

AS VERDADES FORMAL E REAL E SUA APLICAÇÃO NO MODERNO PROCESSO BRASILEIRO

André Moraes CASTANHO¹

Jurandir José dos SANTOS²

RESUMO: o presente trabalho visa a tratar de um aspecto relevante em relação à atuação do magistrado e sua atitude em relação à busca da verdade dentro do processo. Nesse diapasão, incluem-se as verdades real e formal, que orientam a atividade das partes e do juiz na busca efetiva do conhecimento da realidade ocorrida e que será reconstruída no processo. Pormenorizando, o presente trabalho irá desde a conceituação da “verdade” em seu sentido jurídico, passando pela evolução da verdade real e formal e seu entendimento aplicado aos processos civil e penal, até a moderna visão que a doutrina passa a ter em relação à busca efetiva da verdade que deve se pautar o magistrado como condutor do processo e, finalmente, julgador em última análise.

Palavras-Chave: Atuação do juiz. Verdade. Verdades real e formal. Verdade e certeza. Processos civil e penal. Atuação do magistrado.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina sempre deu especial importância para a análise da busca da verdade dentro do processo e a relação da atuação do juiz quanto mais importante for o bem protegido pela área do Direito tratada.

Dessa forma, sempre houve a cisão do conceito de verdade no processo como a verdade formal, que é artificial e trazida pelas partes aos autos do processo; e a verdade real, ou plena, que reflete diretamente a realidade.

A aplicação da primeira sempre foi atribuída ao processo civil, que em geral trata de bens transacionáveis, ao passo que a segunda comumente se aplicou

¹ O autor desta obra é graduando das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo pelo 7º semestre de Direito. Atualmente, é estagiário da Defensoria Pública na Regional de Presidente Prudente. andre.moca@hotmail.com

² O orientador deste trabalho é docente na matéria de Direito Processual Penal nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Atualmente, é Promotor de Justiça e pós-graduando em Direito Processual Civil. jurandir@mp.sp.gov.br

ao processo penal, que tutela a liberdade individual, que é garantia constitucionalmente assegurada e que necessita de uma convicção maior do julgador quando da aplicação de uma decisão justamente pelo fato de que o bem tratado é por demais sério para sofrer uma restrição sem a devida averiguação dos fatos.

Nesse sentido, buscou-se com o presente trabalho encontrar um conceito genérico para o sentido da palavra verdade, com aplicação prática ao processo, e também definir o que é a verdade real e a verdade formal, assim como a aplicação que a doutrina lhes dava, e o atual posicionamento que vem evoluindo.

Justifica-se a discussão do tema pela própria postura que deve ter o magistrado diante do que lhe é trazido pelas partes, se deverá ser mais ativo ou passivo, dando-se por satisfeito ou sendo incisivo na coleta de provas como forma de justificação da busca da verdade, como forma de ser proporcional à importância do bem tutelado.

Foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da análise da verdade e culminando na sua aplicação ao processo e a visão moderna da sua definição.

2 AS “VERDADES” E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 O Conceito de Verdade e Sua Aplicação ao Processo

Muito embora a palavra “verdade” tenha um significado simples, podendo ser conceituado de maneira simplória como os fatos que realmente ocorrem no mundo fenomênico, sua aceção pode não ser tão simples quanto parece, principalmente quando aplicada ao processo, mais especificamente ao processo penal.

Semanticamente, a definição dicionarizada da palavra verdade é “o que corresponde à realidade; o que é certo, verdadeiro” ou a “identidade de uma representação com a realidade representada; autenticidade, exatidão, veracidade”.

Conquanto seja esse o significado do verbete, é por demais usual, e não tem aplicação integral ao processo.

Também de maneira simplista, porém não menos importante, o conceito de verdade foi formulado por Santo Agostinho como “a verdade é o que é” (SANTO AGOSTINHO *apud* BARROS, 2010, p. 26). Ora, a verdade é una, e será verdadeiro o que realmente ocorreu, independentemente do que mostrariam eventuais provas de determinado fato. O conceito formulado pelo estudioso pode soar ingênuo, de certa forma até lúdico, mas reflete exatamente o sentido que a palavra emprega. Não se pode admitir, a princípio, seja a verdade distorcida a ponto de ser considerada algo diferente do que realmente é.

