

A QUESTÃO DA VERDADE E PROVAS NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

THE QUESTION OF TRUTH AND EVIDENCE IN THE CONSTITUTIONAL MODEL OF PENAL PROCESS

Lucas Felipe de Freitas Silva *

Resumo

No presente trabalho objetiva-se analisar a questão da verdade e seu reflexo no instituto da prova no processo penal brasileiro. Para tanto parte-se da adoção do modelo constitucional de processo onde o processo é visto como garantia constitutiva de direitos do cidadão. Busca-se, visualizar em que ponto está inserido o tema da prova no processo penal brasileiro, partindo da definição do que seria o sistema processual, dado pela Constituição Federal, em contraponto com o processo penal elucidado pelo Código Processual Penal, esse alvo de críticas pela doutrina majoritária. Posteriormente verificar-se-á qual a verdade deve ser tratada no processo, assim como a sua devida definição e seus reflexos no instituto da prova. A partir disso, serão apresentadas as devidas considerações de uma adoção da função processual penal como a busca da verdade real. Para tanto se buscou identificar a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. A metodologia adotada será a jurídico-dogmática, trabalhando com os conceitos do direito penal e processual penal. Analisar-se-á, especificamente, jurisprudências, demais dispositivos legais, bem como doutrinas e artigos científicos. Sendo assim, a metodologia da pesquisa jurídica usará, preponderantemente, o método teórico, com pesquisa bibliográfica teórica que apresente discussão sobre o tema; leitura da bibliografia e levantamento dos dados encontrados para, no final, se verificar a validade da hipótese, qual seja, que a noção de uma verdade absoluta deturpa o procedimento em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Prova; Processo Penal; Verdade.

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Membro do Grupo de Pesquisa NAP Direito penal na sociedade democrática. E-mail: lucasff4@hotmail.com.

Abstract

This paper aims to analyze the question of truth and its reflection in the institute of evidence in Brazilian criminal proceedings. For this it is part of the adoption of the constitutional model of process where the process is seen as a constitutive guarantee of citizen's rights. It seeks to visualize in which point the theme of the evidence is inserted in the Brazilian criminal proceeding, starting from the definition of what would be the procedural system, given by the Federal Constitution, as opposed to the criminal process elucidated by the Criminal Procedure Code, this target of criticism By majority doctrine. Later, it will be verified what the truth is to be treated in the process, as well as its due definition and its reflexes in the institute of the proof. From this, the proper considerations of an adoption of the criminal procedural function as the search for the real truth will be presented. For that, we sought to identify the doctrinal and jurisprudential position on the subject. The methodology adopted will be legal-dogmatic, working with the concepts of criminal law and criminal procedure. Specifically, case law, other legal provisions, as well as doctrines and scientific articles will be analyzed. Thus, the methodology of legal research will use, mainly, the theoretical method, with theoretical bibliographic research that presents a discussion on the subject; Reading the bibliography and collecting the data found, in order to verify the validity of the hypothesis, that is, that the notion of an absolute truth misrepresents the procedure in a Democratic State of Law.

Key-words: Proof; criminal proceedings; Truth.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, parte de uma leitura constitucional de processo, qual seja processo “em que se entende que o processo é uma garantia constitutiva de direitos fundamentais”¹. Neste modelo, o processo possui base principiológica uníssona e codependente, na qual cada princípio possui conteúdo específico, mas se desrespeitado um dos princípios, desrespeita-se os demais de maneira reflexa.²

Partindo-se do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo penal como um microssistema processual deve ser permeado pelos princípios decorrentes da Constituição, quais sejam, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões e um terceiro imparcial.

¹ BARROS, Flaviane de Magalhães Machado, Felipe Daniel Amorim. Nulidades no processo penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. *Empório do Direito*. 06 set.2015.

² FIORATTO, Débora Carvalho; DE CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n. 5, 2016.p.113.

