



Hélcio Corrêa

VERDADE MATERIAL E VERDADE FORMAL: antiga distinção ou moderna concepção?

91

MATERIAL AND FORMAL TRUTH: ancient distinction or modern conception?

Carlos Henrique Borlido Haddad

RESUMO

Aborda a antiga distinção entre verdade formal e material, conceitos que se baseavam no menor ou maior grau de cognição que se busca no processo civil e penal.

Explica a atualidade da diferenciação, considerando os meios de provas que se disponibilizam para a reconstrução dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; verdade – formal, material; meios de prova.

ABSTRACT

The author addresses the ancient distinction between formal and material truth, concepts based on the lesser or higher cognition degree that is sought for in civil and criminal procedure.

He explains the importance of the distinction, taking into consideration the available probative evidence for the reconstruction of facts.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; formal, material – truth; probative evidence.

1 INTRODUÇÃO

O vetusto binômio verdade material – verdade formal tem sido objeto de críticas. Diz-se que a verdade é a judicial, caracterizada por ser contextual, qualquer que seja o âmbito de pesquisa em que é obtida, e funcional, no sentido de compor os valores presentes na sociedade em nome de quem a Justiça é administrada. Seja no processo penal, seja no civil, a verdade a ser alcançada é a processualmente válida (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 1994, p. 114).

Com apoio em Barbosa Moreira (1996, p. 152), a verdade seria uma só e interessaria a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade, evitando buscá-la a qualquer preço (LENCKNER, 1965, p. 321; RENZIOWSKI, 1997, p. 713).

Em sua conformação original, a dicotomia verdade material – verdade formal baseava-se no comportamento do juiz e das partes na produção probatória. A divisão teve sua origem no sistema inquisitorial, em que se atribuíam ao julgador poderes ilimitados para a busca da verdade, conquanto muitas vezes sua reconstrução refletisse as impressões pessoais daquele que julgava. A verdade material era aspiração peculiar de uma epistemologia inquisitória (UBERTIS, 1999, p. 57-8) e correspondia à convicção de que algo deve ser de certo modo.

Por aplicar-se o sistema inquisitorial ao processo e julgamento de delitos, a identificação da verdade material com o processo penal tornou-se corolário lógico. Ao juiz era permitido, não apenas julgar, mas investigar e acusar, do que surge a semente da concessão de poderes instrutórios amplos no processo criminal. Para garantir a pureza do sistema acusatório, ao juiz não deveria dar-se poder para produzir provas. O contraponto à verdade real era a formal, em que a reconstrução histórica dos fatos encontrava alguns limites.

Por aplicar-se o sistema inquisitorial ao processo e julgamento de delitos, a identificação da verdade material com o processo penal tornou-se corolário lógico.

Nos países do *common law* é desconhecida a divisão que ora se apresenta, malgrado tenha encontrado guarida na Itália (UBERTIS, 1999, p. 4), na Alemanha (ROXIN, 1998, p. 95), na Espanha (NAVARRETE, 1998, p. 203) e no Brasil, o que talvez possa explicar-se pelas peculiaridades do direito romano-germânico, no qual se disseminou a atuação dos tribunais eclesiásticos. Depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus, o sistema probatório foi substituído, nos povos do continente europeu, pelo sistema da prova legal, ao passo que, na Inglaterra, brotou o júri, em que ao magistrado pouco era dado intervir na colheita de provas. (KATZENMEIER, 2002, p. 538)¹.

A prevalência do sistema inquisitório exigia a regulamentação, em âmbito probatório, da disciplina do *modus procedendi* relativamente à atividade cognoscitiva. Definiam-se os objetos de prova ou os meios pelos quais a prova era obtida, traçava-se o procedimento de obtenção correspondente e se determinavam os valores daquilo que era produzido.

Atualmente, a norma processual penal herdou as lições do sistema inquisitório, pois não apenas traz garantias e prescreve quais atos são destinados ao descobrimento da verdade. Ela também estabelece a hierarquia entre valores processuais e extraprocessuais, de forma a regular os meios de resolução de eventuais interesses em conflito. A análise das verdades remete ao estudo do processo como reconstrução de fato pretérito e à contribuição judicial para essa reconstrução.

2 A ANTIGA DIVISÃO

Em tempo pretérito, as verdades processuais distinguiam-se pela possibilidade ou não de participação ativa do juiz na instrução do processo, bem como do correlato papel das partes. Na verdade formal, não era permitido ao juiz imiscuir-se na produção probatória, ao passo que, na verdade material, autorizava-se a ele ordenar a realização das provas. Aduzia-se caracterizar a verdade formal a possibilidade de se proferir decisão dissociada da realidade com base em elementos probatórios insuficientes para o completo esclarecimento dos fatos, mas na ponderação das cargas probatórias atribuídas às partes.

A pesquisa em face da verdade material seria muito mais profunda. Todos os elementos de prova coletados são sopesados, não existindo provas absolutas e sendo necessário sempre pesquisar, inclusive com o auxílio do magistrado que tem disponibilidade sobre as provas do processo. Por seu lado, a verdade formal é mais limitada, pois se contenta com pouco. A confissão é suficiente, a confissão ficta é também suficiente, a revelia, por vezes basta, a recusa em depor também é bastante.

A proibição do silêncio melhor se compatibiliza com a verdade formal, tornando mais fácil a tarefa de esclarecimento dos fatos por aplicação das ficções jurídicas previstas em lei. Não há necessidade de maiores indagações, o processo pode-se resolver pela distribuição do ônus da prova, a despeito de provas escassas terem sido produzidas. Por isso, o silêncio, não apenas é desconsiderado como defesa, mas também é disciplinado de forma a facilitar o deslinde do processo: equivale à confissão.

A verdade real encontraria menos empecilhos para atingir a verdade absoluta, a idêntica representação dos fatos. A verdade formal teria mais obstáculos ao alcance daquela. *Acolhe-se o princípio da verdade formal como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social* (BARROS, 2002, p. 31). Isso seria da própria estrutura do processo civil, em que até direitos indisponíveis podem ser transacionados (art. 447, parágrafo único). No campo penal, ainda que acusação se convença da inocência do réu, não se permite transacionar, fora do Juizado Especial, podendo o juiz ditar sentença condenatória a despeito do comum entendimento das partes.

Também se afirmou que, no processo civil, o juiz não poderia substituir a inatividade das partes pela sua pesquisa. No processo penal, por sua vez, conferir-se-iam ao juiz poderes para livremente apurar os fatos, sem previsão de regras tais como confissão ficta, revelia que gera confissão, tudo que não for debatido presume-se verdadeiro.

