
AS REFORMAS EXISTENTES NOS SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS NO JUÍZO CRIMINAL

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.269

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é realizar uma leitura crítica dos principais pontos que delimitam os sistemas de avaliação da prova no juízo criminal. A análise da prova da alegação de um fato sempre permeou as relações sociais e, principalmente, as existentes em matéria de processo. Não se trata de uma tarefa fácil, tendo em vista que a questão extrapola a esfera do direito processual para atingir a órbita de outras áreas do conhecimento humano, vez que há uma estrita relação entre o que se avalia e quem se avalia. A prova é concebida como uma reconstrução de um fato ocorrido, de um evento que carece de comprovação. E tal se faz para que se forme um convencimento, que seja possível analisar não somente o que de fato ocorreu, mas a possibilidade de aferição de responsabilidade criminal ao acusado da prática do fato. Dessa forma, na presente abordagem, utiliza-se o método analítico documental. Uma das conclusões possíveis é a de que, apesar de toda a tecnologia que cerca a temática atualmente, não se conseguiu, ainda, desvencilhar-se do caráter da subjetividade da análise judicial, tendo em vista que não se trata somente de aferir um dado técnico, mas de, efetivamente, julgar um ser humano.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Prova. Sistemas. Avaliação. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito possui como um de seus princípios o de ser o julgamento criminal somente considerado legítimo quando fundado em provas substanciais da natureza do fato delitivo e sobre o nexo causal da materialidade, espancando qualquer tipo de dúvida sobre a inocência ou não do acusado. Desse modo, caminha o entendimento de ser o ordenamento processual brasileiro dotado de certa flexibilidade, além de estar calcado em princípios de extremo alcance e envergadura social.

Os estudos referentes à atividade probatória compõem, atualmente, grande parte da doutrina processualística, visando orientar as partes acerca das possibilidades, forma, meios e limites para a obtenção e apresentação das provas em juízo. Tais modalidades de provas compõem o que se denomina “conjunto probatório”, norte referencial para que o magistrado possa buscar o entendimento e a convicção sobre os fatos que lhe são apresentados.

Todos os elementos utilizados como prova servem como horizontes norteadores para a formação da livre convicção do magistrado acerca da realidade de um determinado fato, inspirando a fundamentação da sentença processual. Isso retrata o mecanismo adotado pelo ordenamento processual penal brasileiro que obriga o magistrado a justificar-se perante as estruturas sociais acerca de uma decisão tomada quando da análise de um caso submetido ao juízo estatal.

Mais do que simplesmente orientar-se por uma ou outra modalidade de prova, deve ser observada uma série de requisitos e prerrogativas que visam à aplicação dos princípios lapidares insculpidos na Constituição da República de 1988 e nos ordenamentos processuais, garantindo-se, desse modo, a justiça social.

O convencimento do magistrado sobre os elementos de prova apresentados guia-o para a fundamentação da decisão tomada com base nos valores pessoais (íntimos), na experiência de vida e no conhecimento do direito.

Esse processo de natureza lógica recebe várias denominações na doutrina brasileira. Largamente lê-se “*sistema do livre convencimento do*

magistrado”. Soa comum a dicção “*sistema da livre motivação*”. É também encontrada a referência ao “*sistema da livre convicção*” ou da “*persuasão racional*”.

Independente da nomenclatura adotada, o que realmente tal sistema quer representar é a possibilidade ofertada ao magistrado brasileiro para livremente apreciar uma determinada modalidade de prova que lhe é apresentada, detectando sobre sua compatibilidade e nexos com os fatos em discussão. Da verificação inicial, o magistrado parte para um segundo momento de análise, calcado na valoração do elemento destinado à prova, ponto nodal do sistema.

Não se deve esquecer que o magistrado atuando junto à estrutura social possui credos e doutrinas adquiridos em sua experiência de vida (máximas de experiência). Esse parâmetro serve como baliza norteadora do legislador processual para adotar no Brasil um sistema de apreciação das provas que não exclui os elementos subjetivos do juiz.