Em resumo, a partir do modelo constitucional de processo, tem-se que há na Constituição uma base principiológica uníssona, que se volta para todo e qualquer processo. Tal modelo, também considera as especificidades dos microssistemas, isto é, os processos em específico (tal como o processo penal, o processo civil, o processo do trabalho, o processo administrativo), permitindo uma variabilidade em decorrência do provimento pretendido e direitos fundamentais tutelados.

Assim, ante ao entendimento de uma base principiológica uníssona fornecida pela Constituição, adota-se como marco teórico o modelo constitucional de processo, a fim de proporcionar uma leitura sistemática dos princípios processuais constitucionais.

Ainda nesse sentido, o referido paradigma do Estado Democrático de Direito preceitua um sistema acusatório, pois somente em um espaço discursivo em que as partes se encontrem no mesmo patamar é que será possível a efetivação dos princípios emanados da Carta Política brasileira.

No processo acusatório, diferentemente do inquisitório, a “verdade” dos fatos não é a finalidade de sistema. A decisão jurisdicional não é legitimada pela verdade, tendo em vista que não há como no curso de um processo se alcançar a reprodução fiel dos fatos ocorridos. Isso se dá pelo motivo que o processo se presta a uma retrospectiva do ocorrido.

Para uma sentença fundada no devido processo legal o importante é a certeza do magistrado. Essa certeza, para reduzir a esfera de arbitrariedade, deve estar pautada em provas, essas devem respeitar o devido processo legal, produzido de forma lícita e legítima. Parte-se, portanto, do abandono da ideia de verdade como escopo do processo.

Partindo dessa concepção, buscar-se-á compreender como o modelo Constitucional de processo está inserido na persecução penal brasileira. Depois de estabelecida uma base comum, em que se mostre claro qual o conteúdo prescrito pela Carta Política, bem como o sistema processual para que se efetive o preceituado pela mesma, adentraremos no instituto da prova, para por fim adentrar na questão da verdade propriamente dita.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A nossa constituição optou pelo Estado Democrático de Direito: este é o paradigma eleito pela Constituição Brasileira de 1988.³ Posto isso, ao fazer uma breve análise da persecução penal no Estado brasileiro, deve-se notar que os princípios emanados da Carta Política devem estar presentes durante todo o procedimento.

Segundo Flaviane Barros⁴ o modelo constitucional de processo é basilar para compreender processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais. Tal compreensão teve início para o processo civil italiano por Andolina e Vignera, permitindo preencher a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, já que todo processo é constitucional em razão de sua fundamentação ou estrutura.

Ainda segundo a autora⁵, referindo-se a Andolina e Vignera, o modelo constitucional de processo possui base principiológica uníssona, havendo três importantes características: expansividade (expansão para os microssistemas), variabilidade (assume característica específica em razão do microssistema) e perfectibilidade (capacidade de aperfeiçoar e garantir novos institutos através do processo legislativo).

Contudo, na prática não é o que ocorre. A fase de investigação preliminar no Estado brasileiro, o inquérito policial, é marcado por características inquisitoriais explícitas em suas características, tais quais sigilo, falta de contraditório e nenhuma defesa do investigado. Portanto incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, contudo o inquérito é uma garantia do cidadão que possivelmente será processado, visto que tem como função evitar um processo desnecessário ao acusar um inocente, assim em um segundo momento, percebe-se que há uma preocupação em garantir direitos do cidadão.

Após o recebimento da denúncia o processo passa para a fase judicial, em que são preconizados os princípios, elencados pela Carta Política, tais quais, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, um juiz imparcial, que formará sua convicção nas provas apresentadas e produzidas pelas partes em juízo. Partindo dessa ótica em um segundo momento é

³ Art.1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães Machado, Felipe Daniel Amorim. Nulidades no processo penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. *Empório do Direito*. 06 set.2015.

⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães Machado, Felipe Daniel Amorim. Nulidades no processo penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. *Empório do Direito*. 06 set.2015.

possível notar a presença de um sistema acusatório em que pese a garantia de direitos individuais.