A verdade, portanto, não poderia ser desmembrada, a ponto de existirem várias verdades aplicáveis a um mesmo evento, inexistindo qualquer ponderação de verdades. O que existe são pontos de vista e formulação de ideais a respeito de determinada situação, devendo esses elementos convergir para a formulação de um convencimento jurisdicional adequado à realidade.

Contudo, sua aplicação prática ao processo não é tão fácil quanto possa parecer, posto que a lei, mormente no Direito Processual Civil, permite que a verdade seja relativizada, com a criação de institutos como a revelia, nos termos do art. 319, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

Salvo as exceções do art. 320, do mesmo diploma legal, ainda que o réu possua argumentos que possam contra-atacar as arguições do autor, nada poderá fazer se deixar escoar o prazo legal para ofertar sua resposta. Dessa maneira, a verdade buscada pelo processo civil pode não ser a verdade fática, mas o juiz deverá contentar-se com a verdade meramente processual, na medida em que a máxima de que “o Direito não socorre os inertes” é plenamente válida como forma de refutar o que realmente ocorreu em detrimento do que o réu fez presumir com sua inércia.

Ainda é pertinente, apenas como nota informativa que, filosoficamente, também se atribuem vários conceitos à verdade, correlacionando-a com eventuais fundamentos axiológicos e ontológicos. Sem prejuízo desses entendimentos, não são adequados, com a devida vênia, a uma formulação conceitual da verdade perante o âmbito jurídico processual penal.

Interessa sim, ao processo penal, um conceito de verdade que atinja um objetivo relacionado com o próprio deslinde da causa, resultando em uma absolvição ou condenação do réu, mediante os fatos apreendidos pelo juiz e com a consequente aplicação prática dos instrumentos adequados postos à disposição do julgador.

De acordo com Marco Antonio de Barros (2010, p. 28), juridicamente há a subdivisão da verdade em duas linhas, a “verdade de fato” e a “verdade de direito” – isto não quer dizer, contudo, que a verdade seja divisível por natureza, posto ser una, mas para efeitos de estudo é cindida. A primeira está diretamente ligada ao entendimento formulado pelo magistrado quando do momento da apreciação probatória. Seu convencimento estará de acordo com a produção de provas que lhe foram apresentadas, formulando, a partir desses dados, a verdade que entende cabível do que apreendeu.

A verdade de direito, por outro lado, resultaria da própria aplicação das regras previamente estabelecidas pelo legislador, em consonância com o que o juiz entendeu pelos fatos que lhe foram apresentados.

Dessa maneira, primeiramente o juiz analisaria o que lhe foi posto pelas partes, formulando uma concepção jurídica das narrativas, para só então encontrar o fundamento legal que possa ser aplicado ao caso concreto. Ressalte-se, todavia, que embora as partes formulem seu entendimento, este não resulta da existência de mais de uma verdade. Como já fora mencionado, ela é única e indivisível.

O que pode eventualmente ocorrer, e com certa frequência, diga-se, é a existência de mais de um entendimento acerca de determinada situação, pois as partes formulam uma interpretação subjetiva, maculada pelos seus ideais e paixões. São justamente esses pontos de vista da “verdade” que serão analisados pelo magistrado, que os convergirá para a “verdade do juiz” (BARROS, 2010, p. 30).

Não obstante, o mesmo autor afirma que a verdade formulada pelo julgador não é absoluta, mas deve ser corroborada pelo ordenamento jurídico. Muito embora a “verdade jurisdicional” seja subjetiva, posto ser o juiz um ser humano falível, seu entendimento deve ser pautado na legalidade, isto é, seu juízo – e a expressão “juízo” aqui se encontra empregada no sentido de compreensão ou convencimento, e não como o órgão dotado de jurisdição – deve encontrar harmonia com o devido processo legal, cujos requisitos tenham sido previamente elaborados

pelo legislador, de modo que são esses elementos objetivos de observância obrigatória do julgador que confirmam a subjetividade da “verdade do juiz”.

No mesmo sentido entende Marcos Alexandre Coelho Zilli³ (2003, p. 113), ao afirmar que “não pode o juiz valer-se de todo e qualquer meio para accertamento fático estando vinculado, na realidade, àquele procedimento sobre o qual a lei reconhecer eficácia probatória”. Dessa forma, mesmo o juiz deve basear-se no procedimento que a lei estabelece, para só então alcançar a tão almejada verdade que desvendará a o caso, permitindo a aplicação da medida que a desfaça.