A distinção justificava-se pelos interesses envolvidos no processo que ditavam a participação do juiz na atividade probatória. Ao deixar-se a cargo das partes no processo civil toda a produção de prova e permitir a atividade judicial no processo penal,

o erro não foi restringir a produção de prova pelas partes, mas não estender à área cível a conduta supletiva do juiz.

3 CRÍTICA À ANTIGA DICOTOMIA

Uma primeira e essencial dificuldade que se coloca ao juiz, na busca do conhecimento verdadeiro a respeito dos fatos que serão levados em conta na decisão, é representada pela impossibilidade de observação direta. Ao contrário do que ocorre nas ciências experimentais, em que o pesquisador pode ter contato direto com fenômenos que se repetem na natureza, ou conta com o recurso de reproduzi-los em laboratórios, a atividade de investigação judicial dirige-se a acontecimentos passados, cuja reconstituição somente pode ser alcançada a partir de meios indiretos. Aliás, mesmo na hipótese pouco provável de ter assistido a algum desses eventos, estaria o juiz impedido de valer-se de seus conhecimentos pessoais, pois seria testemunha e não julgador (GOMES FILHO, 1994, p. 44).

Mediante o processo, civil ou penal, indistintamente, pretende-se obter a reconstrução fatural o mais possível próxima da realidade. Em qualquer processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação (MOREIRA, 1999a, p. 94).

O art. 130 do Código de Processo Civil (CPC) habilita o juiz a determinar, de ofício, a produção de provas. Disposição semelhante há no Código de Processo Penal (CPP), prevista no art. 156, *caput*, I e II. A inércia do órgão judicial em matéria de instrução probatória, se vale como regra no mundo do *common law*, no Brasil contraria frontalmente os dispositivos acima mencionados. Se fosse adotado o modelo anglo-americano, o juiz estaria praticamente proibido de tomar iniciativa na produção de provas e seria afastada a obrigatoriedade do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios. Não poderia mais o magistrado, conforme enumera René Ariel Dotti proceder, em qualquer tempo, a novo interrogatório (art. 196), ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209), reinquirir testemunhas e o ofendido (par. ún., art. 502) (DOTTI, 1998, p. 473).

No processo civil e penal vigora o princípio da livre apreciação das provas (art. 131 do CPC e art. 155 do CPP) e, em consequência, o juiz não necessita estar apegados às ficções jurídicas e pode sempre investigar. Se houvesse, na seara cível, disposição legal que atribuisse à confissão valor suficiente à procedência do pedido, poderia falar-se em diferença entre os processos civil e penal. Mas regra como essa não há.

Atualmente, a norma processual penal herdou as lições do sistema inquisitório, pois não apenas traz garantias e prescreve quais atos são destinados ao descobrimento da verdade.

Imaginar a identidade do processo civil com a verdade formal, no sentido de que o juiz não pode suprir a inatividade da parte e deve ater-se às provas trazidas aos autos por ela, é pressupor que ocupa cômoda posição na condução do feito, desvalorizar o esclarecimento dos fatos e autorizar a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstituir os acontecimentos, dispensáveis maiores indagações acerca dos eventos. Por outro lado, conceber que apenas no processo penal conferem-se ao magistrado faculdades para livremente apurar os fatos, sem se fiar em presunções, nem condicionar sua convicção a regras limitadoras do poder de investigar, é igualmente inadequado.

Assim como pode o juiz penal apurar os fatos autonomamente, acima e além da vontade das partes, possibilita-se ao juiz cível idêntica prerrogativa, em ambos os casos, por força de expressa disposição legal. Seria estranho imaginar que o mesmo juiz, atuante em vara não especializada, possa, no julgamento de causa penal, determinar, de ofício, diligências para o esclarecimento dos fatos, sem que seja dotado dos mesmos poderes na condução de causa cível. Neste último, atuaria como juiz espectador, em outro, como juiz diretor.

Acentua Bettiol (1966, p. 202) que *il processo, sia civile come penale, è uno strumento di verità. Per quanto sia innegabile – data la limitatezza delle possibilità umane nella ricerca del vero – che non sempre la verità legale è la verità sostanziale, da una tale affermazione non è lecito concludere che tra i due processi ci sai ontologicamente una differenziazione*

radicale per ciò che concerne la prova dei fatti. Mutano le tecniche concrete che hanno una spiegazione di carattere storico, ma l'intento è lo stesso: occorre fare uno sforzo per ricercare la verità. Questo potrà essere più intenso o meno intenso in un settore piuttosto che in un altro, ma l'idea ispiratrice è la stessa.

Zelar pela instrução do processo é dever do juiz e, por essa razão, pode determinar a produção de prova necessária

ao esclarecimento dos fatos no âmbito cível ou criminal. Ao implementar seus poderes instrutórios, não age o magistrado em substituição às partes, senão cumpre parcela de sua função jurisdicional. Por conseguinte, soa estranho aguardar do juiz atitude absolutamente passiva no processo e mais estranho se afigura considerar essa conduta passiva como traço distintivo da verdade formal e material. O juiz não deve incorporar a figura de Themis a ponto de converter-se em estátua. Antes, de olhos bem abertos e sem vendas, precisa participar do processo, sempre que se mostrar necessário.

Se a vedação em diligenciar na determinação das provas afetasse a imparcialidade do magistrado, de forma a prevalecer a suposta verdade formal, de igual maneira sua inércia na relevante produção probatória acarretaria lesão a um dos litigantes, que se veria prejudicado pela ausência de prova favorável a seu interesse (MOREIRA, 1999b, p. 222). A decisão deve ser conforme com a verdade e esta deve ser retratada nas provas dos autos, sem que isso implique violação à imparcialidade.

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo 'X' ou o indivíduo 'Y', considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível (MOREIRA, 1994, p. 180). A iniciativa de determinar uma diligência não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade. O que o juiz não deve fazer é sair de seu posto de imparcialidade e

substituir-se às partes para produzir prova não incorporada aos autos por negligência, ineficiência ou displicência.

4 A ATUALIDADE DA DIVISÃO

A verdade real não corresponde à verdade absoluta, assim como a verdade formal não se identifica com a inverdade. A verdade absoluta é inalcançável e tornar-se-ia utópico o processo que pretendesse instituí-la como fim a ser obtido. Em ambos os processos, a verdade é verificável dentro de certos limites, em aproximação tanto quanto possível de *ideia que leve ao conhecimento de uma certeza perseguida* (TUCCI, 1986, p. 143). Distinguem-se, na realidade, pela maior amplitude dos meios empregados para a reconstrução dos fatos.

Mesmo na esfera penal, *pouquíssimos ângulos do fato delituoso podem encarar-se como probatoriamente demonstráveis: o mundo da prova é o mundo das presunções e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por realidade* (BAPTISTA, 2001, p. 209).