Vislumbra-se assim que é árdua tarefa definir qual o sistema processual penal brasileiro. Para tanto ao buscar as fontes do processo penal brasileiro, essas são o Código de Processo Penal e a Constituição de 1988. Todavia, a Lei Processual Criminal datada de 1941, criada durante um período político totalitário da ditadura de Vargas, uma cópia do “Código Rocco”⁶ vigente a época na Itália editada sob a ditadura fascista de Mussolini, contém claros resquícios inquisitivos, a título exemplificativo, vale citar o fato de que somente após o ingresso da ação penal é que garantias constitucionais fundamentais ao cidadão são possibilitadas.

Em contraste com uma constituição que opta explicitamente por um Estado Democrático de direito, preconizando as garantias fundamentais do cidadão, tais quais, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório. Diante dessa coexistência entre fundamentos que por vezes se chocam, por isso, muitos dos artigos do Código de Processo Penal devem ser interpretados de acordo com a Constituição Federal.

A título de exemplo, em matéria probatória, o artigo 156⁷ e seus incisos seguintes da lei processual penal demonstram uma prática inquisitória do “juiz investigador”, que pode de ofício investigar para a construção de sua convicção, além do material probatório apartado pelos sujeitos processuais, que colide quando enfrentado contraste com uma Constituição Federal notavelmente acusatória preconizando um Estado de Inocência para o acusado, não sendo assim imputando-lhe nenhum ônus probatório.

Então seria misto o sistema processual brasileiro? Para responder tal pergunta se mostra necessária uma breve explanação do sistema misto.

O sistema misto surgiu, de acordo com Jacinto Coutinho⁸, com o código napoleônico, feito a partir de uma mescla de investigação preliminar nos moldes inquisitoriais das Ordonnance

⁶CABRERA, Michelle Girona. A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro. Canal Ciências Criminais. 06 nov.2016.

⁷ 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. BRASIL. Código de Processo Penal(1941).Decreto lei nº3.689, de outubro de 1941.

⁸ A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Criminelle de 1760, de Luís XIV, em conjunto com uma fase processual no estilo dos tribunais do juri inglês, com ampla participação das partes, uma marcante oralidade dos procedimentos e divisão das partes processuais.

Contudo como adverte o referido autor esse sistema serviu como uma falácia processual a sua época, pois a fase inicial definia os rumos do processo como um todo, assim não passava de um modelo inquisitório disfarçado de acusatório. Posteriormente foi fonte de inspiração para os mais totalitários regimes, tais quais, nazismo, fascismo, soviético, e basicamente todos os regimes totalitários que se preocupavam em ocultar a faceta totalitária.

Portanto ao se analisar o Código de Processo Penal friamente percebe-se uma matriz inquisitória marcante, contudo segundo Aury Lopes Junior o ponto crucial para identificação de um sistema é a gestão da prova. No sistema acusatório o que predomina, no tocante à gestão probatória, é o princípio dispositivo, que impõe a necessidade de as partes produzirem o material probatório. No sistema inquisitivo o que prevalece é o princípio inquisitivo, onde a gestão da prova fica a cargo do inquisidor.

Explica o autor:

O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo. Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades etc.) (LOPES JR, 2012, p.134)

Por outro lado, no sistema acusatório, o princípio que funda o sistema, é o Princípio Dispositivo, pois nele a Gestão da Prova está nas mãos das partes, o juiz será apenas e tão somente o juiz-espectador, aquele que aguarda a produção da prova, para com o que for lhe trazido decidir, muito diferente do modelo Inquisitório, que tem como seu Princípio o Inquisitivo, tendo ainda, a gestão da prova nas mãos do julgador (juiz-ator).

Dessarte depreende-se a noção de que o processo penal brasileiro possui uma inegável matriz inquisitorial em diversos artigos e procedimentos. Porém adotamos para o presente, assim com a doutrina majoritária um viés constitucional de processo penal. A partir da promulgação da Constituição da Republica de 1988, foi instituída uma nova ordem jurídica, em que é instituído, por força constitucional, o paradigma do Estado Democrático de Direito, dessa forma, por tudo que foi exposto, uma opção inquisitorial não é compatível com tal estrutura, restando assim a

adoção do sistema acusatório. Para tanto o Código de Processo Penal de 1941 deve ser lido sempre em conformidade com o paradigma do Estado democrático de direito, assim como preconiza o marco inicial do presente trabalho, o modelo constitucional de processo.