Destarte, a verdade e o Direito caminham juntos, na medida em que este delimita as formas de apuração e revelação daquela. Assim, a lei determina as regras a que o Estado deve se submeter não só no encaixe da conduta criminosa ao modelo tipificado, mas no próprio procedimento que orienta os meios de verificação da verdade.

Mas é de se notar que apesar do grande esforço e empenho da atividade jurisdicional, o magistrado nunca alcançará a plenitude da razão. Assim, “deve-se ter a consciência de que o que se descobre é uma ‘verdade obtida pelas vias formalizada’, ou seja, uma verdade processual” (ZILLI, 2003, p. 113), isto é, o processo nada mais seria do que uma reconstrução fática de todos os acontecimentos que constam nos autos, almejando, sobretudo, ao alcance da verdade, sem, entretanto, obter total adequação do que se apreende através do processo à realidade, daí se dizer que há uma “verdade processual”.

Corroborando esse entendimento, com a clareza que lhe é peculiar, colham-se os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 17):

[...] não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência [...], mas tão-somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado. É

³ O autor ainda realiza uma comparação interessante entre a atividade do juiz e a de um historiador. Ambos têm de analisar fatos pretéritos e, mediante as provas e evidências que lhe forem postas a análise, são incumbidos de atingir a verdade, e o modo como os acontecimentos se deslindaram, ainda que o historiador possa abster-se de descobri-la, caso não encontre elementos suficientes, o que não ocorre com o juiz, que obrigatoriamente deve dar uma resposta ao caso, ainda que esta seja a absolvição do réu ante a inexistência ou insuficiência de provas que pautem uma pretensão condenatória estatal. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2008, p. 523) afirma que “o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que após um raciocínio indutivo chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável (probabilidade)”.

certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de “verdade processual”, ou “verdade forense”, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale [...] poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.

Vê-se, dessa forma, que mesmo a verdade que esteja presente em um processo penal não é absolutamente realista, mas é válida na medida em que mais se aproxime das minúcias do caso concreto.

2.2 A Verdade e a Certeza no Processo Penal

Por último, cumpre anotar a distinção entre a verdade e a certeza. A primeira está muito mais ligada à conexão entre o convencimento do magistrado com a realidade, em conformismo com o lastro probatório que lhe foi apresentado, sendo formulada a “verdade do juiz”. Por outro lado, a certeza é externa à verdade, consubstanciando-se na segurança do julgador na formulação de sua verdade subjetiva. A propósito, anatem-se os ensinamentos de Nicola Framarino dei 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. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que é objetivamente falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Apesar de aparentemente o conceito criado pelo doutrinador acima referido seja de difícil compreensão, sua pretensão é por demasiado simplista. Primeiramente, afirma ser a verdade a correspondência do que o ser humano suponha mediante seu intelecto aos elementos fáticos da realidade. Contudo, a

certeza, por outro lado, é a convicção de que essa formulação subjetiva esteja correta. Em outras palavras, aplicando-se o conceito ao processo, o juiz deveria possuir a convicção ou segurança de que a “verdade” que lhe foi apresentada nos autos realmente ocorreu no mundo fenomênico.

Caso o juiz não possua essa segurança, estará ausente sua certeza e, conseqüentemente, haverá a mera probabilidade do ocorrido, o que não lhe é suficiente para embasar uma sentença penal condenatória, de modo que ao réu deve ser concedido o benefício da dúvida, ante o princípio da presunção de inocência que vige no processo penal, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta Magna.

2.3 As Verdades Formal e Real

Conceituada a verdade e demonstrada sua relação com o processo, cumpre apresentar uma distinção entre a verdade formal e a verdade real.

Em muitas situações, apesar de já evidenciado que a verdade do juiz não é absoluta, mas é aquela que foi produzida com base no que lhe foi trazido aos autos pelas partes, diz-se que a verdade buscada pelo juiz no processo penal é a verdade real, isto é, o que realmente ocorreu, sem a existência, em regra, de presunções, transações ou artificialismos. Da mesma forma, o processo civil também busca a verdade real, mas como os direitos tutelados são, no mais das vezes, disponíveis ou transacionáveis, por terem relação quase que prevalente sobre o patrimônio, a lei autoriza diversas situações em que prevalecem essas situações sobre a verdade fática, dizendo-se haver nesse caso a verdade formal, dada a passividade e contentamento jurisdicionais plenamente legalizados.

