

A Tirania da Verdade no Processo Penal Brasileiro: às Voltas com o “Princípio” da Verdade Real

Márcio Ferreira Rodrigues Pereira

Há tempos que significativo setor da comunidade jurídica apresenta, dentre o rol de princípios do processo penal brasileiro, um apelidado de "princípio da verdade real". Igualmente, sustenta essa doutrina uma série de máximas ligadas ao referido princípio que, na seqüência, buscaremos expor.

Diz-se, com freqüência, que o citado princípio imporia uma postura mais pujante da autoridade judicial frente ao processo penal. É que, conforme sustentam, diante da indisponibilidade do bem jurídico em jogo no processo penal (liberdade ambulatorial), o magistrado deveria se esforçar por desvendar o que realmente ocorreu no processo – e não apenas se contentar com as provas eventualmente colacionadas pelas partes. Desse modo, deveria o juiz produzir tantas provas quantas fossem necessárias para o fim de esclarecer a verdade dos fatos.

Logicamente que esses autores não defendem uma produção de provas irrestrita por parte do magistrado (ou por intermédio das partes), vez que certos limites, consoante afirmam, devem ser respeitados como a vedação às provas ilícitas e a observância à coisa julgada (sobre este último limite, leia-se vedação à revisão "pro societate").

Ademais, é bastante comum para essa doutrina opor o princípio da verdade real ao da "verdade formal". Tal oposição teria por base os diferentes bens jurídicos em jogo nos processos penal e civil. Em suma, argumentam que, como no processo civil os bens jurídicos seriam geralmente disponíveis, não haveria que se falar em verdade real, mas sim em verdade formal (ou ficta), querendo isto significar que o juiz cível deveria se contentar com as provas trazidas pelas partes. Por conseguinte, o julgador cível, em matéria de produção de prova, seria assim mais inerte, mais passivo, que o penal. E, por via de consequência também, "a verdade" no processo civil seria uma verdade "relativa", "formal", "negociada" por conta da ampla possibilidade das partes transacionarem sobre o conteúdo do processo – algo que, no âmbito penal, é bastante reduzido.

E, finalmente, é com constância também que se vê esse setor da comunidade jurídica estabelecendo a "verdade real" como sendo a finalidade última do processo penal. Para essa doutrina o alcance da verdade dos fatos seria, pois, o escopo principal do processo penal.

O que acabamos de apresentar são algumas das idéias mais propaladas sobre o princípio da verdade real. Porém, mais do que apresentá-las com as nossas próprias palavras, pensamos ser interessante exibir o que dizem alguns dos mais festejados processualistas brasileiros sobre o tema. Vejamos.

Consoante Mirabete (2000, p. 44):

"Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos

limites de sua culpa *numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes*. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de *determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo*, a fim de que possa, tanto quanto possível, *descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal*." (Destacamos).

Greco Filho (1998, p. 75), a seu turno, diz que:

"É princípio do processo penal [...] a aferição, pelo juiz, da verdade real e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O *poder inquisitivo do juiz* na produção de provas permiti-lhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a *realização 'ex officio' de provas* que tendam à verificação da verdade real, *do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza*." (Destacamos).

E, finalmente, sublinha Nucci (2006, p. 60):

"Falar em verdade real implica em 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 [...] 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 ocorreu." (Destacamos).

Tal visão parece-nos marcadamente influenciada pela legislação infraconstitucional, sobretudo, pelo Código de Processo Penal. Na realidade, a legislação infraconstitucional possui vários dispositivos que, de fato, inspiram essa orientação doutrinária. Vamos a alguns deles.

O antigo art. 156 do CPP, por exemplo, dizia: "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". (Destacou-se).

O atual art. 156 do CPP (redação dada pela Lei 11.690/08), de modo semelhante, dispõe:

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

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

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

O art. 209 do CPP, por sua vez, diz que:

"Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem."

E, finalmente, para não cansar mais o leitor, vale lembrar também o art. 3º da Lei de Interceptação Telefônica (L. 9.296/96) que estabelece:

"Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I – da autoridade policial, na investigação criminal;

II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal."

Para essa corrente de pensamento (marcada pelo Código de Processo Penal), os dispositivos acima apontados, que conferem iniciativa probatória ao juiz, são expressões do princípio que estamos estudando. De acordo com essa orientação, os artigos de lei supracitados são ferramentas à disposição do juiz penal para que possa alcançar a "verdade".