Nesse sentido um modelo constitucional de processo em que pese o devido processo legal, se mostra incompatível com um sistema totalmente inquisitório, portanto, o “processo penal democrático deve ser o palco do diálogo entre todos seus sujeitos, cada um exercendo seu papel, mas todos igualmente responsáveis pela construção do provimento final.”⁹.

Tal delimitação se faz necessária, pois é através dela que poderemos entender onde se encontra o tema da prova no processo penal brasileiro. O Estado adotar um sistema acusatório, faz explicitamente uma opção pelos direitos fundamentais do cidadão, não podendo ficar em um paradoxo entre repressividade e garantismo penal.

3. DA PROVA

O tema da prova é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento. John Gilissen destaca pelo menos três disciplinas que se ocupam de investigar tal questão¹⁰. A matemática se preocupa com a prova demonstrativa que consiste em um “raciocínio que tende a deduzir uma proposição de premissas que constituem axiomas ou proposições já provadas; a prova demonstrativa diz respeito a ideias, a dados abstratos”, as ciências da natureza busca a prova experimental que por meio da repetição de experimentos busca “provar a exatidão ou, pelo menos, a verossimilhança de uma lei natural”, e por fim a prova histórica, “ou seja, a prova de factos históricos que permitirá ao historiador reconstituir o passado”.¹¹

O que se busca aqui é a delimitação de outro tipo de prova, a judiciária que busca, “convencer o juiz, a persuadi-lo da existência de um facto concreto que teve lugar num passado

⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; NETO, José de Assis Santiago. A Cultura Inquisitória Mantida pela Atribuição de Escopos Metajurídicos ao Processo Penal. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 15, n. 2, p. 379-398, 2015.p 394.

¹⁰ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p.711-712.

¹¹GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p.712.

mais ou menos próximo”¹², nesse contexto a prova é o meio pelo qual se pretende demonstrar a verdade de suas afirmações.

O tema da prova no direito brasileiro surge, não apenas como um instituto do processo penal, mas como um direito subjetivo das partes por força Constitucional, e como tal possui seus princípios norteadores e fundantes, que merecem ser destacados.

De acordo com Bobbio, princípios são “normas fundantes ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”¹³, o autor ainda completa no sentido de que os princípios são extraídos de normas concretas, com a função de regular um caso concreto ou regular um comportamento não regulado em um sistema.

Contudo no caso do processo penal os princípios emanantes da Carta Política possuem uma função diferenciadora, a de suprir o marcante ranço inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941.

O Código de Processo Penal possui sim uma matriz inquisitorial, e por isso se revela em oposição a Constituição de 1988, contudo nesse ponto é que se inserem os princípios reguladores do processo e da prova penal. É por meio destes que se transportam os valores preceituados pela Carta Política para o microssistema processual penal.

Dito isso, é por meio dos princípios gerais da prova no processo penal, esses são: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa e livre convencimento motivado.

O princípio da presunção de inocência se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Esse princípio se desenvolve em duas vertentes, assim:

Processualmente falando, o princípio da presunção de inocência possui um duplice significado, tendo implicações diretas no âmbito da prisão e da prova. Em síntese, no que concerne à prisão, determina ser a utilização de medidas restritivas da liberdade pessoal reservada aos casos excepcionais, pois a liberdade é a regra e a prisão é a exceção. Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição. Trata-se do que a

¹² GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p.712

¹³ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Editora Universidade de Brasília 1995.p.158

doutrina chama de “regra de tratamento do imputado” e “regra do juízo”. (DI GESU, 2010, p.56).

A presunção de inocência se estende ao âmbito endoprocessual, funcionando como regra de tratamento, assim o acusado “não pode ser tratado como se já fosse ou nascesse culpado e nem como um objeto do processo, mas como um ser humano e sujeito processual.”¹⁴.