A verdade, em relação aos fatos, é uma só (MOREIRA, 1999b, p. 223). O que varia é a disponibilidade de meios de investigação trazidos pelo direito positivo. Se a procura da verdade faz-se de modo diferente, pode-se alcinhá-la de tantas maneiras quanto são distintas a procura, e não há impedimento que se revigore a dicotomia verdade formal-verdade material. A verdade é apenas uma construção normativa da realidade (BOSCH, 1998, p. 110). Se a norma disciplina de maneira diferente, não sob o aspecto da participação do juiz, mas em relação aos meios de obtenção da prova, a verdade poderá ser encarada de forma diferente.

A verdade não é a meta prioritária a se alcançar, pois não possui valor absoluto, seja no processo civil, seja no penal. Contudo, quanto maior a prioridade em sua busca, pode-se categorizá-la em material e formal. A prioridade é inferida, não mais da iniciativa probatória do juiz, mas dos meios dispostos para o seu alcance.

Aduzia-se caracterizar a verdade formal a possibilidade de se proferir decisão dissociada da realidade com base em elementos probatórios insuficientes para o completo esclarecimento dos fatos, mas na ponderação das cargas probatórias atribuídas às partes.

A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal. Se assim fosse, bastaria ao magistrado não se acomodar e se irredimir com o material probatório até então coletado no processo civil para converter a verdade formal em material. A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A verdadeira diferença tem como fulcro a maior disponibilidade de meios para conseguir o esclarecimento dos fatos.

A divergência entre as verdades formal e material se agudizam ou se amenizam em conformidade com a regulamentação trazida pelo direito positivo no tocante às possibilidades conferidas ao magistrado de melhor elucidação dos acontecimentos que deram ensejo ao ajuizamento da ação. Os conceitos de verdade material e formal não envolvem aspectos teleológicos, como fins que se almejam, mas possuem conotação instrumental, como meios para se alcançarem os fins.

A Constituição Federal traz várias derrogações e limitações de direitos fundamentais em decorrência da necessidade de se produzir a prova penal, exclusivamente. Disso decorre que, no âmbito criminal, maiores são as faculdades dispostas ao juiz, como destinatário da prova, para se chegar à verdade. Enquanto a busca pessoal, a apreensão de documentos no domicílio do acusado, a interceptação telefônica e de dados de informática são comumente adotadas no processo penal, medidas de equivalente quilate são estranhas ao processo civil.

Na seara penal, para a conveniência da instrução criminal, com o intuito de possibilitar a inserção de provas no processo e por ser imprescindível às investigações do inquérito policial, admite-se até a privação da liberdade mediante a decretação das prisões preventiva e temporária. Na esfera cível, a única modalidade de prisão existente, para o devedor de alimentos, não possui nenhuma conotação probatória, porquanto visa exclusivamente a compelir o indivíduo ao cumprimento de obrigação.

Isso não significa ser estranha ao processo penal a existência de obstáculos à integração da prova. O princípio *nemo tenetur se detegere*, com base no qual se faculta ao acusado não produzir prova autoincriminatória; a revisão criminal exclusivamente em benefício da defesa; o sigilo profissional na produção da prova testemunhal; e a previsão de diversas causas extintivas da punibilidade, como a prescrição e a morte, são exemplos de como o efetivo esclarecimento dos fatos pode deixar de ser alcançado. Como conciliar a regra do art. 384 de nosso Código de Processo Penal com o princípio da verdade real se seu exercício, como se decide diuturnamente, somente pode fazer-se em primeira instância? (SUANNES, 1999, p. 143).

Quando a lei processual penal estipula que *somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil*, limita a realidade que pretende alcançar, pois exclui, por exemplo, relação de filiação ou conjugal civilmente indemonstrável. A respeito do Juizado Especial Criminal, *semelhantes soluções importam abolição completa de mecanismos probatórios – já que a aptidão do imputado para beneficiar-se da conciliação e da proposta minorante ou suspensiva é objeto de um juízo sobre condições pessoais, isto é, juízo de valor e não de realidade –, em nome da celeridade do deslinde da causa* (BAPTISTA, 2001, p. 198).

Não é por outra razão que se diz que toda sentença criminal contém erros, embora, na maior parte das vezes, insignificantes, que o juiz pode dar causa apenas em uma verdade relativa (TORKA, 2000, p. 301-2). Com mais razão, a afirmativa é verdadeira em referência à sentença cível.

5 A REGULAMENTAÇÃO DAS PROVAS EM ESPÉCIE

Variando a verdade formal e material em consonância com a menor ou maior disponibilidade de meios de obtenção de prova utilizáveis no esclarecimento dos fatos, o estudo compa-

rativo das provas em espécie previstas nos códigos de processo fornece o critério que possibilita vincular o processo penal à verdade material e ligar o processo civil à verdade formal. O processo penal, por vezes, contempla espécies de provas não utilizadas no processo civil.

Quando há similaridade onomástica entre os meios de prova, nem sempre existe absoluta identidade de conteúdo, porque a regulamentação normativa pode diferenciá-las em determinados aspectos. O exame das espécies probatórias de cada ramo processual possibilita comparar em que medida os instrumentos dispostos ao processo penal são efetivamente mais capazes, ao menos em tese, de produzir o esclarecimento dos fatos.

5.1 BUSCA E APREENSÃO

A busca, segundo Mirabete (1992, p. 306), é a *diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura* e a apreensão é a medida que a ela se segue. Conquanto apresente natureza jurídica de medida cautelar, a busca e apreensão são colocadas como provas no CPP.

A legislação processual penal classifica a busca em pessoal, também conhecida por revista, e domiciliar. A primeira, realizada sobre o suspeito de ocultar arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação e objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, em suma, para colher qualquer elemento de convicção; a segunda, executada em casa de alguém, não só para apreender objetos, como também para prender criminosos.

A busca e a apreensão não se efetivam sobre todo e qualquer objeto, a exemplo do disposto no art. 243, § 2º, do CPP, tendo em vista a preponderância de outros interesses. O documento que não é obtido diretamente do acusado pode ser logrado mediante a busca e apreensão, ainda que esteja em sua posse e desde que não seja tutelado pelo segredo profissional, por exemplo.

A preocupação que deve haver não é evitar a inserção de prova no processo por quem poderia ser prejudicado, mas garantir a introdução em respeito às normas legais, inclusive, às de caráter material. Respeitadas as reservas de direito material atinentes ao segredo profissional, à inviolabilidade do domicílio, à

intimidade etc., a forma de execução da busca e apreensão prescinde do consentimento do acusado.

O processo civil carece de similar medida cautelar com feições probatórias e ao juiz cível não se confere a prerrogativa de autorizar a violação do domicílio à procura de elementos de prova. É certo que o CPC prevê a medida de busca e apreensão, a partir do art. 839, mas, conquanto se trate de providência cautelar, não possui conotação probatória.