É preciso frisar também que a jurisprudência dos tribunais superiores é bastante influenciada por essa visão tradicional do princípio da verdade real. Dos diversos julgados que pesquisamos, segue um dos mais significativos sobre o tema:

"STJ (HC 19805/MG julgado em 03/12/2002): PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUSÃO DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. DECISÃO PARA GARANTIR A VERDADE REAL. ORDEM DENEGADA. Mesmo que provável a hipótese de confronto entre o testemunho recusado com o material probatório suficiente para a condenação, não se aceita da articulação heróica a simples alegação de cerceamento, quando inexistente fundamento ou motivo hábil a demonstrar a necessidade de anulação do laborioso e sempre penoso trabalho do Tribunal Popular, no sentido de, realmente, revelar a lisura da consciência do agente. Por isso, a instrumentalidade das formas é tida, neste caso, como impediante da pretensão conduzida, porque não comprovado o prejuízo à defesa e indicado o desejo apenas rigorosamente formal. Por outro lado, apesar de a lei não dispor expressamente acerca do ato praticado, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico tornou possível o indeferimento de oitiva. É que, como gestor do bom andamento do procedimento penal, relativamente ao Tribunal do Júri, cabia ao seu Presidente conduzir o feito da forma mais íntegra, sobretudo impedindo que informações inválidas, suspeitas, pudessem atrapalhar o *reconhecimento da verdade real, finalidade máxima da fase processual da persecutio criminis.*" (Destacamos). Ver também: STJ HC 64657/PR julgado em 20/11/2007; STJ HC 77228/RS julgado em 13/11/2007; e STF HC 84022/CE julgado em 14/09/2004.

Entretanto, pensamos que o referido "princípio" encerra uma série de perigos e armadilhas. Conosco há significativo setor da comunidade jurídica que lança duras críticas à orientação tradicional. Vejamos.

Uma primeira recriminação que pode ser lançada à corrente tradicional é que, de um modo geral, parece pairar certa ingenuidade no discurso daqueles que sustentam a necessidade do *juiz alcançar a "verdade" dos fatos*. Da maneira como colocam, parecem realmente acreditar na possibilidade do juiz penal atingir alguma "verdade" 2. Com efeito, somos forçados a reconhecer, juntamente com Duclerc (2008, p. 384), que essa forma de pensar encontra-se, hoje, na contramão de praticamente todas as áreas do conhecimento humano. É que, na contemporaneidade, pode-se dizer que o homem encontra-se fortemente influenciado por uma cultura de "verdades" apenas em termos *aproximativos, probabilísticos* — *o que é tido como certo hoje, pode não sê-lo mais amanhã*. Logo, diante do atual contexto em que vivemos, sustentar um discurso de "descoberta da verdade" dos fatos, como parece fazer a corrente tradicional, soa, com a devida vênia, um tanto quanto ingênuo. Afinal, que "poderes especiais" possuiriam os magistrados para, mais do que qualquer outro "mortal" (pensador, cientista, filósofo, etc.), conseguir alcançar "a verdade" dos fatos? Não por outro motivo que Oliveira (2009, p. 2009), quando trata do mencionado princípio, fala em "*mito e dogma da verdade real*".

Na realidade, no campo jurídico, como não poderia deixar de ser, também só é possível falar em "verdade" em termos aproximativos. No Direito, toda "verdade" é nada mais do que uma tentativa de reconstrução histórica dos fatos, uma opção por uma versão que se apresenta como a mais fidedigna, a mais coerente, a mais provável. Segundo Duclerc (2008, p. 383):

"Qualquer conclusão a que se chegue [...] tem [...] o valor de uma hipótese apenas probabilística, pois um mesmo conjunto de observações pode, não raro, admitir diversas explicações. Em suma, por mais eloqüentes que sejam os dados do passado deixados no presente (depoimentos de testemunhas, indícios materiais coletados e analisados por peritos, documentos, etc.), absolutamente nada nos imuniza contra a possibilidade de erro judiciário."

No final de um processo, o que, de fato, ocorre é o magistrado que, 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 termina por determinar a decisão do julgador sobre a sorte do acusado.