Isso implica, fundamentalmente, na aceitação da liberdade que é proporcionada ao magistrado para movimentar-se no sentido de administrar a obtenção e avaliação do elemento utilizado como prova no decurso processual. *A priori*, apesar de descartarem-se limites à tal liberdade, há que se destacar a importância dos preceitos constitucionais que indicam balizas a serem respeitadas, além dos horizontes estipulados pela moral e os bons costumes.

Não é uniforme o entendimento que vige sobre o fenômeno da prova judiciária, vez que parte da doutrina nacional, inspirada em sistemas processuais flexíveis, orienta no sentido de serem amplos e ilimitados os meios e formas de obtenção da prova, desde que a realidade processual possa ser atingida e destinada a um fim específico. Outros se guiam na esteira de uma liberdade restringida por balizas éticas, morais, sociais, legais, dentre outras.

Na realidade, os operadores do direito, em sua grande maioria, navegam os seus sentimentos num oceano de orientações que geralmente conduzem a entendimentos conflitantes com o que realmente o legislador processual quis estabelecer quando disciplinou o assunto, fato que pode afetar sensivelmente sua compreensão no que diz respeito aos limites de atuação para a formação de uma linha de defesa ou acusação.⁹⁹

⁹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 12-13.

Do tema abordado no presente ensaio, emergem questões de extrema importância, tais como: a existência ou não de uma escala hierárquica utilizada entre as modalidades de provas penais e a aceitação de uma provável tarifação entre as diversas modalidades destinadas à prova penal.

1 UM NECESSÁRIO CORTE HISTÓRICO À LUZ DOS SISTEMAS DE AFERIÇÃO DA PROVA PENAL

A história do direito é avaliada sempre em relação a uma determinada época, percebendo-se nítida variação para cada civilização que, por sua vez, possui costumes próprios e credos peculiares.¹⁰⁰ Estes traços são os verdadeiros definidores das características de cada um dos sistemas jurídicos de vanguarda. Inegável está que:

a consciência jurídica do mundo assemelha-se a uma árvore ciclópica e milenária, de cujos galhos nodosos rebentam os densos ramos e, deles, a floração dos direitos. Quando em vez, as flores legais emurhecem sob o implacável calor do tempo e a ventania evolucionista e revolucionária, oriunda das carências sociais, agita as ramagens e as faz rolar para o solo poroso, onde são transformadas em adubo e absorvidas pelas raízes ponderosas e insaciáveis.¹⁰¹

No entanto, o estudo das instituições e dos princípios orientadores do direito requer considerações mais aprofundadas dentro dos sistemas utilizados pelos povos sem escrita (primeiro momento histórico das relações sociais). Denominada de “*pré-história do direito*”, essa fase é muito difícil de ser avaliada de forma pormenorizada vez que deixou poucos vestígios e elementos que permitiriam traçar um perfil maior.¹⁰²

¹⁰⁰ MORAIS, Paulo Heber, LOPES, João Batista. **Da prova penal**. 2. ed. Campinas: Copola, 1994 p. 28.

¹⁰¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1995. P. 35.

¹⁰² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1995. p. 31.

Talvez o traço mais forte da chamada pré-história do direito fosse o não conhecimento da escrita, embora já houvesse institutos fortes do direito civil, tais como: o casamento, o pátrio poder, a propriedade, a sucessão. Todavia, aqui não se fala em procedimento probatório ou modalidades que se assemelhassem a alguma forma processual conhecida. Passavam de gerações para gerações seus costumes como a principal inspiração – fonte – para seu comportamento, originando o denominado “*direito consuetudinário*”.

Possuíam na religião um de seus pilares de sustentação. A crença nas divindades mitológicas permitia criar um universo de credences e balizas utilizadas para cada comunidade, originando uma diversidade de comportamentos pautados, inclusive, no sobrenatural.¹⁰³

Dessa feita, aparentemente havia uma confusão do que era ou não jurídico. Para assegurar a imposição de regras pré-determinadas, grupos de pessoas funcionavam como verdadeiros conciliadores na tentativa de evitarem-se os conflitos sociais mediante concessões de ambas as partes.