Em qualquer processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação [...]

A serventia da busca e apreensão é tornar efetivas as medidas cautelares sempre que se haja de procurar a coisa ou pessoa e de mantê-la à disposição judicial (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 289). Logo, a juntada de documentos aos autos, independentemente da vontade de seu possuidor, pode ser feita por meio da busca e apreensão determinada apenas pelo juiz criminal para a instrução do processo.

5.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS

Nos últimos anos, os instrumentos legais coercitivos, utilizados no intuito de prevenir o crime, reduziram a distância entre os domínios policial e processual penal. As interceptações telefônicas, a infiltração de agentes e as investigações secretas são empregadas sem o conhecimento do investigado, de maneira sub-reptícia. As antigas investigações abertas, cujo acesso era franqueado ao indivíduo, cederam lugar àquelas em que a noção de indícios razoáveis ou suficientes não é mais parâmetro para a intervenção policial.

A mudança de orientação deve-se à impossibilidade de se reprimir a criminalidade grave e organizada com os meios convencionais de investigação. Consoante assere Bosch (1998, p. 84), sem o monitoramento telefônico, métodos de investigação secreta com suporte em computador e a utilização de meios de investigação oculta, a ameaça provocada pela criminalidade organizada não pode ser combatida eficientemente.

O repositório legislativo acerca das

investigações desenvolvidas sem o conhecimento do acusado é composto pela Lei n. 9.296/96, que cuida das interceptações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. A Lei n. 9.296/96 refere-se tanto à interceptação propriamente dita (que se dá quando terceiro capta a comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores) como à escuta telefônica (que ocorre quando terceiro capta a comunicação alheia, com

o conhecimento de um dos comunicadores), excluída a gravação telefônica (que consiste em um dos comunicadores gravar sua própria comunicação, sem o conhecimento do outro) (CERVINI; GOMES, 1997, p. 104). A respeito da escuta telefônica, não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência.

Fica excluída, como se percebe, a gravação clandestina, *não porque o comunicador não possa gravar sua comunicação, senão porque não existe lei disciplinando como deve dar-se a gravação, quando é cabível, quais crimes, quais pressupostos, quanto tempo, em quais processos poderia ser utilizada etc* (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 281).

A Constituição Federal de 1988 é expressa em limitar o uso das comunicações telefônicas, judicialmente interceptadas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII). A par de assegurar, inexplicavelmente, a absoluta inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, o dispositivo constitucional restringiu ao âmbito penal o uso da prova obtida da interceptação da comunicação telefônica e de dados.

Sem embargo da mediterrânea clareza da barreira constitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do *Habeas Corpus* n. 203.405, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgou ser possível a interceptação telefônica no âmbito civil, em situação de extrema excep-

cionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminoso.

O tribunal entendeu ser correta a decisão do Juízo de Direito de Vara de Família, que expediu ofício para investigar o paradeiro de criança levada por familiar contra determinação judicial. Considerou que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança.

Se fosse adotado o modelo anglo-americano, o juiz estaria praticamente proibido de tomar iniciativa na produção de provas e seria afastada a obrigatoriedade do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios.

A decisão proferida pelo STJ, antes de estender a aplicação da interceptação telefônica ao processo civil, reconheceu a excepcionalidade de sua utilização fora da área criminal, ao admiti-la apenas em situação-limite, mais como instrumento cautelar/protetivo do que como meio de obtenção de prova. Prevalece, portanto, a concepção de que a interceptação das comunicações telefônicas e de dados tem seu âmbito de incidência restrito à investigação e instrução criminal.

96

5.3 CONFISSÃO

Nos Estados Unidos, o *privilege against self-incrimination* epitomiza uma das mais nobres e resistentes histórias, representativa do triunfo da liberdade individual sobre a opressão estatal. Originalmente, o *privilege against self-incrimination* visava evitar confissões forçadas ou viciadas. Quando foi incorporado na Constituição, seu objetivo era simplesmente proibir métodos impróprios de interrogatório (ALSCHULER, 1997, p. 181).

Haveria violação ao devido processo legal quando a confissão fosse obtida por meio de pressão exercida sobre o acusado em circunstâncias que afetavam a credibilidade das declarações (ISRAEL; LAFAVE, 1993, p. 182). Em julgamentos criminais, sempre que se levantasse a questão em torno da voluntariedade da confissão, recorria-se à 5ª emenda.

Extraír a confissão do acusado mostra-se tentador por ocasionar a solução quase imediata das investigações policiais, trazer tranquilidade ao julgador no momento de proferir a condenação e reduzir gastos materiais e intelectuais na apuração dos fatos. Entretanto, apoiar-se em demasia sobre a confissão importa na coadjuvação das técnicas investigativas. Crimes materialmente comprovados, mas de autoria incerta, tenderiam a permanecer insolúveis diante do péssimo hábito de embasar as investigações na confissão. Ademais, a propensão em se eleger um culpado, com o intuito de comprovar o sucesso das investigações, seria grande.

Não se defende a proscrição da confissão no processo penal, mormente em sendo prevista em lei, trazendo benefícios para o confitente, por ser circunstância atenuante da pena e por servir de estratégia defensiva a se adotar. Desde que não se induza o acusado a confessar, atraído pela falsa informação da

incondicional e obrigatória redução da pena, ou o faça acreditar que a loquacidade seja proporcional ao *quantum* a ser atenuado, a confissão deve ser admitida como prova e como elemento apto a provocar a diminuição da sanção.

Propugna-se pela relativização do peso da confissão que *no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de algún otro elemento de juicio, porque resulta inverosímil que, si es auténtica, el sedicente protagonista del delito no pueda aportar algunas otras confirmaciones* (FERRAJOLI, 2001, p. 612). A relativização do valor da confissão, como expressamente determina o art. 197 do CPP, é atenuada no âmbito cível. Para Aroca (1997, p. 156-7), no processo civil, pode-se impor às duas partes o ônus de *pronunciarse expresamente, en los actos de alegación, sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o aun las respuestas evasivas pueden llegar a entenderse como admisión de los hechos a los que se refieran* e de *"contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulen en la prueba de confesión en juicio, de modo que la negativa a confesar o las respuestas evasivas pueden llevar a que el juez tenga a la parte por confesa*.

O autor complementa afirmando não poder impor esse duplo ônus ao acusado no processo penal, porque tem ele o direito de não declarar (AROCA, 1997, p. 156-7).

