelas partes, não seria crível que houvesse uma maior ingerência estatal na busca pela verdade dos fatos em litígios, podendo circunscrever-se o julgamento aos fatos debatidos e provas formuladas pelas partes, não exigindo do julgador demais esforços na instrução probatória, satisfazendo-se com uma verdade formal ainda que, em essência, fosse dissonante com a verdadeira realidade. Nesse sentido, é o que aduz Bonfim (2012, p. 108):

No âmbito cível, a maioria das causas versa sobre interesses patrimoniais disponíveis, que em tese têm menor grau de relevância para a sociedade. Já no âmbito penal, tendo em vista a possibilidade concreta de aplicação de penas que restrinjam o direito fundamental da liberdade, bem como pelo elevado grau de interesse social com relação às condutas tuteladas no direito penal material, é muito mais relevante que a elucidação dos fatos que fundamentam as decisões seja feita da forma mais acurada possível. *De forma excepcional, somente, aplica-se o princípio da verdade formal*, como na hipótese de absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP).

Todavia, essa vetusta distinção feita pela doutrina tradicional vem sendo sistematicamente rechaçada, demonstrando-se anacrônica para a doutrina processual moderna, uma vez que “os ditos princípios podem encontrar guarida indistintamente numa e noutra área do Direito, segundo as condições reveladas em cada caso” (BARROS, 2013, p. 37).

Nessa perspectiva, destacam Marinoni e Arenhart (2015, p. 36) que “se o direito penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade do indivíduo e os direitos metaindividuais” -, sendo, assim, totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

Certamente, pensar que “ao processo civil satisfaz a chamada busca da verdade formal, ou que a ela se aplica tão somente o princípio da verdade formal” (BARROS, 2013, p. 37) seria incorrer em grave equívoco. Isto porque, segundo Barros (2013, p. 37), o “Código de Processo Civil, em alguns casos, preceitua que o juiz pode, enquanto noutros deve, deixar de ser um mero assistente inerte na fase de produção das provas”.

De fato, tolerar que o juiz cível possa decidir ainda que não descoberta a verdade dos fatos subjacentes é, no mínimo, incongruente aos escopos processuais. Todavia, admitir que

tal decisão se dê sem um mínimo de conteúdo probatório é, por vezes, outorgar a chancela de uma invariável hipótese de arbitrariedade estatal.

Como se sabe, até nas denominadas tutelas antecipadas, ditas de cognição sumaria, exige-se para sua concessão que a parte demonstre a verossimilhança das alegações aduzidas e, ainda, que o indeferimento da medida ora pleiteada tornar-lhe-á inócua se postergada a sua concessão para quando findo o processo, não havendo mais a utilidade que se visava assegurar sumariamente com a antecipação dos efeitos da tutela que se pleiteia (MARINONI; ARENHART, 2015).

Não devemos olvidar, ainda, que os processos por exigência necessária deve se dar com prevalência do contraditório pleno, sob pena de desnaturar-se toda sua lógica adversarial. Neste ínterim, como se sabe, as partes não estão imbuídas ou inclinadas à efetiva descoberta da verdade.

Ora, ao extrair da ideia tradicional expressada pelo conceito de lide que se caracteriza pelo conflito de interesses configurado por uma pretensão (do autor) e uma resistência acerca dessa pretensão (pelo réu), aplicando-se, neste caso, aos processos de jurisdição contenciosa, tal ilação sobrepuja com maior clareza.

Como se sabe, em um litígio judicial as partes estão inclinadas a obtenção de uma decisão que lhes seja mais favorável, ainda que não correspondente à verdade. Em outros termos, tanto autor quanto réu tem por objetivo principal obter a vitória da tese por ele sustentada em Juízo.

Com efeito, as partes convergem quanto à verdade que sustentam, acreditando ou reputando com veemência estar cada qual com a razão e, por isso, ser mais condizente com a verdade as suas alegações em detrimento do que alega a parte adversa.

Tal postura, contudo, pouco contribui na elucidação e esclarecimento da verdade velada nas controvérsias judiciais. Assim, caberá ao juiz – suscetível a diversas interferências subjetivas que o cerca - a árdua tarefa de valora-las consoante as provas coligidas ao processo (MARINONI; ARENHART, 2015). Neste sentido, Taruffo (2014, p. 111-112) aduz que:

Por outro lado os autores que concebem o processo civil como orientado a busca da verdade criticam o sistema *adversarial* justamente por sua ineficiência como método para se chegar a uma decisão que corresponda à verdade. Diz-se, também, que tais sistemas ocultam a verdade ao invés de revelá-la e que <<podem exaltar a esperteza e a vitória sobre a ética e a verdade>>. A história confirma, em verdade, que a competição bilateral entre as partes é <<um instrumento deficiente para a busca da verdade>>, dado que o <<processo acusatório confia à responsabilidade de reunir e apresentar as provas, sobre as quais a correta resolução do caso depende, às partes, cujo interesse principal está na vitória, e não na verdade>>. Por

consequente, a dinâmica acusatória incentiva <<a distorção e a supressão de provas (...), a preparação de testemunhas e a ocultação das provas desfavoráveis>> por parte dos advogados que desenvolvem uma <<destreza profissional para vencer a verdade>>. Dessa maneira, a superioridade do sistema *adversarial* como meio para busca da verdade está distante de ser demonstrada, a menos que nos inclinemos a assumir que <<o combate promove a verdade>>.

Deflui-se, portanto, que a verdade sobre determinado evento histórico demonstra-se de difícil alcance, podendo, ao máximo, segundo Marinoni e Arenhart (2015, p. 42) chegar-se a uma “elevada probabilidade de como ele se passou, mas nunca a certeza de verdade. E isso se torna mais evidente no processo”, onde a contribuição dos litigantes denota-se nitidamente “parcial e tendenciosa”, em pouco contribuindo para a descoberta da verdade nas demandas judiciais, mormente naqueles litígios que se discute acerca de interesses privados de cunho estritamente patrimonial.

Atento a tais vicissitudes jurídicas, o legislador buscou estabelecer o dever de cooperação das partes para que, em tempo razoável, possam obter uma decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6º, do CPC), e, por que não dizermos, destinado a obtenção da verdade, pois, admitir que uma decisão judicial possa sustentar-se em “não verdades” é, sem dúvidas, repudiar todo ideal de justiça. Afinal, “nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente” (TARUFFO, 2014, p. 22), muito embora ao erro judiciário não esteja imune. Ademais, frisa-se que “o descobrimento da verdade é resultado do esforço que provém dos sujeitos que atuam no processo” (BARROS, 2013, p. 43).

Apesar de tais dificuldades o juiz não se exime de julgar aplicando o direito ao caso concreto. Logo, a busca pela verdade deve orientá-lo, ainda que absolutamente inatingível. Desse modo, não merece guarida os argumentos de que o juiz cível deva sempre orientar-se pela passividade e não ingerência probatória.

Em que pese o estatuto civil versar em grande parcela a despeito de direitos disponíveis, outorgando as partes que os transacionem quando lhes aprouverem, não devemos olvidar que no Direito Civil há, também, a tutela de direitos que são de interesses públicos, não se justificando a inércia estatal diante desses casos específicos.

Em uma análise ainda que perfunctória, vislumbra-se que o famigerado interesse público prevalecerá em diversas ações civis, mormente naquelas que discutirem sobre “interesse de incapazes ou que versem sobre direitos indisponíveis; ao lado das ações civis públicas há outras concernentes ao estado da pessoa, alimentos, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, disposições de última vontade etc.” (BARROS, 2013, p. 39).

Assim, poderá o juiz agir de ofício em variadas hipóteses, dentre as quais, vale citar que: a) caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, podendo indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 “caput” e parágrafo único do CPC); b) determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que incidirá a pena de confesso (artigo 139, VIII, do CPC); c) o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder (artigo 396, 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 a decisão da causa (artigo 481, do CPC).

Evidentemente, não se nega a prevalência do princípio da verdade formal na justiça civil, porém, é inadequado sustentar que há tão somente sua aplicação, satisfazendo-se o processo civil apenas, e tão só, com a verdade formal dos fatos.

Assim, segundo Marinoni e Arenhart (2015, p. 37), “a ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio”. Isto porque, segundo os referidos autores (2015, p. 37), “falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não verdade”.

Infere-se, portanto, que o critério basilar para aplicação de um ou de outro princípio será, em regra, a (in) disponibilidade dos bens tutelados, o que não permite sustentar, indistintamente, que ao Direito Civil bastará apenas a verdade formal dos fatos.

Como se demonstrou alhures poderá ocorrer que no processo civil se discuta sobre direitos de cunho patrimonial e, por tal razão, disponíveis, cabendo ao juiz uma postura mais reservada no que tange à instrução probatória, cujo ônus caberá ao encargo exclusivo das partes se maiores e capazes.

Todavia, pode haver também demandas relacionadas à personalidade ou de eminente interesse público, casos em que o juiz não poderá se aquiescer apenas com a verdade formal, cabendo-lhe o desígnio de buscar, tanto quanto possível, aproximar-se da verdade material.

Trata-se, nos dizeres de Barros (2013, p. 38) da “tendência publicista do Direito Processual moderno, que se destina a produzir a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a providencial intervenção do juiz durante a instrução do processo, realizada com o propósito de garantir a paz social” ou, em outros termos, pacificar-se com justiça.

2.1.4. A verdade formal no processo penal

Conforme ressaltado no tópico precedente, a doutrina processual hodierna vem, paulatinamente, refutando a ideia de existir diferentes princípios relacionados à busca da verdade, argumentando ser esta una e indivisível, sendo indiferente a maior ou menor atuação do julgador na instrução probatória para caracterizá-la.

Sustenta, assim, haver no processo apenas uma verdade, denominada “verdade processual” cujos aprofundamentos faremos de forma mais acurada no quarto capítulo desta pesquisa quando buscaremos abordar sobre a verdade alcançada no processo, com certa ênfase para o processo penal.

Dessa feita, na justiça penal, malgrado seja ínfimas as situações em que se aplicará o princípio da verdade formal, haja vista que pela indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados será defeso ao Estado-juiz transacionar senão no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, observados os parâmetros traçados pela legislação pertinente. Não se deve, contudo, rechaçar por total sua incidência na esfera processual penal, dando como imperativo e absoluto o predomínio da verdade material no Processo Penal (BARROS, 2013).

Nesse sentido, destaca Barros (2013, p. 39) que “é descabido imaginar que o sistema atual torne inviável o emprego de medidas compatíveis com o princípio da verdade formal”, muito embora, reconheça o autor que, em matéria penal, seja de bom alvitre que os atos se destinem a aproximar, tanto quanto possível, da realidade fática do delito.

Assim, sem desprezar a proeminente aplicação da verdade substancial no processo penal, cabe ressaltar que a utilização do princípio da verdade formal se reduzirá, sobretudo, as ações penais privadas nas quais poderão ocorrer à renúncia da queixa, ou, se aceito, o perdão do ofendido ao acusado extinguindo-lhe a punibilidade, nos termos do artigo 107, V, do Código Penal. Não caberá, nesses casos, ao Estado-Juiz imiscuir-se na busca pela “verdade real” a fim de sustentar eventual condenação, quando o ofendido (ou seus sucessores legitimados, conforme o caso) não a julgar mais conveniente ou se já superada a “desavença penal”.

Desse modo, naqueles crimes em que o interesse privado (relacionados à honra, por exemplo) se sobrepõe ao interesse estatal em levar a cabo a persecução criminal, será irrelevante que o juiz diligencie na busca da “verdade real” se, porventura, ao ofendido não lhe convém busca-la.

Destarte, a verdade que só seria possível de alcance por meio de uma cognição mais aprofundada através do devido processo legal, com a devida instrução probatória, é declinada em prevalência dos interesses das partes envolvidas no processo quanto à apuração dessa verdade, cabendo ao Poder Judiciário abster-se de busca-la nesses casos específicos.

Pode sustentar, ademais, que poderá haver nas ações penais públicas condicionadas um intransponível óbice à busca da “verdade real” dos fatos, na medida em que se exige para procedibilidade da ação penal a prévia representação do ofendido ou, conforme o caso, de requisição do Ministro da Justiça (a exemplo do artigo 7º, § 3º, “b”, do CP), sendo tais requisitos indispensáveis e sem os quais não poderá o Ministério Público oferecer denúncia instaurando o processo criminal para se apurar a verdade concernente ao(s) delito(s) praticado(s).

Além disso, saliente-se que o legislador atendendo ao preceito constitucional do art. 98, I, da CF/88, editou as Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais no âmbito estadual e, posteriormente, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Na esfera criminal, será de sua competência os julgamentos das denominadas “infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. (BRASIL, 1988)¹⁰.

Cabe-nos, de início, ressaltar que através dos referidos diplomas legais houve uma nítida mitigação na busca da verdade, na medida em que o “Estado contenta-se com o que está sendo acordado entre o Ministério Público e o autor do fato, sem perquirir ao fundo as circunstâncias em que o fato fora praticado, bem como se aquele apontado no termo circunstanciado é realmente o autor do fato” (RANGEL, 2015, p. 9).

Em outros termos, ressalte que nos casos das infrações penais de menor potencial ofensivo, compreendendo como tal as contravenções penais e os crimes que a lei não comine pena não superior a dois anos, cumulada ou não com multa¹¹, poderá o descobrimento da verdade “ser colocado em segundo plano, a ponto de tornar-se prescindível ao resultado final do processo” (BARROS, 2013, p. 46).

¹⁰ Ver artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ O art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.313/2006, preconiza que: “[...] consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei não comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Com efeito, tomando por parâmetro a Lei 9.099/95, observados os requisitos legais para aplicação dos institutos despenalizadores, poderá o acusado efetuar a composição dos danos civis, hipótese que acarretará a renúncia do direito de queixa ou representação, com conseqüente extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único); poderá cumprir imediatamente pena restritiva de direito ou multa, evitando a instauração do processo (art. 76); nos casos em que ocorrer decadência do direito de representação, não oferecida no prazo legal, terá decretada a extinção de sua punibilidade (art. 88); bem como pelo total cumprimento das condições estipuladas na suspensão condicional do processo, terá a extinção de sua punibilidade (art. 89).

Com a criação desses institutos despenalizadores, percebe-se que, no âmbito dos Juizados, a busca da verdade processual cede espaço à prevalência da vontade convergente das partes. Nos casos de transação penal ou de suspensão condicional do processo, não há necessidade de verificação judicial da veracidade dos fatos. O conflito penal é solucionado através de um acordo de vontade, dando origem ao que a doutrina denomina de *verdade consensuada* (LIMA, 2017, p. 69).

Atualmente, portanto, a divisão da verdade em duas vertentes vem sendo sistematicamente rechaçada pela doutrina processual moderna, não se justificando os argumentos indiscriminados de que o processo penal versaria acerca de direitos indisponíveis e o processo civil, ao reverso, com interesses disponíveis.

Como se destacou anteriormente, em ambas as searas processuais pode haver em seu âmbito de incidência a tutela de diferentes interesses, ora de interesse privado justificando o emprego da verdade formal, ora em que predominará o interesse público devendo o Estado-Juiz perquirir uma verdade mais acurada, condizente com verdade material.

Obviamente, não se nega o predomínio da verdade material no processo penal, até porque há no campo penal inúmeros instrumentos probatórios (tais como, interceptação telefônica, busca pessoal, prisão preventiva e temporária a fim de se assegurar a conveniência da instrução criminal, etc.) dos quais não dispõe o magistrado no campo do processo civil na busca pela verdade.

Todavia, a depender das circunstâncias, como nos casos do perdão nas ações penais privadas e da aplicação dos institutos despenalizadores no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, a busca pela verdade material será inócua dando margem aplicação da “verdade consensuada” pelas partes.

2.2. Verdade é finalidade do processo?

Questão que tem gerado certa divergência doutrinária é saber se a verdade constituiria uma das finalidades do processo, neste sentido, visando o seu alcance para que haja a correta aplicação do direito e concretização de uma decisão justa. Ou, ao revés, por ser ela em essência inatingível, se o objeto do processo deve ser apenas a resolução de conflitos judiciais, constituindo tal intento o seu escopo primordial, não sendo a descoberta da verdade seu desígnio ou finalidade.

Segundo a doutrina tradicional, o processo em sua noção instrumental se destina a assegurar a efetividade do direito material, tendo por função precípua a solução dos litígios e conflitos sociais postos ao crivo do poder judiciário a quem incumbe solucionar lhes com base em regras previamente estabelecidas. Sendo assim, nesse viés “o processo objetiva indicar a forma de aplicação do direito que deve ser seguida em caso de controvérsias e incertezas” (JACOB, 2015, p. 106).

[...] o processo é um instrumento que se destina assegurar a efetividade do Direito. E esse Direito não pode ser confundido com o direito subjetivo da parte, visto que, no curso do procedimento criminal, o juiz faz incidir normas jurídicas que pouco ou nada têm a ver com os direitos subjetivos. Por força disto se admite 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. Por isso a conclusão feita no sentido de que a descoberta da verdade é meio e não fim do processo (BARROS, 2013, p. 28).

Nessa perspectiva, assinala Barros (2013, p. 27) que: “não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo. A busca pela verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado”.

De qualquer modo, “é mister reconhecer que a verdade constitui um dos alicerces do processo, pois sequer se permite cogitar da possibilidade de se emprestar validade a um processo fincado na mentira, no falso” (BARROS, 2013, p. 30).

Assim, segundo Ferrajoli (2010, p. 48), “se uma injustiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.

Sem embargo de tais considerações, apesar de sustentar que a verdade é uma das finalidades do processo, Taruffo (2014) destaca que há posição doutrinária em sentido diverso ao seu entendimento, calcando-se na tradicional ideologia civilista do processo como meio de resolução de conflitos. Nesse sentido, vejamos os seus apontamentos.

[...] Essa teoria sustenta que o objetivo principal do processo e, de modo geral, da administração da justiça, é resolver o conflito individual das partes. A teoria do processo civil como <<resolução de conflitos>> tem suas origens na ideologia tradicional do processo civil e nas suas ideias básicas de liberdade individual e de empresa. Sua principal premissa é a de que uma demanda civil não é mais que uma disputa entre particulares, e que tudo aquilo que necessitam é um juízo que resolva a controvérsia, eliminando o conflito e restaurando a paz entre os indivíduos envolvidos. Se esse for o principal propósito do processo e da tomada de decisão no âmbito da justiça civil, não será realmente necessário estabelecer a verdade dos fatos em litígio, uma vez que em muitos casos os conflitos podem ser resolvidos (talvez mais facilmente) sem que se busque e descubra a veracidade dos fatos subjacentes. A verdade dos fatos pode ser útil, mas não é uma meta do processo: trata-se mais de um subproduto ou efeito colateral de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes e somente no interesse particular delas. Assim, a forma pela qual o juiz resolve a controvérsia realmente não importa: poderia inclusive resolvê-la jogando uma moeda para o alto. Por conseguinte, não há necessidade de definir a estrutura do procedimento judicial com a finalidade da busca da verdade, uma vez que não espera que a verdade seja estabelecida em tais procedimentos (TARUFFO, 2014, p. 20).

Assim, com base no entendimento acima exposto, embora seja útil à descoberta da verdade no processo civil, haverá, todavia, casos em que poderá o magistrado decidi-los ainda que incertos ou, quiçá, não se tenha perquirido a fundo a veracidade dos fatos subjacentes.

Nessa ótica, poderia o juiz decidir sem, contudo, demandar demais esforços na apuração dos fatos tal qual o ocorrido em sua essência. Isso se dá em razão dos fatos ou direitos versados na demanda judicial, geralmente disponíveis, possibilitando ao magistrado uma postura menos ativa na instrução probatória, cabendo às partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, ou, ainda, pela possibilidade da decisão judicial pautar-se, em alguns casos, nas denominadas ficções ou presunções de veracidade.

Em tais casos específicos, para os processualistas Marinoni e Arenhart (2015, p. 44) “a decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõem, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados não necessariamente se confundem com a verdade em essência)”.

Em que pese os argumentos acima expendidos, “dessume-se que a verdade é fruto da inteligência humana” (BARROS, 2013, p. 24) e que, por isso, traduz-se em um ideal norteador constantemente perquirido pelo ser humano, sobretudo no âmbito processual. Por tal razão, pode-se assegurar que “a verdade é atributo de um juízo, não de uma prova. E o juízo que serve de base à verdade revela o próprio horizonte da verdade jurídica, o qual é demarcado pela justiça como fundamento” (BARROS, 2013, p. 24).

Contudo, adverte Jacob (2015, p. 107) que há no seio doutrinário o entendimento de “que a verdade e a justiça devem ser objetivos e finalidades do processo, só assim, podendo

resolver conflitos de forma justa e aceitável pela sociedade e para as partes envolvidas”, não se satisfazendo, portanto, os doutrinadores adeptos desse pensamento com a tradicional conceituação do processo. Trata-se de uma concepção moderna da doutrina processual, pela qual se rechaça com veemência a tradicional noção de que o processo seria mero instrumento de aplicação do direito material, destinado apenas à resolução de conflitos, conforme aponta tradicionalmente a doutrina clássica.

Nesse contexto, a verdade será de extrema importância para proferimento de uma decisão justa. Realmente, aqui, a verdade estará intrinsecamente ligada à justiça, pois, a verdade é apta a legitimar a resolução de conflitos, tendo em vista que a sociedade e as partes envolvidas, em um processo judicial, se satisfazem com decisões pautadas na mesma, justamente, como dito anteriormente, em razão da natural busca do homem pelo conhecimento da verdade e sua aquietação quando a encontra (JACOB, 2015, p. 107).

No mesmo diapasão, os doutores Lunardi e Dimoulis (2007, p. 177), em um estudo intitulado como “A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial?”, aduzem que:

De acordo com a opinião doutrinária predominante, o processo aspira encontrar a verdade e fazer justiça: oferecer a solução justa ao caso concreto (Einzelfallgerechtigkeit), mediante a adequada concretização de previsões abstratas e contribuindo ao estabelecimento de uma “ordem jurídica justa”. Se a justiça é o fim do processo, o estabelecimento da verdade acerca dos fatos é o pressuposto para atingir a solução justa (ao lado da interpretação correta e adequada das normas vigentes). Nessa ótica, a verdade constitui uma finalidade instrumental ou intermediária que permite alcançar a justiça como finalidade “final” da atividade processual.

Para o processualista italiano Taruffo (2014, p. 20) “as coisas são bastante claras quando a verdade dos fatos em disputa é assumida como uma meta do processo judicial e como um aspecto necessário à decisão judicial”.

Destarte, “a melhor solução possível para uma controvérsia entre as partes é uma decisão adequada e correta; essa decisão não pode ser adequada e correta a menos que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos fatos do caso” (TARUFFO, 2014, p. 22). Nesse sentido, Gustavo Badaró¹², citado por Cecarelli (2011, p. 23), elucida que:

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas típicas e provas anômalas: inadmissibilidade da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (Orgs.). *Estudos em Homenagens à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 343.

[...] mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto, ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. O juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência – ou inoocorrência -, fazer justiça no caso concreto (BADARÓ, apud CECARELLI, 2011, p. 23).

Com efeito, “não se pode falar em efetiva produção de justiça sem que descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e formam um todo inseparável [...]” (BARROS, 2013, p. 28). Por tal motivo, sobeja incoerente à suposição de que uma subsista sem observância da outra. Isto porque os juízes ao proferirem uma decisão final nos processos acreditam que tal decisão esteja pautada em consonância com a verdade fática tal qual o ocorrido em seus pormenores, frutos de uma reconstituição processualmente válida.

Aliás, em consonância com os dizeres de Barros (2013, p. 28), pode se afirmar que “a finalidade do processo é produzir justiça. E para que a justiça seja efetivamente produzida é mister que o juiz se convença de que a verdade foi desvendada mediante a reconstituição [...] dos fatos”.

Por essa razão, acredita-se com veemência haver encontrado a verdade fática quando proferida no seio processual uma decisão que venha findar as desavenças e conflitos judiciais. Para tanto, é exigência inexorável que tais decisões estejam pautadas na estrita observância das regras e princípios concernentes ao devido processo legal com todos seus consectários, bem como aos direitos e garantias individuais postos pelo legislador a salvaguarda do acusado.

Assim, embora se assegure a possibilidade de ter atingido a verdade no seio processual a custa da inobservância das regras decorrentes do devido processo legal, sendo este um garantia constitucional dos acusados, logo, tal decisão não será justa devendo ser rechaçada. Diante disso, Sampaio (2010, p. 81) assegura que “a verdade é, por conseguinte, meio e fim do processo penal, quando ligado à necessidade impostergável de defesa social”.

De toda forma, convém destacar que “a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, esse é considerado como um dos seus principais objetivos. Por meio do processo [...], o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a esses a norma apropriada” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 31).

[...] Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se

determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente. Em consequência, <<um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto>>, uma vez que <<na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade>>. (TARUFFO, 2014, p. 22).

Ora, “se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos apenas se atinja por meio da verdade sobre os fatos versados na demanda” (MARINONI, ARENHART, 2015, p. 32).

De fato, se deve o magistrado orientar-se pela justa solução dos conflitos judiciais, não se deve deixar de lado a busca pela verdade, como condição necessária de se alcançar justiça na decisão dos casos, sobretudo, no processo penal cuja busca pela verdade na elucidação dos fatos deve orientá-lo.

Dessa feita, entende-se que a verdade deve ser finalidade do processo - associada, obviamente, ao respeito das garantias individuais do acusado -, pois somente a certeza de tê-la alcançada (embora, em essência, a verdade em termos absolutos seja inalcançável) é que gerará o sentimento social de que houve a pacificação com justiça atingindo-se, destarte, o escopo primordial do Direito.

2.3. Algumas distinções: verdade, certeza, convicção.

A primeira vista, numa análise descurada pode-se achar que entre verdade, certeza e convicção não há diferenças substanciais. Todavia, é importante tecer alguns comentários, ainda que singelos, sobre cada uma delas.

No que tange a ‘verdade’, buscamos no primeiro capítulo compreendê-la através de uma análise, predominantemente, filosófica para buscar subsídios a uma posterior discussão acerca da verdade no processo, com certa ênfase para o processo penal que historicamente, segundo a doutrina tradicional, esteve guiado pela busca da verdade denominada material ou real.

Destarte, sem prejuízos de se retomar alguns pontos substanciais que já fora abordado e que caracterizam a verdade em sua essência, a discussão que se tentará propor neste tópico será destinada a fomentá-la com enfoque para sua aplicação no processo.

Como se viu alhures, tradicionalmente a doutrina inclinava a crer que no processo civil, em razão da disponibilidade dos bens discutidos, poderia o magistrado contentar-se com

uma verdade formal dos fatos, consistente naquela resultante da instrução probatória ao encargo exclusivo das partes.

No processo penal, ao revés, atribuiu-se ao juiz a exigência de buscar uma verdade mais acurada e que guardasse maior fidelidade possível com os fatos discutidos em juízo, motivo pelo qual deveria o julgador imiscuir-se na instrução probatória com o fito de se chegar a tal desiderato, evitando eventual fragilidade da instrução probatória.

Essa chamada “verdade real”, também denominada material ou substancial, exigia-se uma verdade dita absoluta, posto lidar, em última análise, com bens jurídicos mais relevantes do que aqueles versados no processo civil e que, por tal razão, seriam indisponíveis.

Todavia, como se expôs anteriormente, não se pode assegurar o predomínio de uma verdade absoluta nem nas ciências exatas, sendo ela relativa e contingencial a determinado contexto e formação social (FERRAJOLI, 2010). Não seria crível, portanto, assegurar sua aplicação em termos absolutos no contexto processual, por ser ela inalcançável em termos absolutos e fidedignos conforme buscaremos demonstrar.

Portanto, segundo Lopes Junior (*in* PEREIRA, 2016, p. 72)¹³ “além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la”. Logo, conforme apontou Carnelutti (*apud* COUTINHO, 2015, p. 3), “[...] a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós”.