Desmistificado esse primeiro aspecto da tradicional visão a respeito do princípio da verdade real, resta-nos, portanto, tão-somente falar em "*verdade processual*" (*verdade no processo*), ou, como quer Oliveira (2009, p. 294), numa "certeza" exclusivamente jurídica, representada pela tentativa de reconstrução histórica dos fatos por meio de parâmetros estabelecidos pela lei.

Diante do que expusemos até aqui, parece não ter muito sentido a tradicional distinção: verdade real vs. verdade formal, pois o que se tem mesmo é "verdade processual" — tanto no processo penal, como no civil.

Há que se reconhecer, todavia, que, no processo civil, as possibilidades das partes transigirem sobre o conteúdo do processo são maiores que as do processo penal. E isto é assim por conta dos diferentes bens jurídicos em jogo em cada um desses ramos: no processo civil (bens disponíveis), no processo penal (bens indisponíveis). Contudo, apesar de cada um desses ramos possuir parâmetros próprios que orientam o julgador na tomada de uma decisão sobre o caso, tal fato,

segundo pensamos, não autoriza dizer, conforme afirma a corrente tradicional, que num caso – processo cível – estaríamos diante de uma verdade "fictícia" (formal), e no outro caso – processo penal – estaríamos diante de uma "verdadeira verdade" (real) – desculpamo-nos pelo pleonasmo. Em ambos os casos, insista-se, chega-se apenas a uma *verdade jurídica* – e nada mais. O que há de diferente, portanto, num e em outro ramo, são as "regras do jogo" para se chegar a essa verdade jurídica.

Mas as críticas lançadas à corrente tradicionalista não param por aí. Há outra bastante sofisticada e interessante. Abordemo-la.

Com efeito, uma das conseqüências mais graves que provoca a adoção do princípio da verdade real na sua roupagem tradicional é a deturpação da função jurisdicional. Isto porque, o juiz penal, "ávido por verdade", abandona a sua posição de órgão alheio imparcial e *imiscui-se num terreno que compete às partes*. Com isso, cria-se uma espécie de juiz *inquisidor*, cuja figura, conforme pensamos, revela-se incompatível com um processo penal democrático. Em suma: para nós, a adoção da orientação tradicional desse princípio não se coaduna com o ideal de sistema acusatório pretendido pelo legislador Constituinte.

Duclerc (2008, p. 384) também vislumbra problemas na iniciativa probatória "togada". Para ele:

"O perigo, note-se bem, é que esse discurso da verdade real é frequentemente utilizado para fundamentar a relativização de certas garantias, como a que proíbe a utilização de provas obtidas por meio ilícitos. Digamos, por exemplo, que chegou ao conhecimento de um juiz a notícia de que o acusado realmente cometeu um crime bárbaro, mas essa informação veio através de uma escuta telefônica clandestina. Tudo bem, a prova foi obtida por meios ilícitos, mas, com base na verdade real..."

Nessa linha, acentuam também Lopes Jr. (2006, p. 160) e Oliveira (2009, p. 7), afirmando este último que:

"A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional."

Choukr (2009, p. 312), além de criticar a falta de limites claros para a iniciativa probatória do juiz penal brasileiro, assevera que o "ativismo" probatório judicial deveria, na realidade, se dar somente "no controle da licitude, legalidade e pertinência da prova, bem como na sua necessária valoração motivada".

Assim, esses e outros autores, aos quais estamos chamando aqui de corrente crítica do princípio da verdade real e aos quais nos alinhamos, compreendem, de um modo geral, indevida a produção de provas de ofício pelo magistrado. Para essa corrente, os dispositivos de lei acima citados, que conferem iniciativa probatória ao julgador (art. 156 do CPP, por exemplo), *não estão em sintonia com o sistema acusatório pretendido pelo Legislador Constituinte*.

Oliveira (2009, p. 322) vai inclusive mais longe. Para ele, a disseminação da visão tradicional do princípio da verdade real, para além de provocar a deturpação da atividade judicante, é uma das responsáveis por impregnar de uma ideologia

inquisitiva praticamente todos os órgãos responsáveis pela persecução penal no Brasil. Em suas palavras:

"Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. O aludido princípio, batizado como da *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."