No direito pátrio, em regra, o não comparecimento da parte intimada para prestar depoimento pessoal e a recusa em responder ou depor, sem motivo justificado, da parte que comparece são hipóteses de confissão ficta no processo civil (art. 319 e art. 343, § 2º, do CPC). O silêncio equivale à recusa em depor e para tal atitude atribui-se a pena de confesso, pois há absoluta correspondência entre a falta de resposta e a confissão. O ônus da parte não é apenas o de depor, mas o de responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 430). Em consequência, a confissão ficta produz o julgamento rápido do litígio, embora impeça a apuração dos fatos de forma precisa. A revelia, além de propiciar a aplicação da pena de confesso, possibilita seja julgado o mérito da causa antecipadamente, situação que não se verifica no processo penal. Nesta área, o silêncio não é confissão tácita, a revelia não induz o julgamento precoce da causa penal e sempre é preciso apurar os fatos, sem ater-se a ficções jurídicas.

Conquanto diferente o tratamento dado à confissão, não provoca maior capacidade de convencimento na área cível ou na penal. A confissão há de ser aquilatada por seu valor intrínseco, em cotejo com as demais provas coligidas. A sede da confissão, cível ou penal, não induz à sua maior credibilidade. Pode ser que a confissão na área cível menos impressione, sobretudo porque há regras de valoração da prova que identificam alguns fatos a ela, a exemplo do que ocorre com a recusa em depor.

Na área penal, posto que funcione como elemento tranquilizador do espírito do magistrado, autorizado pelo próprio réu a infligir a pena, não existe nenhum ato ou fato que corresponda à confissão. Ela nunca decorre de ficções e, para ser introduzida no processo, há de ser sempre extraída do acusado, respeitada sua liberdade de declaração.

Confessada a autoria do crime, o magistrado, nos termos do art. 190 do CPP, deve ainda indagar os motivos e as circunstâncias em que ocorreu o fato, para apreciar-lhe o *animus con-*

fitendi, se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da confissão etc. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 403). Não há semelhante regulamentação no CPC e isso se explica porque a confissão, no processo penal, consiste em declaração de verdade ou de ciência, cujo conteúdo precisa ser detidamente averiguado. Na esfera cível, o procedimento especial de revogação, previsto no art. 352 do CPC, faz presumir tratar-se a confissão de declaração de vontade. O que se diz a respeito da verdade de fatos não se revoga, invalida-se como se invalidam as provas falsas em geral (PASSOS, 1977, p. 10). No processo penal, a confissão é retratável, não está sujeita a revogação, e por isso se depreende que se cuida de declaração de ciência.

5.4 TESTEMUNHAS

A lei proíbe o magistrado de julgar a causa em que figura como parte. Impede a atuação do promotor no processo em que o cônjuge é réu. Faculta ao acusado não produzir prova em seu prejuízo. Não deveria prever o impedimento em declarar contra os próprios parentes?

Em processo penal, a regra é clara e abrangente: qualquer pessoa pode ser testemunha. O mesmo não vale para o congênere civil. A par de dispor que todos podem testemunhar, a legislação processual penal somente não confere o compromisso de dizer a verdade aos menores de 14 anos e aos doentes e deficientes mentais, além de alguns parentes próximos. Assim como não se pode exigir a autoincriminação do acusado, a ninguém se pode obrigar a contribuir para levar os seus familiares ao cárcere.

A faculdade em não produzir prova deve-se à necessidade que a pessoa tem de confiar nos parentes mais próximos, bem como proteger o interesse social da existência dessas relações de confiança no seio familiar. A proteção imediata destina-se à família, porém a previsão não deixa de ser uma desconfiança quanto à imparcialidade da testemunha. A recusa em prestar testemunho fundamenta-se no perigo de conflito pessoal entre a obrigação de falar a verdade e a tendência em falseá-la.

As testemunhas no processo penal podem recusar-se a depor se possuírem determinados laços de parentesco com o acusado: ascendente, descendente, afim

em linha reta, cônjuge, ainda que desquitado, irmão, pai, mãe ou filho adotivo. Mas a recusa é condicional, porquanto, se não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, ela se torna inaceitável (art. 206 do CPP).

No processo civil, os parentes das partes são considerados impedidos de depor, salvo se exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito (art. 405 do CPC). Sendo estritamente necessários, os depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz atribuir-lhes-á o valor que possam merecer. Em acréscimo, tolera-se não deponha a testemunha sobre fatos que acarretem grave dano ao cônjuge e aos seus parentes. Diferentemente do processo penal, não constitui recusa em depor, mas em prestar determinadas informações.

De acordo com o Código Civil, salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só é admissível nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados (art. 227). Depreende-se que a prova testemunhal é recurso de limitado valor probatório.

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo 'X' ou o indivíduo 'Y', considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão.

Na legislação processual civil, as proibições ao depoimento dividem-se em incapacidades, impedimentos e suspeições. Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas, mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer. Na esfera penal, são opostos menos óbices à coleta da prova testemunhal, pois se pressupõe que toda pessoa pode ser testemunha.

5.5 DOCUMENTOS

Os documentos admissíveis no processo penal ou civil não possuem peculiaridades a ponto de serem aceitos exclusivamente em uma ou outra sede.

Na realidade, presume-se não haver distinção entre os documentos que podem ser empregados no processo civil ou penal, salvo se a lei estipula exceções. É o caso das prescrições contidas na Lei n. 7.115/83, segundo a qual *a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira*. O art. 1º, parágrafo único, no entanto, estabelece que o disposto acima não se aplica para fins de prova em processo penal.

Para o CPP, documentos são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares. Mas hoje, a prova documental não se resume ao escrito, pois há provas fotográficas, fonográficas, cinematográficas, entre outras. Na esfera penal, os documentos podem ser apresentados em qualquer fase do processo, salvo expressas exceções. Não será permitida a leitura de documento que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte, durante o julgamento em plenário no tribunal do júri (art. 479 do CPP).

Na seara cível, há mais restrições quanto à apresentação de documentos, porque compete à parte instruir a petição

inicial ou a resposta com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. Somente será lícito a elas juntar aos autos documentos que sejam novos, isto é, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Em tese, existe maior liberdade de apresentação de documentos no processo penal, porque, afora o procedimento do júri, permite-se às partes juntar prova documental nova ou velha a qualquer tempo.

Se no processo penal a recusa à apresentação de documentos pode resolver-se pela busca e apreensão, confere-se ao juiz cível a prerrogativa de determinar à parte que exhiba documento

ou coisa que se ache em seu poder. Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborarem com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade decorre para o juiz o poder de determinar a exibição de documento ou coisa, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 437).