Com efeito, “a verdade, do latim, *veritate*, tem o significado de exatidão, realidade, conformidade com o real [...], na sua definição comum, é a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade” (BARROS, 2013, p. 22). Na filosofia não há um consenso ou um conceito único sobre o assunto, o que é natural, pois, como ensina Reale (1999, p. 71), “a filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no plano da exatidão”, mas pelo contrário, haverá “[...] divagações profundas do ser humano, o que gerará, em virtude da subjetividade, vários pensamentos divergentes, de acordo com a individualidade de cada ser pensante” (JACOB, 2015, p. 97).

Sem embargos dessa dissensão filosófica, Malatesta (1996, p. 21) assevera que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade [...]”, inferindo se tratar de algo objetivo e, por conseguinte, absoluto. Logo, “o conceito de verdade por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo que determinada coisa se

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *A verdade e prova no processo penal*. (org), 2016; p. 72.

passou de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como óbvio, essa possibilidade extrapola os limites humanos” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 41).

Nesse sentido, Malatesta (1996) elucida que, em matéria criminal, o critério que se atribui a verdade seria inconsistente, pois insuficiente para se assegurar com veemência a veracidade de determinado fato objeto do conflito judicial. Segundo o autor, o fato de no processo haver a verificação de “*factos humanos*”, sendo estes naturalmente contingenciais, não se permite que o julgador possa extirpar, terminantemente, a hipótese do erro judiciário diante da falibilidade do espírito humano em sua percepção. Nesse sentido, ensina o insigne autor que:

[...] em matéria criminal, tratando-se de verificar *factos humanos*, e portanto verdades sempre contingentes, o critério da necessidade e da contingência das verdades não bastaria para nos elucidar sobre a diversa capacidade dos êrros, relativamente a verdades igualmente contingentes, das várias espécies e subespécies da certeza. Em segundo lugar, a maior ou menor capacidade de êrros não deriva própria e directamente da natureza especial da verdade, mas *do modo como o espírito dela se apodera*. Compreendo que a verdade, tendo uma natureza diversa, entra diversamente na posse do espírito; o que explica porque é que mesmo partindo em tal questão de critérios objectivos, se possa chegar a consequências verdadeiras, sempre na esfera da eficácia destes critérios: mas fica sempre de pé que o êrro, consistindo não na realidade objectiva, mas na percepção do espírito, não, em outros termos, na coisa, mas na sua percepção, a possibilidade do êrro seja própria e *imediatamente* estudada, não na verdade, mas no modo como o espírito se apodera dela (MALATESTA, 1996, p. 41).

O erro jurídico ou judiciário, aliás, conforme elucida Malatesta (1996) potencializa a perturbação oriunda da consciência social quando se consubstancia na fatal e indesejada absolvição do agente que criminosamente se delinuiu ou, máxime, se resulta na condenação de um inocente, privando-lhe de sua liberdade injustamente.

Daí dizer, em âmbito doutrinário, que no processo penal deve o magistrado orientar-se pela busca da verdade, seja para a correta e justa aplicação da reprimenda estatal ao sujeito que, comprovadamente, tenha se delinquido na prática do evento criminoso, seja para reestabelecer de imediato a liberdade a quem injustamente dela tenha sido privado.

Tal afirmação de que a busca da verdade deve guiar o magistrado no processo, ao mesmo tempo que sustentam na filosofia ser ela inatingível ou, ainda, que seu alcance será sempre imperfeito, dedutivo ou limitado pode parecer um contrassenso. Mas, lembre que “a verdade constitui um dos alicerces do processo, pois sequer se permite cogitar da possibilidade de se emprestar validade a um processo fincado na mentira, no falso” (BARROS, 2013, p. 30).

Daí dizer, conforme advertido por Barros (2013, p. 29) que “[...] a verdade é elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir. Todavia, nem sempre o intento é alcançado com sucesso”.

Noutro vértice, contudo, ante a objetividade inerente ao conceito de verdade, há quem defenda que no processo por mais que se busque chegar à verdade dos fatos subjacentes, o máximo que se obteria seria a certeza de como realmente tal fato tenha se passado, ou seja, ter-se-ia a crença na percepção de determinada realidade passada, cujo resultado obtido acredita ser real. Nesse contexto, verdade e certeza não se confunde, pois, como bem adverte Malatesta (1996, p. 21): “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”.

[...] A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.

E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e realidade exterior: não é porque haja pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pleno pirronismo. Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objectiva; mas dizemos que, conquanto derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponde à verdade objectiva. Nós dizemos que a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, qual é, não qual seria melhor que fosse, consistindo em um estado subjectivo da alma, é estudada como tal, e não já confundida com a realidade exterior. (MALATESTA, 1996, p. 21).

Nessa ótica, diferente do conceito de verdade, teria a certeza natureza subjetiva, na medida em que consiste na crença que o indivíduo normalmente atribui a percepção da verdade, muito embora tais conceitos não se coincidam consoante apontamento de Malatesta (1996). Assim, por ser algo subjetivo não se pode descartar sua variabilidade no contexto social. O que é certo e incontestado a determinada pessoa, pode não ser eventualmente para outra.

Infere-se, portanto, que a certeza é normalmente vista como um aspecto intrínseco do homem, ligado a suas crenças ou pensamentos, enquanto a verdade se coloca no plano da realidade e, especialmente, da noção de correspondência desta com o objeto, coisa ou enunciado fático cuja veracidade se perquirirá.

Afora isso, recapitulando a ideia de que “relativamente ao conhecimento de um determinado facto, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou certeza” (MALATESTA, 1996, 19), sendo este último o objeto da discussão ora proposta,

vale destacar que no estado de certeza haverá, pois, nos dizeres de Malatesta (1996) um conhecimento afirmativo, triunfante.

Daí porque, em matéria penal, a certeza da autoria e materialidade do crime é exigência inexorável para lastrear um decreto condenatório, não sendo suficiente, para tanto, a mera probabilidade.

Desse modo, sendo incerta ou duvidosa a culpabilidade do agente é inconcebível que eventual sentença condenatória se sustente na probabilidade de ser o agente supostamente autor do crime que lhe é imputado, eis que vige no processo penal o princípio da presunção da inocência e o famigerado *in dubio pro reo* pelos quais, na dúvida, favorece-se ao acusado, absolvendo-o da imputação que lhe é feita.

Com efeito, quando se fala em probabilidade há de se considerar tanto os motivos convergentes quanto os divergentes, embora preponderantes aqueles (motivos convergentes) não se podem, contudo, desprezar estes últimos (motivos divergentes).

O magistrado, assim, permanecerá no estado de dúvida, devendo a acusação - e ao magistrado supletivamente, caso necessário - trazer elementos probatórios suficientes para que possa o juiz superá-lo; caso contrário, a absolvição será medida a se impor como regra de julgamento.

Tem sido dito por alguns tratadistas, e é repetido por quase todos, que a certeza em matéria criminal é apenas probabilidade. Eis uma afirmação que é falsa sob o ponto de vista da lógica, e é perniciosa sob o ponto de vista do direito: é uma afirmação que funciona como um narcótico sobre a consciência do magistrado, adormecendo-lhe aquele sentido de actividade, que é a garantia da justiça, por isso que faz sentir viva a necessidade das investigações para se chegar à verdade com certeza. (MALATESTA, 1996, p. 57).

Desse modo, deduz-se de que não basta a simples probabilidade para pronunciar a condenação com justiça: “Desde que se encontre um motivo para não acreditar, digno de ser tomado em conta, falta à certeza, e não pode condenar-se” (MALATESTA, 1996, p. 62). Isto porque, como sabemos, para se legitimar a absolvição não se exige a certeza da inocência, eis que presumida até que haja sentença penal condenatória com trânsito em julgado, bastando apenas, e tão somente, a incerteza da culpabilidade.

Em igual sentido, elucida Marinoni e Arenhart (2015) que seria catastrófico caso o magistrado, não estando certo da ocorrência dos fatos descrito no antecedente normativo, pudesse aplicar no caso de dúvida eventual sanção, não sendo legítima tal decisão. Neste sentido, ponderam os autores:

[...] Ora, caso se admitisse que o juiz pode aplicar a sanção da norma a um caso em que há dúvida a respeito de ter ou não o fato ocorrido da maneira descrita pelo antecedente da norma, *cairia por terra toda teoria da norma – já que, mesmo não se verificando o antecedente (ou, ao menos, não se tendo certeza de que ele ocorrerá), incidiu o consequente*. O resultado, como sói evidente, seria catastrófico, *já que não mais se poderia legitimar a decisão judicial no ordenamento jurídico (ou na repartição dos poderes), mas apenas na força do Estado* (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 46).

No entanto, a insigne processualista Ada Pellegrini Grinover (*in* PEREIRA 2016, p. 5) adverte que “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele”, ressaltando, contudo, que quanto maior a iniciativa do julgador “na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará” (GRINOVER, *in* PEREIRA, 2016, p. 5)¹⁴.

Noutra ótica, entretanto, Renato Brasileiro de Lima colaciona a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para o qual tanto a verdade quanto a certeza são dois conceitos inalcançáveis, sendo que o máximo obtido no seio processual seria uma margem segura de probabilidade capaz de gerar uma considerável segurança jurídica que, por vezes, não se confunde com a verdade e tampouco com a certeza buscada no processo. Neste sentido, preleciona o referido autor:

[...] a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas (DINAMARCO, apud LIMA, 2017, p. 68).

De todo modo, pelo que se expôs, em consonância com os dizeres de Marinoni e Arenhart (2015, p. 42) tem-se a ideia de “ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada certeza da obtenção da verdade. E isso se torna mais evidente no processo”.

Questão igualmente interessante está ligada a convicção, sendo oportuno esclarecer a distinção entre busca da verdade e convicção de verdade. Vimos amiúde que “a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 97). Todavia, impera no

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. (coordenador), 2016; p. 5.

processo penal a ideia de que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deva estar convicto de ter atingido a verdade.

Tal preocupação, conforme visto anteriormente, justificava-se na medida em que o processo se destina a produzir justiça e tal escopo estaria intrinsecamente ligado à crença de se ter alcançado a verdade dos fatos subjacentes, ainda que, na realidade, tal alcance não seja possível por conta de inúmeros fatores que lhe obstam de ser alcançada a todo e qualquer custo. Nisto, certamente, haverá um paradoxo intransponível a primeira vista, mas, que deverá ser superada pelo magistrado a quem caberá sentenciar convicto de tê-la alcançada.

[...] É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade. *Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”. Lembre-se que CALAMANDREI, após afirmar que “a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas”, salientou que “é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível desta meta inalcançável” [...].

A convicção da verdade é relacionada com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. [...] (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 98-99).

Em suma, a convicção segundo Malatesta (1996, p. 52) “entende dizer menos que certeza [...], além de *certo*, exprime o máximo ponto da persuasão: é a persuasão por uma segura visão intelectual, e não pelo impulso cego do espírito”. De certo modo, “o convencimento que torna perfeita a certeza, para que conserve sua natureza genuína e racional, não deve ser determinado por razões estranhas à verdade” (MALATESTA, 1996, p. 52).

Nesse sentido, os professores Marinoni e Arenhart (2015, p. 100) destacam que a prova de ofício busca “suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para julgamento do mérito”.

Não obstante, o artigo 155 do Código de Processo Penal preconiza que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]” (BRASIL, 1941, n. p.). Logo, percebe-se que a convicção possui estrita relação com a matéria probatória, pois é através destas que o julgador se convence acerca da (in) existência do crime. Nesta ótica, Malatesta (1996, p. 54-55) apregoa que:

Quando se fala do convencimento, como caminho da certeza ocorrida em um juízo penal, fala-se dele relativamente ao facto da criminalidade: é a criminalidade que não pode afirmar-se quando não seja propriamente e bem verificada. Ora é necessário não esquecer que é em nome da consciência social que se exerce a justiça punitiva; é nesta consciência social que está à legitimação do direito de punir: pune-se para destruir a perturbação social que o delito produz. Por tudo isto, compreende-se que a certeza moral do juiz, a certeza da criminalidade, para ser fundamento legítimo de condenação, deve encontrar apoio na consciência social. A contradição entre a consciência social e a do juiz, deve levar sempre à absolvição, e nunca pode levar à condenação. Se o juiz, embora quando se sinta pessoalmente convencido da criminalidade do imputado, acha que as suas razões não são tais que possam criar uma igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado, deve absolver. Assim como, quando o juiz, devido à natureza dos motivos conducentes à afirmação da criminalidade, crê que por eles a condenação do arguido seria legitimada mesmo em face da consciência social, embora o juiz creia nisso, deve não obstante absolver o arguido, se este, perante a sua consciência de juiz, não se apresenta, sempre racionalmente, com certeza culpado.

Assim, para Malatesta (1996) o juiz, que reputar legítimo seu convencimento, só poderia legalmente condenar o indivíduo, quando os fatos e as provas submetidos a sua apreciação, caso houvessem à apreciação desinteressada de qualquer cidadão racional, fossem capazes de gerarem no espírito deste a mesma certeza produzida em seu espírito, persuadindo-lhe acerca da veracidade (ou não) dos fatos ora analisados.

2.4. A prova como meio de obtenção da verdade.

Como vimos amiúde no decorrer deste capítulo, a análise dos fatos em juízo, não obstante, remete-se geralmente aos fatos pretéritos cuja veracidade será aferível através das provas coligidas ao processo.

Assim, no processo penal a prova ganha importância ímpar na medida em que há, de um lado, o interesse social na correta e justa punição do agente criminoso e, por outro lado, há igualmente a preocupação de que a reprimenda estatal não chancela injustiças ao privar indivíduo inocente de sua liberdade.

Nesta ótica, pondera Jacob (2015, p. 88) que: “a procura pela verdade dos fatos sobre determinado acontecimento delituoso é de ímpar importância para a verificação da responsabilidade do agente e a consequente imposição de uma sanção penal, tendo em vista ser a liberdade do indivíduo o direito que está em risco de ser limitado”.

Sendo assim, para se alcançar uma decisão justa no processo penal, é necessária a colheita de todos os elementos hábeis, aptos a demonstrar e recriar determinado fato delituoso cometido no passado, sem limitações e de forma mais ampla possível. Por isso vigora no Direito Processual Penal o princípio da verdade real, em que o Juiz

não deve se contentar com as provas trazidas pelas partes para obtenção da verdade, podendo requisitar produção de provas de ofício, tendo em vista o bem jurídico que está em jogo: a liberdade do cidadão, aliás esse seria o argumento que justificaria a atuação do juiz dentro do processo (JACOB, 2015, p. 88).

No processo civil no qual tradicionalmente assentou-se a ideia em face do princípio dispositivo de que o juiz poderia assistir inerte a produção de provas, ficando estas sob o encargo exclusivo das partes, não se exigindo a atuação *ex officio* do magistrado na instrução probatória, posto lidar com direitos disponíveis, buscava-se somente a verdade formal dos fatos. No processo penal, diferentemente, por lidar com direitos indisponíveis deveria o juiz imiscuir-se na instrução probatória podendo, para tanto, determinar de ofício a produção de provas a fim de se chegar à “verdade real” dos fatos.

Desse modo, conforme visto alhures, “diversos dispositivos do Código de Processo Penal, tais como os artigos 156 e 209, defendem a iniciativa probatória ao juiz, que nada mais são do que vertentes do princípio ora estudado, qual seja o da verdade real” (JACOB, 2015, p. 89). Na mesma linha de raciocínio, é o que aduz Grinover¹⁵. Vejamos:

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

[...]

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. 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 [...] (GRINOVER *In* PEREIRA, 2016, p. 5).

No entanto, assevera Jacob (2015, p. 89) que “essa requisição de provas pelo Juiz não deve ser feita de modo discriminado e de qualquer forma, passando da figura do ‘juiz imparcial’, a acusador ou defensor, e sim somente quando ainda faltarem elementos para formação de sua convicção”.

[...] os poderes inquisitivos do juiz têm um limite, que é a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes. Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. Cit., p. 5.

acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa (GRECO FILHO, 2012, p. 174).

Daí dizer, conforme dizeres de Cecarelli (2011, p. 17) que o julgador, resguardados “os limites de sua imparcialidade e da própria estrutura acusatória vigente no processo penal brasileiro, deve atuar de forma excepcional, residual e dentro dos parâmetros das atividades probatórias desenvolvidas pelas partes, buscando elucidar o caso e fazer Justiça”. Nesta ótica, portanto, “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante prova e debatida – contra o abuso e o erro” (SAMPAIO, 2013, p. 159).

De fato, tal busca somente será legítima e, por conseguinte, justa - seja na seara cível ou penal - quando pautada nas provas coligidas ao processo. Assim, segundo Cecarelli (2011, p. 14) “só haverá possibilidade de se fazer justiça no caso concreto se as partes tiverem assegurado o direito de serem ouvidas pelo órgão jurisdicional competente, fazendo afirmações e comprovando o quanto alegado, a partir de todos os meios de prova em direito admitidos”.

Contudo, pode-se afirmar que “a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico” (BARROS, 2013, p. 26).

[...] Nem as condições de uso do termo “verdadeiro”, nem as condições para asseverar que uma tese judicial é verdadeira são independentes do modo como está formado o sistema legal - com referência ao qual a verdade processual é predicável - mas estão estreitamente ligadas às técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas. Estas técnicas [...] são as garantias penais e processuais na ausência das quais não se pode falar de *verdade* no processo nem sequer em sentido *aproximado*. Disso segue uma específica responsabilidade civil e política da ciência e da teoria do direito, as quais, diferentemente das ciências naturais, têm a particular característica, pela influência que exercem sobre a legislação e a jurisprudência, de contribuir para construir, e não só de representar ou reconstruir, seu objeto de indagação (FERRAJOLI, 2010, p. 53-54).

O direito à prova, juntamente com outras garantias constitucionais e processuais penais, tais como, entre outras, o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas entre acusação e defesa, a imparcialidade do juiz, a celeridade processual e a motivação das decisões judiciais, denotam-se crucial para efetivação do devido processo legal.

Assim, conforme destacou Ferrajoli (2010) a inobservância de tais garantias, indubitavelmente, desvirtuaria a verdade alcançada no processo não podendo, aliás, sustentá-la sequer em sentido aproximado. Isto porque tais garantias processuais, diante de um Estado Democrático de Direito, realçam que já não mais se admite no processo penal moderno a arcaica noção de que o acusado seria apenas objeto do processo, mas pelo contrário, passa a ser visto como sujeito de direitos e garantias fundamentais, ainda que diante de uma investigação criminal, tendo por presumida sua inocência, devendo, até prova em contrário, ser tratado como tal.

Desta forma, segundo Jacob (2015, p. 89) “o objetivo principal do procedimento de prova é a averiguação dos fatos da causa, trazidos pelas partes e, quando falha, determinada pelo juiz, de ofício, numa tentativa de reconstrução de fato passado, da forma mais ampla e irrestrita possível – princípio da verdade real”. Logo, depreende-se que “o direito à prova deve ser o mais amplo possível, pois é a partir dele que se possibilita a realização do grande escopo do Direito: a efetivação da justiça no caso concreto” (CECARELLI, 2011, p. 15).

Nessa perspectiva, denota-se pertinente colacionarmos os dizeres de Taruffo (2014, p. 15) para o qual, em seu livro intitulado como “a prova”, ao refutar os arcaicos meios de obtenção da verdade com base nos meios probatórios de outrora, assegura que:

[...] o contexto do processo pode ser bem concebido como um tipo de espaço privilegiado para a <<exigência da verdade>>, a <<devoção da verdade>> e o <<desejo da verdade>>, que um proeminente filósofo indica como traços essenciais do pensamento e da cultura modernos. Ademais, nos sistemas processuais não se espera encontrar a <<verdade>> adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os júzos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base nos meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.

Dessume-se, portanto, que a busca da verdade, entendida como meio apto a fomentar a boa, correta e justa aplicação do direito, conjuntamente com o respeito e observância aos direitos individuais e garantias processuais que são postos a salvaguarda do acusado, deve funcionar como um ideal a ser perquirido no processo penal.

Advirta-se, porém, que à luz de um sistema acusatório é inconcebível que o magistrado com o discurso pela busca da “verdade real” justifique atitudes irracionais, desenfreada e sem limites nessa busca incessante por tal verdade que – bem ou mal – possui inúmeros entraves ao seu alcance.

Assim, sem adiantar a discussão que faremos em momento oportuno, a verdade que deve orientar o magistrado em matéria penal é aquela “verdade processualmente atingível”, não podendo o julgador descurar-se da falibilidade humana (testemunhos, perícias, etc.) que poderá, eventualmente, ocorrer na reconstrução processual dos fatos, bem como dos entraves processuais concernentes à matéria probatória.

Isto se dá, em maior razão, porque os fatos, em geral, não são diretamente percebidos pelo juiz e, mesmo que fossem, por conveniência legislativa não estaria apto a julgá-los, sob pena de ter sua imparcialidade maculada.

Nesse sentido, é que sua decisão deve ter por base as provas disponíveis nos autos, porquanto fruto de uma reconstituição fática no seio processual com observância ao devido processo legal e aos direitos do acusado a ele correlatos. Todavia, esta não é uma missão simples conforme adverte Jacob (2015, p. 89-90), cujos dizeres denotam-se pertinentes trazermos a baila:

[...] esta não é uma missão simples, pela total impossibilidade de se reconstituir fidedignamente determinado fato passado. A um, porque o magistrado não conhece referido fato, não estava presente naquele momento, mas simplesmente os enunciados sobre o fato, afirmado pelas partes, sobre os quais se tentará provar. A dois, porque será utilizado um raciocínio dedutivo ou indutivo baseado em enunciados supostamente verdadeiros, ficando assim no campo da probabilidade. A três porque a averiguação dessa “verdade” deverá dar-se dentro do processo penal, mediante princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que muitas vezes produzem situações em que se apresentam entraves legais para que se alcance a verdade real, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros.

De fato, não será “possível retratar de maneira absolutamente fidedigna para os autos fatos reais ocorridos no passado, apresentados em juízo, em regra, por sujeitos parciais e mediante o uso da linguagem escrita, de forma precípua.” (CECARELLI, 2011, p. 21-22).

Ademais, poderá o magistrado afastar-se ou distanciar-se da verdade de acordo com a metodologia empregada em sua busca, além da quantidade e qualidade das informações que lhe são trazidas pelas partes ao processo e que, não obstante, influenciarão no seu convencimento, o qual necessariamente deve se dar de maneira equânime e racionalmente justificável com fulcro nas provas carreadas aos autos.

Assim, aos adeptos do posicionamento de que a prova tem função predominantemente persuasiva no âmbito processual, destinando-se a obter uma versão verossímil capaz de sustentar a versão dos fatos alegados pelas partes no processo. A prova, neste caso, destinar-se-ia precipuamente ao convencimento do magistrado – seu destinatário – sobre a

plausibilidade (ou não) das alegações fáticas, bastando, portanto, que tal prova seja crível e suficiente para formação de seu convencimento.

Nesta ótica, depreende-se que “jamais poderá ser comprovado fatos não existentes, pois a finalidade desta não é a busca da verdade, mas utilizar as provas para persuadir o julgador com o objetivo de se obter o resultado esperado. Assim, o conhecimento do juiz não estará certo ou equivocado, mas sim persuadido” (ABELLÁN, 2012, apud JACOB, 2015, p. 90).

Já na sua concepção cognoscitiva, Jacob (2015, p. 90), apoiada nos dizeres de Marina Gascón Abellán (2012)¹⁶, assevera que a prova: “[...] conhecida como a atividade direcionada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos, com base no que é provável, pode-se conceber fatos comprovados falsos”. De fato, se a verdade pode ser concebida ou caracterizada pelo simples convencimento do julgador no que tange a veracidade dos fatos, não podemos desprezar que o magistrado, eventualmente, possa se convencer e tomar por certo aquilo que em essência seria falso.

Resulta daí a árdua tarefa atribuída ao magistrado de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos, porquanto, no processo somente será verdadeiro o que restar provado (BARROS, 2013).

Já no que tange a dificuldade de se alcançar a verdade através dos raciocínios dedutivos e indutivos, conforme destacado por Jacob (2015), tal dificuldade se dá porque o magistrado ficaria no campo da probabilidade. Com efeito, na seara criminal não deve haver margem para aplicação de um juízo de probabilidade, mormente para lastrear um decreto condenatório, não podendo a decisão penal ser resultante de um convencimento superficial, aparentemente verdadeiro, eis que em matéria penal vige o princípio constitucional da presunção de inocência, consoante assegurado pelo artigo 5º, LVII, da Magna Carta.

Sendo assim, embora no processo civil possa o magistrado decidir através de juízos de verossimilhanças e probabilidades, a exemplo das tutelas de urgência (art. 300, CPC)¹⁷, no processo penal, todavia, é salutar que haja provas cabais e robustas, longe de qualquer dúvida razoável, sobre os fatos alegados na peça acusatória, capazes de afastarem a presunção constitucional de inocência que milita em favor do acusado.

¹⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. A prova dos fatos (243/283). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012; p. 243-284.

¹⁷ O art. 300, *caput*, do CPC, preconiza que: “[...] A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Ademais, cabe ressaltar que as partes e o juiz, embora engajados na obtenção da verdade fática, não poderão buscá-la a todo e qualquer custo, valendo-se de qualquer meio possível para obtê-la sem, contudo, se “[...] submeter à necessária observância das diversas regras de admissibilidade e produção da prova [...]” (TARUFFO, 2014, p. 23). Em razão disto, é que podemos enfatizar, conforme os ensinamentos de Taruffo (2014, p. 24), que “normas jurídicas acerca do uso dos meios de prova e da busca da verdade no processo judicial estabelecem diversos limites em relação ao tempo, aos meios e aos procedimentos que podem ser utilizados para a busca dessa verdade”. Nesse sentido, é o que destaca a insigne processualista Ada Pellegrini Grinover (*in* PEREIRA, 2016, p. 7)¹⁸:

[...] o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Pode ocorrer, outrossim, que por conveniência legislativa as partes devam olvidar-se da busca pela verdade fática quando a necessidade de solucionar de forma definitiva certos conflitos judiciais se sobrepõe a tão perquirida busca pela obtenção da verdade.

Em geral, essa necessidade dar-se-á em virtude dos direitos que se discutem, sendo despicienda a coleta adicional de provas em prol do abreviamento dos litígios em detrimento das discussões estritamente de interesses privados, concernentes a direitos disponíveis ou passíveis de transação.

Como se sabe, em tais ações o encargo probatório caberá, em maior parcela, as partes litigantes não sendo de ingerência ou interesse estatal uma maior rigidez na busca pela verdade.

Assim, nos processos cíveis quando versarem sobre direitos de cunho patrimonial, ou, até mesmo, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais onde há uma nítida mitigação na busca pela verdade, através de seus institutos despenalizadores, conforme visto anteriormente, não se exige uma postura ativa do juiz no tocante à apuração da verdade material dos fatos

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. (coordenador), 2016; p. 7.

que se discutem. Nesse viés, demonstra-se conveniente colacionarmos os dizeres de Michele Taruffo (2014, p. 23), para o qual:

De fato, a própria ideia de <<verdade judicial>> pode parecer vaga, confusa e duvidosa. Um argumento de vagueza e de dúvida é inerente ao próprio conceito de <<verdade judicial>>. Uma corrente bastante difundida sustenta que a <<verdade judicial>> deve se distinguir das verdades <<ordinárias>> ou <<normais>> que podem ser buscadas e alcançadas fora do contexto judicial. A verdade que pode ser alcançada nesse contexto é definida como <<formal>> ou <<convencional>> e é concebida, por várias razões, como uma verdade bastante diferente da verdade não judicial ou extrajudicial: porque os processos constituem um contexto muito especial; porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para a busca da verdade (uma vez que devem se submeter a diversas regras relativas à admissibilidade e à produção da prova); e, também, porque não se abandonam a busca pela verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais.