No que se refere ao contraditório e ampla defesa o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Esse princípio deve ser entendido de acordo como o proposto pela ilustríssima professora Flaviane Barros:

[...] a noção de contraditório pretendida pela referida teoria do processo consolida a proposta de garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, no sentido de uma garantia de construção participada da decisão, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, quanto como destinatários da norma jurídica. (BARROS, 2008, p. 13)

Portando partindo de uma definição do contraditório no modelo constitucional de processo, se mostra essencial, não só a participação, mas também a possibilidade da mesma assegurada pelo juiz, corroborando com essa visão, o professor Dierle:

[...] o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. (COELHO, 2008, p.175)

Já a ampla defesa, se divide em defesa técnica e defesa pessoal, deve abarcar todos os meios possíveis de se argumentar no processo inclusive o duplo grau de jurisdição, bem como a oportunidade e devido tempo necessário para se construir o argumento, partindo ainda da definição atribuída pela professora Flaviane, essa deveria ser entendida como “ampla argumentação”, por não se tratar de um princípio disponível apenas a defesa, mas sim aos sujeitos processuais. Dessa forma:

¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p.94

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como direito subjetivo de “uma” parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. Como salientar Günther, na defesa de uma teoria da argumentação, deve-se pretender a reconstrução da situação por meio de sua descrição completa para que se garanta a argumentação e aplicação das diversas normas *prima facie* aplicáveis. Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla defesa decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais as normas *prima facie* aplicáveis são adequadas ao caso concreto. (BARROS, 2008, p. 20)

Por fim o livre convencimento, ou persuasão racional está previsto nos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal e 155, do Código de Processo Penal, por esse preceito o julgador é livre para formar sua certeza com base nas provas que ele bem entender, se atendo sempre ao produzido em juízo e constante nos autos do processo, a motivação, diz respeito ao fundamento de tal convencimento, portanto possibilita às partes a ciência acerca das razões que embasaram a decisão judicial, permitindo o controle da racionalidade desta por meio da publicidade e da impugnação pela via recursal, além de servir como meio para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e legítima.

Conclui-se, portanto que a prova é o meio pelo qual se pretende demonstrar a verdade de suas afirmações. Esse justamente é o ponto de convergência entre as diferentes definições do tema prova enunciada pela doutrina, qual seja o fato de que em maior ou menor medida, pressupõe-se a busca de alguma verdade, adiante então uma breve constatação do que seria, e se seria possível se alcançar a verdade no processo.

4. CONCEITO DE PROVA, FONTE E MEIO DE PROVA

Atesta Aury Lopes Junior ¹⁵que o processo penal é um fenômeno de reconstrução de um fato histórico essa reconstrução se dá por meio da prova que visa a partir dessa reconstrução formar o convencimento do julgador.

¹⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 9 edição. São Paulo: Saraiva 2012.p.535.

O vocábulo prova vem do latim *probatio* que significa prova, ensaio, verificação, argumentação, e derivado do verbo *probare*, que por sua vez traduz em provar ensaiar verificar.¹⁶

O ensinamento de Badaró nos leva a crer que “prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato.”¹⁷ .Ainda nesse sentido, de acordo com Moacyr Amaral, “prova é a própria convicção da verdade sobre os fatos alegados”¹⁸.

Por sua vez, Malatesta define prova como “a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza.”¹⁹ ,e como foi visto a verdade é uma percepção subjetiva e relativa da realidade fática do mundo assim, a adequação do pensamento a coisa, assim “o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo”.²⁰ Assim faz-se necessário aqui construir uma ramificação do que seria prova, e suas espécies, a primeira será a conceituação de prova direta e indireta.

Na prova direta ocorre um contato imediato entre o juiz e o fato a ser provada, essa primeira distinção não apresenta problemas, é simplesmente o ato do juiz constatando sem intermédios ou meios um fato, diretamente utilizando de sua percepção e cognição racionais em conjunto com seus sentidos.