Foi com o aparecimento da escrita que surgiram os primeiros textos jurídicos em algumas civilizações antigas que detinham riquezas, poder bélico e conhecimento das artes e das ciências primitivas. Com esses documentos escritos, permitiram-se avaliar algumas modalidades procedimentais, bem como o desenvolvimento de certos institutos jurídicos na antiguidade. Tem-se como exemplo de tais civilizações: os egípcios, os romanos e os germanos.¹⁰⁴

Os primeiros documentos datam de 3000 anos a.C., influenciando fundamentalmente o direito romano, grego e hebraico. A vasta bibliografia destaca nesse contexto, cinco grandes sistemas jurídicos que operam como verdadeiros mananciais da ciência jurídica hodierna: o direito do povo egípcio, dos Mesopotâmios, dos hebreus, dos gregos e dos romanos.

Constata-se, em todo esse aparato histórico, que os grupos sociais, independente da cultura a qual pertenciam, sempre buscaram meios eficientes para aplicar a reprimenda do próprio grupo aos fatos que deveriam ser repugnados, numa clara tentativa de inibirem que os mesmos se

¹⁰³ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 11-12.

¹⁰⁴ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

repetissem. Isso representou certa segurança para que novas relações sociais fossem estabelecidas até mesmo entre grupos sociais de culturas distintas.

Nessa esteira, atesta-se que o crime e a pena intimamente se relacionavam na cultura do direito hebreu, nas leis atenienses, no código Hamurábico, na grande parte das leis religiosas, morais e civis do código de Manu, no Alcorão, na legislação medieval e nas revelações dos filósofos da Alemanha e dos enciclopedistas.¹⁰⁵

O código de Manu não poderia deixar de ser um código copioso e exaustivo. A testemunha que depunha sobre coisa diversa do que vira ou ouvira, seria precipitada no inferno, com a cabeça para baixo e privada do céu. Nesse particular, Manu também legislara para a eternidade.

Ainda, em referência a esse momento histórico, tinha-se que a pena se totalizava como a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe ao perigo de desagregação com que a ameaça à prática de fatos que violam normas fundamentais da convivência e que abalariam os próprios fundamentos do grupo social, se não fossem eficazmente reprimidos.

O que realmente se percebe é uma legislação para o espírito do mundo, com a produção de normas que eram incluídas nas codificações que marcavam profundos avanços no campo da criminologia.

Seguindo tal visão, ganha terreno o legado de Cesare Beccaria, cuja principal obra – *“Dos delitos e das penas”* – transformou-se num ícone no cenário do direito penal, um grito à liberdade individual, vez que fora um expositor sincero dos sentimentos do seu tempo, quando quase ninguém tinha a coragem de procurar estabelecer as necessárias reformas sociais que pudessem restringir a atuação do absolutismo que regia a sociedade.¹⁰⁶

As fortes transformações políticas e sociais que abalaram a Europa, principalmente, no final do século XVIII, foram definidoras de uma ruptura brusca entre os modelos jurídicos utilizados nas Idades Média e Moderna.

¹⁰⁵ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1995. P. 62.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed., 11. Reimp. São Paulo: Hemus, 1995. p. 17-20.

Nesse período, o costume continuava sendo a fonte inspiradora do sistema jurídico, caracterizando-se por ser espontâneo, de desenvolvimento constante, facilmente adaptável ao meio social, conservando boa parte do credo regional, mas, ao mesmo tempo sendo instável e incerto, ocasionando uma insegurança na população. Nesse ponto, a utilização da escrita trouxe uma maior tranquilidade.

A suposição de serem as leis de conhecimento geral, fez com que a prova dos usos e costumes fosse estabelecida com certa dificuldade. A pressuposição à época era inicialmente pautada no fato de ser o juiz, antes de tudo, escolhido do seio social; então, deveria ser um homem de profundo conhecimento das tradições e dos usos e costumes regionais, amenizando a forma da prova dos referidos.