Tal decisão justifica-se, ainda, na seara cível quando a parte favorecida tenha conseguido com maior precisão ilidir a pretensão ou resistência da parte adversa, conforme o caso, desincumbindo-se com maior satisfação do ônus probatório que lhe é atribuído, consoante determinação do artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Como cediço, na seara civil, sob a ótica do artigo supracitado, incumbe ao autor demonstrar a prova do fato constitutivo do direito que pleiteia, ao passo que ao réu, a seu turno, incumbe provar à existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da parte adversa. Consectário natural de tal ônus, embora não seja regra, é de que a parte que satisfatoriamente se desincumbir do ônus probatório que lhe é destinado, produzirá um elevado grau de certeza e persuasão no ânimo do julgador quanto à veracidade dos fatos alegados em Juízo, de sorte que tenderá, em tese, a obter uma decisão favorável a seus interesses.

No Processo Penal, todavia, o ônus probatório sob tal ótica não se procede com tamanho rigor, pois nos termos do artigo 156 “caput” do Código de Processo Penal “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]” (BRASIL, 1941, n. p.). Contudo, ressalte-se que a luz do princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII como uma das garantias individuais do(s) acusado(s), tais ônus ficará em maior parcela sob o encargo da acusação – Ministério Público ou querelante – que deverá elidir tal presunção constitucional.

Desse modo, caberá ao acusado, em princípio, a prova que a conduta lhe imputada encontra-se arrimada em eventuais excludentes de antijuridicidade, tipicidade e/ou dirimentes de culpabilidade. Contudo, a depender das circunstâncias fáticas, necessitará apenas que suas

alegações quando suscitadas possam gerar dúvida razoável quanto à materialidade do crime, devendo imperar, neste caso, a aplicação do famigerado princípio *in dubio pro reo*. (GRECO FILHO, 2012).

Saliente-se, por oportuno, que os aprofundamentos quanto ao ônus probatório em matéria processual penal serão feitas de forma minudente no capítulo concernente à análise das provas, cabendo-nos, por ora, limitarmo-nos a exposição, ainda que superficial, das nuances alusivas de cada modelo probatório. Até porque as provas, sem dúvidas, são um dos principais óbices no alcance da verdade no processo, merecendo por tamanha importância e relevância que seja destinado um capítulo próprio para sua abordagem, sendo de bom alvitre fomentá-la para uma melhor compreensão do tema.

Registre-se, por oportuno, que o presente trabalho tem em seu âmago a discussão acerca da busca da verdade, através de uma análise das provas no processo penal. Para tanto, partiu-se da premissa de que Direito e verdade estão intrinsecamente ligados entre si, na medida em que no processo penal, através do artigo 156, I, do CPP, assegura ao juiz amplos poderes instrutórios para se alcançar a “verdade real” dos fatos.

Nesse tocante, para que se possa concluir acerca da (in) aplicação desse princípio no âmbito processual penal tal qual objetivado na filosofia, sem prejuízos de outras limitações ao seu alcance já aludidas no decorrer deste trabalho ou que serão analisadas e fomentadas de forma mais acurada no quarto capítulo, mister se faz a prévia compreensão das provas cuja (i) licitude e (ii) legitimidade, muitas vezes, são determinantes na verdade que se alcança no processo e será tais aspectos que se buscará abordar com maior acuidade no capítulo subsequente.

3. PROVAS

3.1. Conceito e finalidade

Cumpramos ressaltar, inicialmente, que a prova possui terminologia plurívoca, possuindo diversos sentidos. Se no seu sentido comum podemos “[...] imaginar a situação de alguém demonstrando a veracidade de um fato a outrem, como forma de convencimento” (JACOB, 2015, 58), juridicamente, podemos conceituá-la como “sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento dos exercícios de ação e de defesa” (RANGEL, 2015, p. 461-462).

Com efeito, Lima (2017) ao discorrer sobre a origem etimológica do termo *prova*, ressaltando seu caráter polissêmico, salienta que sua acepção origina-se do termo *probo* (do latim, *probatio* e *probus*) traduzindo-se nas ideias de “verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro” (LIMA, 2017, p. 583).

Como se sabe, “o processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 618).

Dessarte, através do processo pretende-se “criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória” (LOPES JR, 2016, p. 193).

Sob tal ótica, esclarece os insignes processualistas Marinoni e Arenhart (2015, p. 71) que “seriam provas, nesta visão, todos os elementos que a lei autoriza possam restabelecer a verdade dos fatos (fixar) da hipótese aventada pela parte para suportar certa consequência jurídica pretendida”. E, complementa os mencionados autores (2015, p. 71), que “em todas essas construções observa a ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação deste fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência”.

Assim, no processo “comumente, a definição de prova vem ligada a ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter

certeza sobre eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer sua função” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 69). Resulta daí, conforme destacado por Jacob (2015, p. 58), “a importância da prova para o processo penal. O objetivo primeiro é trazer ao processo penal a certeza de um fato coadunando-se com a realidade do fato, ao menos para fins de condenação penal”.

Isto se dá porque, “na medida em que não presenciou o fato que é submetido à sua apreciação, é por meio das provas que o juiz poderá reconstruir o momento histórico em questão, para decidir se a infração, de fato, ocorreu e se o réu foi seu autor” (REIS; GONÇALVES, 2016, p. 308). Neste prisma, aliás, destaca Barros (2013, p. 138) que “a prova foi equiparada ao meio pelo qual a verdade consegue atingir o espírito do julgador, sendo ela a única que pode nele gerar, legitimamente, a convicção racional da criminalidade”.

Todavia, por oportuno, consigne-se que a obtenção da certeza no processo não é o mesmo que encontrar a verdade dos fatos que nele se discute. Afinal, conforme assinalado por Malatesta (1996, p. 21), a verdade seria “a conformidade da noção ideológica com a realidade”, ao passo que a certeza, segundo o autor, seria “a crença na percepção desta conformidade”.

[...] A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros. [...] E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e a realidade exterior: não é porque haja pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pleno pirronismo. Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objectiva; mas dizemos que, conquanto derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponder à verdade objectiva. Nós dizemos que a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, qual é, não qual seria melhor que fosse, consistindo em um estado subjectivo da alma, é estudada como tal, e não já confundida com a realidade exterior. (MALATESTA, 1996, p. 21).

[...]

A certeza não é mais do que um estado subjectivo do espírito humano: seja de que natureza for a verdade, ela só é certa para o espírito humano enquanto se julga conforme ao conceito que dela se tem. É nesta crença da conformidade da noção ideológica com a verdade ontológica, que assenta a essência da certeza; e por isso quando a verdade ontológica nos parece conforme com a noção que dela temos, ela é sempre, e do mesmo modo, igualmente certa para nós, seja qual for a sua natureza. (MALATESTA, 1996, p. 36).

Sem embargos, esclarece Lunardi e Dimoulis (2007) que, de acordo com entendimento doutrinário predominante, a decisão judicial deve estar baseada na verdade para

se chegar uma decisão justa, constituindo a verdade uma finalidade instrumental para se atingir tal escopo. Daí dizer, conforme destacado por Barros (2013, p. 139), que “a busca da verdade constitui atividade que converge para a integral apuração do fato. E as provas compõem o instrumento do qual se vale o Direito para reproduzir a verdade”.

No entanto, durante a instrução processual até a prolação de uma decisão final sobre o caso em litígio, os enunciados fáticos formulados pelas partes serão dotados de incerteza. Neste ínterim, poderá ocorrer que já finda a instrução probatória e ao julgador ainda persista dúvidas e incertezas quanto à veracidade ou falsidade dos enunciados concernentes aos fatos materiais que se discutem em Juízo.

Portanto, “decidir sobre os fatos significa fazer uma escolha que supere a incerteza e resolva a dúvida acerca da veracidade ou falsidade sobre os enunciados acerca desses fatos” (TARUFFO, 2014, p. 29).

Nessa perspectiva, “a necessidade da prova, de forma geral, se impõe dada a natureza humana, eis que condizente a determinado fato, a dúvida, é algo comum, tendo em vista que a ausência de conhecimento deste fato leva à negação da certeza” (JACOB, 2015, p. 58).

Dessarte, “a tarefa básica do julgador é determinar, com base na prova produzida, a veracidade ou falsidade de cada enunciado de fato” (TARUFFO, 2014, p. 29). Isto porque, segundo Jacob (2015, p. 58), “a prova tem a finalidade de diminuir esta incerteza ou, ao menos, aumentar a probabilidade da existência deste fato, conforme narrado por alguém”.

A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos: ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos, e tem-se o improvável; pode existir igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos, e ter-se-á o crível no sentido específico; pode dar-se, finalmente, a prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos, e tem-se o provável. Mas o improvável não é propriamente senão o contrário do provável: o que é provável pelo lado dos motivos menores, e por isso a dúvida reduz-se propriamente às duas únicas subespécies simples do crível e do provável. (MALATESTA, 1996, p. 20).

Nessa perspectiva, arrimada nos dizeres de Malatesta (1996), ressalta Jacob (2015, p. 58) que:

Destarte, ao observar o espírito humano, no que diz respeito ao conhecimento de um determinado fato, ele poderá se encontrar em três estados, a saber: ignorância, que é a ausência total de todo o conhecimento; credibilidade, no qual há uma igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo; por fim, no estado de certeza, em que há um conhecimento afirmativo, triunfante.

Considerando, ainda, que “relativamente ao conhecimento humano de um determinado fato, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou certeza” (MALATESTA, 1996, p. 19). Logo, para Malatesta (1996, p. 19) a prova é “o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

[...] a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito à crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer como a verdade se refletiu no espírito humano, isto é, é necessário conhecer qual o estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com a sua acção. Consequentemente, para estudar bem a natureza da prova, é necessário começar por conhecer os efeitos que ela pode produzir na consciência, e para este conhecimento é necessário saber antes de mais nada os estados em que pode encontrar-se o espírito, relativamente ao conhecimento da realidade. Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela acção da prova, obter-se há a determinação do valor intrínseco desta (MALATESTA, 1996, p. 19).

Pode-se afirmar, portanto, que a função primordial da prova seria aquela de auxiliar o magistrado a resolver tais celeumas inerentes à atividade processual. Objetiva-se superar o estado de dúvida para, por conseguinte, proporcionar no espírito do julgador a certeza necessária para que possa decidir racionalmente a despeito da veracidade dos fatos versados na demanda judicial, através de uma construção lógica extraída do contexto probatório carreado ao processo. Deste modo, busca-se por meio da instrução probatória “provê-lo com as informações necessárias para decidir racionalmente se os enunciados concernentes aos fatos materiais em litígio são verdadeiros ou falsos” (TARUFFO, 2014, p. 29).

Ainda sobre a conceituação de provas, imperioso colacionarmos a dicção do art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/08, ao destacar, *in verbis*, que: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941, n. p.). Há, portanto, no referido preceito legal uma nítida distinção entre provas e elementos informativos.

Assim, compreende-se como provas “os elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa” (LIMA, 2017, p. 584). Se, todavia, inexistindo tais observações aos princípios do contraditório e ampla defesa tratar-se-á, neste caso, de elementos de informação, isto é,

“aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes” (LIMA, 2017, p. 584).

Depreende-se, portanto, que para caracterização das provas o contraditório funciona como premissa basilar para a sua existência e validade. Trata-se, pois, de exigência necessária sem a qual não lhe caberá a designação de prova quando não produzidas sob o crivo do “contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória” (LIMA, 2017, p. 584).

Nesta perspectiva, os autores Távora e Alencar (2017), ao distinguir os elementos de convicções em que o juiz poderá fundamentar suas decisões, salienta que um dos pressupostos necessários da prova é justamente o procedimento em contraditório, ainda que diferido ou postergado para momento ulterior à sua produção. Neste sentido, vejamos:

(1) prova: pressupõe procedimento contraditório, em regra produzida no curso de processo instaurado perante magistrado, com a participação dos litigantes. Quando produzida antes do processo, ou antes de ser oportunizada a participação dialética do interessado, a prova exigirá o contraditório posterior (diferido ou postergado), para que receba a qualificação de prova (*stricto sensu*). A partir do critério do contraditório oportunizado durante a produção da prova ou após sua produção, a doutrina o subdivide em: (a) contraditório real (ou para a prova ou para a constituição da prova), relativo à participação das partes na produção da prova que é feita na presença de juiz (a exemplo da prova testemunhal em juízo); e (b) contraditório diferido (ou sobre a prova ou sobre a prova já produzida), referente ao debate dos interessados a respeito da prova já formada (os assistentes técnicos se manifestam sobre o laudo pericial já elaborado unilateralmente pelo perito).

(2) elementos de informação: são os documentos e outros registros colhidos em procedimento diverso do processo judicial, sem a observância atinente ao contraditório. São chamados elementos de informação aqueles colhidos no curso do inquérito policial, procedimento de natureza inquisitiva, sem contraditório, isto é, na fase de investigação preliminar (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 618-619).

Em que pese à distinção feita pela legislação processual, Feitoza (2008, p. 133) aponta para a “impertinência do vocábulo ‘exclusivamente’ no *caput* do art. 155 do CPP, pois somente as provas produzidas em contraditório e com ampla defesa devem poder, do ponto de vista jurídico-constitucional, fundamentar um provimento condenatório”. Assim, deverá o referido preceito legal ter sua interpretação e aplicação restritiva, mormente, para embasar uma condenação criminal.

Neste diapasão, destaca Lima (2017, p. 584) que se “pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art. 5º, LV, da Carta Magna”.

Entretanto, com aludida reforma legislativa embora não possa o juiz, a princípio, fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na fase investigatória, poderá, porém, utilizá-los em complemento, de forma supletiva, corroborando as provas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em outros termos, os elementos informativos, quando isoladamente considerados, não possuem idoneidade para fundamentar um decreto condenatório. Todavia, quando somados ou corroborados pelas provas coligidas em Juízo, com a estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, poderá perfeitamente influir na convicção do julgador (LIMA, 2017).

Ademais, não devemos olvidar que no artigo 155, *in fine*, o legislador pátrio trouxe como ressalvas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas das quais poderá o juiz formar sua convicção, conquanto produzidas na fase investigatória sem a necessária observância do contraditório real (excetuada as provas antecipadas), notadamente pelo caráter inquisitorial que se desenvolvem na investigação preliminar, consistente na fase incipiente da *persecutio criminis* estatal.

Infere-se, portanto, que as provas possuem por finalidade precípua influir na convicção do julgador, tornando-lhe de seu conhecimento a existência do fato-crime que se imputa ao réu para que o juiz, convicto acerca da (in) veracidade dos fatos narrados na peça acusatória, possa julgar condenando ou absolvendo o acusado. Neste sentido, pondera Jacob (2015, p. 59) que “a finalidade da prova é tornar determinado fato conhecido do Juiz, persuadindo-o da sua existência. [...]. É, pois, instrumento probatório típico para desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma seguinte situação de fato”.

Não obstante, insta ressaltar que “essa elucidação tem íntima relação com a ideia de que o resultado do processo ou a convicção do juiz são frutos das partes ou da influência que as partes exercem sobre o juízo mediante as alegações e provas, e não da verdade sobre os fatos” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 117). Talvez, por isso, que a doutrina sustenta ser o juiz o destinatário direto e imediato do arcabouço probatório coligidos ao processo, sendo as partes seu destinatário indireto.

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

A irrisignação das partes em aceitar como expressão da verdade a decisão judicial fundamentada em determinado material probatório é que irá, em princípio, motivar o exercício ao duplo grau de jurisdição. Assim, primordialmente, as provas destinam-se ao juiz e, secundariamente, às partes. (RANGEL, 2015, p. 462).

Assim, preleciona Oliveira (2017, p. 174) que “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*”. Isto porque, como se sabe, “o juiz tem o dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja plenamente convencido” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 117).

Dessa forma, segundo Sampaio (2010, p. 165) “o processo, indubitavelmente, possui função de regularizar uma situação processual, mas também de reconstruir um fato histórico, que deverá ser demonstrado através da prova sob o crivo inafastável do contraditório”.

Frise-se, portanto, que no processo a finalidade probatória é “a formação da convicção do juiz quanto à existência dos fatos e atos jurídicos que são objeto da afirmação positiva ou da argumentação negativa, segundo as alegações feitas pelas partes” (BARROS, 2013, p. 138). Em outros termos, saliente-se que na seara processual, há a exigência de que o magistrado ao formar sua convicção acerca da (in) veracidade da imputação narrada na denúncia ou queixa-crime é salutar que sua decisão se atenha ao contexto probatório coligido ao processo. Logo, segundo Barros (2013, p. 138), “somente o que está provado pode ser tido como verdadeiro”.

Neste diapasão, salienta Nucci (2016), em seu *Código de Processo Penal Comentado*, que a atuação das partes no processo se destina ao convencimento do magistrado de que os fatos por elas narrados correspondem à verdade, possibilitando ao juiz adquirir através da instrução probatória a certeza necessária para prolatar sua decisão. Neste sentido, vejamos:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro”. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso. Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade (juízo que enumera motivos convergentes e divergentes acerca da ocorrência de um fato, prevalecendo os primeiros). (NUCCI, 2016, p. 301).

Nesse viés, Lopes Junior (2016, p. 194), com base nos dizeres de Michele Taruffo, assevera que:

[...] além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Com efeito, vimos amiúde que para além desses conceitos aventados, a prova possui terminologia polissêmica, comportando vários sentidos. Se, por exemplo, em seu sentido comum temos arraigada a noção de que “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém” (GRECO FILHO, 2012, p. 158). No processo, seu desiderato primordial é proporcionar a convicção do julgador acerca da existência dos fatos alegados pelas partes, proporcionando-lhe a certeza necessária para que possa, com fulcro nas provas carreadas aos autos, estabelecer no seio processual a verdade acerca desses fatos objeto da demanda judicial.

Assim, juridicamente podemos concebê-la em seus variados sentidos como, por exemplo: prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova, e prova como obtenção de prova. (FEITOZA, 2008). Nessa ótica, Jacob (2015, p. 60), ao citar Feitoza¹⁹, esclarece que:

[...] a prova como fonte se “[...] refere às pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas com fontes dos estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato”. Já a prova como manifestação refere-se à maneira como a prova se perfaz no processo, na qual é possível distinguir entre a pessoa (por exemplo, a testemunha) e sua manifestação, que podem ser, por exemplo, o testemunho, as declarações ou depoimento da testemunha e interrogatório.

A prova como atividade probatória “[...] é o ato ou conjunto de atos tendentes a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de um fato” (FEITOZA, 2009, p. 688). A prova como resultado pode-se afirmar que é a convicção da entidade decisora, gerada dentro do processo, sobre a existência ou não de uma dada situação fática.

Por seu turno, o eminente processualista Nucci (2016, p. 301) assevera em lição irretocável que a prova possui três sentidos, a saber:

¹⁹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez se prova de que o réu é o autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

Ademais, como guisa de arremate não devemos olvidar que a teor do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, todas as decisões judiciais devem ser motivadas. Logo, neste contexto, conforme aponta Jacob (2015) a prova ganha relevância ímpar, eis que servirá de base para a fundamentação das sentenças, não se limitando apenas, e tão só, a sua função persuasiva que lhe é atribuída no que se refere a sua destinação, como tal, voltada a formação do convencimento do julgador.

3.2. Meios de prova e momentos probatórios

Pode-se definir meio de prova como aquilo que se pode utilizar no processo, a fim de se reconstituir e demonstrar a realidade dos fatos alegados pelas partes, ou seja, “são elementos trazidos ao processo capazes de orientar o juiz na busca da verdade dos fatos” (AVENA, 2017, p. 314). Segundo Pontes de Miranda²⁰ (apud JACOB, 2015, p. 61), meios de prova são “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios”.

Sob tal ótica, Bonfim (2012, p. 456) define os meios de prova como “todo fato, documento ou alegação, que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo”. No Processual Penal, a rigor, trata-se de “[...] meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão” (LOPES JR, 2016, p. 198).

Destarte, segundo Lima (2017), em seu *Código de Processo Penal Comentado*, ao destacar sua noção instrumental pelos quais se introduzem as fontes de prova no processo, assevera que os meios de prova dizem respeito a “uma atividade endoprocessual que se

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947; p. 155.

desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação dos dados probatórios no processo” (LIMA, 2017, p. 466).

Com efeito, “para se obter o resultado pretendido no processo, notadamente se a pretensão for de natureza condenatória, é indispensável provar a veracidade dos fatos alegados” (BARROS, 2013, p. 139). Assim, se novamente trazermos à baila a tradicional noção acerca da conceituação de prova como sendo “todo meio (qualquer coisa, ainda que imaterial) que se destina a levar ao conhecimento do juiz e das partes a existência ou a inexistência de um fato material ou de um ato jurídico” (BARROS, 2013, p. 140), podemos dizer que através dos meios de provas utilizados é que se logrará, talvez, maior êxito no alcance de tais desígnios.

Nesse viés, diga-se que os meios de prova, consoante asseverado por Távora e Alencar (2017, p. 627), “são recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”. Na mesma linha de raciocínio, Rangel (2015, p. 463) aduz ser “todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não”. Logo, conforme destaca Taruffo (2014, p. 15), “meio de prova é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa”.

Infere-se, portanto, desses últimos conceitos que tudo o que houver serventia, que possua idoneidade e seja útil para comprovação dos fatos alegados pelas partes na demanda judicial, poderão ser utilizados como meios de prova a fim de se demonstrar a realidade fática e reforçar a convicção do magistrado acerca da (in) veracidade da acusação que se imputa ao réu.

Em outras palavras, aduz-se que é admissível à parte utilizar-se de meio de prova, ainda que não previstos no Código de Processo Penal, “desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade” (GRECO FILHO, 2012, p. 161).

Assim, a princípio, não há no processo penal limitações aos meios dos quais possam as partes utilizar-se para comprovação de suas alegações, sendo aceito, para tanto, todas as provas relevantes e idôneas não contrárias ao ordenamento jurídico. Pondere-se, todavia, que por expressa vedação a teor do artigo 155 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, incluído pela lei 11.690 de 2008, *in verbis*, “somente quanto aos estados das pessoas serão observados as restrições estabelecidas na lei civil” (BRASIL, 1941, n. p.).

Neste prisma, segundo Jacob (2015, p. 61) “há de se ter cuidado que somente pode ser aceito como meio de prova aquilo que não for inconstitucional, ilegal e não contrariar os bons costumes e a moral”.

No que tange ao dispositivo supracitado, pode-se afirmar que o princípio do livre convencimento, insculpido no *caput* do referido preceito legal, não é absoluto, sendo mitigado quando a busca da verdade dos fatos abranja questões ligadas ao estado da pessoa, tais como, dentre outras hipóteses, o casamento, a menoridade, a filiação e a cidadania.

Em tais situações, inclinou o legislador pátrio para prevalência das restrições estabelecidas na codificação civil com o intuito de se resguardar as garantias do acusado e o devido processo legal em detrimento à busca pela “verdade real” dos fatos subjacentes.

Assim, por exemplo, ao imaginarmos a hipótese em que o vínculo conjugal funcione como causa qualificadora ou como causa de aumento da pena do crime imputado ao acusado, neste caso, será imprescindível para qualificação do delito ou majoração da pena prevista no tipo penal que se prove o estado de casado, o que somente se faz com a apresentação da certidão do registro civil. Portanto, será inócua e ineficaz a tentativa de prová-lo por outro meio probatório, senão pelo exigido na legislação civil.

Assim, por exemplo, para que incida a agravante do art. 61, II, “e”, do CP, deve haver a prova – nos termos da lei civil – de que o crime foi praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Tais circunstâncias de parentesco ou matrimônio devem ser provadas através da respectiva certidão de nascimento ou casamento, conforme o caso. Não se comprova o parentesco por prova testemunhal, por exemplo, de modo que na falta do documento civil respectivo não poderá tal circunstância ser provada de outro modo, não incidindo, portanto, a agravante. Na mesma linha, a extinção da punibilidade por morte do agente somente pode ser declarada quando houver a prova civilmente prevista, ou seja, a certidão de óbito, como prevê o art. 62 do CPP (LOPES JR, 2016, p. 212).

Nesta mesma senda, imperioso colacionarmos a dicção da súmula 74 do STJ segunda a qual, “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”. Destarte, ao imaginarmos a situação em que o indivíduo esteja sendo acusado pela prática do crime de corrupção de menores, por exemplo, é exigência impostergável que a comprovação da idade do menor se dê através de prova específica, inequívoca e idônea, para fins criminais, sendo como tal a certidão de nascimento, mormente para consubstanciar em eventual condenação do acusado no delito em tela.

Desse modo, inexistindo prova hábil do reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, o juízo absolutório será medida a se impor no caso vertente, consoante teor da

expressa limitação contida no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal (*vide* HC 123779 – MG, 1.^a T., Rel. Min. Rosa Weber, 03/03/2005).

O Código de Processo Penal exemplifica alguns meios de provas, especificamente entre os artigos 158 a 250 do CPP. Daí dizer, em sede doutrinária, que as provas podem ser nominadas: compreendendo como tal as provas cuja especificação será expressa em lei; e inominadas: quando desprovidas de especificação legal.

Contudo, nada obsta sua utilização quando relevantes e idôneas a elucidação dos fatos e, ainda, denote-se consentâneas aos escopos processuais modernos do devido processo legal em matéria probatória, coadunando-se aos parâmetros e diretrizes processuais impostas pelo legislador quanto a sua licitude, legitimidade e moralidade de sua obtenção e produção. Nesta ótica, com arrimo nos dizeres de Feitoza, assevera Jacob (2015, p. 61-62) que:

O Código de Processo Penal exemplifica os meios de provas nos artigos 158 a 250, por tal razão, Denilson Feitoza (2009, p. 726-727), classifica as provas em “nominadas, são as especificadas em lei” e “inominadas: as que não estão especificadas em lei” (2009, p. 726). No processo penal, as provas nominadas estão elencadas entre os artigos 155 e 250 do Código de Processo Penal, já as provas inominadas não possuem o seu procedimento explicitado em Lei.

Deste modo, com base no Código de Processo Penal são meios de provas nominadas (JACOB, 2015): exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184); interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); confissão (arts. 197 a 200); pergunta ao ofendido (art. 201); testemunhas (arts. 202 a 225); reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228); acareação (arts. 229 e 230); documentos (arts. 232 a 238); indícios (art. 239); busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Consigne-se, por oportuno, que “parte da doutrina entende que o rol de provas expostos no Código de Processo Penal é taxativo, não devendo existir a possibilidade de se estabelecer provas sem a devida previsão legal” (JACOB, 2015, p. 62).

Particularmente, é desarrazoado tal posicionamento na medida em que o Direito, inegavelmente, constitui-se em uma ciência dinâmica, com constante evolução e jamais estanque, e, por tal razão, exige-se a sua paulatina e constante adequação aos anseios e valores sociais velados em diferentes épocas.

Como sabido, na sociedade hodierna com os avanços científicos e tecnológicos há, cada vez mais, a ocorrência acentuada de delitos que em outrora não se concebia, a exemplo disso, vale citar, os delitos informáticos que resultou na promulgação da Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, que trouxe pontuais modificações ao Código Penal Brasileiro. Ademais,

não devemos olvidar que os crimes organizados vêm tomando desmedidas proporções e ocorrências cada vez mais acentuadas.

Ciente disso, não é inócuo acrescentar que a Lei 12.850/2013, que cuida do crime organizado, traz inúmeros meios de obtenção de prova, conforme destacado por Nucci (2016, p. 235):

Além dos meios de provas estabelecidos no Código de Processo Penal, leis especiais podem fixar outros mecanismos, tal como ocorre com a Lei 12.850/2013, que cuida do crime organizado. Preceitua o art. 3.º da referida lei: “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. § 1.º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. § 2.º No caso do § 1.º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação”.

Portanto, a nosso ver, sobeja infundada tal discussão. Ora, se o processo penal deve-se orientar pela busca da “verdade real” dos fatos buscando, tanto quanto possível, aproximar-se da verdade fática do delito para correta aplicação da sanção penal, seria, por vezes, um contrassenso inconcebível a limitação dos meios probatórios àqueles taxados na legislação processual.