Porém a prova indireta percorre o caminho oposto. Nessa o fato já ocorreu ou não se mostra possível do juiz constatá-lo diretamente, assim essa análise se faz por um intermediário, alguém ou alguma coisa que possa trazer nova vida ao fato, e por com isso o juiz formara sua convicção, seu estado de espírito “assim, não basta a percepção do juiz para a descoberta do fato a ser provado, sendo necessária uma integração entre percepção e dedução.”²¹.

¹⁶ MOACYR, Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.p.11

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: R.dos Tribunais, 2003.p.158

¹⁸ MOACYR, Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.p.17

¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad.: J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora M.Teixeira Cia.(Filhos), 1927.p.84

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.159.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.164

5. A QUESTÃO DA VERDADE

O processo, de acordo com Taruffo, se propõe a resolver “a incerteza que é dada quanto à veracidade ou falsidade das afirmações que têm a ver com os fatos relevantes do caso.”²² Assim o significado de verdade é crucial para um bom entendimento do instituto da prova e consequentemente do processo como um todo.

Cabe sublinhar que concerne as partes demonstrarem ao juiz a verdade dos fatos alegados, nesse sentido se faz necessário conceituar o que seria verdade.

Malatesta conceitua verdade como “a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”²³, dessa definição é possível destacar dois conceitos, realidade e certeza assim, o conceito de verdade está intimamente ligado ao conceito de certeza, porém não se confundem.

Certeza é o conhecimento claro de algo, quando se está convencido de algo se tem certeza, dessa forma se pondera os elementos positivos e negativos para assim, “a certeza acha que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração, e por isso afirma”.²⁴

Percebe-se que a certeza é um estado de espírito em relação a algo, uma crença e como tal se dá pelo meio da inteligência e racionalidade podendo muitas vezes não corresponder à realidade objetiva, e ainda variar de acordo com o sujeito que observa.

Fala-se assim que um conhecimento é verdadeiro quando, há concordância entre o objeto e a sua "imagem" captada pelo sujeito. A verdade é, “o reflexo fiel do objeto na mente, e a adequação do pensamento com a coisa.”²⁵. Portanto conclui-se assim que “a verdade só pode ser

²² TARUFFO, Michele. La Prueba. Artículos y Conferencias. Santiago. Editorial: Metropolitana, 2009.p. 59.

²³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad.: J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora M.Teixeira Cia.(Filhos), 1927.p.21.

²⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad.: J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora M.Teixeira Cia.(Filhos), 1927.p.61.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: R.dos Tribunais, 2003.p.25.

procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência”²⁶, por isso não há razão em se afirmar que existe ou existiu uma verdade absoluta, mas sim verdades relativas e sempre variando conforme o tempo e o espaço em que se encontram.

A conceituação de verdade se faz fundamental por que é preciso, para uma definição democrática de processo, a noção de que o processo deve sim buscar a verdade, visto que essa é inegável e necessário para a efetivação de uma decisão justa, contudo não há que se falar em verdades absolutas ou objetiva dos fatos.

Deve-se abandonar a ideia de ideia absoluta de verdade pois, “a verdade que busca quase sempre não se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível”.²⁷

Como observa Taruffo somente existem verdades relativas dentro e fora do processo, pois toda situação cognitiva depende sempre dos limites do sujeito podendo assim não ser iguais e variar de acordo com a experiência.²⁸

Cabe aqui então delimitar o tema da verdade que se trata no processo. A verdade judicial, relativa, limitada pelas provas que as partes trazem aos autos, bem como suas respectivas narrativas a cerca do fato, em conjunto como os limites da legislação vigente, tornam ainda mais complicada uma verdade real ou absoluta.

Assim o juiz em todo momento decisório do processo, constatará que “os meios empregados para se chegar a verdade, com referência a determinado fato podem ser eficientes, insuficientes ou mesmo negativos”²⁹, possibilitando assim três estados de espírito respectivamente, certeza, duvida e ignorância, e por meio das provas e que ele conseguirá atingir um maior ou menor grau de um dos mesmos.