No sistema jurídico que se arrimou nas denominadas provas *irracionais*, o magistrado não fazia distinção entre a prova da norma jurídica e a prova dos fatos. A intervenção divina já era o julgamento da validade e eficiência da modalidade probatória, ou seja, acreditava-se que Deus permitia ao inocente vencer a contenda, submetendo o culpado à derrota. Não se provava o fato nem tampouco uma regra jurídica; apelava-se a Deus para uma orientação.

Com a predominância do sistema balizado pelas provas *racionais*, a partir do século XII, houve uma preocupação em estabelecer a verdade de como ocorreram os fatos controversos, sem preocupar-se com a interferência do sobrenatural. Aceitavam-se as modalidades de prova testemunhal, documental escrita e dos precedentes judiciais.

A prova dos costumes repousava em duas modalidades: os que possuíam notoriedade deveriam ser conhecidos pelo magistrado que gozava de experiência e conhecimento suficiente para avaliá-los. Os costumes privados deveriam ser provados diante do juiz, por qualquer meio admitido na legislação, com o ônus recaindo sobre o que invocara.

É também saudável o registro de um procedimento muito difundido na Bélgica, Holanda, na Alemanha e em parte da França, que consistia numa consulta realizada por uma determinada jurisdição a outra, no sentido de procurar parecer acerca de como atuar em casos similares já decididos por uma jurisdição.

A elaboração das ciências criminológicas foi viabilizada através dos trabalhos iniciais de psicólogos, psiquiatras, médicos de manicômios e prisões, que desenvolveram estudos acerca dos aspectos humanos e sociais do fato criminoso, encontrando expoentes nas obras de Cesare Lombroso,

Enrico Ferri, constituindo o que hodiernamente denomina-se de “*biologia criminal e sociologia criminal*”.

Tanto a biologia criminal, quanto a sociologia criminal, são dois momentos em que se divide a antropologia criminal. A partir daí, os trabalhos propriamente criminológicos ou de ciências que sustentam a criminologia, se tornaram mais vultosos e precisos, enriquecendo sobremaneira o conhecimento do homem e permitindo à criminologia definição mais firme e inserção mais segura na avaliação e interpretação do crime.

Tem-se hoje a criminologia como um ramo do saber que está em franco desenvolvimento, sistematicamente calcado e constituído, perseguindo objeto próprio e fins próprios (determinação da natureza e origens do fenômeno criminoso), com método sustentado na observação e experimentação das relações sociais e dos fatos que contam com a reprimenda do grupo social. Existe entendimento que defende o fato de ser a criminologia uma ciência apartada das ciências jurídicas.

Destarte, o crime é considerado como uma forma de comportamento do homem que vive em sociedade, uma narrativa do desequilíbrio do indivíduo frente às condições normais de vida em grupo, que deve ser estudado e analisado, sob variados pontos de vista, todos com intuito de inibir novas ações delitivas.

Nesse diapasão, é da alçada da sociologia criminal ocupar-se do estudo da forma de comportamento do indivíduo dentro do grupo social a que pertence, traçando balizas das condições que o grupo impõe ao mesmo. Atualmente, pode-se dizer que a importância do desenvolvimento de estudos na seara da sociologia criminal vai ao encontro das necessidades que a sociedade possui de reduzir os índices de criminalidade, assegurando a paz social e a convivência tranquila de seus membros.

Tais estudos também podem influenciar diretamente na elaboração de um sistema legislativo penal mais humano e ao mesmo tempo mais justo para que a verdade sobre os fatos possa imperar, facilitando a aplicação da pena.

2 LUZES PARA O FIM DAS PRETENSÕES IMAGINADAS NA AVALIAÇÃO DO CORPO PROBANTE

Os sistemas probatórios judiciais são marcados pelo seu caráter social, comportando além do convencimento do magistrado, a satisfação

da parte que busca a decisão da contenda. Contemporaneamente, o magistrado possui a importante função de desenvolver uma pesquisa em busca de obter a verdade e caracterização dos fatos que lhe são apresentados. Ressalta-se a preocupação do legislador processual no sentido de caracterizar o sistema probatório não somente como verdade processual, antes, como uma verdade social¹⁰⁷

Dois sistemas probatórios contemporâneos de traços mais significativos podem ser destacados: o sistema *européu-continental* e o *anglo-americano*.¹⁰⁸ Com predominantes características do feudalismo e do poder político, oriundo das monarquias ocidentais, o sistema europeu-continental pautava-se, sobretudo, na repressão dos delitos, afastando os reis do envolvimento pessoal pela busca do meio probatório utilizado à época: os duelos e sacrifícios físicos submetiam as partes a uma verdadeira competição pela prova.