Dessarte, não sendo as provas contrárias às disposições atinentes ao devido processo legal, bem como as limitações constitucionais e processuais em matéria probatória e não sendo, ainda, atentatórias a moral e a dignidade humana, o rigor legislativo em inadmiti-las, no processo penal, certamente daria azo à fragilidade estatal na correta e efetiva aplicação do *jus puniendi*. Além disso, se reconhecida tal limitação ter-se-ia olvidado o legislador dos constantes avanços científicos, culturais e sociais.

Nessa perspectiva, segundo Jacob (2015, p. 62) “tal posicionamento parece equivocado, pois a Lei processual não se declara taxativa, e, se o tivesse feito ou fosse

interpretada, teria sido um grande equívoco, pois impediria a norma processual de acompanhar os avanços sociais, tornando-a rapidamente obsoleta”.

Superada a abordagem acerca dos meios de prova admissíveis no processo penal, cabe-nos agora fomentar a despeito dos momentos probatórios no seio processual. Inobstante, a doutrina é praticamente unívoca em afirmar que são quatro os momentos da prova distintamente localizáveis no processo.

Saliente-se, por oportuno, que não vamos nos ater a análise da produção probatória na primeira fase da *persecutio criminis*, ou seja, aquelas produzidas durante a investigação preliminar consistente no procedimento administrativo no qual se busca angariar elementos de convicção suficientes para formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

Desse modo, não nos cabe abordá-las, haja vista que nesta fase são colhidas pela autoridade policial as denominadas fontes de provas e elementos de informação e, em geral, produzidos de forma inquisitória sem a necessária participação dialética das partes, visando subsídios mínimos para que o titular da ação penal possa deflagrá-la em juízo quando presente a justa causa consubstanciada pelo *fumus commissi delicti*.

Cabe-nos salientar que, por ora, abordaremos tão somente a despeito dos momentos probatórios identificados no curso da persecução penal em Juízo. Até porque o contraditório, como vimos, é requisito impostergável para designação do termo prova, não estando, em regra, presente na fase incipiente da *persecutio criminis* (ressalvada as hipóteses das provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas), motivo pelo qual sobeja incoerente a terminologia e designação de prova ainda nesta fase, mormente, se colhidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa quando produzidas (LIMA, 2017).

Superado tal introito, sem delongar a demasia, impende-nos salientar que são momentos probatórios no processo “em que se dedica especial atenção à prova: o momento da propositura; da admissão; da produção; e da valoração” (BARROS, 2013, p. 144).

Assim em seu primeiro momento, consistente na fase postulatória, confere-se o direito das “partes requerer ao juiz a produção de provas sobre os fatos pertinentes e relevantes para a confirmação de suas alegações” (BARROS, 2013, p. 145). Em geral, para a acusação, o momento adequado se dá com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal.

Ao acusado, por sua vez, mister se faz a observância do respectivo procedimento (BARROS, 2013). Deste modo, em se tratando de procedimento ordinário ou sumário, a teor do artigo 396-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 11.719/2008, será na resposta

escrita à acusação, observados o prazo legal de 10 (dez) dias para fazê-la, oportunidade em que poderá o acusado “[...] arguir preliminares e alegar tudo o que interessa a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário” (BRASIL, 1941, n. p.). Nesta perspectiva, segundo Avena (2017, p. 320) há dois momentos de proposição das provas, a saber:

Existem dois momentos de *proposição* das provas: momentos ordinários, os quais correspondem, no polo acusatório, à **denúncia** e à **queixa-crime**, e, no polo defensivo, à fase da **resposta à acusação ou defesa prévia**; e momentos extraordinários, que se traduzem como todas aquelas oportunidades de requerimento de provas depois de já iniciada ou encerrada a instrução criminal. A diferença entre tais etapas releva, como veremos, na segunda fase do procedimento probante: o momento da admissão pelo juiz.

Em síntese, portanto, o primeiro momento da prova se dá na fase postulatória quando, por ocasião da denúncia ou queixa será indicado o rol de testemunhas a serem ouvidas em Juízo, podendo pugnar, ainda no ensejo, pela produção de prova pericial, etc. Ocorrerá, também, com a resposta à acusação em que poderá o acusado, dentre outras providências, especificar as provas que pretende produzir em sua defesa.

Todavia, esclareça que por expressa permissão legal, poderá ocorrer à produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, observando para tanto a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, a teor do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal.

Requerida a produção probatória, no passo seguinte, o juiz examinará seu cabimento e pertinência para comprovação dos fatos versados na demanda judicial, podendo indeferir, nos termos do artigo 400, § 1º, CPP, as provas “[...] consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (BRASIL, 1941, n. p.). Logo, o segundo momento da prova trata de sua *admissão* no processo. Segundo Marinoni e Arenhart (2015, p. 129) “a prova só deve ser admitida quando, além de ter sido requerida de acordo com as regras de direito processual, é relativa a uma afirmação de fato principal ou fato indiciário que tenha relevância para convencimento do juiz”. Nesta perspectiva, Barros (2013, p. 145) apregoa que:

No passo seguinte surge o *direito a admissão* – segundo momento – que é concomitante ao deferimento judicial dos requerimentos formulados pelas partes. É certo que o juiz poderá indeferir o pedido de produção obtida por meios ilícitos, ou daqueles que não forem relevantes ao descobrimento da verdade (ou seja, inúteis para solução do caso). Assim, o deferimento ou indeferimento das provas requeridas

deverá ser emitido pela autoridade judiciária competente no momento estabelecido pela legislação. Esse momento se apresenta no ato em que designar a audiência de instrução e julgamento.

Posteriormente, caso admitidas as provas, segue a fase de sua *produção* (terceiro momento). Em regra, as provas orais serão produzidas em uma só audiência de instrução e julgamento, consoante teor dos artigos 400, § 1º e 411, § 2º, CPP, observados a ordem de inquirição estabelecida nos respectivos dispositivos legais. Todavia, repise-se que o próprio estatuto processual permite a colheita de prova oral antecipadamente, mesmo antes da audiência de instrução e julgamento (art. 225, CPP).

Assim, “terá cabimento a produção antes da realização da audiência de instrução, quando qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista” (BARROS, 2013, p. 145).

No que tange ao requerimento a produção de prova documental, em geral, as partes deve apresentá-las anexa a seu requerimento sempre que possível, sendo oportunizado o contraditório sobre elas. A título de comparação o atual diploma processual civil impõe como imperativo ao juiz que se dê oportunidade à parte adversa para pronunciar acerca de eventuais provas carreadas aos autos (art. 437, § 1º, CPC). Logo, segundo Marinoni e Arenhart (2015, p. 130), “a produção somente se dá após a admissão da prova. Quando foi formada ou obtida antes de sua admissão em juízo, ela não foi produzida”.

Noutra ótica, entretanto, para Oliveira (2017, p. 182) “a regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância (quando dependerão de iniciativa judicial – art. 616, CPP), desde que respeitado, sempre, o contraditório”. No entanto, segundo o autor, quanto ao tempo, à regra descrita no artigo 479 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.689/2008, “no qual se exige a antecedência mínima de três dias antes da instrução em Plenário para a juntada de documentos no procedimento do Tribunal do Júri” (OLIVEIRA, 2017, p. 182), excetua-se a regra geral, limitando-a.

Por fim, após sua produção, deve o juiz valorá-las, sendo este o quarto e último momento da prova no processo. Desse modo, quando já finda a instrução probatória, na “fase decisória do processo, o julgador, ao fundamentar a sentença, deve manifestar-se sobre todas as provas produzidas, acolhendo aquelas que firmaram seu convencimento em prejuízo das outras que serão desconsideradas” (BARROS, 2013, p. 146).

Se a verdade termina de ser construída com a valoração conjunta das provas, não há como negar, como demonstrado, a necessidade de valoração da credibilidade e do conteúdo de cada uma das provas. Isso significa que a convicção da verdade passa pela valoração individual e conjunta das provas, ambas se complementam e não obedecem a uma ordem cronológica rígida. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 133).

Inobstante, como se sabe, no processo penal adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, o que possibilita afirmar que as provas não possuem valor predeterminado, sendo todas elas de valor relativo, de sorte que poderá o juiz formar seu convencimento a partir de qualquer das provas confrontadas, desde que, por óbvio, justifique e fundamente os motivos que o levaram a optar por determinada(s) prova(s) em detrimento das demais. Logo, a verdade no processo será, por assim dizer, construída pelas partes e pelo magistrado na medida em que o procedimento se desenvolve.

3.3. Objeto da prova

Nas mais variadas culturas jurídicas o fato é visto como finalidade primordial da instrução probatória e, por tal razão, constituiria seu objeto conforme assegurado em considerável parcela da doutrina.

Assim, deverá a atividade cognitiva produzida em juízo estar voltada à comprovação de sua veracidade ou falsidade, de sorte a acarretar na justa aplicação da decisão estatal sem, contudo, desassociar-se da realidade fática resultante na contenda judicial. Nesse viés, esclarece Nucci (2016, p. 237) que “o objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar”.

Convém, por oportuno, ressaltar que o Ministério Público ou querelante em sua peça inaugural (denúncia ou queixa, respectivamente, conforme o caso), “ao imputar determinada conduta ao acusado, descreve uma série de fatos que em tese justificariam eventual condenação” (BONFIM, 2012 p. 452). Desse modo, conforme destacado por Lima (2017, p. 594), especificamente “no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória, buscando-se demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído à determinada pessoa é verdadeira (ou não)”.

Daí dizer, conforme destacado por Jacob (2015, p. 62), que “segundo a teoria tripartida do crime, ele é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável, o objeto da prova deve se referir a tais elementos constitutivos do crime”.

I – a ação (ou omissão) típica (correspondente à definição legal do fato punível), em seu aspecto objeto (tipo objetivo) e em seu conteúdo subjetivo (tipo subjetivo; dolo e especiais fins ou motivos de agir exigidos pela definição do delito); II. A antijuridicidade, revelada, em regra, por via negativa: é antijurídica a ação (ou a omissão) se não houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.); III. A culpabilidade (que depende da imputabilidade e da consciência da ilicitude, excluindo-se pelo erro e certas situações que tornam inexigível conduta diversa). Objeto primário da prova é, portanto, o que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu, que constitui o *thema probandum*. (FRAGOSO²¹, apud JACOB, 2015, p. 62).

Assim, segundo Barros (2013, p. 141), “além de se comprovar a ocorrência (ou a materialidade) do fato criminoso e de sua autoria, é preciso dar conhecimento ao juiz de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam determinar a certeza de sua convicção sobre a responsabilidade criminal”. Isto porque, nos dizeres de “Rogério Lauria Tucci²², o objeto da prova consiste nos fatos cuja evidenciação se torne imprescindível, no processo, para o juiz convencer-se de sua veracidade” (apud BARROS, 2013, p. 141).

São, portanto, objeto da prova, segundo Capez (2016, p. 398), os “fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo”.

Dezem (2016, p. 189), por sua vez, ao citar Gomes Filho destaca que “no processo penal, a atividade probatória versa, fundamentalmente, sobre a *imputação de um fato criminoso*, ou seja, sobre a afirmação que faz a acusação a respeito da ocorrência de um fato tipificado pelo Direito Penal [...]”. Assim, segundo o autor (2016, p. 189) “a qualificação jurídica também integra a imputação, na medida em que o fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora”.

Neste mesmo raciocínio, Lima (2017, p. 594) refuta a ideia de que o objeto da prova seriam os fatos que interessam a solução da controvérsia judicial, destacando que, na verdade, seu objeto “é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial”. Isto porque, segundo o autor, “jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu” (LIMA, 2017, p. 594).

Sem embargos a tais divergências, destacam Marinoni e Arenhart (2015, p. 117) que “a questão relativa a saber se no processo deve-se provar um fato ou uma afirmação de fato

²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Notas sobre a prova no processo penal**. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo 61. pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo%2061.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2014; p. 1.

²² Curso de direito processual civil cit., p. 336.

pode parecer destituída de importância”. Para Taruffo (2014, p. 19) “quando se fala na verdade de um fato, na realidade fala-se na verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio”.

Daí dizer que “[...] o resultado do processo ou a convicção do juiz são frutos da participação das partes ou da influência que as partes exercem sobre o juízo mediante as alegações e provas, e não da verdade sobre os fatos” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 117).

Sem se ater a tal discussão, Marcão (2016, p. 438), em seu *Código de Processo Penal comentado*, destaca que “objeto da prova, portanto, é a veracidade, ou não, da imputação; é a alegação ou o fato que deve ser demonstrado nos autos do processo, a fim de que o juiz possa conhecê-lo e sobre ele emitir juízo de valor quando for decidir a respeito”. Portanto, “só devem constituir objeto de prova às alegações e os fatos pertinentes e relevantes [...]” (MARCÃO, 2016, p. 438).

Compreende-se como tal (fatos pertinentes e relevantes) “[...] aqueles que têm relação com a causa e realmente podem influenciar na análise da imputação formulada, contribuindo para o julgamento da ação penal [...]” (MARCÃO, 2016, p. 438).

Em sentido adverso, segundo esclarecimentos feitos por Jacob (2015, p. 64) “os fatos irrelevantes, são os fatos impertinentes. O brocardo *probatum quod probantum non relevat* demonstra a desnecessidade de demonstrar fatos impertinentes que não dizem respeito à causa e não vão influir na decisão do magistrado”.

De certa forma, tal exigência é plenamente justificável na medida em que dá primazia a celeridade processual, evitando discussões desnecessárias acerca de fatos que não guardam relação e pertinência com aqueles versados na demanda judicial, sendo inútil discutir-lhes porquanto em nada contribuirão a elucidação e resolução da contenda judicial. Todavia, advirta-se que “é imprescindível avaliar o caso concreto, já que alguns eventos podem ser irrelevantes para um processo, mas não para outros” (JACOB, 2015, p. 64).

Com efeito, a Magna Carta de 1988 destaca que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), dispositivo este corroborado pela atual codificação processual civil (art. 4º, do CPC/2015) a denotar a primazia legislativa pela duração razoável do processo, incluída aqui no referido estatuto processual a atividade satisfativa. Malgrado, não haja no Código de Processo Penal dispositivo semelhante é assente

o entendimento, até com base no dispositivo constitucional supracitado, de que será despiciendo que o magistrado se atenha a análise de fatos irrelevantes e impertinentes, alheios ao *thema probandum* que se discute, evitando o dispêndio estatal e a perda de tempo com questões inúteis para o resultado do processo, delongando-o demasiadamente.

Não esqueça, contudo, que o esforço cognitivo é lastreado por critérios jurídicos estabelecidos previamente pelo legislador, ou seja, serão *fatos juridicamente relevantes* aqueles estabelecidos em lei cuja inobservância pelo indivíduo acarretar-lhe-á como consequência os efeitos jurídicos emanados do delito, devendo incidir ao caso concreto a reprimenda estatal.

Ou seja, conforme destacado por Matida (2009, p. 47), “os fatos que se mostram importantes para a justificação da decisão judicial é que devem ser o objeto de prova”. Assim, deve o esforço cognitivo no processo penal versar, necessariamente, sobre fatos e circunstâncias do delito narrados na acusação, eis que a decisão judicial limitar-se-á a descoberta da sua veracidade ou falsidade para a justa e correta aplicação do Direito ao caso concreto.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que “a preocupação cognitiva no contexto processual é instrumental, serve para resolver controvérsias jurídicas acerca da existência de direitos, isto é; não se pretende determinar um fato a menos que seja ele um pressuposto para a aplicação de normas num caso concreto” (MATIDA, 2009, p. 46). Assim, segundo Taruffo (2014, p. 17), as questões “relativas ao problema da verdade judicial e da função dos meios de prova surgem porque os <<fatos em litígio>> ou os <<fatos da causa>> são necessariamente determinados com base em normas jurídicas que são aplicadas com o objetivo de solucionar o caso”.

Como se sabe, “salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível” (TARUFFO, 2014, p. 19). Desse modo, “a certeza da veracidade das alegações feitas pelas partes decorre naturalmente da demonstração dos fatos, ou seja, as provas que denotam ou não sua existência” (BARROS, 2013, p. 141). Logo, a reconstituição fática feita em juízo, por coerência lógica, deve estar adstrita aos fatos diretos (ou primários) e indiretos (ou secundários) da causa.

Com efeito, a prova “deve se situar no âmbito das afirmações de fato que suportam o *thema decidendum* ou, mais precisamente, no espaço criado pelos argumentos do autor, que embasam seu pedido, e pelos argumentos do réu, que conformam as exceções apresentadas

para a rejeição do pedido” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 118). Daí dizer, conforme destacado por Bonfim (2012, p. 452), que “são as partes, portanto, que definem essencialmente os fatos que deverão ser objeto de prova, restando ao juiz, eventualmente, apenas complementar o rol de provas a produzir, utilizando-se de seu poder instrutório [...]”.

Pode ocorrer, no entanto, que para além dos fatos principais relacionados diretamente ao processo, seja imprescindível para a formação da convicção do magistrado que se apure os fatos indiretos, correlatos ao *thema probandum*. Assim, serão igualmente objeto de prova os indícios. Conforme destacado por Jacob (2015, p. 62), ao arrimar-se nos dizeres de Fragoso²³, são também objetos da prova:

[...] os indícios (que têm relação indireta com o que constitui o delito) e os elementos auxiliares da utilização e valoração dos meios de prova (prova sobre a prova). Aqui, se visualizam, por exemplo, a prova de que uma testemunha poderia ser parcial por suas conexões com a vítima ou com o réu ou a prova de que a confissão foi obtida por violência, violando os direitos e garantias fundamentais, etc.

Consigne-se, por oportuno, conforme destacado por Jacob (2015, p. 62-63), que são ainda objetos de prova:

[...] os elementos que se referem à medição, ou seja, à dosimetria da pena, a exemplo das circunstâncias do crime e da personalidade do agente. Além disso, tudo o que se relaciona ao processo, a teor do que dispõe o artigo 212 do Código de Processo Penal. Nesse caso o magistrado não poderá recusar perguntas da parte, salvo se não condizer com o processo, sendo situação totalmente estranha com os dados com que se pretende provar. Assim, tudo que tem relação com o processo pode ser objeto de prova.
Ou, ainda, “[...] objeto da prova é o fato que exige comprovação (fato probando)” (FEITOZA, 2009, p. 689), ou seja, aquilo que precisa ser demonstrado e que não é aferível de plano.

Segundo esclarecimentos de Lima (2017, p. 595) devem ser objetos de provas, no processo penal, “a imputação constante da peça acusatória, os costumes, regulamentos e portarias, o direito internacional, estadual e municipal, e os fatos não contestados ou incontroversos”.

Já vimos amiúde acerca da *imputação constante na peça acusatória* como objeto de prova, mas, em síntese, aduza-se que é exigência inexorável atribuída ao órgão Ministerial ou querelante que demonstre a contento ser verdadeira a imputação que faz, sob pena de

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Notas sobre a prova no processo penal**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pedf/heleno_artigos/arquivo_61.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2014.

absolvição do acusado cuja presunção de inocência lhe é constitucionalmente assegurada, cabendo à acusação elidi-la.

Pode-se dizer, portanto, que a apuração da veracidade ou falsidade da imputação criminal seria o ponto nevrálgico para o processo penal, devendo, por isso, ser objeto de prova e de cognição mais acurada a fim de evitar a propagação de injustiças, proporcionando, ainda, a correta aplicação da lei penal.

No tocante aos *costumes*, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 594) aduz que “o direito consuetudinário também deve ser provado (ex.: se o *Parquet* atribui ao acusado a prática de crime de furto durante repouso noturno, deverá comprovar a veracidade de tal assertiva)”.

Já no que tange aos *regulamentos e portarias* é imperioso ressaltar que tal exigência denota-se justificável apenas quando a portaria em questão não funcionar como “complemento de norma penal em branco, pois, nesse caso, presume-se que o juiz a conheça. É o que acontece com a Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que dispõe sobre as substâncias entorpecentes, cujo conteúdo não precisa ser comprovado”. (LIMA, 2017, p. 594).

Sob a ótica do princípio *jura novit cúria* pelo qual subtende que o juiz conheça o direito, em regra, é descabida a produção de prova sobre o *direito normativo*. Excepcionalmente, contudo, parcela da doutrina entende ser necessária a *comprovação do direito estadual, municipal e estrangeiro*, conforme previsão do artigo 376 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao campo do Processo Penal.

Contudo, tal exigência se dá quando à norma em questão seja referente à localidade diversa do exercício jurisdicional do magistrado, pois, cumprir-lhe-á caso não conheça, buscar conhecer, ao menos, sobre as regras atinentes à legislação estadual do respectivo tribunal, bem como da lei orgânica e legislações pertinentes à comarca na qual milita (LIMA, 2017). Neste sentido, Barros (2013, p. 142) pondera que:

Igualmente não é necessário produzir prova do direito normativo. Basta alega-lo, pois, por legítima presunção, está assentado que o juiz conhece o direito (*jura novit cúria*). Os romanos tinham plena certeza dessa presunção, tanto que legaram aos povos seguidores de sua monumental obra jurídica o conhecido brocardo *da mihi factum dabo tibi jus* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito).

Somente, por exceção, aliás muito rara no campo do processo penal, é que se fará a prova do direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário. Por exemplo, nos casos de improbidade administrativa, com consequências penais (crimes contra a administração pública), pode tornar-se imprescindível a prova da existência de lei municipal, hipótese em que poderá determinar a produção de prova nesse sentido.

Noutra ótica, entretanto, há no processo fatos que por conveniência legislativa não necessitam ser provados, “aqueles que prescindem de provas são: os fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos notórios, fatos com presunção legal absoluta, fatos impossíveis e os fatos irrelevantes” (JACOB, 2015, p. 63).

Os *fatos axiomáticos ou intuitivos*, segundo Marcão (2016, p. 439) “é aquele que guarda coerência lógica com outro já demonstrado e, por isso, não precisa de prova, dado o grau de certeza que dele imediatamente se extrai”. Em outros termos, conforme destacado por Jacob (2015, p. 63), são “aqueles fatos em que não geram nenhuma dúvida acerca de sua existência, são cristalinos, incontroversos”. Cite-se como tal o *álibi*, porventura, demonstrado, a exemplo dos dizeres de Mirabete²⁴ (apud JACOB, 2015, p. 63): “[...] a prova de que o acusado estava em determinado lugar, em determinada hora, exclui a necessidade de se comprovar que ele não estava no local do crime, ocorrido em outra cidade distante”.

No que tange aos *fatos notórios*, aduz Marinoni e Arenhart (2015, p. 136) que um “fato pode ser notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do “homem médio” situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida, assim como, por exemplo, eventos da vida social, política e econômica”. Segundo Jacob (2015, p. 63) “há o brocardo que afirma *notorium non eget probatione*, ou seja, notório é o fato de conhecimento de todos, integrante da cultura de um determinado povo”.

A doutrina, contudo, diverge quanto ao grau de notoriedade exigido para que a produção probatória seja dispensada. Assim, para Greco Filho (2012, p. 159) “basta a notoriedade relativa, que é aquela que abrange o local do processo e o tribunal que julgará em segundo grau”. Já Nucci (2016, p. 237), por sua vez, entende que “os fatos notórios são os nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade se esmaça, levando a parte à produção da prova”.

Sem embargo a tal discussão, esclarece Marinoni e Arenhart (2015, p. 135) que “o fato pode ser notoriamente conhecido em um lugar e não em outro. Quanto ao momento, cabe esclarecer que um fato pode se tornar, ou mesmo ter sido, notório. Por isso, a notoriedade deve ser relacionada com o *momento* da decisão”. Advirta-se, ainda, conforme os dizeres de Jacob (2015, p. 63), que “não se deve confundir fatos notórios com a denominada *vox*

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 250.

publica, uma vez que, neste último, a sociedade pode criar fatos que não ocorreram ou noticiar de maneira distorcida”.

Assim, por exemplo, numa “ação penal por crime contra a honra na qual figure como vítima o chefe de Estado, não há necessidade, por ser notório, da apresentação de prova de que o ofendido é ocupante do cargo” (BARROS, 2013, p. 49). Ou, ainda, como elucida Fernando Capez (2016, p. 399): “É o caso da *verdade sabida*: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima”.

Outrossim, “os fatos com presunção absoluta, *juris et de jure*, não permitem prova em contrário, eis que a lei, a norma, assim faz referência” (JACOB, 2015, p. 63). A guisa de exemplificação vale citar que por força do dispositivo constitucional contido no artigo 228 da Constituição Federal de 1988, corroborado pelo artigo 27 do Código Penal brasileiro, são inimputáveis os menores de 18 anos, sendo tal presunção absoluta não caberá prova em contrário.

Assim, segundo Jacob (2015, p. 63), “não é possível provar que alguém que cometa um fato previsto na lei penal como crime que tenha dezesseis anos é inimputável, tendo em vista que a legislação assim dispõe”.

Em sentido adverso, consigne-se que há, também, as denominadas *presunções relativas (juris tantum)*, compreendendo como tal as presunções legais das quais, a princípio, dispensam-se a produção de prova, porém, por ser relativa à presumida veracidade admite-se que a parte adversa possa infirmá-la sempre que houver provas que lhe contradigam. Ou seja, são presunções relativas aquelas que admitem provas em contrário aos fatos que se presume, a princípio, como verdadeiros.

Nesse sentido, pode-se destacar que os maiores de 18 anos presumir-se-ão imputáveis para os efeitos penais. Tal presunção, contudo, será elidida ou afastada quando o acusado possua a seu favor laudo de insanidade mental apontando que, à época do crime, não possuía “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (LIMA, 2017, p. 596).

Interessante exemplo, englobando ambas as presunções citadas, refere-se ao teor da Súmula 523 do STF, segunda a qual: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim, presume-se de modo imperativo haver evidente prejuízo ao acusado processado

criminalmente sem assistência de seu defensor, ou seja, não se exige provas de seu prejuízo quando realizado algum ato processual na ausência de defensor, por ferir norma de ordem pública. Trata-se de presunção *juris et de jure* ou absoluta do prejuízo sofrido.

Se, todavia, embora o acusado esteja assistido por defensor constituído ou nomeado, mas que a defesa empreendida se configure deficiente, mister se faz a comprovação do prejuízo que lhe foi acarretado para que, a partir de então, possa ser declarado pelo juiz da causa como indefeso – trata-se de presunção *juris tantum* ou relativa exigindo-se prova do efetivo prejuízo (BARROS, 2013).

Os *atos impossíveis* dispensam igualmente o labor probatório, na medida em que tais fatos, em geral, são aqueles que saem da realidade, sendo inconcebível seu acontecimento. Segundo Nucci (2016, p. 309) “os fatos impossíveis são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada”. Não obstante, “cite-se como exemplo a alegação do autor de um determinado crime aduz ter se ‘teletransportado’. Tal ato é impossível aos seres humanos, destarte, não há necessidade, tampouco possibilidade de demonstrar sua veracidade” (JACOB, 2015, p. 63).

Os *atos irrelevantes*, conforme visto alhures, são aqueles que não guardam relação com o que se discute, são fatos impertinentes que não influir na formação da convicção do magistrado e tampouco para o resultado da causa, sendo desnecessário prová-los. Repise-se, contudo, conforme mencionado anteriormente, que “é imprescindível avaliar o caso concreto, já que alguns eventos podem ser irrelevantes para um processo, mas não para outros” (JACOB, 2015, p. 64).

No processo penal, enfim, todos os *atos relevantes* ao processo “são objeto de prova, ainda que incontroversos, diferentemente do processo civil” (JACOB, 2015, p. 64). Isto porque, em matéria processual penal, a confissão do acusado não gera a dispensa da produção de provas, pois, no processo penal, como se sabe, vige em prol do acusado o denominado princípio da presunção de inocência e, ainda, o famigerado princípio da busca pela “verdade real”.

Dessarte, ainda que o réu confesse os fatos narrados pela acusação, deverá o valor da confissão ser aferido “[...] pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância” (BRASIL, 1941), a teor do artigo 197 do Código de Processo Penal.

3.4. A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz

No Processo Penal o ônus da prova vem descrito no artigo 156, do CPP, segundo o qual “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer”. Gustavo Badaró²⁵ (apud JACOB, 2015, p. 64) conceitua ônus da prova como:

Posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito ordenado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão do benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito.