E, finalmente, uma última crítica comumente dirigida aos que adotam a visão tradicional do princípio da verdade diz respeito ao fato de se estabelecer o esclarecimento da verdade dos fatos como sendo o objetivo principal do processo penal – recorde-se, por exemplo, o seguinte trecho da decisão do STJ alhures transcrita:

"[...] relativamente ao Tribunal do Júri, cabia ao seu Presidente conduzir o feito da forma mais íntegra, sobretudo impedindo que informações inválidas, suspeitas, pudessem *atrapalhar o reconhecimento da verdade real, finalidade máxima da fase processual da 'persecutio criminis'*." (Destacamos). (HC 19805/MG julgado em 03/12/2002).

Lopes Jr. (2006, p. 181), por exemplo, dentre outros, é radicalmente contra à eleição dessa (esclarecimento da verdade) como sendo a meta principal do processo penal. Apoiando-se parcialmente em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sustenta como objetivo principal do processo, não o esclarecimento da verdade, mas o justo julgamento do réu. Vejamos o interessante acórdão de que se valeu o autor.

"EMENTA: CORREICAO PARCIAL. O órgão acusador - parte que é e poderes que tem - não pode exigir que o Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo. - O mito que o processo penal mira a verdade real está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Aduauto Suannes e Luigi Ferrajoli). - O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório. - Correição parcial improcedente." (Correição Parcial Nº 70002028041, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 20/12/2000).

A seu turno, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 132) também criticam a corrente que defende a verdade real como meta do processo penal. Pare eles, é um erro a tentativa de se obter uma *verdade a todo custo*, pois, antes de tudo, essa "verdade" há que ser uma *verdade processualmente válida*.

Frente a essas críticas, cremos que o "princípio" da verdade real, na sua tradicional roupagem, hoje, não mais se sustenta.

Pensamos que, se se quer compreender esse "princípio" como que significando uma menor possibilidade de transação "lato sensu" entre as partes sobre o conteúdo do processo penal em razão da indisponibilidade do bem jurídico neste envolvido, não vemos problema nisso. Igualmente, não enxergamos obstáculo extrair do referido princípio o seguinte: que o nível de "certeza" exigido para se chegar a uma condenação penal deva ser elevado.

Agora, as demais idéias tradicionais relacionadas a esse princípio (verdade como meta principal do processo penal, iniciativa probatória "togada" e distinção entre verdades real e formal), segundo pensamos, *não se sustentam frente à Constituição de 1988*, pois, conforme procuramos argumentar acima, parecem esbarrar no ideal acusatório pretendido pelo Constituinte.

Sendo a verdade "real" (absoluta) inalcançável no contexto histórico em que vivemos, e, estando qualquer verdade jurídica sujeita a erro judiciário, a única coisa que resta ao julgador fazer é observar todas as garantias processuais do acusado. Como bem acentua Duclerc (2008, p. 384):

"É preciso lembrar [...] que não há nada que nos imunize de cometer, eventualmente, um erro judiciário. Por mais *provada* que pareça a tese acusatória, será sempre possível suspeitar dela. [...] Jamais será possível ao juiz, portanto, ter a certeza absoluta de que decidiu de forma acertada ao condenar ou absolver. A única certeza que pode ter, na verdade, porque isso depende dele, em cada ato do processo, é que todas as garantias processuais foram respeitadas, e aí, ainda que venha a cometer uma injustiça, ele (o Estado) terá pelo menos a certeza de que o erro era realmente inevitável."

Nessa linha, é de se repetir que a meta do processo penal, consoante sublinham Lopes Jr. (2006, p. 181) e alguns julgados do TJ/RS, deve ser o justo julgamento do réu, e não, portanto, o esclarecimento da "verdade".

Para um projeto de processo penal realmente democrático e consentâneo com o panorama constitucional atual, urge o afastamento do juiz da função ministerial – leia-se: da produção de provas. Alinhamo-nos aqui ao que sustentam Lopes Jr. (2006, p. 185) e Oliveira(2009, p. 7), oportunidade que faço minhas as palavras deste último autor, quando diz:

"a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado."

Por fim, se há algum tipo de "ativismo" probatório por parte do juiz que ele se dê nos parâmetros preconizados por Choukr (2009, p. 312), ou seja, "no controle da licitude, legalidade e pertinência da prova, bem como na sua necessária valoração motivada".