2.3.1 Verdade formal

Durante muito tempo a doutrina tratou de dizer que a verdade formal era inerente ao processo civil, ao passo de que a verdade real cabia ao processo penal. A característica mais marcante em sua diferenciação reside no fato de que a busca da verdade formal permitiria ao juiz ser, de certa forma, mais leviano – e a expressão aqui fora empregada sem qualquer sentido pejorativo – em relação às provas, e se contentar unicamente com o que as partes trouxeram aos autos, independentemente de isto ter sido ou não suficiente à demonstração da realidade.

De maneira objetiva, Guilherme Nucci (1999, p. 64) conceitua a verdade formal como sendo aquela:

Que surge no processo de acordo com os argumentos e as provas trazidas pelas partes. Trata-se de uma verdade que pode não corresponder à realidade, nem é imprescindível que assim seja, vale dizer, contenta-se o juiz, ao decidir a causa, com a verdade que as partes conseguiram demonstrar e não com o que efetivamente ocorreu.

O ponto crucial dessa diferenciação está na possibilidade – ou, ainda, na necessidade – de o juiz, *ex officio*, diligenciar no sentido de descobrir a verdade, no caso de inércia ou inabilidade das partes. Dessa maneira, o juiz não estaria obrigado, no processo civil, a ser ativista, mas poderia se distanciar de autor e réu, apenas conduzindo o processo e impulsionando-o sem nele interferir de modo a influenciar em seu resultado, que caberia exclusivamente à atuação dos litigantes. Para aclarar o exposto, observem-se os preceitos de Marco Antonio de Barros (2010, p. 39-40):

Cuida-se de uma opção de política criminal 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. [...]. Por isso o magistrado não se dispõe a empreender toda a 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 totalmente coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais da 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, [...] sem que nisto haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional.

Dessarte, as provas constantes dos autos bastariam ao juiz para o prosseguimento do processo e a conseqüente prolação de uma sentença ao seu final, de modo a tomar partido de uma ou outra parte. Ainda que o que fora apresentado ao julgador não seja efetivamente a representação da realidade, o resultado contrário a qualquer das partes se justifica não pela inatividade do juiz, mas da inércia da parte que não se desincumbiu de produzir a prova necessária à comprovação de suas alegações, ou o fez de forma insuficiente.

Contudo, os doutrinadores vêm deixando esse pensamento conservacionista de que no processo civil vige a aplicação da verdade formal. Pelo contrário, argumentam que o processo civil moderno também deve buscar pela verdade real, como critério de justiça. O magistrado não é mais aquela “figura de pedra” que vigorava durante a fase autonomista do processo, em que o juiz de maneira nenhuma poderia interferir no resultado do processo, cuja atuação na demonstração da verdade caberia intrinsecamente às partes. Esse pensamento vem sendo superado, e cada vez mais institutos sobrevêm no Código de Processo Civil que possibilitam ao juiz não penal a aplicação de medidas, muitas delas de ofício, que permitem o desvendar da realidade. Como exemplo, cita-se o art. 130, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Em relação ao artigo supracitado, é mister observar que o legislador não admite mais a regra de que o processo civil deva ser baseado na busca da verdade formal. De fato, a lei autoriza o juiz cível a buscar provas, determinando às partes que as apresentem, quando o magistrado entender sejam necessárias à instrução processual.

Muito embora ainda seja relativamente passiva a atuação dos magistrados cíveis, a previsão legal de seu ativismo já é há tempos autorizada, mas o velho dogma de que o resultado deva caber às partes é ainda presente em muitos ambientes forenses.

Como outras medidas, o Código de Processo Civil prevê, ainda, o art. 342, do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a intimar as partes para comparecerem à audiência a fim de serem interrogadas; e o art. 440, em que o julgador pode diligenciar em atos de inspeção judicial, dentre vários outros dispositivos autorizadores da atividade do juiz.