Segundo Lima (2017) pode-se destacar um duplo aspecto – objetivo e subjetivo - atinente ao ônus da prova, sendo que em seu aspecto objetivo o ônus da prova funcionaria como regra de julgamento nos casos em que o juiz ao ver-se instado a decidir acerca de determinado fato, mas, embora finda a instrução probatória ainda lhe persista dúvidas a despeito de determinada afirmação ou hipótese ventilada por uma das partes. Assim, para Lima (2017, p. 607) “há necessidade de um critério de julgamento a ser estabelecido pelo próprio legislador - ônus da prova objetivo-, determinando ao juiz como julgar quando estiver em dúvida sobre fato relevante, no momento de proferir sua decisão”.

No processo penal, como se sabe, havendo insuficiência de provas de modo que o juiz ao analisa-las não se convença quanto à existência do delito, ou que tenha sido o acusado realmente o seu autor, seja por conta da ausência de prova inequívoca quanto aos aspectos que configura a conduta como crime em todas as suas circunstâncias (fato típico, ilícito e culpável), seja pela incerteza de autoria ou participação não demonstrada a contento pela acusação, aplica-se o princípio *in dubio pro reo*.

Assim, sendo incerta a autoria e a materialidade delitiva e/ou havendo alegação feita pela defesa capaz de gerar no ânimo do julgador dúvida razoável quanto à ocorrência do delito, como por exemplo, a defesa ao aduzir que a conduta perpetrada pelo agente encontra-se respaldada em eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade, ou, ainda, se alegado a extinção da punibilidade, não sendo provado o contrário, a absolvição do agente será medida a se impor como regra de julgamento.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**. São Paulo: RT, 2003; p. 173.

Desse modo, se já finda a instrução probatória e o juiz entenda que as provas coligidas ao processo são insuficientes para formação de sua convicção quanto à autoria e materialidade do crime imputado ao agente, não terá o material probatório o condão de sustentar um decreto condenatório quando lhe pairar dúvidas acerca da ocorrência da imputação penal atribuída ao agente na peça acusatória.

Deverá imperar, neste caso, como critério de julgamento a aplicação do famigerado princípio *in dubio pro reo*, absolvendo-o dos fatos que lhe são imputados pela acusação, haja vista que é defeso ao juiz “pronunciar o *non liquet*” (BADARÓ, 2003). Em síntese, “funciona o ônus objetivo como uma regra de julgamento destinada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve proferir, caso não tenha sido comprovada a verdade de uma afirmação feita no curso do processo” (LIMA, 2017, p. 607). Neste sentido, Badaró (2003, 194-195) elucida que:

De outro lado, quando o juiz se encontra em uma situação de dúvida sobre um fato relevante para decisão do processo, e sendo-lhe vedado pronunciar o *non liquet*, será necessário que haja uma regra estabelecendo como deverá ser julgado o processo. Sob esse aspecto, a função do ônus da prova é servir como regra de julgamento para o juiz, indicando como julgar e, conseqüentemente, qual das partes sofrerá as conseqüências negativas da ausência de prova sobre fato relevante. É o chamado ônus objetivo ou material da prova.

Noutra ótica, entretanto, o *ônus probandi*, sob seu aspecto subjetivo, em consonância à clássica divisão do ônus probatório concernente ao processo civil, há uma distribuição entre as partes no processo, incumbindo ao autor à comprovação dos fatos constitutivos do seu direito, ao passo que incumbirá ao réu provar a existência de eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I e II do CPC).

Sob essa ótica, pode-se afirmar que em seu aspecto subjetivo o ônus probatório ficará, ao menos, em maior parcela, sob o encargo das partes litigantes que deverão provar a veracidade de suas alegações.

Destarte, a parte, ao não desincumbir-se do ônus probatório que lhe é atribuído, embora não seja regra imperativa, aumentaria o risco de obter um pronunciamento judicial desfavorável aos seus escopos, ante a prova frustrada que produzira.

Nesse sentido, pode-se dizer que sob o aspecto subjetivo do *ônus probandi*, haverá uma atribuição legislativa destinada às partes, funcionando, pois, como verdadeira regra de conduta que lhe é exigida a fins de se demonstrar a contento a veracidade de suas alegações. Nesse aspecto, segundo Lima (2017, p. 607) “o ônus da prova deve ser compreendido como o

encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova capazes de comprovar as afirmações por elas feitas ao longo do processo, introduzindo-as no processo através dos meios de prova legalmente admissíveis”.

Repise-se que, diferentemente, no aspecto objetivo há estabelecido uma regra de julgamento destinado ao magistrado caso lhe persista dúvida acerca da veracidade das alegações aduzidas em juízo pelas partes envolvidas na contenda judicial. No aspecto subjetivo, tal ônus estaria ligado à atividade probatória desenvolvida pelas partes, sendo atribuído pela legislação processual.

Assim, conforme elucidação feita por Badaró (2003, p. 194), sob o aspecto subjetivo o ônus da prova funciona como “[...] estímulo às partes. O risco de uma decisão desfavorável pela não observância do ônus da prova, exerce uma pressão psicológica, instigando as partes a provar os fatos necessários para obtenção de uma decisão favorável”. Neste sentido, Lima (2017, p. 607), baseado nos dizeres de Badaró, colaciona que:

Nessa linha, como aponta a doutrina, “o ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos. Em função dessa distribuição dos riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamente a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes, tendo o efeito de motivá-las a participar ativamente a fornecer a prova dos fatos que pretende ver reconhecidos no processo. As partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada”.

É curial ressaltar, por oportuno, que sob a ótica do princípio da comunhão das provas (cujos aprofundamentos faremos oportunamente no capítulo subsequente) pode ocorrer que embora desidiosa uma das partes em desincumbir-se do ônus probatório que lhe é atribuído pela legislação processual, ainda assim, pode ser que não venha a ter um pronunciamento judicial desfavorável a seus interesses. Como vimos, uma das funções primordiais da prova é que esta se destina precipuamente a formação da convicção do magistrado quanto às afirmações alegadas pelas partes e, uma vez introduzida no processo, poderá beneficiar indiferentemente ambas as partes.

Deverá o juiz, ao final do processo, proceder à valoração de todo material probatório, independente de quem a tenha produzido, ponderando-lhe - isolada ou conjuntamente - seus valores de forma livre ao aprecia-las, desde que o motive e justifique os critérios estabelecidos para atribuição de maior ou menor grau de persuasão a determinada(s) prova(s) na formação de sua convicção em detrimento das demais.

No processo penal, questão assaz intrincada concerne à distribuição do ônus probatório, passando a doutrina e a jurisprudência pátria ao largo de um posicionamento uníssono quanto ao tema. Desse modo, Jacob (2015, p. 64) ao explicar “que o processo é uma forma de proteção do acusado, que se presume inocente”, destaca que seria ônus do Estado provar a culpabilidade do agente, de sorte a elidir a presunção constitucional de inocência que milita a seu favor, colacionando, ainda, interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 107795 de Relatoria do Min. Celso de Mello, cujo teor denota-se curial trazer à baila:

[...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. (BRASIL, 2011, p. 282).

Aos adeptos do posicionamento segundo a clássica distribuição do ônus *probandi* tradicionalmente estabelecida pelo Código de Processo Civil, acima esboçada, conforme abalizada doutrina, à acusação caberá a comprovação dos fatos constitutivos da pretensão punitiva estatal, ou seja, caber-lhe-á demonstrar a tipicidade da conduta perpetrada pelo agente, bem como a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras, a autoria, os elementos subjetivos (dolo ou culpa), etc. Ao acusado, por sua vez, caberá à demonstração dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão punitiva do Estado (AVENA, 2017).

O artigo 333 do Código de Processo Civil dispõe acerca da distribuição do ônus da prova aduzindo que cabe ao autor provar os fatos constitutivos e ao réu todos aqueles que interessarem à defesa, ou seja, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Destarte, no âmbito do processo penal, cabe ao Ministério Público, autor das ações penais públicas e ao querelante nas ações penais privadas, provarem a autoria e a materialidade do crime e ao réu toda a matéria de defesa cabível (inexistência do fato, atipicidade da conduta, excludentes de ilicitude, culpabilidade, punibilidade e as circunstâncias que diminuam a pena) (MIRABETE, 2008, apud JACOB, 2015, p. 64-65).

Com efeito, à luz do sistema acusatório, é bastante discutível a iniciativa probatória do juiz, o qual deve manter-se equidistante às partes envolvidas no processo, havendo, destarte, entendimento de que seu poder instrutório deve ser meramente supletivo, não se admitindo a

figura do juiz investigador, ante a sua imparcialidade (CAPEZ, 2016). Todavia, conforme destacado por Jacob (2015, p. 65) “há quem defenda que tampouco nestes casos ela deva existir”.

Assim, segundo Oliveira (2017, p. 178), “afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria”. Nesta mesma senda, Lima (2017, p. 610) aduz que “[...] em um processo penal em que vigora a presunção de inocência, o ônus probatório é atribuído, com exclusividade, ao acusador”. Havendo, desse modo, “[...] alegação da defesa acerca da presença de uma causa excludente da ilicitude, caberá à acusação demonstrar que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável”. (LIMA, 2017, p. 611).

Sem embargos, conforme destacado por Lopes Júnior (2016) o referido princípio de presunção de inocência que foi expressamente consagrado pela Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, é visto como “princípio reitor do processo penal”, ou seja, sob o prisma do “[...] processo que se diz baseado no sistema acusatório, no qual há o contraditório e a igualdade entre as partes, a distribuição do ônus da prova deveria seguir o viés da isonomia” (JACOB, 2015, p. 65).

Assim, o processo penal “[...] deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas” (OLIVEIRA, 2017, p. 178). Não obstante, a noção de que todo acusado presume-se inocente, não podendo ser considerado culpado senão por sentença penal condenatória transitada em julgado, após o devido processo legal com observância de todos seus consectários. Para além de uma presunção constitucional, implica – ou deveria implicar – em inexorável “regra de tratamento”, cabendo à acusação derrubá-la através da carga probatória que lhe incumbe na demonstração da veracidade acerca da imputação penal que se atribuiu ao agente (LOPES JR, 2016).

Esse **dever de tratamento** atua em duas dimensões, **interna** e **externa** ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente) (LOPES JR, 2016, p. 199).

Assim, segundo Lopes Junior (2016, p. 200):

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolata uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.

Isso porque, ao estar a inocência assistida pelo postulado de sua presunção, até prova em contrário, essa prova contrária deve aportá-la quem nega sua existência, ao formular a acusação. Trata-se de estrita observância ao *nulla accusatio sine probatione*.

Elucida, porém, Jacob (2015, p. 65), apoiada nos dizeres de Oliveira, “que ao autor da acusação, Ministério Público ou querelante, não cabe provar todos os elementos do conceito analítico do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), além do fato de que o Direito Processual Penal também trabalha com presunções legais”.

Desse modo, saliente-se que “os exames da tipicidade e da ilicitude do fato não dizem respeito à prova. Cuida-se de mero juízo de abstração, de valoração do fato, ou seja, se ele existe ou não” (JACOB, 2015, p. 65). Destarte, no que se refere à norma penal, “[...] sobre tais questões não se produz prova, no sentido de sua *materialização*, mas, unicamente, emite-se juízo de valor, no plano abstrato das ideias” (OLIVEIRA, 2017, p. 287).

Sem dúvidas, questão das mais intrincadas refere-se à prova da existência do dolo e alguns elementos do injusto penal, eis que situado no campo das intenções do indivíduo, exigindo certa cautela do julgador, não lhe sendo possível uma investida mais segura, despida de qualquer subjetivismo (JACOB, 2015).

Desse modo, deve o juiz inferi-lo de dados externos e objetivos que lhe permita através de um silogismo lógico extraído a partir de todas as circunstâncias e veementes indicativos que o possibilite, de forma racional, concluir pela intenção dolosa do agente.

Por tal razão, a prova do dolo (dolo genérico) assim como os elementos subjetivos constantes do tipo penal (dolo específico), “[...] são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece” (OLIVEIRA, 2017, p. 178). Em geral, a inferência de ter o acusado agido dolosamente dar-se-á através de veementes indícios, racionalmente aferidos pelo julgador, possibilitando tal dedução a partir do que comumente acontece ou, ao menos, deveria acontecer conforme dedução lógica extraída dos fatos.

Não obstante, é curial ressaltar que “há doutrinadores que sustentam que o dolo é presumido, razão pela qual à acusação incumbiria tão somente o ônus probatório quanto à culpa” (LIMA, 2017, p. 610). Sendo assim, partindo desta premissa, se o dolo pode ser presumido a partir da prova dos demais elementos constantes do tipo penal, neste caso, incumbiria ao réu à prova de que não agira dolosamente, conforme alegado na peça acusatória.

Neste sentido, pondera Mirabete (2006, apud LIMA, 2017, p. 609) que deve a acusação comprovar a forma de “inobservância da cautela devida no crime culposo: imprudência, negligência ou imperícia; bem como o dolo que, no mais das vezes, é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário”.

Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência outra ou de outras circunstâncias (art. 239). (OLIVEIRA, 2017, p. 178).

No que tange a culpabilidade e a imputabilidade do agente “[...] a questão pode até exigir prova, qual seja, a de maioridade penal (18 anos), ou da capacidade mental do autor do fato” (OLIVEIRA, 2017, p. 178). Assim, segundo Jacob (2015, p. 66), “[...] não se exige que a acusação faça prova de se tratar o réu ser capaz e mentalmente são, pois parte-se da presunção legal de que as pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam efetivamente capazes”.

Advirta-se, todavia, conforme ressalva feita por Oliveira (2017, p. 178), que havendo quaisquer “indícios de se tratar de acusado portador de alguma enfermidade, deverá o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado (art. 149, CPP), requerer o exame de insanidade mental”.

Desta forma, à luz do princípio da inocência que milita em prol do acusado “[...] a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e da autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a existência de qualquer excludente da ilicitude ou mesmo a culpabilidade” (OLIVEIRA, 2017, p.178). Como se sabe, afinal, “em virtude da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, tem-se que somente é possível um decreto condenatório quando o magistrado estiver convencido da prática do delito por parte do acusado” (LIMA, 2017, p. 610).

Isto se dá porque, segundo Greco Filho (2012, p. 166), “[...] o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação”.

Assim, por exemplo, ao “afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale dizer a que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inocorrência da legítima defesa” (BADARÓ, 2003, p. 235).

Em consonância com o teor do artigo 156 do Código de Processo Penal “a prova da alegação caberá a quem fizer” (BRASIL, 1941). Todavia, com o advento da Lei 11.690/08 deu-se nova redação ao art. 156, incisos I e II, facultando-se ao juiz, de ofício, “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” (BRASIL, 1941, n. p.), e o inciso II, segundo o qual, poderá o magistrado “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 1941, n. p.).

Diante disso, “Eugênio Pacelli de Oliveira (2008) apregoa que tal modificação reflete retrocesso inacreditável e inaceitável, além da evidente inconstitucionalidade” (JACOB, 2015, p. 66). De igual modo, Lima (2017, p. 614) ressalta que: “[...] Se o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade do *juiz inquisidor* previsto no art. 3º da revogada Lei nº 9.034/95, conclusão semelhante deverá se dar em relação à nova redação do art. 156, inciso I, do CPP”.

Lembre-se que a teor do citado artigo da Lei nº 9.034/95 (que teve sua inconstitucionalidade taxada pela ADIN 1570, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em 12.4.2004), previa-se a possibilidade de o juiz diligenciar pessoalmente, adotado o mais rigoroso segredo de justiça, nas hipóteses que ocorresse a possibilidade de violação de sigilo, dentre os quais, a quebra de dados fiscais, bancários e eleitorais, preservados pela Constituição ou por lei (LIMA, 2017).

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o *juiz inquisidor*, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério

Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado (LIMA, 2017, p. 614).

Com efeito, destaca Lima (2017, p. 614) que “a fim de dirimir eventual dúvida que tenha nascido no momento de valoração da prova já produzida em juízo, esta atuação deve ocorrer de modo supletivo, subsidiário, complementar, nunca desencadeante da colheita da prova”. Isto porque a gestão ou iniciativa probatória do juiz é, em síntese, característica fundante do sistema inquisitório, na medida em que, outorga-se ao magistrado a possibilidade de buscar provas ainda que não requeridas pelas partes.

Nesse norte, elucida Lopes Júnior (2016) que o juiz passa a fazer quadros paranoicos, posto que ao tomar a iniciativa na produção probatória, sobretudo, na investigação preliminar, tem-se a noção de que primeiro ele decida e, posteriormente, perquiras as provas que ulteriormente justificaria sua decisão na fase processual.

Isto significa dizer, conforme Jacinto Coutinho (apud, LOPES JR, 2016, p. 195), que “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.

Se o escopo do juiz for o de buscar provas *apenas para condenar* o acusado, além da violação ao sistema acusatório, haverá evidente comprometimento psicológico com a causa, subtraindo do magistrado a necessária imparcialidade, uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal, prevista expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 1). (LIMA, 2017, p. 615).

Sem embargos a tal pensamento, em sentido diverso, há posicionamento de que a atuação *ex officio* do magistrado submete-se as limitações legais não podendo, contudo, estar adstrita ao limite infranqueável na vontade das partes, haja vista que há no processo penal o predomínio do interesse público na averiguação da verdade dos fatos delituosos (BARROS, 2013). Desse modo, segundo Barros (2013, p. 149), “o juiz pode, desde que no âmbito da estrita legalidade, ampliar o conjunto de provas que mereçam ser produzidas no curso da instrução do processo, visto que sua iniciativa se dá em favor do descobrimento da verdade”.

[...] a imparcialidade do juiz não exclui seu poder-dever de buscar a verdade. Sobretudo porque imparcialidade não se confunde com inércia e nem está limitada ao sabor de uma contrariedade ativa de partes, mas das garantias processuais de defesa.

É perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade com a busca da verdade, bastando apenas que a função jurisdicional seja exercida com equilíbrio e em observância com os ditames legais. (BARROS, 2013, p. 152).

Neste mesmo raciocínio, esclarece Nucci (2016) que a atividade instrutória do juiz seria consectário natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Vejamos:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O *impulso oficial* também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença (NUCCI, 2016, p. 238).

Superado tal controvérsia, com arrimo nos dizeres de Jacob (2015), cumpre consignar que, na realidade, o juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação criminal, e, por tal razão, a atividade jurisdicional só deve iniciar com a apreciação da peça acusatória, em consonância com o disposto nos “[...] artigos 395 e 396 do Código de Processo Penal. Assim, no curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica, somente enquanto análise e observação dos direitos e garantias fundamentais do acusado” (JACOB, 2015, p. 67).

No mesmo diapasão, conforme destaca Jacob (2015, p. 67), “quando o Magistrado concede uma prisão cautelar ou uma interceptação telefônica não está agindo em favor da investigação”, mas pelo contrário, está o juiz velando pela proteção das “[...] liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal” (OLIVEIRA, 2017, p. 178).

É por isso que se instituem as chamadas cláusulas de reserva da jurisdição, segundo as quais somente ao juiz se defere o tangenciamento de direitos e garantias individuais, como ocorre, por exemplo, em relação à inviolabilidade de domicílio (mandado de busca e apreensão), da liberdade individual (prisão cautelar), do direito à intimidade e à privacidade (interceptação telefônica e ambiental etc.). Ver art. 5º, XI, XII e LXI, da Constituição da República.

Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Basta lembrar, ainda, que o juiz sequer levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos indiciários colhidos na fase de investigação, consoante se vê, agora, por força da Lei

11.690/2008, do artigo 155, CPP, à exceção das provas irrepetíveis (periciais). (OLIVEIRA, 2008, p. 288-289).

Nesse ponto, segundo Oliveira (2017, p. 179) o sistema acusatório imposto pela Magna Carta de 1988 (art. 129, inciso I), no qual “[...] foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da *imparcialidade* que deve nortear a atuação judicial”.

Consigne-se, por oportuno, que a Lei 11.690/08 ao dar nova redação para o inciso VI, parte final, do artigo 386 do Código de Processo Penal, “[...] resolveu controvérsia sobre o ônus da prova quando houver fundada dúvida sobre as circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena [...] doravante mesmo que a defesa alegue, por exemplo, legítima defesa, se houver fundada dúvida, o réu deverá ser absolvido” (FEITOZA, 2009, apud JACOB, 2015, p. 68).

Nesse viés, Lima (2017, p. 610) ao analisar o referido dispositivo legal pondera que: “[...] se a fundada dúvida acerca de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade autoriza um decreto absolutório, pode-se concluir que não se exige da defesa uma prova cabal acerca de tais teses, bastando que produza um estado de dúvida para que o acusado possa ser absolvido”.

Assim, “[...] sob o prisma dos ditames constitucionais e do sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, a atividade probatória do juiz só deve ocorrer de ofício quando vislumbrada a possibilidade de comprovar a inocência do réu” (JACOB, 2015, p. 68). Isto porque ao falar-se na exigência de igualdade de armas, “[...] tem-se em vista a realização *efetiva* da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade *material* passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre *iguais* e *desiguais*”. (OLIVEIRA, 2017, p. 179).

Nesta ótica, depreende-se que “isso difere, quando a atividade probatória do juiz for unicamente para esclarecer dúvida sobre ponto relevante, a teor do disposto no artigo 156, II do Código de Processo Penal” (JACOB, 2015, p. 68). E, portanto, são precisos os dizeres de Jacob (2015, p. 68) ao aduzir que “[...] nesse norte, admite-se a atividade probatória de iniciativa do magistrado quando houver dúvida sobre a prova produzida e não sobre eventual ausência ou insuficiência de provas”.

Ora, denota-se inconcebível no processo penal moderno, à luz do sistema acusatório, que possa o julgador tomar postura de juiz-acusador, usurpando função atribuída aos órgãos

de investigação e persecução criminal, retornando aos anseios e práticas inquisitórias proeminentes em outrora, cujos ranços inquisitoriais não são mais concebíveis, devendo ser rechaçados em um Estado Democrático de Direito.

3.5. Princípios que informam a atividade probatória

Pode-se afirmar que “no sentido jurídico, princípio é o dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade. É a base, o alicerce, o ‘mandamento nuclear de um sistema’ (BARROS, 2013, p. 30). Já tivemos oportunidade no decorrer deste trabalho de fazer alusão, ainda que de maneira superficial, a certos princípios ínsitos ao processo penal, mormente aqueles que possuem certa afinidade com a matéria probatória, a exemplo dos princípios da verdade real, da liberdade probatória, da presunção de inocência, dentre outros.

Não obstante a profusão teórica e doutrinária acerca do tema, sabemos que a prova possui princípios próprios, que lhe são peculiares. Desse modo, corroborando os dizeres de Jacob (2015, p. 68), a abordagem adiante delineada far-se-á “[...] com a finalidade de demonstrar que a atividade probatória deve se fundar no fato de que o investigado, o réu, é sujeito de direitos e não mero objeto do processo”.

Inicialmente, como se sabe, predomina no processo penal como critério de avaliação das provas o *princípio do livre convencimento ou da persuasão racional do juiz*, a teor do artigo 155 do Código de Processo Penal, a saber: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941, n. p.). Sob tal ótica, pode-se afirmar que as provas não possuem valor preestabelecido, podendo o juiz, ao analisa-las, formar livremente seu convencimento, ponderando-lhe os valores, conforme o maior ou menor grau de persuasão que determinada prova tenha gerado para a formação de sua convicção quanto à (in) procedência da imputação.

Segundo Jacob (2015, p. 69) “[...] a livre convicção tem origem no sistema acusatório puro, totalmente oposto ao princípio vigente no sistema inquisitivo, neste as provas eram tarifadas, sistema de prova legal, nele o juiz estava adstrito à valoração previamente estabelecida a cada tipo de prova”. Conforme destacado por Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 73), “tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos,

indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*". É, pois, segundo Jacob (2015, p. 69), "meio termo de apreciação de provas, localizando-se entre o sistema inquisitivo e o acusatório".

Em suma, ressalvada a hipótese do tribunal do Júri no qual se aplica o sistema da livre convicção dos jurados, ante ao sigilo das votações constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXVIII, "b", CF/88); no processo penal, em regra, adota-se o *princípio da persuasão racional do juiz* (artigo 155, CPP).

Assim, repise-se que as provas não possuem valor predeterminado, sendo todas elas de valor relativo, de sorte que poderá o juiz formar seu convencimento a partir de qualquer das provas confrontadas, ponderando-lhe os valores livremente, porquanto não mais tarifadas pela legislação como em outrora. Contudo, advirta-se que tal liberdade encontra-se abalizada pela necessária fundamentação e justificação dos motivos que o levaram a optar por determinada(s) prova(s) em detrimento das demais.

Infere-se, portanto, da leitura do artigo 155, CPP, que "[...] o juiz é livre para apreciar as provas e decidir. Todavia, deve fundamentar, explicitando em que elementos fundou o seu convencimento" (JACOB, 2015, p. 69). Nesse viés, apregoa Lopes Júnior (2016, p. 206) que: "não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção)".

Outro princípio relacionado à atividade probatória é o princípio da *identidade física do juiz*, constituindo-se como tal uma nítida e autêntica garantia do acusado em ser sentenciado, em regra, pelo magistrado que tenha presidido a instrução probatória, havendo, pois, melhor compreensão das provas já produzidas (JACOB, 2015).

Conforme destacado por Jacob (2015, p. 69), "[...] o entendimento e a autenticidade de impressões de quem escuta é diferente daquele que não presenciou a produção probatória e em seguida é chamado para decidir". Com efeito, "as impressões recebidas conservam sua mais genuína e mais fresca vivacidade, permitindo, portanto, um julgamento mais justo" (DERMECIAN²⁶ apud JACOB, 2015, p. 69).

Não obstante, cumpre consignar que o Código de Processo Penal, em seu art. 399, parágrafo 2º, alterado pela Lei nº 11.719/2008, a identidade física do juiz passa a ser

²⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999; p. 59.

expressamente prevista, posto que sob a ótica do referido dispositivo legal: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (BRASIL, 1941, n. p.).

O princípio da identidade física traz vantagens e inconvenientes. O juiz que presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado tem uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento. Essa é uma vantagem, mas, ao mesmo tempo, pode ser um grave inconveniente. Isso porque, esse juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade.

[...]

Sem desconhecer os inconvenientes, pensamos que as vantagens podem ser maiores, na medida em que o processo penal é um instrumento no qual as partes lutam pela captura psíquica do juiz, um ritual de reconhecimento em que o importante é convencer o julgador. Daí por que tudo pode ser em vão quando a decisão é proferida por alguém que não participou desse complexo ritual, como ocorre nas sentenças proferidas por juízes que não participaram da coleta da prova (LOPES JR, 2016, p. 207).

Ademais, no processo penal “vigora o princípio da comunhão da prova, uma vez que a prova foi produzida, ela passa a ter efeito para todas as partes do processo, eis que passou a integrá-lo, não pertencendo à parte que a produziu ou que detinha o ônus” (JACOB, 2015, p. 69).

Desse modo, pode ocorrer que embora desidiosa uma das partes em desincumbir-se do ônus probatório que lhe é atribuído pela legislação processual, ainda assim, pode ser que não venha a ter um pronunciamento judicial desfavorável a seus interesses. Isto porque a prova, como vimos, destina-se a formação da convicção do magistrado quanto às afirmações alegadas pelas partes, nada obstando que possa qualquer delas se utilizar das provas produzidas de ofício pelo magistrado ou que tenha sido requerida pela parte adversa.

O *princípio da comunhão da prova*, segundo Rangel (2015, p. 531) “é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos”.

Quanto ao princípio da comunhão dos meios de prova (ou regra da aquisição da prova), é sabido que, depois de produzida, a prova não pertence à parte que a introduziu no processo. Ao final do processo, deve o magistrado valorar todo o material probatório constante dos autos, pouco importando quem produziu a prova. Destarte, caso um fato esteja provado, é de todo irrelevante saber quem levou para os autos o meio de prova que formou a convicção do órgão julgador. Caso a testemunha arrolada na denúncia apresente em juízo um depoimento que favoreça a defesa do acusado, nada impede ao defensor valer-se de tal prova como fundamento de seus argumentos (LIMA, 2017, p. 608).