A recusa ilegítima ou a indiferença quanto à determinação judicial autoriza o magistrado a admitir como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (art. 359 do CPC). Em algumas circunstâncias considera-se justificável a recusa em exibir o documento, havendo previsão da escusa, inclusive, se a publicidade representar perigo de ação penal (art. 363, III). Mas, em regra, na ausência do documento que interessa ao processo, a solução adotada pelo CPC consiste em recorrer a ficções jurídicas quanto à veracidade do que se pretende demonstrar, em vez de fazer uso da força e providenciar a prova compulsoriamente.

5.6 CONDUÇÃO COERCITIVA

A conhecida concepção carneluttiana que excluía toda inconveniência moral na utilização de meios coercitivos para obter do acusado respostas sinceras (CARNELUTTI, 1956, p. 270) merece registro histórico e nada mais. O Direito Processual moderno não se compatibiliza com a adoção de qualquer meio indiscriminado de coerção para a obtenção de prova, sobretudo se a pretensão é alcançar a confissão.

No Brasil, após longo período de regime ditatorial, a reação contra o arbítrio e os abusos de poder fortaleceu a proteção da liberdade, erigida como valor supremo. Em movimento pendular, passou-se à extremidade oposta, para se repelir as ingerências que possam suprimi-la ou limitá-la, com a tendência de se proscrever toda manifestação de força do Estado sobre o indivíduo.

98

O que o juiz não deve fazer é sair de seu posto de imparcialidade e substituir-se às partes para produzir prova não incorporada aos autos por negligência, ineficiência ou displicência.

Existe, no entanto, um ponto de equilíbrio no qual o pêndulo permanece em estado de repouso e em que é possível coexistir o respeito à liberdade individual com as necessidades de proteção da sociedade. O recurso à coerção estatal em âmbito processual penal deve existir, mas ser imposto a situações estritamente necessárias.

Todas as medidas coercitivas que importem em restrições de direitos devem ser empregadas segundo o critério da graduação, cuja aplicação obedece aos princípios da proporcionalidade e da adequação, do que se conclui ser a privação de liberdade a *extrema ratio* (GREVI, 2000, p. 15). No aspecto probatório, o direito brasileiro conhece algumas modalidades de obtenção de provas mediante o emprego da coerção estatal, a exemplo da busca e apreensão. A condução coercitiva e a prisão provisória, embora não sejam meios diretos de coleta de prova, funcionam como instrumentos, autorizados por lei, para facilitar ou possibilitar a angariação de elementos probatórios.

A condução coercitiva é instrumento mais ameno do que a prisão provisória na tentativa de se coligir evidências para o

processo, pois não se chega a recorrer à privação da liberdade a fim de se conseguir a colaboração do réu. No direito espanhol, *el acusado ha de tener la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano judicial, y esa obligación es exigible coactivamente de modo que el incumplimiento de la citación puede llevar a la detención, pero el acusado no tiene obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral* (AROCA, 1997, p. 156).

O direito pátrio não admite a detenção do acusado que não comparece em juízo, mas prevê a possibilidade de ser levado à força à audiência criminal, embora se repete de inaceitável autoritarismo a prescrição do art. 260 do CPP (ARAÚJO, 1999, p. 229). Qual seria o sentido em se conduzir coercitivamente o acusado se pode ele subtrair-se de prestar declarações? Se tem o direito a essa recusa, em nome de que princípio se haveria de obrigá-lo a ir ao local? (SUANNES, 1999, p. 264). Por que garantir a medida de instrumentalização da obtenção da prova se a produção desta não é assegurada?

Em verdade, todas as normas que autorizam a emissão de determinação judicial de condução coercitiva do acusado perdem significado se é permitido a ele resistir à formação da prova para cuja produção se dispôs a força estatal. Por conseguinte, o respeito ao princípio contra a autoincriminação esvaziou a utilidade da condução debaixo de vara para a consecução do interrogatório. Como bem assinala Grevi (1995, p. 13-4), *appare fuori discussione che nessuna misura cautelare possa venire disposta allo scopo di ottenere coattivamente la presenza dell'imputato al compimento di atti che ne presuppongano la partecipazione attiva (per esempio, attraverso dichiarazioni)*.

Mas aí não se esgota a finalidade da condução coercitiva, tampouco se confina ao acusado o seu papel. A condução coercitiva não foi revogada em face da inserção do direito ao silêncio na Constituição Federal. A condução destina-se não apenas ao acusado (art. 260), mas também ao perito (art. 278) e à testemunha (art. 218). Por meio dela pretende-se obrigar o comparecimento do réu ao interrogatório, ao reconhecimento ou a qualquer outro ato que sem ele não se possa realizar, a exemplo da restauração de autos, sem que isso importe em constrangimento ilegal, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 54.986/PR). Não alude exclusivamente ao interrogatório e à prestação de declarações e, por conseguinte, há de persistir mesmo sendo resguardado o direito de permanecer calado na Constituição.

Em alguns casos não será manejada a condução coercitiva, por evidente disposição legal. Na Lei de Imprensa, o art. 45, I, reza ser suficiente a presença do advogado ou defensor do réu na audiência de instrução e julgamento. A Lei n. 1.079/50, na parte em que disciplina o processo contra o Presidente da República e Ministros de Estado, autoriza o acusado a comparecer à sessão de julgamento, por si ou pelos seus advogados, podendo, ainda, oferecer novos meios de prova (art. 25). O comparecimento do réu pode ser substituído pela presença do defensor, e a condução coercitiva perde seu propósito, conquanto possa ser determinada em outras circunstâncias.

O não comparecimento do acusado às audiências pode acarretar a quebra da fiança e a revogação da liberdade provisória vinculada, mas a inferência de indícios desfavoráveis, como antanho ocorria, inclusive sendo objeto do anteprojeto de lei

elaborado por Frederico Marques, falece de motivação lógica. O próprio CPP prevê a possibilidade de o acusado não apresentar-se em plenário, no rito do júri, como corolário do direito de permanecer calado (art. 457). Não há prejuízo para o julgamento, tampouco se trata de revelia, mas também não significa seja vedada a utilização da condução coercitiva em situações outras.

Na seara cível, existe previsão da condução coercitiva apenas para as testemunhas (art. 412), sem possibilidade de estender a medida aos peritos e às partes. Por conseguinte, conquanto possa o acusado valer-se do direito ao silêncio, mesmo após ser compulsivamente levado à audiência, a possibilidade de se assegurar sua presença física aos atos processuais é forma de guarnecer o processo penal de meios adicionais para a obtenção da verdade.

5.7 PRISÃO DE CARÁTER INSTRUTÓRIO

Não é tecnicamente correto decretar a prisão provisória a título de antecipação de punição. Mas não há nenhum empecilho a que se decrete a custódia cautelar para facilitar a obtenção de prova. A legislação processual penal admite a prisão provisória com finalidade cautelar e probatória.