Não se trata de um magistrado que venha a substituir as partes, de maneira alguma. A função primordial do julgador é conduzir o processo para que, a seu fim, sentencie, dando a tutela à parte merecedora da proteção estatal. Contudo, o magistrado não pode ser mero expectador da atividade dos litigantes, sem nada fazer para interferir, principalmente quando verificar que uma deles venha a ser hipossuficiente financeira ou intelectualmente. Dessa forma, a atividade do juiz, a princípio, deve ser subsidiária à das partes, mas dependendo das circunstâncias do caso concreto, a lei lhe outorga poderes para o desvendar dos fatos de maneira dinâmica, além do que as partes trouxeram aos autos.

As situações que o Código de Processo Civil autoriza como presunções de veracidade, como a revelia ou confissão da parte, no caso de seu silêncio, dentre outras, não são presunções levianas e desvalidas, mas possuem uma base probatória mínima, e decorrem de uma dedução lógica de fatos (BARROS, 2010, p. 41-42). À parte faltante, foi dada oportunidade de se manifestar sobre determinado assunto, ao que se quedou inerte e teve seu direito de resposta precluso, seja por ausência de contestação ou pelo não comparecimento injustificado a audiência previamente designada.

Portanto, a atividade do juiz no moderno processo civil não está mais restrita a observar a movimentação das partes e satisfazer-se com o resultado apresentado por elas, mas garantir que a justiça seja feita. Entretanto, permanecem situações no processo civil que geram presunções em desfavor de uma das partes quando preenchidas determinadas hipóteses legais, sendo a mais clássica delas a revelia, em que há a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, sem que ao juiz seja cabível determinar que o réu apresente resposta, visto que seu direito precluiu com sua inércia.

Essas situações, apesar de tudo, não são aplicadas ao processo penal, que busca primordialmente a verdade real, conforme se segue no próximo tópico deste trabalho. O ponto que admite essa diferenciação está no conteúdo debatido em ambos os processos, já que a liberdade humana é um direito que não admite transição. As lições de Guilherme Nucci (1999, p. 66) podem aclarar o tema:

Ao argumento de que a verdade real, em última análise, é a meta de todos os ramos do ordenamento jurídico (penal, civil, administrativo, tributário entre outros), pode-se contrapor o seguinte: enquanto no ramo privado do direito lida-se com interesses normalmente

disponíveis, na sua maioria ligados ao patrimônio, no ramo público, em especial, na área criminal, maneja o Estado interesses indisponíveis, na sua quase totalidade⁴. Essa situação ilustra bem a diferença de postura que pode e deve ter o magistrado ao atuar nesses dois diferentes campos do ordenamento.

Todavia, mesmo o processo penal já tem admitido certas situações em que a verdade formal prevalece sobre a realidade fática.

Verifica-se, portanto, que não há mais extremismos nos posicionamentos quando à aplicação da verdade real e formal exclusivamente ao processo penal e civil, respectivamente, mas uma flexibilização maior como forma de se amoldar o processo à evolução ditada pela sociedade.

2.3.2 Verdade real

Como já afirmado, o entendimento da doutrina e jurisprudência firmou-se no sentido de atribuir ao processo penal a busca da verdade real, e a principal razão disto é que a liberdade humana é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, só podendo ser suprimido em hipóteses restritas admitidas pelo legislador.

Sempre foi atribuída ao processo penal a busca da investigação da verdade plena. É necessário que qualquer sentença penal condenatória esteja baseada em um lastro probatório suficiente para a confirmação da verdade.

O juiz deverá ter a certeza do que ocorreu no plano fático, e não formular um mero juízo de probabilidade. A prova deve ser absolutamente eficaz na demonstração da verdade.

Não é demais apresentar os ensinamentos que Guilherme Nucci (2007, p. 97) traz à tona a respeito da verdade real:

⁴ O direito indisponível aqui mencionado pelo autor é quase sempre a liberdade humana. Alexandre de Moraes (2007, p. 116-117) a trata como relacionada à própria dignidade da pessoa humana, de forma que são cabíveis diversas situações por ela abrangidas, tais como o direito de ingressar, sair, permanecer ou deslocar-se pelo território nacional, de modo que é inerente à natureza humana desejo de se manter livre, somente podendo ser esta liberdade restringida em determinadas hipóteses previstas pelo legislador

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. [...]

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimoniais, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas.