Por fim, há o princípio da autorresponsabilidade das partes, o qual dispõe que “cada parte assume as consequências de sua inatividade ou de seus erros quanto à prova que produziu ou que deveria produzir” (FEITOZA, 2009, apud JACOB, 2015, p. 70). Ou seja, “infere-se que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência relativamente à prova de suas alegações” (AVENA, 2017, p. 317).

Deflui-se, portanto, conforme destaca Jacob (2015, p. 70), que “a observância de tais princípios ocasiona coerência ao processo e, acima de tudo, respeito aos direitos fundamentais do acusado e observância aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.

Ademais, conforme aludido anteriormente, com advento da Magna Carta de 1988 com todas as garantias processuais asseguradas pelo legislador constituinte ao acusado, doravante deixa o agente de ser mero instrumento do processo para figurar como sujeito de direitos e garantias fundamentais, presumidamente inocentes até trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Neste norte, realça-se a relevância dos princípios como parâmetros as normas processuais à efetiva garantia do devido processo legal.

3.6. Provas ilícitas e ilegítimas

Conforme anteriormente exposto, um dos objetivos primordiais da atividade probatória desenvolvida no processo é, sem dúvidas, a tentativa de se chegar o mais próximo possível e com maior fidelidade da verdade histórica ou dos fatos pretéritos objetos do conflito judicial. No entanto, cumpre consignar consoante, aliás, advertência feita por Jacob (2015, p. 70), que “[...] esta procura não pode ser utilizada como pretexto para a produção probatória a qualquer custo, ou melhor dizendo, em detrimento de todos os outros direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988”.

A discussão em torno da (in) admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade (LIMA, 2017, p. 623).

Daí pertinente sublinhar que “a proibição de provas ilícitas é considerada como um princípio fundamental no sistema jurídico brasileiro” (JACOB, 2015, p. 70). Destarte, “[...] os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo

penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada” (LOPES JR, 2016, p. 217).

Como sabido, os direitos constitucionais, em geral, não se revestem de caráter absoluto, tendo que ser compatibilizados com outros direitos igualmente salvaguardados pelo ordenamento jurídico. No que tange ao direito à prova tal posicionamento não poderia ser discrepante, porquanto o legislador constituinte ao assegurar à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, acaba dando primazia a um processo justo em detrimento da busca pela verdade obtida a todo e qualquer custo como finalidade precípua a se perseguir no seio processual.

Assim, de acordo com os ensinamentos do constitucionalista Alexandre de Moraes, com base no julgamento da ação penal 307-3 – DF, pelo Supremo Tribunal Federal, insta consignar que:

‘é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados [...]’ (MORAES, 2017, p. 86-87).

Além disso, segundo elucidação feita por Oliveira (2017, p. 182-183) “[...] a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção [...]”.

[...] em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo (LIMA, 2017, p. 620).

Portanto, nesta ótica, preconiza a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988, n.

p.), disposição esta corroborada pelo artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690/2008, segundo a qual, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941, n. p.).

Não obstante a imprecisão legislativa no que tange à definição de provas ilícitas, consoante preconizado no artigo supracitado da legislação processual penal, a doutrina tradicionalmente sempre distinguiu provas ilícitas das provas ilegítimas ao asseverar que estas últimas violariam normas processuais, ao passo que àquelas (provas ilícitas) são adquiridas com abuso ou desrespeito ao direito material.

Para tanto, conforme aponta Lima (2017), a doutrina nacional ao conceituar prova ilegal, bem como ao distinguir às provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meio ilegítimos, baseiam-se na clássica lição do processualista italiano Pietro Nuvolone. Assim, segundo Feitoza (2008, p. 188), as provas ilegais ou ilícitas poderiam ser classificadas no seguinte sentido:

a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei n. 9.455/97).

b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 3º, *b*), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares (Art. 240 a 250 do CPP *c/c* art. 5º, XI, CR).

c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção de prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159, *caput*, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei nº 8.862/1994).

Nesta ótica, denota-se pertinente a transcrição dos dizeres de Jacob (2015, p. 71) ao destacar que:

No sentido acima esposado, as provas ilegítimas seriam aquelas que teriam sua nulidade processual decretada. O mesmo poderia ocorrer com aquelas provas que são ao mesmo tempo ilegítimas e ilícitas, já as que são apenas ilegais são inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas e não podem, de maneira alguma, servir como fundamento para uma decisão ou sentença judicial.

Sem destoar da lição acima exposta, Lima (2017, p. 621) elucida que uma das características essenciais ou diferença tênue que possibilita tal distinção, para além das características acima aventadas, malgrado não lhe seja característica absoluta, é que a prova ilícita, em geral, “[...] pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este [...]”. Por seu turno, no que tange a captação das provas obtidas por meios ilegítimos, em regra, dar-se-ão no curso do processo.

Com efeito, o processualista Lopes Junior (2016, p. 218) conceitua a prova ilegítima como sendo aquela obtida com “[...] violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”. Assim, “[...] a prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual) [...]” (LIMA, 2017, p. 622).

Deveras, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas ganha pertinência apenas “[...] para facilitar a compreensão do que sejam os momentos de *obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova*. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade” (OLIVEIRA, 2017, p. 193-194). Com efeito, aponta Oliveira (2017, p. 194), “seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo”. Nesta ótica, “[...] há que se explicar que o Estado não pode se valer da própria torpeza para realizar seus ditames, seria contrário aos objetivos do Estado Democrático de Direito” (JACOB, 2015, p. 73).

Sem embargos a tal controvérsia, Oliveira (2017, p. p. 183) elucida que “a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”. Daí dizer, que tal vedação “[...] cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica” (OLIVEIRA, 2017, p. 183).

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude *do meio* de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas

obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa (OLIVEIRA, 2017, p. 183).

Ademais, “a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova” (OLIVEIRA, 2017, p. 183). Assim, conforme os dizeres de Jacob (2015, p. 73) uma “interceptação telefônica, poderá ser lícita se autorizada pelo juiz ou ilícita se não autorizada. Na primeira situação, a violação do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, já, no segundo, não é permitido, resultando, portanto, uma violação indevida daqueles valores”.

Portanto, pode-se afirmar “que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo” (LIMA, 2017, p. 624). Se, todavia, mesmo assim, uma prova por meios ilícitos for juntada ao processo, a teor do artigo 157, *caput* e § 3º, do CPP, surgirá o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos, facultado às partes acompanhar o incidente processual.

Superada a dicotomia entre prova ilícita e ilegítima, já adentrando na teoria da prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*), cabe destacar que a finalidade precípua que se atribui à prova é o convencimento do julgador acerca da (in) veracidade dos fatos objetos do conflito judicial. Logo, conforme destaca Greco Filho (2012, p. 159) “[...] a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”.

Daí dizer, sob a ótica desta teoria, que não obstante a licitude da prova adquirida, não haverá eficácia ou aptidão, sendo imprópria sua utilização ou manutenção no processo, porquanto estaria eivada pela ilicitude originária sem a qual não teria sido obtida.

Nesse sentido, as “provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, de maneira lícita, contudo a sua origem é oriunda, derivada, de uma prova colhida de modo ilícito” (JACOB, 2015, p. 73). Assim, conforme aponta o constitucionalista Lenza (2016, p. 1244) tais provas “[...] também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, sendo, portanto, inadmissíveis”.

Com efeito, o Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008, adotou a teoria da prova ilícita por derivação em seu artigo 157, § 1º, segundo o qual, “são também inadmissíveis, as provas derivadas das ilícitas [...]” (BRASIL, 1941). O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades já pronunciou quanto ao tema, inclusive, antes mesmo da aludida reforma processual, consoante se vê nos julgados adiante consignados, a exemplo dos HC 73351/SP, (DJU 09.5.1996); HC nº 74.116/SP, (DJU 14.3.1997); HC nº 76.641/SP, (DJU 5.2.1999); RHC 90376 – RJ, (DJe 18.5.2007); HC 93050 – RJ, (DJe 01.8.2008); Inq. 3732 – DF (DJe 08.3.2016), entre outros.

Infere-se, portanto, que o entendimento jurisprudencial no sentido de se aplicar a referida teoria norte americana ao sistema jurídico brasileiro foi, de certa forma, providencial para que o legislador ordinário adotasse-lhe expressamente no ordenamento pátrio, sendo, doravante, inadmissíveis no processo, além das provas ilícitas, aquelas provas que delas sejam oriundas ou derivadas.

Por oportuno, denota-se conveniente trazer à baila a dicção do Ministro Celso de Melo, no julgamento do RHC 93050 – RJ (DJe - 018 17/05/2007). Vejamo-lo, em parte, abaixo transcrito:

Na dicção do Min. Celso de Mello, “ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita- ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação- representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tomar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. (...). Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos” (LIMA, 2017, p. 627).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, consagrou que a referida doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, “[...] os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude

originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (MORAES, 2017, p. 89).

Todavia, esclarece Jacob (2015, p. 76) que “[...] tal teoria tem várias limitações, a exemplo da ‘limitação da fonte independente’ (*independent source limitation*), a ‘limitação da descoberta inevitável’ (*inevitable Discovery limitation*) e a ‘limitação da contaminação expurgada’ (*purged taint limitation*)”.

Considerada uma exceção às provas obtidas por derivação, a denominada doutrina da *fonte independente* apregoa “[...] que um elemento de prova não será considerado ilícito ou viciado e, por conseguinte, admissível no processo, se for obtido de uma fonte diferente daquela em que se originou a ilicitude, contudo, apenas se essa fonte for anterior ou simultâneo à ilegalidade” (JACOB, 2015, p. 76).

Exemplo de aplicação da teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal (LOPES JR, 2016, p. 223).

Contudo, para que a “[...] teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita” (LIMA, 2017, p. 628).

No Brasil, com a reforma legislativa de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º, *in fine*, incluído pela Lei 11.690/08, reconheceu a limitação à teoria da prova ilícita por derivação, mitigando o denominado princípio da contaminação, ao consignar como exceção a inadmissibilidade daquelas (provas ilícitas por derivação), quando evidenciado tais provas serem provenientes de uma “fonte independente”, senão vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941, n. p.).

Assim, segundo Lopes Junior (2016, p. 223-224) predomina o entendimento na jurisprudência dos tribunais superiores “[...] de que não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação”. Isto porque, “a lei fala que se não houver um nexo de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação” (RANGEL, 2015, p. 485-486).

Com efeito, esta teoria baseia-se precisamente “[...] na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada” (OLIVEIRA, 2017, p 191).

Todavia, o processualista Feitoza (2008, p. 125) adverte que “[...] a ‘fonte independente’ foi definida, no Brasil, nos termos do que se entende como ‘descoberta inevitável’, nos EUA, a qual veremos adiante, inclusive quanto à constitucionalidade”. Neste tocante, em especial, conforme destacado por Jacob (2015, p. 77) inexistente, pois “[...] afronta ao artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, eis que a prova derivada da ilícita permanecerá inadmissível no processo, sendo admissíveis apenas os elementos de provas consideradas oriundas de fonte independente, autônoma e que esteja de acordo com a lei”.

Noutra ótica, entretanto, de acordo com a teoria da *descoberta inevitável* - “também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida” (LIMA, 2017, p. 629). Portanto, “[...] se após a análise, houvesse uma decorrência lógica, de que haveria descoberta independentemente da prova obtida de forma ilegal, ela deverá ser admitida” (JACOB, 2015, p. 77).

[...] a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso em julgamento, o acusado

havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova (LOPES JR, 2016, p. 223).

Com efeito, tal teoria foi adotada no Brasil, por meio da Lei nº 11.690/2008, ao incluir o § 2º no artigo 157 do Código de Processo Penal: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, 1941, n. p.). Em que pese à dicção do referido preceito legal, que ao trazer a definição de “fonte independente”, segundo Lima (2017, p. 630) “[...] parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à *fonte independente*, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável”.

Para exemplificar a aplicação da teoria da *fonte independente* na jurisprudência pátria, podemos novamente utilizar-se dos dizeres do Ministro Celso de Melo no julgamento do RHC 90376/RJ de 03 de abril de 2007, prolatado antes de sua adoção pela codificação adjetiva, cujo teor segue, em parte, abaixo transcrito, conforme colação feita por Paulo Rangel (2015, p. 481-482):

[...] Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária [...].

De outro lado, acerca da teoria da *descoberta inevitável* esclarece Lima (2017), em análise do HC 52.995/AL julgado pelo Superior Tribunal de Justiça aos 16 de setembro de 2010 (publicado no DJe aos 4.10.2010), que:

[...] referida teoria já vem sendo adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em pioneiro julgado acerca do assunto, em que se discutia a ilicitude de extrato bancário obtido por herdeiro da vítima, sem autorização judicial, a 6ª Turma do STJ fez uso da teoria da descoberta inevitável. Na dicção do Relator Min. Og Fernandes, o § 2º do art. 157 do CPP serve para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a prova ilícita for absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que sem aquela não existiria, o que não teria acontecido no caso apreciado pelo STJ. Isso porque, no caso concreto, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do

desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável, não havendo, portanto, razoabilidade alguma em anular todo o processo e demais provas colhidas, não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa (LIMA, 2017, p. 631).

Já no que se refere “a teoria da limitação da contaminação expurgada (*“purged taint limitation”*) ou da Conexão Atenuada (*“attenuated connection limitation”*) foi aplicada no caso denominado *Wong Sun v. U.S. (1963)*” (JACOB, 2015, p. 79). De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação “[...] se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2017, p. 631).

Nesse caso, conquanto já tenha ocorrido “[...] a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada” (LIMA, 2017, p. 631).

Esta teoria foi desenvolvida no caso WONG SUN v. US (1963), em que a polícia, de maneira ilegal, ingressou no domicílio de “A” sem *causa provável* (indícios probatórios necessários para tanto), efetuando em seguida sua prisão. Dessa prisão *ilegal* resultou a apreensão de drogas em posse de “B”, o qual, por sua vez, disse ter recebido a droga de “C”, que também foi preso de maneira ilegal. Dias mais tarde, após “C” ter sido colocado em liberdade, resolveu voluntariamente confessar aos policiais a prática do delito, durante seu interrogatório policial quanto à apreensão da droga com “B” e suas declarações, entendeu a Suprema Corte tratar-se de prova ilícita por derivação, eis que resultado da entrada ilegal na casa de “A”. No entanto, concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não teria o condão de contaminar o que se apurou contra “C”, pois sua ação voluntária de confessar a prática delituosa após ter sido solto e advertido de seus direitos, teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o *veneno* da ilegalidade originária teria se dissipado. Da análise do caso WONG SUN v. US, embrião da limitação da mancha purgada, depreende-se que um vício de ilicitude originário pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente (LIMA, 2017, p. 631-632).

Contudo, esclarece Jacob (2015, p. 80) que: “[...] nas ressalvas acarretadas pela Lei nº 11.690/2008 e na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não é possível observar guarida à referida teoria”. Nesse sentido, é o que aduz Lima (2017), muito embora para o insigne processualista é possível extraí-la da dicção do artigo 157, § 1º, do CPP, em especial, no que se refere à ausência de nexos de causalidade entre prova ilícita originária e prova subsequente ou derivada:

Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída, ao se referir o dispositivo à ausência denexo de causalidade entre a prova ilícita originária e prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexocausal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação (LIMA, 2017, p. 632).

Consigne-se, por oportuno, que “[...] apesar de guardar certas semelhanças com a limitação da fonte independente, a teoria da mancha purgada com ela não se confunde” (LIMA, 2017, p. 632). De acordo com “a teoria da fonte independente da prova, a extrusão do nexocausal existente entre a prova ilícita originária e a por derivação provém do fato desta ter uma fonte independente da outra” (JACOB, 2015, p. 80).

Por seu turno, na limitação da mancha expurgada, conforme elucidada Lima (2017, p. 632) “o decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal”, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária. Permite-se, por tal razão, o aproveitamento de prova inicialmente contaminada pela mácula da ilicitude, contudo, suprimida por acontecimento posterior.

3.7. O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

Como se sabe, em âmbito de tutela constitucional, pode eventualmente ocorrer que dois ou mais valores constitucionalmente assegurados aos indivíduos denote-se antagônicos entre si, exigindo-se, no plano concreto, a prevalência daquele valor ou princípio, que após a ponderação dos valores, sobrepujar em maior relevância para solução da colisão.

Em outros termos, havendo “[...] valores acobertados por dois ou mais princípios de cunho constitucional, torna-se imprescindível realizar a hermenêutica jurídica, a fim de ponderar qual destes princípios serão aplicados no caso concreto, utilizando-se da proporcionalidade, a fim de solucionar a colisão” (JACOB, 2015, p. 80-81).

Nesse sentido, partindo-se da ideia de que a norma constitucional da inadmissibilidade de se utilizar no processo as provas obtidas ilicitamente, consoante prescrito no artigo 5º, LVI, CF/88, seria uma limitação ao *jus puniendi* estatal, depreende-se que tal vedação, assim como a maioria dos direitos constitucionais, não se reveste de caráter absoluto. A rigor, é praticamente uníssono o entendimento no âmbito doutrinário e jurisprudencial de que seria

admissível, no processo, utilizar-se de prova ilicitamente obtida quando produzida em favor do réu, sendo este o único meio de provar sua inocência.

No caso em tela, haveria, pois, uma nítida antinomia de, ao menos, dois direitos fundamentais igualmente protegidos pelo legislador constituinte, quais sejam, a vedação à admissibilidade da prova ilícita, de um lado (art. 5, LV, CF), e o direito à liberdade do indivíduo, de outro (art. 5º, *caput*, CF).

Assim, segundo Jacob (2015, p. 81), “é a proporcionalidade o meio mais eficaz para a solução de colisão de direitos fundamentais, pois possui natureza de regra jurídica e, neste sentido, a doutrina e a jurisprudência tem admitido sua utilização em matéria de provas ilícitas”.

No plano da previsão normativa e, mais especificamente, no plano das normas constitucionais, por vezes será também impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito mais frequentemente do que se imagina, o exercício de um, por alguém impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro. Os exemplos são vários bastando a referência às eventuais tensões presentes na aplicação de normas garantidoras do direito à livre informação (art. 5º, IV e IX) e o direito à imagem e à honra (art. 5º, X), bem como entre o direito à segurança pública e o direito à liberdade individual, ambos alinhados no *caput* do citado art. 5º.

[...]

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade (OLIVEIRA, 2017, p. 196).

Portanto, conforme entendimento majoritário, em sede doutrinária e jurisprudencial não se vislumbra maiores dificuldades na aplicação da prova ilícita *pro reo*, pois, neste caso, serviria para absolver ou minimizar a culpa do acusado, evitando a condenação de indivíduo sabidamente inocente que, para provar sua inocência tenha se valido de provas obtidas por meios ilícitos. Segundo Lopes Junior (2016, p. 220), “trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.

Com efeito, “[...] efetivamente, não se pode atribuir a alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas, capaz de inocentá-lo (AVENA, 2017, p. 333). Ademais, conforme elucidação feita por Avena (2017, p. 333), “[...] o texto constitucional não

se coaduna com o erro judiciário, razão pela qual é inaceitável que um inocente seja condenado apenas porque a prova que o inocente não foi obtida por meios lícitos”.

De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra direção, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova (LIMA, 2017, p. 643).

Nesse viés, conforme aponta Oliveira (2017, p. 197), “a prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*”. Aliás, segundo o autor, seu aproveitamento constituiria um critério *objetivo* de proporcionalidade, dado que:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente de ilicitude;
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular (OLIVEIRA, 2017, p. 197).

Ademais, prevalece o entendimento de que, em situações tais, a atuação do acusado na obtenção de provas por meios ilícitos a fim de demonstrar sua inocência, estaria acobertada, conforme o caso, pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, bem como, ainda, pela dirimente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova e, por tal razão, seria perfeitamente possível utilizá-las no processo (LOPES JR, 2016).

De acordo com a lição de Oliveira (2017, p. 194), sempre que o agente haja “[...] movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação”. A rigor, tal “questão visa evitar graves inconvenientes e injustiças que poderiam ocorrer caso o réu (inocente) não pudesse, mesmo aparentemente violando a lei, fazer prova de sua inocência” (RANGEL, 2015, p. 486).

Nesse sentido, Rangel (2015) exemplificando através da ponderação de distintos valores salvaguardados pela constituição, assevera que na hipótese esposada estaria o acusado

agindo em consonância com o direito, de tal sorte que a aparente ilicitude inexistiria. Vejamos os seus dizeres:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária (RANGEL, 2015, p. 487).

Todavia, ao revés, há entendimento de que “[...] utilização da prova ilícita para fundamentar a acusação, para favorecê-la, não deve ser reconhecida, tendo em vista os princípios da dignidade humana e da liberdade deverão ser considerados mais relevantes, não devendo haver detrimento em favor do direito de punir” (JACOB, 2015, p. 82).

Outrossim, há quem diga que os acusados ao praticarem atos ilícitos inobservando as “[...] liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado” (MORAES, 2017, p. 89).

Nesse viés, para o Ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 89) as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um “[...] *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”.

Diante disso, surgiu no cenário jurídico e doutrinário, em corrente capitaneada por Barbosa Moreira, o entendimento sobre a possibilidade de se admitir a utilização da prova ilícita em proveito da acusação. Em última análise, trata-se da denominada prova ilícita *pro societate*, cujo fundamento seria o princípio da isonomia na persecução criminal, haja vista o crescimento exacerbado da criminalidade, em especial, do crime organizado que nas sociedades contemporâneas vem, cada vez mais, tomando desmedidas proporções (LIMA, 2017).

Nesse sentido, inúmeras controvérsias surgem quanto à utilização das provas ilícitas em prol da sociedade. Nesta ótica, Lima (2017, p. 644) assegura que essa possibilidade “[...]”

somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos”, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Diante disso, Lima (2017, p. 644-645) esclarece que se “[...] o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais”. Conseqüentemente, não seria mais “[...] possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal” (LIMA, 2017, p. 445).

Noutra visão, entretanto, para Avena (2017, p. 333) “[...] na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu”. Assim, contrapondo a orientação majoritária, para o insigne processualista “[...] a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, *caput*, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos” (AVENA 2017, p. 333).

A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de *mal coletivo* (frisa-se: apenas neste caso e observadas as peculiaridades da prova), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas **prevenção geral** e **prevenção especial** – a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais (AVENA, 2017, p. 333-334).

Sem embargos a tal controvérsia, esclarece Jacob (2015) que o princípio da proporcionalidade, mormente se utilizado em prol da acusação, deve ser analisado e aferido através de seus três baluartes, ou seja, através de seus elementos fundantes e estruturadores, os quais estabelecerão limites a sua aplicação.

Por meio do princípio da adequação se busca averiguar se será provável atingir o fim almejado; depois, analisando o princípio da necessidade observa-se se o meio

selecionado pelo jurista, tem menor grau de restrição ao direito fundamental intrincado; por derradeiro, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, avalia se o meio escolhido é ou não desproporcional relativamente ao fim pretendido (JACOB, 2015, p. 84).

Em síntese, segundo Oliveira (2017, p. 197), “o aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, [...] o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade”. Destarte, sempre que não houver estímulo à prática ou incremento de ilegalidades por parte dos agentes incumbidos na produção da prova, seria possível falar em aplicação da proporcionalidade em prol da acusação (OLIVEIRA, 2017).

Contudo, além da “identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima) [...]” (OLIVEIRA, 2017, p. 198), é mister que tal ponderação se dê por critérios objetivos, de sorte que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro.

Destarte a limitação aos direitos fundamentais, conforme destacado por Jacob (2015, p. 87) “[...] deve estar amparada pela correta análise e autorização judicial, conforme exceções previstas no próprio texto constitucional (art. 5º, XII, CF/88), eis que não se justificaria deixar ao arbítrio da autoridade policial obter a prova por meio ilícito para influir na autoridade judiciária”.

Ademais, nesse contexto, não se deve olvidar que a vedação da utilização de prova ilícita recai, em maior parcela, sobre os órgãos incumbidos pela atividade estatal persecutória, responsáveis pela produção da prova na fase investigatória, pois, afinal, sabidamente figuram como grande protagonista nas transgressões de direitos e garantias fundamentais do investigado, cabendo ao Estado-Juiz velar pela máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

4. QUAL A VERDADE OBTIDA E UTILIZADA?

Convém ressaltar, em síntese, que a problemática que desencadeou a presente pesquisa partiu, dentre outros fatores, da premissa conceitual do processo que tem no instituto da prova sua base central.

Como se sabe, há no processo uma sequência de atos concatenados de forma lógica e que se destinam ao exaurimento da tutela estatal, através da prolação de uma decisão final que ponha fim aos litígios judiciais e que possa restabelecer a pacificação social. Sendo assim, conforme apontou Jacob (2015, p. 106), “havendo desrespeito a normas de conduta, o processo será meio pelo qual o estado poderá resolver determinado litígio impondo sua decisão com o objetivo de solucionar determinado conflito”.

Diante disso, surgiu a inquietude e indagações propostas neste trabalho que em seu transcorrer buscou compreender, com apoio da dogmática filosófica, se seria possível sustentarmos que tal decisão, de fato, corresponda à verdade. Antes, porém, de expor algum posicionamento neste sentido, cabe-nos dedicar alguns apontamentos sobre a temática delineada para o presente capítulo, de sorte a demonstrar qual a verdade obtida e utilizada no processo, em especial, no processo penal. Para tanto, corroborando dos dizeres de Jacob (2015, p. 90), no presente capítulo:

[...] o que se questiona é como se atingir a verdade real, sem prejudicar o direito de liberdade do cidadão. Nesse campo imperioso, distinguir o provado do verdadeiro, pois o processo se orienta para a comprovação da verdade (o que é diferente da certeza jurídica), mas o conhecimento alcançado é sempre imperfeito, dedutivo.

Conforme se assentou no decorrer deste trabalho a busca pela verdade, apesar de ser algo intrigante e sublime para o homem, é fruto da inteligência e essência humana, e, por tais razões, é constantemente perquirida como aspiração máxima do ser humano em suas relações cotidianas.

Como se sabe, o homem não possui controle absoluto da verdade, seu conhecimento é apenas parcial e contingente a determinado contexto. Como aponta Barros (2013, p. 27) “[...] essa busca é antiga e jamais cessará. Os romanos diziam: *Nihil est veritatis luce dulcius* (nada é mais doce do que a luz da verdade). E *Santo Agostinho*, buscando a verdade em Deus deixou escrito que ‘vida feliz é a alegria que provém da verdade, e tal é o que todos querem”.

No processo tal busca ganha salutar dimensão, pois, afinal, é mister que o julgador descubra a verdade sobre os fatos para que haja a correta e justa aplicação da lei, mormente

em matéria penal onde os bens jurídicos tutelados são tidos como bens de maior relevância quando comparados aqueles tutelados nas demais áreas do Direito.

Desta forma, é imperioso que haja um mínimo de cognição na busca pelo estabelecimento da verdade no processo, sobretudo em matéria penal. Como se sabe, tal seara processual destina-se à reconstituição indutiva do delito cometido em momento pretérito, anterior à atividade processual, de tal sorte que os resultados obtidos poderão interferir diretamente, de forma inexorável, na liberdade de locomoção do acusado, direito este constitucionalmente assegurado e com *status* de garantia fundamental do indivíduo e, por conseqüência, indisponível.

Por outro lado, no processo penal por tutelar, em grande maioria, direitos ditos de interesse público deve-se buscar uma verdade mais acurada, que guarda maior fidelidade com o delito cometido para que o julgador - convicto da verdade acerca dos fatos – possa julgar de forma correta e justa, condenando ou absolvendo o acusado.