Dessa feita, alguns autores, como Badaró, afirmam ainda que a verdade no processo deverá ser entendida como probabilidade, “ao analisar as provas o juiz somente poderá chegar à

²⁶ MOACYR Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.p.12.

²⁷ MOACYR Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.p.12.

²⁸ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.p.68.

²⁹ MOACYR Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.p.12.

conclusão de que o fato afirmado e, em maior ou menor grau, provável.”.³⁰. Nessa linha de raciocínio o autor entende que o juiz no curso de um processo analisa as provas produzidas pelas partes que resultam em um maior ou menor grau de ocorrência do fato narrado, assim se o fato narrado pela acusação tem maior probabilidade de ter ocorrido, logo o fato narrado pela defesa tem menor, formando assim a convicção judicial.

O autor ainda aduz que “A grande vantagem da probabilidade logica e estabelecer o grau de fundamento de uma afirmação sobre o fato, com base nos elementos de confirmação de provas disponíveis em relação àquela hipótese.”³¹

Conclui-se assim que para que no processo penal algo seja estabelecido como verdadeiro dever ter um grau altíssimo de probabilidade de ocorrência visto que é por meio desse que se aflige as maiores penas conhecidas e permitidas em uma sociedade.

6. A INSUSTENTABILIDADE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Diante do exposto, após o bom entendimento do que seria verdade, conclui-se que a verdade valida no processo é a verdade processual e não uma verdade absoluta, visto que essa ultima não existe na ciência jurídica. Os filiados da corrente da verdade real defendem que o próprio código de processo penal, em seus artigos 156³², e 209³³ permitem ao juiz uma iniciativa probatória, essa somente é dada ao magistrado para que o mesmo possa alcançar a verdade real, a fim de uma decisão mais justa quanto possível. Tal entendimento se mostra enraizado na cultura

³⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: R.dos Tribunais, 2003.p.39.

³¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: R.dos Tribunais, 2003.p.52.

³² 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. BRASIL. Código de Processo Penal(1941).Decreto lei nº3.689, de outubro de 1941.

³³ 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. BRASIL. Código de Processo Penal(1941).Decreto lei nº3.689, de outubro de 1941.

do judiciário brasileiro³⁴, contudo não há arcabouço teórico que sustente tal afirmação.

A princípio cabe destacar o que já foi afirmado no presente artigo, o código de processo penal brasileiro possui uma inegável matriz inquisitorial que não coaduna o preceituado pela Carta Política brasileira. Dessa forma para o funcionamento do microssistema processual penal, esse deve estar de acordo com o preconizado pela Constituição, e os referidos artigos devem ser interpretados de forma sistêmica, partindo da lei maior.

O segundo ponto a se destacar é que não há que se falar em uma verdade absoluta, em nenhum campo do conhecimento admite-se uma “verdade final”, o que o que é tido como certo hoje, pode não sê-lo mais amanhã. Nesse sentido o que pode admitir-se é uma verdade aproximada, ou probabilística, conforme preceitua Duclerc:

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. (DUCLERC, 2008, p.382)

Por fim, tem-se que ao admitir uma busca de uma verdade real, em regra partindo do magistrado, há uma perversão de sua função primordial, qual seja um terceiro imparcial no procedimento, que no que tange a atividade probatória apenas controlar a ilicitude, legalidade ou pertinência das provas trazidas pelas partes no procedimento.

Com admissão de uma busca por parte do magistrado, o que ocorre é um “ativismo probatório” indesejado, geralmente quem investiga procura algo e se o juiz busca provas, no sentido da absolvição ou da condenação, esse se transforma em parte, ferindo assim o princípio da paridade de armas, e desrespeitando de maneira reflexa os outros princípios constitucionais.