Nessa mesma direção, a verdade real deve ser orientada no sentido de “catalisar elementos probatórios (*sic*) aptos a demonstrar com segurança imutável quem realmente praticou o crime e o modo e meio como ele foi na realidade executado” (MOSSIN, 1998, p. 202).

O processo é o meio adequado para reprodução e reconstituição dos fatos, de modo que a base verídica nele contida deva ser satisfatória à formação da convicção do juiz em relação à culpa *lato sensu* do acusado. A dúvida ou a incerteza em relação a certos aspectos deve ser entendida favoravelmente ao réu⁵.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Nicola Framarino dei Malatesta (1996, p. 102) afirma, com precisão, que:

Ao chamarmos objetiva essa verdade [real], com isso determinamos sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes. [...]; para nós, que partimos da premissa de não poder condenar sem a certeza de culpa, para nós, no crime, não é possível o equívoco; quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida.

O mesmo autor ainda afirma, embora seu pensamento já não se adéque mais na totalidade à busca da verdade no processo civil, que:

Pela própria natureza da verdade ocorrente em direito criminal, não bastando a probabilidade, mas devendo ter-se certeza para poder infligir condenação, segue-se que não é lícito deduzir alguma convicção de criminalidade, do estado das provas, se elas não são

⁵ Nicola Framarino dei Malatesta (1996, p. 84), contudo, afirma que as probabilidades não estão excluídas do processo penal, mas, por si só, não são suficientes para embasar uma sentença penal condenatória, de modo que a ausência de provas, ou sua incapacidade de produzir a certeza do magistrado deverão levar à inequívoca absolvição do réu.

suficientes para refletir no espírito a verdade substancial. Não é isso que acontece em matéria civil, onde se procura aquela verdade formal derivada do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam. Decorre de tudo isso que, em matéria de provas, é preciso ser mais exigente em penal, que no cível; e, por isso, o campo das provas penais é mais restrito que o das civis.

Dessa forma, apesar de o moderno processo civil também admitir a busca da verdade pelo magistrado, o juiz penal deve ser mais rigoroso e exigente com o que lhe posto em mãos. As probabilidades não podem estar presentes isoladamente em matéria penal, ainda que as presunções sejam fortes. Devem levar à total convicção do magistrado, devendo este ser mais rigoroso na análise das provas do que o juiz cível.

Contudo, é importante observar que há posicionamentos mais radicais na doutrina que tendem a abolir do processo penal a busca da verdade real. Aury Lopes Jr. (2008, p. 521-532) leciona que é impossível obter a verdade plena dentro de um processo, por ser ela complexa e de inaplicável reconstrução integral⁶. O autor ainda afirma que o presente é experimentável, ao passo que o passado deixa rastros por meio dos quais o juiz fará uma reconstrução histórica até ser convencido de como se procederam aos acontecimentos. Inaceitável, portanto, seria equiparar a experiência prática dos fatos à sua mera formulação dentro de um processo.

2.4 A Verdade Formal e a Verdade Real no Moderno Processo Brasileiro

⁶ A origem da recusa do autor em aceitar a afirmação de que o processo penal busca a verdade real consiste na falácia ideológica de justificação dos atos estatais. O início da busca da substancialidade reside na Idade Média, quando o sistema inquisitório, determinado pela Igreja Católica, substituiu o sistema acusatório, justificando toda forma de atos destinados à elucidação dos ocorridos, inclusive com a utilização da tortura. Destarte, o único propósito da existência da verdade real é justificar a arbitrariedade dos órgãos de persecução penal, aparentemente legitimados pela política de que “os fins justificam os meios” (LOPES JR, 2008, p. 521-522). Com a devida vênia, o posicionamento aparenta ser exacerbado. O Estado deve sim buscar se aproximar ao máximo da verdade, ainda que se diga a verdade real é impossível de ser obtida dentro de um processo. Contudo, a legislação pode criar mecanismos que limitem a atuação estatal, devendo o juiz se pautar pelo devido processo legal. Aliás, a própria publicidade dos atos processuais já é fator que limita a atuação do Estado na persecução penal, ao contrário dos tempos que o autor utiliza como fundamentos para o surgimento da ideia da busca da verdade real, já há muito superada no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina afirmou por muitas décadas que o processo civil brasileiro ia à busca da verdade formal, enquanto o processo penal buscava a verdade real. No entanto, tal premissa já não é mais válida na atual análise do processo.