Conseqüência disso, é que a doutrina tradicional sempre inclinou a crer que no processo penal a verdade é “[...] o elemento a ser perquirido pelo Estado-juiz para prolação de uma decisão final, mediante a reconstituição do fato-crime, que será levado ao processo pelas partes, inicialmente por meio de alegações [...]” (JACOB, 2015, p. 90).

Nesse contexto, a prova seria o elemento apto a legitimar tais alegações, estabelecendo a veracidade ou falsidade delas provenientes. Assim, imperou na dogmática processual o entendimento de que no processo penal, em virtude da relevância e indisponibilidade dos bens tutelados, deveria o julgador nortear-se pela busca da denominada verdade real ou material.

Nessa perspectiva, em sede doutrinária, reconheceu-se que “[...] a verdade material corresponde a um juízo de valor extraído das provas produzidas no processo e que toda decisão condenatória, para confirmação da sua própria validade, exige essa conformidade com o esclarecimento pleno da verdade” (BARROS, 2013, p. 33).

Assim, “o denominado princípio da verdade real rende frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, normalmente sob o argumento da importância dos bens protegidos pelo direito processual penal” (JACOB, 2015, 92). Sobre o assunto, elucida Oliveira (2017, p. 92) que “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil”.

Conforme esboçado anteriormente, a atividade processual tem no instituto da prova seu ponto cerne, sendo esta considerada como instrumento idôneo para estabelecimento da

verdade no processo, sobretudo, diante do atual modelo de processo penal garantista que fora endossado, em certa medida, pelos anseios da atual Constituição Republicana. Neste sentido, Jacob (2015, p. 107-108) aduz que:

A construção dessa verdade, dentro do processo, se dá pelo instituto das Provas. Sendo assim será por meio do procedimento de colheita de provas que se poderá reconstituir determinado fato passado, dentro do processo, a fim de legitimar uma sentença justa e pautada na verdade, gerando conformação plena no espírito dos envolvidos.

No processo penal, referida decisão assume extrema importância, dado que estará lidando com um dos bens mais preciosos do cidadão: sua liberdade, que segundo Immanuel Kant, seja ela política seja de locomoção, é direito essencial da pessoa humana e, portanto, deve ser efetivamente preservada.

Dessa forma, faz-se necessário o recolhimento de elementos hábeis – provas – para que o magistrado profira uma sentença baseada na verdade real dos fatos, a fim de realizar justiça, aplicando o dispositivo legal que visa à retribuição e socialização, punindo àquele que infringiu o contrato social, de forma a restringir sua liberdade e no “quantum” adequado. Por outro lado, serve o mesmo raciocínio para deixar em liberdade o acusado comprovadamente inocente.

Aliás, como destacou Jacob (2015, p. 108) o conceito de liberdade persegue a pessoa humana desde os primórdios de sua existência e, portanto, “[...] tem diversas definições e a cada indivíduo é dado o direito primordial que pode ser também entendido como especial de denominar-se livre desde o nascimento, e sua restrição infundada configura um ataque a toda humanidade”.

Ademais, por força do princípio de presunção de inocência tem-se a ideia de que, durante a instrução processual, o encarceramento do acusado deve ser tido como exceção, aplicável quando não cabível as demais medidas cautelares previstas pelo Código de Processo Penal (artigos 319 e 320), ou, quando finda a atividade processual, haja a prolação de sentença condenatória não mais passível de modificação recursal.

A liberdade deve ser tratada, então, como bem supremo, e que merece ser preservado. Em contrapartida, a segregação deve ser considerada a última opção, quando tem sido a primeira, violando a legislação e um direito natural da pessoa humana. Existindo a segregação pela aplicação da pena, deve a mesma ter fundamento e objetivo (JACOB, 2015, p. 108).

Neste norte, diante da indisponibilidade dos bens tutelados, em matéria penal o legislador ordinário adotou o princípio da “verdade real” insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório. Com efeito, outorgou-se ao magistrado a livre iniciativa probatória, o qual poderá requisitar de ofício, mesmo antes de iniciado a ação penal, a produção de provas a fim de se apurar com maior precisão a verdade

dos fatos, não devendo o magistrado contentar-se com aquelas provas produzidas unicamente pelas partes.

Assim, num Estado Democrático de Direito, [...], em que a liberdade individual é tida como premissa norteadora, fundamental para a justa organização da sociedade, fica claro que as decisões penais, por terem efeito direto sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um conhecimento resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a presunção de inocência. Além disso, é também necessário que tais provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa (JACOB, 2015, p. 92).

Em certa medida, “a verdade real se depararia com menos entraves para atingir a denominada “verdade absoluta”, a correta, mais verossímil representação dos fatos. Já a denominada verdade formal encontraria mais empecilhos ao alcance daquela” (JACOB, 2015, p. 109). Nesse contexto, entretanto, é pertinente colacionar os dizeres de Nucci (2016, p. 66-67) que, ao discorrer sobre a verdade, argumenta sobre a dificuldade do magistrado apenas tentar alcançar a famigerada verdade real:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, 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 implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Contudo, esclarece Lopes Junior (2016, p. 208) que, “historicamente, está demonstrado, empiricamente, que o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material e consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato para o imputado”. Diante disso, não devemos olvidar que esta arraigada crença de ser a “verdade real” um ideal alcançável no processo chancelou inúmeras barbáries, sobretudo, ao legitimar as denominadas ordálias e os “Juízos de Deus” como forma de obtê-la.

Como se sabe, tal crença legitimou o vezo da tortura como meio idôneo de se obter a confissão que, nos sistemas processuais de outrora, já foi alçada ao patamar de “rainhas das

provas”, possuindo valor absoluto, chancelando condenações arbitrárias e injustas. Nesse sentido, aliás, é o que diz Lopes Junior (2016, p. 208) segundo o qual: “O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma ‘cultura inquisitiva’ que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”. Com efeito, segundo Oliveira (2017, p. 177), “a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal”.

O aludido princípio, batizado como *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de poderes mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletiva e substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no (OLIVEIRA, 2017, p. 177).

Sendo assim, como bem apontou Jacob (2015, p. 91), surgem grandes “[...] críticas com relação ao procedimento de prova, mais especificamente com relação ao princípio da verdade real, direcionadas a uma impossibilidade de se alcançar referida verdade e, portanto, se aplicar a justiça no caso concreto, restringindo ou não a liberdade do cidadão”. Logo, “na seara do direito ela tem importância maior, já que o julgamento dar-se-á com a reconstituição dos fatos históricos” (JACOB, 2015, p. 91), e serão estes aspectos da “verdade” dentro do processo penal que serão doravante tratados com maior acuidade nas linhas abaixo delineadas.

4.1. Desmistificação da verdade real

Antes, porém, de aprofundá-los, cabe elencar os principais motivos que nos leva a crer que a busca da “verdade real”, no processo penal, denota-se de difícil alcance, senão um ideal utópico. Para tanto, é pertinente colacionar os dizeres de Jacob (2015) que, diante da total impossibilidade de se reconstituir fidedignamente determinado fato passado, esclarece os motivos de tal dificuldade. Vejamos:

A um, porque o magistrado não conhece referido fato, não estava presente naquele momento, mas simplesmente os enunciados sobre o fato, afirmado pelas partes, sobre os quais se tentará provar. A dois, porque será utilizado um raciocínio dedutivo ou indutivo baseado em enunciados supostamente verdadeiros, ficando assim no campo da probabilidade. A três porque a averiguação dessa “verdade”

deverá dar-se dentro do processo penal, mediante princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que muitas vezes produzem situações em que se apresentam entraves legais para que se alcance a verdade real, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros (JACOB, 2015, p. 89-90).

Dessarte, em que pese a indiscutível relevância da atividade probatória no processo como meio de se estabelecer a “verdade dos fatos”, não se pode afirmar com toda veemência que a prova possui como escopo único a descoberta da verdade absoluta. Conforme esclarece Barros (2013, p. 337), “[...] na maioria das ações penais, a prova colhida não reproduz a verdade pura, completa e única. Atualmente, para se atingir a eficácia da prova, basta formar-se o convencimento judicial, independentemente do descobrimento da verdade essencial dos fatos”.

Isso se dá em razão de que, em regra, no processo penal adota-se o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado²⁷. Por tal razão, sustenta Barros (2013, p. 337) que ao juiz interessa “[...] encontrar aquilo que constitui a pérola do contexto probatório dos autos, isto é, formar o livre convencimento acerca da exatidão e veracidade das alegações feitas pelas partes sobre fatos e circunstâncias relacionados com a infração penal”.

No entanto, urge consignar que tais concepções encontram-se “[...] enfraquecidas pela solidificação de um posicionamento doutrinário moderno, que ressalta a finalidade da prova como sendo a de produzir, no ânimo do julgador, a certeza sobre a existência ou inexistência dos fatos afirmados pelas partes” (BARROS, 2013, p. 337).

Além disso, não devemos olvidar que “[...] cada pessoa pensa, reflete, tira as suas conclusões sobre o meio externo e gera a verdade de tal modo que julga ser a real” (BARROS, 2013, p. 26). Assim, no processo, predomina o entendimento de que cada parte tem a “sua verdade”, consoante expressado em suas narrativas acusatória ou defensiva. Desse modo, como corolário da lógica adversarial - predominante no seio processual - será somente “pela experiência e controle crítico dos seus constantes ‘pontos de vista’, que se pode chegar

²⁷ Como se sabe, pela previsão contida no artigo 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Já no que tange ao princípio da livre convicção, vista como exceção ao princípio da persuasão racional, a doutrina é uníssona em sustentar sua aplicação no Tribunal do Júri, ante a previsão constitucional do art. 5, XXXVIII, “b”, CF, que assegura o sigilo das votações, sendo despicando que os jurados fundamentem sua decisão, sem que haja, contudo, incompatibilidade do referido preceito com a exigência de fundamentação das decisões contida no art. 98, IX, da CF/88.

àquela ‘verdade do juiz’, que é depois aquela que vale para o ordenamento jurídico” (BARROS, 2013, p. 26).

A par disso, Marinoni e Arenhart (2015, p. 45) apregoam que “apenas o magistrado tem o poder de dizer qual é a ‘verdade’, pressuposto para aplicação do direito ao caso; a colaboração que recebe das partes é, como já salientado, tendenciosa e divergente [...]”. De fato, a cognição processual que visa estabelecer a verdade fática, consubstanciada pela sentença judicial, denota-se deveras intrincada, porquanto os fatos não são passíveis de experimentação direta pelo julgador senão pelos resultados provenientes do delito.

Assim, na reconstrução indutiva que se faz do fato-crime, no seio processual, o juiz ficará adstrito à análise do contexto probatório coligido ao processo, em geral, com resultados díspares, divergentes entre si, mas, que não o exime de aplicar, ao caso concreto, o provimento jurisdicional justo e adequado ao manancial probatório que foram insertos aos autos. Neste sentido, portanto, a “[...] ‘reconstrução da verdade dos fatos’, resta como forma de legitimação da atividade judicial a necessária observância do processo adequado [...]” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 62).

Sendo assim, conforme apontou Jacob (2015, p. 107), “será por meio do procedimento de colheita de provas que se poderá reconstituir determinado fato passado, dentro do processo, a fim de legitimar uma sentença justa e pautada na verdade, gerando conformação plena no espírito dos envolvidos”. Daí dizer, conforme a máxima *non quod est in actis non est in mundo*, isto é, o que não está nos autos não está no mundo. Portanto, no processo penal, somente será verdadeiro o que restar cabalmente provado²⁸.

Contudo, a depender da situação concreta, nem mesmo as provas terão “aptidão para conduzir seguramente a verdade sobre o fato ocorrido – apenas mostram elementos de como, *provavelmente*, o fato ocorreu; são um indicativo, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu [...]” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 42). Com efeito, tal ilação sobrepuja com maior clareza se tomarmos

²⁸ Cumpre consignar, no entanto, consoante se expôs no tópico 2.1.4 deste estudo, que com advento das Leis nº 9.099/95 e 12.259/01, que disciplinaram sobre os Juizados Especiais em âmbito estadual e federal, respectivamente, haverá nítida mitigação na busca pela verdade, no processo penal, quando restar presentes os requisitos previstos para aplicação de seus institutos despenalizadores, sendo *desnecessária a coleta adicional de provas* quando de sua incidência. Logo, a busca pela verdade é posta em segundo plano quando se apurar a prática de contravenções penais e crimes que a lei não comine pena máxima superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Igual raciocínio se dá com o perdão do ofendido, nas ações penais privadas, conforme teor do art. 107, V, do CP, não exigindo dilação probatória para investigação e apuração das circunstâncias fáticas quando ao ofendido não mais lhe convém apura-la.

como ponto de discussão o fato de que na praxe processual os julgamentos se pautam, sobretudo, na difundida prova testemunhal.

Ora, como se aferir com absoluta certeza a veracidade de certo testemunho quando, muitas vezes, na prática denotam-se diametralmente antagônicos entre si a depender dos interesses envolvidos entre acusação e acusado.

Há, normalmente, uma patente antinomia dos relatos cuja veracidade deverá ser aferida em consonância com os demais relatos e/ou com as demais provas carreadas aos autos, averiguando sua coerência e plausibilidade. Afinal, é um devaneio pensar que o prévio comprometimento de dizer a verdade, sob pena de incorrer nas sanções cabíveis e pertinentes²⁹, é capaz de extirpar eventual intenção de deturpar o contexto das narrativas, excluindo terminantemente a subjetividade e omissões que possam tal relato conter.

E o que dizer, ainda, sobre a verdade ante ao procedimento do Tribunal do Júri no qual, como se sabe, predomina o sistema da livre convicção dos jurados, cuja decisão por força de mandamento constitucional será soberana conquanto despida de fundamentação, podendo ser modificada apenas quando denotar-se visivelmente contrária ao contexto probatório. E o pior, ainda que provido o recurso defensivo (ou acusatório), por exemplo, realizar-se-á novo julgamento perante novos jurados, porém, em geral, com o mesmo acusador e defensor, com as mesmas teses aventadas no julgamento anterior que poderão acarretar no mesmo resultado, agora não mais suscetível de modificação³⁰, ainda que contrário à verdadeira realidade (LOPES JR, 2016).

²⁹ De acordo com o **Art. 203**, do CPP, “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. E, ainda, segundo prescrição do Código Penal brasileiro, considera-se crime de falso testemunho nos termos do **Art. 342**. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência) § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).

³⁰ Com efeito, preconiza o **artigo 593, caput, do CPP** que: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III – das decisões do Tribunal do Júri quando:

[...]

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação (grifos nossos).

Assim, a primeira crítica ao instituto da prova que podemos destacar é a impossibilidade de, por meio da atividade probatória, demonstrar de forma fidedigna determinado fato ocorrido no passado, pois, como se sabe, o processo penal tem por objetivo a reconstrução do fato-crime constante da peça acusatória.

Dessa forma, conforme esclarecimentos de Jacob (2015, p. 111) a “única maneira pela qual se dá essa reconstrução é por meio do procedimento de prova – Instituto previsto no Código de Processo Penal, em seu Título VII – que visa reconstituir o fato criminoso a fim de formar a convicção do terceiro imparcial – Juiz – para que este profira uma sentença”.

Sendo assim, seria ilógico dizer que se chegou a uma verdade real, quando na verdade esta reconstituição do passado não pode ser feita fidedignamente por diversas razões: decurso de tempo, falhas humanas, seja em testemunhos, seja na prova pericial, entre diversos outros motivos, que levarão o juiz, simplesmente, a deduzir o que de fato ocorreu. O que se busca no processo penal não pode ser comparado ao processo civil em relação aos interesses que estão em jogo. No entanto, a verdade real se justifica por ser uma possibilidade de chegar o mais próximo possível da verdade, ou seja, a verdade suficiente, mas não pode ser usada como argumento para subjugar o acusado, transformando em objeto do processo (JACOB, 2015, p. 111).

Ademais, conforme destacado por Marinoni e Arenhart (2015, p. 39), “a reconstrução de um fato passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que a de valorar a evidência concreta”. Logo, não é possível retratar, nos autos, de forma absolutamente fidedigna os fatos reais ocorridos no passado, apresentados em juízo mediante o uso da linguagem escrita, de forma precípua, podendo sofrer ulterior deformação de quem as declara.

Não se espera, ademais, a efetiva cooperação do acusado na apuração da veracidade dos fatos que lhe são imputados, pois, como cediço, milita a seu favor o direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), podendo permanecer em silêncio sem prejuízo de sua defesa³¹.

De fato, na medida em que a obtenção dessa verdade é reconstruída no processo através de cognição humana, não podemos desprezar que como tal estará condicionada às limitações humanas e, por isso mesmo, será o magistrado perfeitamente falível em suas conclusões, suscetível a erros e interpretações equivocadas. Nesse viés, Marinoni e Arenhart

³¹ Ver artigo 5º, LXIII, da CF, bem como os julgamentos do STF no HC 83648/DF (e RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Melo) e no âmbito do STJ os EDcl. no AgRg nos EResp 1510816/PR (Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16.05.2017).

(2015, p. 40) aduzem que comumente “quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência “verdadeira” do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento desta descoberta não o permitem”.

Em suma, por mais robusto e consistente que possa denotar o acervo probatório que irá lastrear a decisão judicial, não é possível extirpar, terminantemente, a hipótese do erro judiciário que, em matéria penal, acarreta efeitos nefastos e geralmente irreparáveis. Diante disto, pode-se afirmar que “o erro judiciário, diversamente do erro historiográfico ou científico, jamais é fecundo, pois suas consequências são em grande parte irreparáveis, especialmente se são produzidas em prejuízo do acusado” (FERRAJOLI, 2010, p. 60).

Aliás, consoante ponderação feita por Malatesta (1996, p. 41) “[...] a maior ou menor capacidade de erros não deriva própria e directamente da natureza especial da verdade, mas *do modo como o espirito dela se apodera*”. Daí dizer, conforme já salientado, pode eventualmente ocorrer que diante do método probatório utilizado, a inferência que se extrai do manancial probatório seja suficiente para formação da convicção do julgador, persuadindo-lhe de que os fatos se deram de tal modo, ou seja, de acordo com as narrativas de uma das partes.

Contudo, o resultado alcançado, embora eventualmente possa corresponder com a realidade, não nos permite refutar a hipótese de que os fatos possam, porventura, ter ocorrido de maneira diversa que, no entanto, não restou provada.

Diante disto, não é demasiado lembrar que a verdade, neste contexto, sofre significativos abalos opostos pela própria legislação processual, impedindo sua prevalência no processo penal. Com efeito, em prol da segurança jurídica das decisões, deverá a coisa julgada revestir-se do ideal de que a cognição processual, de fato, logrou êxito no alcance da “verdade fática”.

Nessa perspectiva, o magistrado em matéria penal só deve prolatar um decreto condenatório quando, procedida a cognição adequada dos fatos, encontrar-se livre de qualquer dúvida razoável quanto ao teor das alegações, estando convicto da veracidade que delas imediatamente se extraem, o que legitimará sua decisão.

Todavia, em que pese à coisa julgada gozar de significativa proteção constitucional, não podendo nem mesmo a lei prejudicá-la³², no processo penal, contudo, somente será soberana quando se tratar de sentença absolutória. Se, todavia, tratar de sentença condenatória proferida erroneamente, seus efeitos, observados as condições legais, poderão ser

³² Art. 5º, XXXVI, da CF/88 preconiza que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

relativizados através da revisão criminal³³ quando, a sentença penal, não for mais suscetível de recurso. Ora, em um Estado de Direito que se diz Democrático, não deve o judiciário coadunar-se com a eternização de injustiças, atribuindo ao acusado à pecha da condenação quando a decisão judicial restar desassociada da verdadeira realidade, até então não demonstrada nos autos.

Em síntese, conforme aponta Barros (2013, p. 391), “toda sentença penal condenatória transitada em julgado goza da presunção de tratar-se de uma decisão justa e que ao mesmo tempo reproduz uma verdade. É ‘a verdade do juiz’, que não é absoluta”. Assim, sempre que evidenciado o erro nela contido, deverá ser substituída, de fato, pela verdade não trazida a lume na instrução processual realizada na ação penal.

Nesta perspectiva, é possível vislumbrar na jurisprudência pátria, em julgamento proferido pelo pretório excelso no HC 68.088/SP (Rel. Min. Moreira Alves – DJ 12.10.1990), o entendimento adotado no sentido de que, em matéria criminal, cuja codificação processual ao dar primazia à busca da verdade real como um dos seus escopos, seria motivo suficiente a ensejar novas diligências para apuração da verdade, ainda que em sede de revisão criminal, devendo tal busca funcionar como critério de julgamento a ser perquirida pelo magistrado na seara penal³⁴. Vejamos:

HABEAS CORPUS. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. DILIGÊNCIA DETERMINADA EM REVISÃO CRIMINAL. – A ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO NÃO PODE SER EXAMINADA NO ÂMBITO ESTREITO DO HABEAS CORPUS POR DEMANDAR EXAME APROFUNDADO EM MATÉRIA DE FATO, MAXIMA QUANDO IDÊNTICA ALEGAÇÃO JÁ FOI REJEITADA DEPOIS DE LONGA ANÁLISE EM PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL. – O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL QUE EXISTE NO SISTEMA DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COMO ACENTUA SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, PERMITE QUE, AINDA QUANDO EM REVISÃO CRIMINAL, SE PROMOVAM DILIGÊNCIAS PARA A APURAÇÃO DA VERDADE, OU NÃO, DO QUE ALEGA O REQUERENTE EM SEU FAVOR. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

³³ O art. 621, do CPP, assevera que: “A revisão dos processos findos será admitida”:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena;

³⁴ Ver também os julgamentos do STJ no AgRg no REsp 1525083/RS; HC 361559 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 14.11.2016); RT 683/361; CC 151836/GO (Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26.06.2017); HC 387122/SP (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura); HC 359413/DF (Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/05/2017).

(STF - HC: 68088 SP, Relator: MOREIRA ALVES; Data de Julgamento: 04/09/1990, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 12-10-1990 PP-10045 EMENTA VOL-01598-01 PP-00062).

Noutro vértice, entretanto, é paradoxal sustentar que a “verdade real” seria elemento fundante do processo penal, na medida em que seu alcance também estaria limitado pela imutabilidade da coisa julgada diante da inadequada e injusta absolvição do verdadeiro réu, não podendo a sentença absolutória ser, posteriormente, desconstituída em prol da acusação ou do interesse social. A vedação da revisão criminal *pro societate*, nesta ótica, constitui nítida causa de interferência ao alcance da “verdade real”. Diante disto, Barros (2013, p. 397) destaca que:

[...] o fato de o nosso sistema processual vedar o emprego da revisão criminal para corrigir sentença absolutória, mesmo quando reunidas novas e inquebrantáveis provas de sua desconformidade com a verdade, é considerado pelos críticos, como fonte de vergonhosa impunidade decorrente do trânsito em julgado da sentença absolutória, quando se descobre que o réu foi injustamente absolvido.

Os seguidores dessa corrente sustentam que a verdade deve prevalecer sobre os interesses da pessoa que foi absolvida por erro judiciário. E vão além, na medida em que pregam a aplicação da revisão *pro societate* na hipótese em que o juiz decreta a extinção da punibilidade pela morte do agente, mas posteriormente descobre-se que ela baseou-se em atestado de óbito falso ou referente a outra pessoa. [...]

Em tais situações a coisa julgada (*res judicata*) impede a acusação sucessiva por um mesmo fato punível, proibição esta que vem do Direito romano, conhecida pelo famoso brocardo *bis de eadem re nom sit actio* (não se dê ação duas vezes sobre a mesma coisa).

Com efeito, a reconstrução de determinado fato histórico será sempre minimalista e, em geral, imperfeita. Isto porque, conforme já consignado anteriormente, o julgador não experimenta diretamente a ocorrência dos fatos, cuja reconstrução dependendo da “[...] metodologia empregada para apuração da verdade dos fatos narrados, além da quantidade e qualidade de informação acerca do fato probando é possível aproximar ou distanciar da verdade” (CECARELLI, 2011, p. 22). Nesta perspectiva, Ferrajoli (2010, p. 58-59) acrescenta que:

[...] toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à *sua* interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas.

Assim, o julgador sem discrepar de um historiador, conforme destacou Ferrajoli (2010, p. 55) “[...] não pode, pois, examinar o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo o caso, à observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados”. Logo, a conclusão obtida somente é possível por indução ou dedução, ficando, assim, no campo daquilo que provavelmente ocorreu. Neste viés, Ferrajoli (2010, p. 55), ao fomentar a despeito da insidiosa questão da prova como instrumento de reconstituição do fato pretérito, aduz que:

Sem necessidade de penetrar em todas as difíceis questões relativas ao conhecimento do passado, pode-se realmente afirmar que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios” do presente. Esta ilação - realizada por um historiador, um juiz ou um detetive - pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além de generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação.

Nesta ótica, o juiz jamais saberá o que de fato ocorreu e, portanto, não chegará ao alcance da tão aclamada “verdade real”. Diante disto, consoante elucidação feita por Oliveira (2017, p. 177):

Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade *real*, pois que esta diz respeito à realidade *do já ocorrido*, da realidade *histórica*, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa.

Como vimos, a atual configuração do processo penal brasileiro não *deve* guardar mais qualquer identidade com semelhante postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz. Esta, e aqui já o afirmamos, não deve constituir-se em atividade *supletiva* dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao órgão da acusação.

Não devemos descurar, ainda, que a verdade objetivada no seio processual só é considerada válida “[...] quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada por critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico” (BARROS, 2013, p. 26). Trata-se, indubitavelmente, de mais uma limitação ao alcance da denominada “verdade real”, cuja busca não pode se dar a todo e

qualquer custo, com desrespeito e inobservância dos direitos e garantias processuais do acusado, historicamente, salvaguardadas pelo legislador pátrio.

Assim, “a verdade material há de ser uma verdade processualmente válida, de modo que o princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência de uma certeza judicial” (BARROS, 2013, p. 40-41).

Em outros termos, aduza-se que nos dias hodiernos já não mais se deve concebê-la como dogma fundamental do processo que, acima de tudo, deve ser aferido como instrumento, não apenas de aplicação do direito material, mas, de se preservar as garantias processuais do acusado e assegurar a estrita observância do devido processo legal com todos seus consectários, ainda que em prejuízo da referida verdade substancial.

Sem embargos, sob a ótica do devido processo legal (*due process of law*), subentende-se que o exercício do poder estatal é delimitado no sentido de “[...] estabelecer a fiel observância de todas as regras que compõe o sistema processual, bem como das normas que garantem o exercício estritamente regular do *jus puniendi*, sem o qual não pode uma pessoa ser privada da liberdade ou de seus bens” (BARROS, 2013, p. 26). Daí afirmar, conforme a síntese feita por Barros (2013, p. 26), que “em alguns casos logra-se êxito na reconstituição da verdade, [...]. Noutros, a tanto não se chega, e quando a composição é incompleta prevalece a dúvida, senão o falso, que é o oposto da verdade”.

Com efeito, o descobrimento da verdade no processo penal deve se guiar por insuprimível regra moral que a submete à observância de rigorosos princípios éticos, máxime, se tal busca acarretar na subversão de garantias constitucionais e processuais do acusado, que não deve mais ser tratado como mero instrumento do processo, podendo ter sua dignidade seriamente afetada em prol da busca por uma verdade, em essência, inalcançável. Lembre-se que há, no processo, a imperativa presunção constitucional de inocência que deve ser aferida como nítida regra de tratamento, ou seja, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, deverá o acusado, até prova em contrário, ser tratado como tal, não se justificando que os órgãos incumbidos na persecução penal, imbuídos pela busca da verdade material, invadam “a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal” (BARROS, 2013, p. 41).

Como bem pontuou Barros (2013, p. 41), é certo “que a lisura moral e ética efetivamente impõe restrições à busca da verdade e até formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral dos fatos”. Aliás, consoante se

expôs anteriormente, quando da abordagem acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas, consignou-se o entendimento de que havendo uma antinomia de valores ou princípios, sendo conflitantes entre si, caberá ao julgador diante das circunstâncias concretas sopesar seus valores, de sorte a prevalecer a aplicação daquele princípio ou valor com maior proeminência a solução do conflito.