A prisão temporária consiste na utilização da cautela com o escopo de, direta ou indiretamente, obter elementos probatórios. Essa é a razão primordial para condicionar a presença física do indiciado ao sucesso das investigações de determinados delitos. A prisão temporária, disciplinada pela Lei n. 7.960/89, constitui o mais evidente exemplo de emprego da cautela provisória com o intuito de obtenção de prova. Na lição de Bruno Teixeira Lino (2001, p. 93), o vocábulo temporária *constitui esconderijo da real finalidade da prisão: investigar*.

Por seu turno, a prisão preventiva pode ser decretada para a conveniência da instrução criminal sempre que o acusado, em liberdade, estiver impedindo o regular desenvolvimento do processo. A prisão preventiva justifica-se, com finalidade probatória indireta, para evitar o risco de deterioração de provas, preservando, assim, a instrução do processo. No momento da decretação da prisão preventiva deve-se já saber *almeno in termini ipotetici, quali sono le prove da*

acquire, dove cercare, e quali i rischi incombenti (ILLUMINATI, 1993, p. 549). E, por essa razão, deve ser limitada ao tempo estritamente necessário para assegurar a obtenção da prova.

A prisão processual precisa ser empregada para reduzir ao mínimo o prejuízo sentido pelo acusado em custódia, excluindo toda limitação da liberdade que não seja rigorosamente funcional às exigências pelas quais a medida foi determinada, de modo a representar sacrifício reduzido. A prisão provisória, em suas variadas modalidades, necessita ser concebida em seus reais termos: decretada excepcionalmente, mantida somente se necessária e revogada se ausentes os pressupostos.

Enquanto a busca pessoal, a apreensão de documentos no domicílio do acusado, a interceptação telefônica e de dados de informática são comumente adotadas no processo penal, medidas de equivalente quilate são estranhas ao processo civil.

Na esfera cível, a única modalidade de prisão existente – a do devedor de alimentos – não possui nenhuma conotação probatória, porquanto visa exclusivamente a compelir o indivíduo ao cumprimento de obrigação. Pode-se concluir, pois, que é exclusividade do processo penal a adoção de instrumento assaz coercitivo para fins de regular desenvolvimento das investigações e da instrução processual.

6 FUNDAMENTOS DA DISTINÇÃO

Após a análise dos meios de prova no direito processual civil e penal, como também dos instrumentos dispostos para sua coleta e com os direitos que excepcionam a produção probatória, constata-se que o juiz criminal é dotado de mais instrumentos para alcançar a verdade. Mas por que se conferiram ao processo penal meios adicionais de esclarecimento dos fatos?

A resposta óbvia parece ser que, por exigir mais provas para a condenação penal, concedem-se mais meios de se produzir provas: *La quantità di prova, che è necessaria a convincere il giudice, è diversa nel processo civile ed in quello penale* (TONINI, 1998, p. 24), porém não é o fundamento justificador da distinção. No processo civil, o *quantum* de prova é idêntico para as partes, posto que o ônus

se distribua desigualmente entre elas.

O autor deve provar o fato constitutivo do direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, a fim de afastar a dúvida do julgador. A insuficiência ou a contrariedade de provas equivale à falta, para efeitos de julgamento, e culminará na improcedência do pedido. O mesmo peso de provas é exigido do réu ao opor o fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (art. 333, II, do CPC). A insuficiência das provas importa na própria ausência de elementos para autorizar o juiz a decidir em favor do requerido.

Em processo penal, a questão situa-se em outra esfera. É indubitoso caber ao acusador o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Em havendo dúvida,

aplica-se o vetusto brocardo *in dubio pro reo*, consoante dispõe o art. 386, VII, do Código de Processo Penal. A peculiaridade do processo penal reside no fato de que, quando ao acusado incumbe provar algo a si favorável, a insuficiência de provas, capaz de gerar dúvida no juiz, leva-o a decidir em seu benefício: *o demandado que opõe uma exceção à ação contrária tem obrigação de produzir uma prova completa de sua exceção ou ao menos de uma prova superior à da ação de que quer defender-se. Ao acusado, ao contrário, que expõe desde logo uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação e chega-se somente a tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa* (MALATESTA, 1996, p. 138).

A legítima defesa, o erro de proibição, a prescrição, entre outros, considerados fatos extintivos ou impeditivos do direito do acusador, segundo a nomenclatura do processo civil, não precisam ser provados inequivocamente, porquanto a dúvida acerca da real caracterização de uma excludente ou dirimente resolve-se em prol do acusado ou, ao menos, deveria resolver-se, como impõe o art. 386, VI, do CPP. A prática judiciária tem

revelado ser prejudicial ao réu a não comprovação isenta de dúvidas das causas excludentes do crime. Além disso, se a prova está a cargo do autor, é certo que esse ônus é mais pesado para o acusador penal do que para o demandante civil, em razão da existência de uma presunção legal de inocência (BOULOC; LEVASSEUR; STEFANI, 1996, p. 26).

Entretanto, a exigência de mais robusta prova no processo penal, comprovada pela possibilidade de ser o acusado absolvido criminalmente por insuficiência de provas, mas condenado civilmente à reparação do dano, não serve de fundamento à diferenciação. Na realidade, a menor gama de recursos na reconstrução dos fatos no processo civil, o que externaria a verdade formal, impõe-se *como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social* (BARROS, 2002, p. 31).

A lei proíbe o magistrado de julgar a causa em que figura como parte. Impede a atuação do promotor no processo em que o cônjuge é réu. Faculta ao acusado não produzir prova em seu prejuízo. Não deveria prever o impedimento em declarar contra os próprios parentes?

Isso é da própria estrutura do processo civil, em que até direitos indisponíveis podem ser transacionados (art. 447, parágrafo único). Ao revés, no campo penal, ainda que a acusação se convença da inocência do réu, à exceção das infrações de menor potencial ofensivo, não se permite transacionar a ação penal pública incondicionada, podendo o juiz ditar sentença condenatória a despeito do comum entendimento das partes. As soluções consensuais de infrações de menor potencial ofensivo prescindem da efetiva comprovação da culpabilidade e se satisfazem com o mero acordo de vontades, em autêntica aproximação do pragmatismo que orienta o processo penal norte-americano e as transações civis.

Outro fundamento para identificar o processo penal com a verdade material e explicar a razão do maior leque de instrumentos probatórios é a severidade das consequências da condenação penal. Barbosa Moreira (1996, p. 151) indica ser artificial supor a maior gravidade do processo penal em relação ao civil, tendo em vista decisões que afetarão apenas o patrimônio ou a liberdade pessoal. No âmbito civil trata-se com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e no penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração é punível com multa.