Por fim há que se valer da função dada pelo modelo constitucional de processo penal qual seja, garantia constitutiva de direitos, essa que, em ultima instancia, o mesmo é o escudo do cidadão frente ao poder punitivo Estatal, não possui como função de busca da verdade absoluta, pois ocorre sim, uma reconstrução histórica e aproximada do fato debatido no processo, nunca

³⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo a decisão do Habeas Corpus 19805 do SJT: [...] 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*. (HC 19805/MG julgado em 03/12/2002).

uma reconstrução real. No decurso da história é perceptível que direitos e garantias fundamentais do cidadão foram quebradas sobre pretexto de combate ao mal, tal discurso somente serviu para validar argumentos de utilização de escutas clandestinas ou provas ilícitas no âmbito processual, tudo para que se alcance a tão almejada verdade absoluta.

CONCLUSÃO

O paradigma eleito pela Constituição da República, qual seja o Estado Democrático de Direito, em consonância com sistema acusatório de processo penal conclui-se que Constituição assume a função de uma base principiológica uníssona. Assim, emana os seus princípios fundamentais para os microssistemas processuais, esses por sua vez devem adequar suas respectivas especificidades, aos preceitos contidos na Constituição eleita.

Dessa forma o processo penal como um desses microssistemas existentes deve se adequar a tais princípios. Portanto, apesar de o Código de Processo Penal ter origem em um momento repressivo da história brasileira, e seus institutos devem ser construídos de acordo como os preceitos imanentes da Constituição da República, visto que institui uma nova ordem jurídica a partir de sua promulgação.

Essencialmente o processo penal, o modelo mais violento de atuação estatal, pelo qual se mostra possível cercear os direitos mais caros para o cidadão e praticar estruturais mudanças na vida do mesmo.

Por força do princípio da presunção de inocência, depreende-se a regra de julgamento processual penal, o in dubio pro reo. Em que partindo do axioma da inocência do acusado decorrente da Constituição Federal, o juiz no decorrer do processo se encontrará em três estados de espírito, ignorância, seguido de dúvida, para por fim se chegar a certeza, atentando-se para o fato de que somente na certeza deve optar pela condenação do réu no processo.

A possível condenação deve-se basear nas provas produzidas pelas partes em contraditório juntamente com uma ampla argumentação de ambas vertentes antagônicas, possibilitando o tempo necessário para a atividade probatória a fim de aumentar o grau de certeza do magistrado com base na verdade processualmente construída através de provas e não em uma ilusória verdade real.

Por tudo que foi exposto, buscou-se verificar se a hipótese se mostrava validada ou não,

qual seja averiguar a função do processo penal, se deve ou não valer-se como instrumento de uma verdade real ou uma verdade processual. Partindo-se dos argumentos demonstrados e as doutrinas consultadas, chegou-se a conclusão de que não é concebível uma verdade real no processo penal, primeiramente pela sua impossibilidade teórica e em um segundo momento por desvirtuar a função principal do magistrado, qual seja ser um julgador imparcial do processo, sendo assim válida a hipótese, por esta se mostrar incompatível com os preceitos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães Machado, Felipe Daniel Amorim. **Nulidades no processo penal**: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo – Por Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado. Empório do Direito. 06 set.2015.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Editora Universidade de Brasília 1995

BRASIL. **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/Del3689.htm> Acesso em: 11 mar.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 mar.2017.

CABRERA, Michelle Girona. **A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro**. Canal Ciências Criminais. 06 nov. 2016. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

COELHO, Dierle José Nunes. Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização processual civil. 2008, 217f. **Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**. Minas Gerais, 2008

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Empório do Direito. 16 de abril 2016. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

DUCLERC, E. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIORATTO, Débora Carvalho; DE CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora M.Teixeira Cia.(Filhos), 1927.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; NETO, José de Assis Santiago. A Cultura Inquisitória Mantida pela Atribuição de Escopos Metajurídicos ao Processo Penal. **Revista Jurídica Cesumar**-Mestrado, v. 15, n. 2, p. 379-398, 2015.

MOACYR, Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1.

MOACYR, Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 3.

MOACYR, Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5.

PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Artículos y Conferencias. Santiago. Editorial: Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2011.177f. Dissertação (Mestrado).

Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2011.

Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição** (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.