Não é mais absoluta a afirmação de que a busca da verdade real é integral em matéria penal, da mesma forma que o processo civil não a repudia. Não é incompatível a prevalência da verdade formal sobre a verdade real em determinadas circunstâncias, mesmo se tratando de matéria que, em regra, trata da restrição da liberdade.

Em que pese certos posicionamentos extremados, certo é que não há mais se falar em verdade real. Trata-se de um conceito epistemológico inatingível na íntegra, já que a reconstrução histórica contida nos autos do processo é insuficiente para atingir as minúcias fáticas da procedência delitiva. Hodiernamente, a verdade real deve ser considerada como a aproximação da certeza que o juiz tem no momento decisório, e não mais com o descobrimento absoluto e irrestrito da realidade (BARROS, 2010, p. 43-45).

Ademais, colha-se o posicionamento de Guilherme Nucci (1999, p. 65), que menciona ser a verdade real:

[...] 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, [...], 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.

Não é demais lembrar que o Direito Processual Penal admite determinadas situações em que prevalece a verdade formal. Dentre elas estão o perdão do ofendido, nas ações penais privadas, e a transação penal, admitida pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Contudo, um exemplo clássico é o da revisão criminal, que não admite uma alteração em desfavor do réu. Assim, ainda que posteriormente se descubram elementos que possam incriminar determinado indivíduo, se já foi absolvido pelo mesmo fato anteriormente, e já se fez coisa julgada, é impossível rever-se a decisão, devendo todo o sistema jurídico acatar uma presunção de inocência, ainda que se esteja diante de provas cabais da culpa. Nesse sentido, Marco Antonio de Barros (2010, p. 346):

Do ponto de vista da verdade e da própria prevalência desta no processo penal, a impossibilidade de se rever decisão judicial anterior constitui causa que interfere na apuração da verdade. Retrata-se aqui mais um abalo ao predomínio da verdade.

O legislador preferiu adotar esse sistema como forma de evitar a insegurança jurídica que as revisões em desfavor do réu poderiam causar. Por outro lado, não admitiu que prevalecesse uma condenação errônea ou injusta sobre inocente, de modo que em determinadas hipóteses autoriza-se a correção da decisão condenatória anterior.

Modernamente, tem-se entendido que a verdade é indivisível, e sua aplicação não pode se dar sob a modalidade da verdade real ou formal. A verdade é única, sendo o processo o meio adequado à sua busca. Disso se extrai uma diferenciação observada por Denílson Feitoza (2008, p. 622-623), que prefere distinguir a “verdade real” da “busca da verdade real”, afirmando se tratar de dois princípios completamente diferentes:

O *princípio da verdade* tem sua fonte (ou fundamento jurídico) nos princípios do estado de direito e da dignidade da pessoa humana. No Brasil, portanto, é princípio de “natureza” constitucional, ou seja, constitui-se de norma constitucional, com suas funções fundamentadora (eficácia diretiva e revocatória), interpretativa e supletiva. O princípio da verdade tem por fim a proteção dos direitos fundamentais do acusado, especialmente quanto ao direito fundamental à liberdade. Por esse princípio, a verdade *processual* é fundamento e critério de validade das decisões e julgamentos que acarretem restrição de direitos fundamentais. Desse modo, o juiz não necessita da verdade para absolver, mas sim, para condenar.

O *princípio da busca da verdade*, por sua vez, significa que o juiz deve buscar a verdade. O princípio da busca da verdade surgiu como uma das principais características do sistema inquisitivo, significando, em outras palavras, a averiguação judicial da verdade histórica como meta do procedimento penal, com base na qual se deve fundar a decisão final. (ênfases do autor)

A questão posta pelo autor parece ter muito mais relevância doutrinária, porque realiza apenas a distinção entre o objeto (verdade) e a orientação da atividade jurisdicional (busca da verdade), mas traz uma visão norteadora de como se procede a atuação do magistrado, no sentido de que, mediante o instrumento posto à sua disposição, que é o processo, diligencie no

sentido de buscar o esclarecimento da verdade como forma de aplicação da medida legalmente justa ao caso posto em análise.