Algumas infrações são punidas, exclusivamente, com penas pecuniárias ou com sanções privativas de liberdade cujos reduzidos lindes permitem, obedecidas certas condições, a substituição pela multa ou por pena restritiva de direitos, de forma a evitar o cárcere. A infligência da sanção pecuniária bem se identifica com as consequências patrimoniais de perda do processo civil, motivo pelo qual, segundo o renomado autor, não se poderia utilizar o receio aos graves resultados do processo penal como fundamento da distinção. A isso se acrescentaria o disposto no art. 202 da Lei n. 7.210/84, de acordo com o qual cumprida ou extinta a pena, não constará da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por

autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir o processo pela prática da nova infração penal ou outros casos expressos em lei. Paga a sanção pecuniária e extinta a punibilidade, nenhuma mácula constará dos documentos públicos referentes ao sentenciado, de modo a afastar o efeito estigmatizante da condenação criminal.

Ademais, o efeito moral da condenação penal nem sempre seria superior àquele provocado pela sentença condenatória civil. Reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, a existência de ato ilícito civil lesivo a honra e a consequente obrigação de indenizar, destituir o genitor do pátrio poder e anular o ato fraudatário contra credores produzem efeito profundo na esfera moral do indivíduo. Muitas vezes esse efeito será maior do que o originado da condenação criminal, especialmente nas hipóteses de aplicação de penas não privativas de liberdade.

O vigor probatório em âmbito penal possui raízes históricas. No século XVIII, havia na Inglaterra 313 ou 315 condutas capazes de levar alguém à forca, ao cadafalso, 315 casos punidos com a morte. Isso tornava o código penal, a lei penal, o sistema penal inglês do século XVIII um dos mais selvagens e sangrentos que a história das civilizações conheceu, situação profundamente modificada no começo do século XIX (FOUCAULT, 2002, p. 80). A situação não era diferente em outros Estados.

No Brasil, as primeiras ordenações, as Afonsinas, não se preocuparam com a proporcionalidade entre delitos e penas, porém mais em conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito do Cristão com Judia ou Moura e o furto do valor de marco de prata eram igualmente punidos com pena de morte (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 111). Diante de quadro pintado com esses tons, em que toda condenação resultaria em morte, não seria razoável exigir-se maior esclarecimento dos fatos no processo penal, diante do risco que a irreversibilidade de uma sentença condenatória provocava.

Conquanto a humanização do Direito Penal e a racionalização das penas tenha contribuído para que as consequências da sentença condenatória não se resumissem sempre à prisão, atualmente existem delitos em que as sanções ainda são extremamente rigorosas, sem correspondência em outro ramo do Direito. A condenação à pena privativa de liberdade de longa duração, a imposição de medida de segurança de prazo indeterminado e até mesmo pena de morte são consequências do injusto penal culpável de severa gravidade.

O processo penal tem atenuado o rigor da necessidade de esclarecimento dos fatos, sobretudo para as infrações de menor desvalor da conduta e do resultado, como forma de, a exemplo do processo civil, favorecer o encerramento das causas criminais e facilitar o restabelecimento da paz social. Porém, nota-se que os meios de obtenção de prova mais eficientes e amplos do processo penal são aplicados em infrações de maior gravidade, a exemplo da prisão provisória e da interceptação telefônica e de dados, o que não afasta a percepção de que, ainda hoje, as mais graves consequências penais provocadas pela condenação são cercadas de mais meticolosa apuração.

7 CONCLUSÃO

A verdade não é meta prioritária a se alcançar, pois não possui valor absoluto, seja no processo civil, seja no penal. Contudo,

quanto maior a prioridade em sua busca, pode-se categorizá-la em material e formal. A prioridade é inferida, não mais da iniciativa probatória do juiz, mas dos meios dispostos para o seu alcance. A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal.

A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A divergência entre as verdades formal e material se agudizam ou se amenizam em conformidade com a regulamentação trazida pelo direito positivo no tocante às possibilidades conferidas ao magistrado de melhor elucidação dos acontecimentos que deram ensejo ao ajuizamento da ação.

No Brasil, a busca e apreensão, a interceptação de comunicações telefônicas e de dados e a prisão de caráter instrutório são de uso exclusivo no processo penal; a condução coercitiva é mais reduzida, segundo a legislação processual civil, pois se restringe às testemunhas; apenas na área criminal qualquer pessoa pode ser testemunha e se admite a juntada de documentos a todo tempo, salvo única restrição no rito do júri; por fim, a confissão, quando vista como declaração de ciência e não como manifestação de vontade, exige adicionais investigações para aferir-lhe a idoneidade.

Os conceitos de verdade material e formal, ao contrário do que sempre ocorreu, não se assentam em pressupostos teleológicos, como fins diversos que se almejam, mas possuem conotação instrumental e se diferenciam pela gama de meios de obtenção de prova disponíveis para se alcançar o esclarecimento dos fatos.

O processo civil é dotado de menos instrumentos de obtenção de prova, para favorecer o encerramento de litígios, o que corresponde à verdade formal, e se conferem mais meios ao juiz criminal em face das graves consequências da condenação penal, razão por que se coliga à verdade material.

NOTA

- 1 Na Inglaterra, onde a coleta e produção de provas é tradicionalmente colocada nas mãos das partes, a reforma do processo civil, em vigor a partir de 26/4/99, acarretou nítida aproximação ao direito processual dos países da Europa Continental.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.
- ALSCHULER, Albert W. et al. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BETTIO, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966.
- BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

- BOULOC, Bernard; LEVASSEUR, Georges. STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. 16. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 11, 2ª parte, 1956.
- CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997.
- DOTTI, René Ariel. Temas de processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 748, fev., 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotá, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale "giusto" – itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1995.
- ILLUMINATI, Giulio. In difesa del diritto al silenzio. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, mai/ago., 1993.
- ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993.
- KATZENMEIER, Christian. Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, n. 11, Tübingen, 2002.
- LENCKNER, Theodor. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 8, 25 fev., 1965.
- LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilícitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez., 1996.
- _____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, abr./jun., 1999a.
- _____. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 93, jan./mar., 1999b.
- _____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, São Paulo, abr./jun., 1994.
- NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- PASSOS, J.J. Calmon de, Confissão (direito processual civil). In: *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, v. 18, 1977.
- RENZIKOWSKI, Joachim. Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. *Juristen Zeitung*, n. 14, Tübingen, 1997.
- ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25ª Aufl. München: C.H. Beck, 1998.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.
- _____. Humberto. *Processo cautelar*. 23. ed. São Paulo: LEUD, 2006.
- TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1998.
- TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- UBERTIS, Giulio. *La prova penale – profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET Libreria, 1999.

Artigo recebido em 12/1/2012.

Artigo aprovado em 8/2/2012.

Carlos Henrique Borlido Haddad é juiz federal e professor adjunto da UFMG.