Destarte, em sede de política criminal, deve-se buscar uma verdade processualmente válida, não obtida a todo preço, a custa da inobservância dos direitos fundamentais, paulatinamente, conquistados ao longo da história.

Nesse sentido, Jacob (2015, p. 110) colaciona interessante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 155.149 no qual o Ministro Félix Fischer, ao citar Jorge Figueiredo Dias, define bem o alcance do princípio da “verdade material”, cujo teor denota-se interessante trazer à baila. Vejamos:

Jorge Figueiredo Dias (in “Processo Penal”, ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que “... a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro...” (p. 204). Ensina que a assim denominada **verdade material** há de ser tomada em **duplo sentido**: **‘no sentido** de uma **verdade subtraída à influência** que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; **mas também no sentido** de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma **verdade judicial**, prática e, sobretudo, **não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida**” (DIAS, 2004, p. 193-194 apud BRASIL, 2010, grifos do autor).

Tal ilação resta evidenciada quando se tem como imperativo, em matéria processual, a inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas. Como visto no capítulo anterior, a vedação à utilização das provas obtidas por meios ilícitos, muitas vezes, representa verdadeiro óbice ao alcance da denominada “verdade real”. Isso porque “a averiguação dessa ‘verdade’ deverá dar-se dentro do processo penal, mediante princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal [...]” (JACOB, 2015, p. 90).

Ora, conquanto fosse possível descortinar-se a verdade dos fatos através da utilização de determinada prova obtida ilicitamente, tal prova se não produzida em favor do acusado quando presentes alguma das causas justificativas de ilicitude, a exemplo da legítima defesa ou estado de necessidade, que justificariam a sua utilização para absolvição de indivíduo sabidamente inocente, deverá, caso contrário, ser desprezada sua utilização no processo.

Em situações tais, a busca pela verdade material deve ser relegada em detrimento da preservação de direitos igualmente assegurados pelo legislador constituinte no rol dos direitos e garantias individuais e fundamentais do indivíduo. Assim, a exemplo daqueles direitos ligados a honra, vida privada e intimidade, revestidos geralmente pelo manto da cláusula de reserva de jurisdição, somente poderão ser relativizados, na persecução penal, mediante decisão judicial devidamente fundamentada.

Assim, conforme ponderação feita por Jacob (2015, p. 56), no tocante as provas ilícitas, importa esclarecer que “a sua utilização não é permitida para condenar o réu, ainda que demonstre a denominada ‘verdade real’. Por esta razão, pode-se perceber que todo o sistema de garantias fundamentais deve ser respeitado e não há que se falar em restrição, ainda que para se chegar à verdade”. Nesta perspectiva, é certa a síntese traçada pela processualista Ada Pellegrini Grinover (*in* PEREIRA, 2016, p. 7), segunda a qual:

[...] o juiz, tanto quanto às partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinada de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida. Assim, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz encontra seus limites na observância do contraditório, na obrigação de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícitas e ilegítimas.

Diante disso, depreende-se que a formação do convencimento judicial é, de fato, condicionada pelas regras que impõe ao julgador valorar as resultantes probatórias de tal forma, a exemplo da exigência contida no parágrafo único do art. 155, do CPP, nos casos que a lei penal exija comprovação quanto ao estado de pessoas nos termos da lei civil. E, ainda, pelas exigências que fazem ter como inadmissíveis as provas formadas com o desrespeito de tais limites, bem como aquelas produzidas com a inobservância das modalidades e diretrizes probatórias traçadas pelas leis adjetivas e, também, aquelas de conteúdo material. Em casos tais, referidas provas compreender-se-ão por ilegítimas ou, como consequência, ineficazes de utilização no processo ainda que suficientes a demonstrarem a verdadeira realidade fática.

Além disso, como se sabe, o decurso demasiado de tempo – o que não é incomum nos tribunais brasileiros – poderá deturpar substancialmente todo o contexto atinente ao delito,

sobretudo, agravando a fragilidade da colheita e produção das provas³⁵. Logo, conforme esclarece Jacob (2015, p. 113):

Desse modo, o próprio ordenamento, visando à garantia de outros direitos e da razoável duração do processo, impede que seja obtida a verdade real dos fatos como se deram possibilitando ao juiz com base em suposições e induções, obter somente uma certeza jurídica, com base nas provas que foram carreadas aos autos, gerando assim, uma extrema insegurança num sistema em que não é possível se obter a verdade real, mas é possível condenar o cidadão com base em suposições, privando-o assim de seu bem maior: sua liberdade.

Assim, tem-se a impossibilidade de se atingir a verdade sobre certo evento histórico, podendo, quando muito ter-se um elevado grau de probabilidade de como ele se passou, mas, jamais a certeza da obtenção da verdade tal qual o ocorrido. A verdade, conforme já salientado, é algo absoluto que nos leva a excluir, de pronto, qualquer outra possibilidades de que possa ter o fato ocorrido de maneira diversa. Tal possibilidade, obviamente, demonstra-se impossível no processo (MARINONI; ARENHART, 2015).

Nesse aspecto, no campo jurídico, a verdade processual será concebida como uma verdade aproximada, ou seja, diante das limitações humanas e metodológicas empregada em sua busca, no processo, somente é possível falar em “verdade” em termos aproximados, probabilísticos (JACOB, 2015).

Diante disso, há quem diga ser inatingível “a reconstrução dos fatos que corresponda efetivamente à realidade, e por tal motivo conclui-se que somente se pode construir a ‘verdade processual’ ou a ‘verdade judicial’, e esta, quando muito, representa a certeza judiciária ou a ‘verdade provável’, senão a ‘verdade possível” (BARROS, 2013, p. 29).

Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a esse ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, em algum critério objetivo (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 46).

Assim, quando se afirma que o fato narrado corresponde à verdadeira realidade, diante dos limitados meios de cognição que dispõe o julgador, basta-lhe acarretar um elevado grau

³⁵ Nesse contexto, cabe destacar que a teor da Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça: “a decisão que determinar a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

de certeza de que o fato realmente ocorreu de tal jaez. A certeza, conforme entendimento anteriormente exarado com arrimo nos dizeres de Malatesta, apesar de estar intimamente ligado ao conceito de verdade, com ela, porém, não se confunde.

Desse modo, enquanto a verdade no seu ideal de correspondência, na visão filosófica, seria a perfeita correspondência do pensamento com a coisa ou fato cuja veracidade se perquirirá, a certeza como manifestação subjetiva seria a crença da percepção da realidade passada, não obstante, a que o juiz utiliza-se para sentenciar o processo e atingir seu objetivo primordial.

Todavia, esclareça consoante ponderação feita por Greco Filho (2012, p. 159), “não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”. Nesse sentido, segundo elucidação feita por Marcellus Polastri Lima (*in* PEREIRA, 2016, p. 233)³⁶:

[...] no processo dificilmente ou nunca se atingirá a certeza absoluta, pois como a instrução probatória equivale a uma busca do fato histórico, deverá haver uma reconstrução dos fatos com dados do passado, através da prova, para se buscar a verdade e, conseqüentemente, se chegar à certeza, mas, essa forma de reconstrução não permite, em regra, uma certeza absoluta, mas meramente relativa, tendo em vista as próprias deficiências humanas. O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade significando que deve buscar algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama hoje de *certeza possível*, mas achamos melhor o termo verdade provável.

Nesse viés, a insigne processualista Ada Pellegrini Grinover (*in* PEREIRA, 2016, p. 8)³⁷ apregoa que:

O princípio da verdade real, que foi mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima a verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E, ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.

Portanto, a verdade obtida no processo deve ser ética, processualmente válida, o que resulta na denominada verdade suficiente, pois, o resultado alcançado na reconstrução da

³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *A chamada “verdade real” sua evolução e convencimento judicial*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. (coordenador), 2016; p. 233.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. Cit.*, p. 8.

verdade histórica sobre os fatos, no processo, dificilmente resultará em uma verdade absolutamente fidedigna, destoando de todo ideal que permeia a noção de verdade real.

Esclareça, por oportuno, que não se defende uma postura totalmente cética no processo por ser um reducionismo grosseiro afirmar, indiscriminadamente, que toda sentença judicial jamais estará calcada na verdade, porém, acreditar e fomentar o discurso da “verdade real” como um ideal alcançável no processo, através da instrução probatória, parece-nos uma grande ingenuidade.

Nessa linha de raciocínio, o discurso da verdade real tem servido, no mais das vezes, para atarracar processos, delongando-o demasiadamente em prol de uma reconstrução precisa dos fatos, porém, que será limitada por inúmeros fatores, conforme se expôs ao longo deste capítulo.

Logo, diante desses inúmeros entraves, a verdade utilizada jamais será considerada em termos absolutos, sendo, pois contingente e aceita a partir do que restou provado nos autos, até porque, a verdade exarada na sentença judicial, em caso de sentença condenatória, somente será como tal até que novas provas lhe contradigam, denotando não estar o resultado obtido em maior proximidade com a verdadeira realidade.

Assim, “descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com *certeza* (**dentro dos autos**), quem realmente enfrentou o comando normativo e a maneira pelo qual o fez” (RANGEL, 2015, p. 7, grifos do autor).

Segundo Rangel (2015, p. 8) o juiz não pode “afastar-se das provas carreadas para os autos, mesmo que não condigam com a verdade processual primária (que, por não estar nos autos, ele não conhece), pois a solução do caso penal deve ser alcançada através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica”.

Aliás, quando restar assegurado que o resultado obtido “[...] é insuficiente para firmar a convicção condenatória do juiz, é de se concluir que o julgador, de fato, não logrou descobrir a verdade” (BARROS, 2013, p. 30). Diante disto, conforme lição feita por Barros (2013, p. 30), visando minimizar o incremento da impunidade, “são verificados na edição de leis recentes que apostam no sucesso da delação premiada e visam dar assistência a vítimas e testemunhas, com o intuito de favorecer o descobrimento da verdade”.

Todavia, repise-se que o processo penal preconizado pela atual Constituição Federal brasileira deu primazia, eminentemente, a um modelo processual garantista. Assim, conforme destacou Jacob (2015, p. 57), sua matriz tem como núcleo fundante “[...] o sistema acusatório; assim, o investigado, o réu, é visto como sujeito de direitos, jamais como objeto, [...], a busca

da verdade dentro do processo penal, por meio da produção probatória, deve observar todos os princípios, especialmente para garantir a dignidade da pessoa humana”.

Assim, “no processo penal brasileiro, no qual ainda impera o superado dogma da busca da verdade real, de ideais totalitários, a pessoa humana acaba sendo transformada em um verdadeiro objeto do processo” (JACOB, 2015, p. 48). Não se deve olvidar que o resultado final, consubstanciado pela sentença judicial, nem sempre coincidirá com a verdade, tal qual aquela idealizada no âmbito da filosofia, conforme abordagem feita no primeiro capítulo deste trabalho, mas será resultado do convencimento do julgador quanto à (in) veracidade das alegações constantes na peça acusatória.

Dessa forma, consoante ponderação feita por Jacob (2015, p. 113), “sendo assim, no final de um processo, o magistrado arrimado em certos preceitos jurídicos, emana um juízo de valor sobre o caso. É, portanto, a força de um discurso – e não a “descoberta da verdade” – que determina a decisão do julgador sobre a sorte do acusado”.

Diante do exposto, dessume-se que a verdade alcançada e utilizada no processo penal, em resultados práticos, devido a todos os óbices que limitam seu alcance a todo custo no seio processual, será senão uma verdade formal, aceitável porque atingida com a estrita observância do devido processo legal com todos seus consectários.

Nesse sentido, aliás, esclarece Lopes Júnior (2016, p. 210) que a verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se “[...] dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real”. Assim, não poderá a descoberta da verdade no processo prescindir da necessária observância ao contraditório entre as partes.

Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação primeiro porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual e depois porque a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio. Se o juiz tem conhecimento pessoal dos fatos, em princípio está impedido de julgar, ou, se não estiver impedido porque o conhecimento é geral e não interessado, deverá providenciar, com os poderes que tem (art. 156) de complementar a prova apresentada pelas partes, para que a prova seja trazida a juízo e submetida ao crivo do contraditório. O juiz penal tem maiores poderes inquisitivos na busca da verdade real, em virtude dos interesses envolvidos no processo criminal, do que o juiz civil, mas os fatos devem sempre ser trazidos aos autos, daí se poder dizer que toda a verdade relevante para a sentença é a formal, porque é a dos autos (GRECO FILHO, 2012, p. 172).

Nessa perspectiva, cumpre consignar os dizeres de Ferrajoli (2010, p. 48) segundo o qual:

[...] a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas e relativas somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do “formalismo”, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.

Portanto, como guisa de arremate, depreende-se que o discurso sobre a busca inalcançável da denominada verdade real, conquanto ultrapassado, mostra-se ainda presente na sistemática processual e jurisdicional, conforme consignado na exposição de motivos do Código de Processo Penal ao prescrever, *in verbis*, que “se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material”.

Todavia, é inconcebível que tal busca legitime práticas inquisitoriais ferindo demasiadamente o sistema acusatório, adotado pela atual Constituição Republicana, sobre o discurso de se chegar ao alcance de uma verdade, em essência, inalcançável.

Não deve, pois, o discurso sobre a verdade material autorizar que à atividade judicial se desenvolva visando “[...] a produção probatória com finalidade de condenação e de se chegar à utópica verdade real, já que a reconstituição histórica dos fatos dentro do processo não se apresenta como a verdade defendida pelos filósofos [...]” (JACOB, 2015, p. 114).

Com efeito, não se pode coadunar com a manutenção de paradigmas inquisitoriais, pelos quais possa o discurso da verdade real justificar que o julgador utilize-se de todo arcabouço probatório possível a fim de se chegar à efetiva condenação do acusado, usurpando função acusatória previamente delineada pelo texto constitucional.

Diga-se, ainda, que o silogismo processual em que se estabelece a verdade dos fatos, expressada na sentença estatal, dificilmente se enquadrará no ideal de perfeita

correspondência entre a resultante probatória com a verdadeira realidade do fato crime, motivo pelo qual soa desarrazoado sustentar a possibilidade de se alcançar a verdade real no processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido consignar, inicialmente, que o presente estudo não tem por pretensão o exaurimento do tema o que, aliás, não seria tarefa fácil, senão mero devaneio. Buscou-se, assim, lançar luzes sobre a temática para que o conhecimento e a formulação de novas visões acerca de um tema já consolidado na doutrina processual clássica e, ainda, assaz fomentado pelos tribunais pátrio possam contribuir para o aperfeiçoamento do debate acadêmico no campo do Direito Processual Penal. Desse modo, em seu transcorrer visamos elencar, através de uma visão crítica ao princípio da “verdade real”, os principais entraves de se obtê-la no processo penal, refutando o estabelecimento de critérios de uma verdade absoluta.

Assim, para se chegar ao discurso da verdade real no processo penal e sua crítica, fez-se necessária uma breve digressão no campo da filosofia buscando compreender o conceito de verdade para, assim, traçarmos um paralelo com a denominada “verdade material” que vem explicitamente referenciada na exposição de motivos do Código de Processo Penal como dogma fundante de tal seara probatória. No entanto, cabe destacar que embora à filosofia tenha se incumbido com maior precisão na tentativa de conceitua-la, não há um critério único e seguro sobre o que de fato corresponda à verdade, diversificando-se as teorias filosóficas que se propôs a fomenta-la.

Todavia, no processo penal por lidar com direitos indisponíveis é indispensável que o julgador busque aproximar-se, tanto quanto possível, da verdade dos fatos para que haja a pacificação social com justiça. Assim, seria temeroso que a decisão que vier a segregar o indivíduo de sua liberdade possa estar desassociada da noção de que o processo, de fato, logrou êxito no alcance da verdade.

Muito embora seja ela, em essência, inatingível, a crença de sê-la alcançável denota-se útil para apaziguar o clamor social e conformação das partes envolvidas na contenda judicial. No entanto, tal crença torna-se inconcebível quando utilizada para justificar atitudes e paradigmas inquisitoriais adotados pelo julgador na busca de se estabelecer a verdade no processo, posto que a verdade em termos absolutos denota-se de difícil alcance.

Assim, se no âmbito da filosofia a verdade seria a correspondência do pensamento com a coisa ou fato cuja veracidade se perquirirá, tem-se a noção de que no processo a veracidade da imputação acusatória será estabelecida quando, exaurida a cognição necessária em sua reconstrução, restar provado que os fatos se deram em perfeita sintonia com a descrição do tipo penal, previamente aferível pelo conhecimento humano. Contudo, há de ter

cuidado com tal ilação, pois, conforme analisado no decorrer do presente trabalho existe inúmeros entraves ao alcance da verdade real no processo.

Deveras, depreende-se que é possível aferir certa similitude dos anseios processuais adotados pelo legislador pátrio na busca da verdade, especificamente pelo princípio da verdade real inserto na norma constante do art. 156, I, do CPP, com o ideal de correspondência já proposto por Aristóteles, na medida em que a sentença judicial será considerada verdadeira quando consubstanciada em um amplo e robusto contexto probatório.

No entanto, a nosso ver, soa inadequado falar em verdade real no processo penal, porquanto inalcançável por variados motivos, dentre os quais, a total impossibilidade de reconstrução fidedigna do fato passado, além de inúmeros óbices impostos pela legislação que a impossibilita de ser alcançada a todo custo, conforme demonstrado no transcorrer deste trabalho.

Ressalte-se, contudo, que o legislador ordinário na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, destacou que o magistrado deixa de ser um expectador inerte na produção de provas, sendo-lhe permitido não somente dar impulso a ação penal e, ao final, julgá-la, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam uteis e necessárias ao esclarecimento da “verdade material”.

Assim, o princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório tem gerado grande furor entre os doutrinadores no que tange a sua (in) constitucionalidade, em especial, por afrontar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal (art. 129, I, CF/88).

É consabido, entretanto, que a atuação do magistrado antes mesmo de iniciada a ação penal se justifica para preservar e tutelar as garantias fundamentais do acusado que, não obstante, poderão ser infringidas no transcorrer da persecução penal. Não deve, contudo, o discurso pela inalcançável verdade real legitimar a atuação do magistrado como se parte fosse, mormente quando imbuído da tentativa de se buscar provas que possam lastrear eventual decreto condenatório do indivíduo, como se este fosse mero instrumento do processo e, como tal, verdadeiro “inimigo” do processo penal.

Nesse aspecto, embora discrepantes os critérios adotados na busca pela verdade, ambas as searas processuais podem não lograr êxito na obtenção da verdade almejada. Desta forma, ainda que adote uma investigação com conotações mais rígidas pela busca da verdade como no direito processual penal, ou, até mesmo, com feições mais flexíveis admitindo, por exemplo, presunções de verdade como no direito processual civil, ambos os sistemas sujeitar-

se-ão as limitações impostas pelo legislador quanto a maior ou menor conveniência legislativa de se apurar a verdade dos fatos discutidos em Juízo.

Assim, tendo em vista que o julgador não presenciou a ocorrência dos fatos cujo conhecimento se dará por meio de alegações e do quanto provado em Juízo é, neste sentido, que a prova ganha importância ímpar para o Processo Penal. Todavia, a instrução probatória deve se dar de acordo com as normas e princípios da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, não podendo se buscar a verdade a todo custo.

É certo, pois, que o processo deverá guiar-se, indubitavelmente, por insuprimível regra moral e ética que importa na lisura processual e a necessária observância do devido processo legal com todos seus consectários, sendo inconcebível que a verdade estabelecida no processo possa estar em dissonância com os ditames e princípios velados pelo legislador constituinte. Por tal razão, depreende-se que todo sistema de garantias fundamentais, postas a salvaguarda na Constituição Republicana, deverá ser respeitado e não há o que falar em restrição de tais garantias, ainda que para se chegar ao alcance da denominada verdade material.

Diante disso, infere-se que a verdade alcançada no processo penal será, pois, mais próxima de uma verdade formal, limitada por variados fatores que a impedem de ser reconstituída de forma absolutamente fidedigna, sendo, portanto, inteiramente inadequado falar que tal reconstrução refletirá, invariavelmente, a verdade real dos fatos ocorridos no passado. De tal modo, somente será considerado verdadeiro aquilo que está nos autos e que, muito embora possa eventualmente não refletir a verdade real dos fatos, será considerada válida quando construída com observância do contraditório e demais princípios concernentes ao devido processo legal.

Desse modo, a conclusão que se extrai da análise do contexto probatório ficará o magistrado no campo da probabilidade, ou seja, haverá uma dedução daquilo que provavelmente ocorreu. Isto porque nem mesmo as provas possuem aptidão de demonstrar de forma absoluta o que realmente ocorreu, mas são meros indicativos que poderá, em virtude de falha pericial, falibilidade na prova testemunhal, decurso de tempo etc., não refletir a verdade dos fatos. Realmente, na medida em que tal reconstrução dependerá de cognição humana não podemos desprezar que o magistrado, eventualmente, possa estar persuadido ou equivocado em sua conclusão.

Ademais, a verdade no processo deve ser uma verdade ética e processualmente válida. Diante disto, o mito da verdade real muitas vezes tem fomentado o ranço inquisitorial legitimando poderes inquisitórios, realçando a concepção de um Estado Autoritário, como

aquele que em outrora, através do vezo da tortura, tinha a confissão como “rainha das provas” chancelando condenações arbitrárias.

Assim, o art. 156, I, do CPP, que atribui à figura sacra do magistrado a possibilidade de atuar de ofício na busca da verdade material que, em essência, é inatingível por mais laborioso que seja o trabalho do julgador e das partes em sua reconstrução, deve ser analisada com cautela sob pena de violar o denominado sistema acusatório com, conseqüente, comprometimento de outro princípio, qual seja, a imparcialidade do juiz que é tido como garantia necessária de se assegurar um julgamento justo.

Não pode, pois, o discurso pela mitológica verdade real permitir que o magistrado atue no processo como se parte fosse, buscando provas suficientes a dar lastro a decisão condenatória. Ora, sua atuação deve se dar de modo supletivo, pois, se as provas carreadas aos autos são insuficientes para formar sua convicção acerca da veracidade das imputações constantes na peça acusatória, significa dizer que lhe restou dúvida e a luz do princípio da presunção de inocência e, também, pelo princípio do *in dubio pro reo* caberá absolver o acusado por não restar comprovado sua culpabilidade.

Com efeito, devem rechaçar-se com veemência os arquétipos inquisitoriais ainda cultuados na atual codificação adjetiva, principalmente aos que possibilitam a intervenção exacerbada do Estado contra o investigado, olvidando que com o advento da Constituição Federal de 1988 caracterizou-se o indivíduo, ainda que diante de uma investigação criminal, como detentor de direitos e garantias fundamentais que não podem ser relegadas em prol de atitudes irracionais e arbitrária na busca de uma verdade absoluta.

Dessa feita, não se pode tentar compatibiliza-las com o sistema acusatório aceitando que o magistrado, em prol de uma verdade inalcançável, possa usurpar função previamente definida na Constituição.

Portanto, a verdade real no processo denota-se de difícil alcance constituindo-se a crença de sê-la alcançável, a nosso ver, uma ligeira ingenuidade. Muito embora, não se nega que a busca pela verdade deva ser amplamente perquirida pelas partes e o magistrado na correta apuração dos fatos, o resultado alcançado, porém, dificilmente será condizente com a verdade real tal qual objetivada, em termos absolutos e fidedignos.

Logo, não se obtém a verdade pelo processo, mas a certeza jurídica de que os fatos reconstituídos correspondam, de fato, a verdade. Conforme assegurado anteriormente, verdade e certeza não se confundem, e sendo a certeza algo subjetivo que se pauta na crença da realidade, mas, que poderá eventualmente ser falsa, seria ela mais condizente com o

resultado obtido no seio processual, realçando a ideia da convicção do magistrado como fator preponderante para determinação da verdade processualmente alcançável.

Ademais, a verdade no processo será estabelecida de acordo com o que estiver nos autos, cabendo ao juiz dizê-la através de um juízo de valor, arrimado nas provas que fora inseridas ao processo e mais propriamente na força de um discurso que será exarado na sentença judicial, a qual será contingente e dificilmente refletirá a verdade absoluta.

Assim, em um processo que tem na verdade material seu dogma fundante, mas, que na realidade denota-se impossível de obtê-la, não deve, pois, trazê-la expressamente devendo ser rechaçado pela flagrante incompatibilidade com os anseios estabelecidos por um sistema processual garantista que fora endossado, sobremaneira, com o advento da atual Constituição Republicana que tem na dignidade humana seu principio motriz. E, conforme demonstrado no decurso deste trabalho, o discurso da verdade real ainda realça em certos dispositivos, constantes na lei adjetiva, o autoritarismo estatal contra o indivíduo estigmatizado na relação processual.

Isto porque a inexistência da tão aclamada “verdade real” denota-se evidente, permanecendo os efeitos inquisitoriais quando se autoriza ao magistrado utilizar-se de todo seu poder instrutório para efetiva condenação do acusado, quando, na realidade, a legitimação de sua decisão deve-se dar quando pautada na verdade processualmente alcançável, não a todo custo, mas, assegurada sobre o prisma da dignidade da pessoa humana.

Assim, demonstra-se temerosa a possibilidade de o indivíduo ser privado de sua liberdade, ainda que inocente, mas, que em face de um discurso suficiente a dissuasão de quem incumbe julgar possa condena-lo, conquanto injustamente, o que não condiz com o objetivo supremo de um Estado Democrático de Direito ao disseminar iniquidade em vez de propagar justiça e restabelecer a paz social.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Vincenzo Cocco. Coimbra: Atlântida, 1984.
- AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9.^a ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm> Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 14 jul. 2017.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. **A questão da verdade na filosofia**. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0109/A_questao_da_verdade_na_Filosofia.pdf/2009>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARDOSO, Patrícia de Almeida. **A intangibilidade da verdade à impropriedade dos princípios da verdade material e verdade formal**. In: Revista Direito e Liberdade – ESMARN – v. 11, p. 2, p. 173-192. Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas>> Acesso em: 15 jul. 2017.
- CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Claudio Ferreira. **A verdadeira teoria da verdade**. Disponível em: <<http://textosdefilosofiacontemporanea.blogspot.com.br/2012/05/verdadeira-teoria-da-verdade.html>>. Acesso em 24/08/2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti/ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, 2015. Disponível em: <<http://www.emporiiodireito.com.br> > Colunas e Artigos> Acesso em: 10 de jul. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico]/Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araújo Júnior – 2ª ed. em e-book - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**: suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008. (188 p). Disponível em: <<http://www.professormoreno.com.br/.../REFORMA-CPP-Denilson-Feitoza-SUPLEMENTO-5>. ed. 1[1].> Acesso em: 28/07/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal/ Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva: 2012.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. – São Paulo: Editora UNESP, 2002.

JACOB, Muriel Amaral. **O princípio da verdade real**: limites à sua evocação como fundamento do Direito Processual Penal moderno. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivim, 2017.

_____. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivim, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **A verdade e justiça constituem finalidades do processo judicial?**. Disponível em:

<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15052/13722>>. Acesso em: 22/08/2017.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1996. v. 1.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**/ Janaína Roland Matida; orientador: Noel Struchiner. – 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp120031.pdf>>. Acesso em: 06/08/2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MEURER, César Fernando. **Tarski: concepção e definição de verdade**, v. 4, n. 2/ ago./nov. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/viewFile/16580/9841/>>. Acesso em: 09/09/2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NESPOLI, Ricardo. **Teoria da redundância**/ Ricardo Nespoli. Disponível em: <<http://ricardonespolicoutinho.blogspot.com.br/2009/03/teoria-da-redundancia/>>. Acesso em: 24/08/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/ Ada Pellegrini Grinover...** [et. al]; coordenador Flávio Cardoso Pereira. – 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**/ Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. **A prova**/ Michele Taruffo; tradução João Gabriel Couto. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Editora: JusPodivm. 2017.

ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**/ Urbano Zilles. São Paulo: Paulus, 2005.