Destarte, o moderno processo pugna pela diminuição de extremismos e a aplicação mais moderada e comedida dos institutos. A verdade formal não é exclusiva do processo civil, e nem nele há a sua busca, como outrora se afirmou. Ora, o magistrado não deve trilhar seus passos na busca de um conhecimento superficial e que não se adéque à realidade. O juiz deve ter sua posição direcionada à efetiva elucidação dos fatos, observando-se sempre, é claro, o devido processo legal. O que ocorre apenas é uma cisão entre os dois tipos de processo pela matéria de que tratam. O processo civil admite certa relativização da verdade em decorrência da própria atividade – ou inatividade, diga-se – das partes, mormente quando se tratam de ações que versem exclusivamente sobre direitos patrimoniais.

Já no processo penal, também não é mais adequada a afirmação de que há a busca pela verdade real. Como já foi exposto, a verdade real é nada mais do que uma utopia doutrinária impossível de ser atingida na íntegra dentro de uma reconstrução histórica que ocorre dentro de um processo. O entendimento mais correto é o de que o magistrado que milite na área penal deva ser mais criterioso na análise probatória e que tente aproximar a verdade processual ao máximo da realidade, ao contrário do juiz cível que está dispensado de tentar buscar essa proximidade mais afundo pelo próprio ônus que a lei impõe às partes na demonstração da verdade.

3 CONCLUSÃO

Como fora exposto, observa-se que a doutrina evoluiu muito seu pensamento em relação à busca da verdade e sua diferenciação dentro dos processos civil e penal, de acordo com a importância do bem tutelado por esses dois instrumentos.

O verbete verdade, como aplicação jurídica ao processo, foi definida como a relação lógica entre o intelecto humano e a realidade, isto é, a forma como os seres humanos entendem como os fatos se procederam e sua convicção a partir

desse entendimento, sendo a certeza a efetiva confirmação que se tem acerca dessa formulação subjetiva.

A aplicação que a doutrina trazia acerca das verdades formal e real não tem mais aplicação prática aos processos no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, em um passado até recente, dizia-se que o objetivo do processo civil era a busca de uma verdade formal, construída pelas partes a partir das provas que trouxessem aos autos e pelas argumentações que conseguissem convencer o juiz na busca de suas pretensões. Por outro lado, afirmava-se que o processo penal, por tutelar em geral a liberdade humana, não poderia se contentar com uma verdade artificial, sob pena de se lesionar gravemente um direito com base em uma verdade que pudessem não corresponder à completa realidade.

Hoje, ao que parece, a doutrina vem superando esses entendimentos, dando uma interpretação menos extremada na busca das verdades dentro do processo. Ora, é ilógico afirmar que o processo civil busca a verdade formal. Não pode o juiz se pautar simplesmente pelo que as partes lhe apresentaram, não devendo ter mais aquela posição passiva que outrora predominou. Do mesmo modo, o magistrado penal não necessita buscar a verdade real, até porque, como fora demonstrado, esta existe apenas no plano fático, sendo de impossível reconstrução integral dentro de um processo que elabora um plano histórico-evolutivo do ocorrido, sem, contudo, atingir profundamente o cerne dos fatos, de modo que, ainda que haja total empreendimento na busca da verdade, sempre estarão omissos determinados aspectos que podem ser relevantes para a solução do conflito, mas que não serão descobertos.

Dessa forma, o entendimento moderno e mais adequado ao que o processo penal busca é o de que o juiz deve, mediante o que apreende das provas apresentadas, e respeitando o devido processo legal, aproximar-se ao máximo da verdade fática, ainda que saiba que ela nunca será atingida na íntegra. Contudo, deverá ter a certeza de que esse entendimento subjetivo seja o mais plausível possível e que componha o maior número de elementos que circundam os fatos pretéritos, de modo que a ausência da certeza em relação a determinados aspectos deverá ser interpretada favoravelmente ao réu, ao contrário do que ocorreria com o juiz cível que, em determinadas circunstâncias, está autorizado a aceitar presunções em detrimento da realidade pela inércia ou determinadas atitudes das partes dentro do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996, v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito, Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo, Atlas, 1998, v. 2.

NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VADE Mecum. 9ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERDADE. In: Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse. 1ª ed. São Paulo: Abril, 2006, p. 2695, v. 23.

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