Cada modalidade de prova admitida era regulamentada de forma complexa e detalhada. As testemunhas, por exemplo, deveriam ser no mínimo duas, oculares, firmes e seus depoimentos eram extraídos em várias sessões. Era o culto ao formalismo rígido com encartes legislativos. No século XVIII, a revolução burguesa imprimiu uma forte reprimenda aos métodos penais e processuais penais adotados pelos absolutistas, em especial, a tortura e a pena de morte. A teoria contratualista de Jean-Jacques Rousseau abriu caminho para uma nova concepção nas relações entre o cidadão e o Estado.

Na seara do processo penal, o sistema inquisitório começou a entrar em xeque com a argumentação da necessidade da instituição do julgamento pelo júri popular, o princípio da oralidade, a caracterização de uma defesa mais ampla.

No campo das provas, sugeria-se a adoção de um método mais indutivo e racional constante da observação dos fatos e da liberdade para analisar os elementos colhidos e apresentados em juízo. Permanecia, no entanto, a proposta de extrema rigidez na aplicação da pena.

Inserir-se, nesse contexto, o sistema pautado no desenvolvimento da “*teoria das provas legais negativas*”, pelo qual o convencimento pessoal do magistrado somente poderia ser utilizado em prol do acusado, exigindo-

¹⁰⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 28.

¹⁰⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 19.

se para a condenação, a presença dos elementos legais de prova. Essa teoria inspirou o sistema da doutrina germânica, consagrada na codificação austríaca (1803 e 1853), na codificação prussiana (1805) e na codificação toscana (1838).¹⁰⁹

Tal padrão ganhou campo diante de sociedades que ainda enxergavam no sistema das provas racionais a obtenção dos melhores resultados, por entenderem que o livre convencimento poderia ser pautado na irresponsabilidade e arbitrariedade quando do exercício das funções pelo magistrado.

Assim, com a introdução, a partir de 1790, da instituição do Tribunal do Júri, houve uma consolidação na estrutura das provas. Aos juízes e jurados era consagrado o princípio da liberdade total e absoluta para análise dos elementos probatórios, sendo dispensada a indicação dos motivos formadores de sua convicção.

O direito penal e processual penal tiveram, na *Escola Positiva*, a orientação para a defesa da sociedade contra criminosos, aumentando a repressão a qualquer forma de ilicitude, influenciando inclusive o ordenamento processual penal de 1941. Tal escola formou-se alheia às hordas jurídicas, propriamente ditas. Ao contrário, resultou do desenvolvimento das ciências do homem, da investigação das origens e do processo do seu comportamento individual e social.

Tais investigações viriam transportar os estudos penais do domínio puramente jurídico para uma posição mais calcada nos aspectos naturalistas da criminalidade, formando duas conclusões fundamentais resultantes da doutrina de Lombroso (existência do criminoso nato) e da doutrina do tipo antropológico do homem delinquente.

Vários métodos de preconceito social foram delineados utilizando o interesse público como escudo para uma série de represálias e tentativas de afastar o contraditório e a ampla defesa. A adesão da Escola Positiva ao sistema inquisitório foi patente. Há uma incessante preconização pela busca da verdade material, íntegra, impulsionando o juiz à colheita de provas a fim de permitir uma análise mais completa dos fatos. Fora, nesse diapasão, ampliado o princípio do “*livre convencimento do magistrado*” nos seus limites, com intuito de atingir-se além da liberdade da apreciação para a autonomia da investigação.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 27.

Destacam-se como principais pontos da aludida escola, os seguintes:

- a-) a consideração do homem criminoso na sua dupla individualidade biológica e social, como forma de sustentar os estudos penais;
- b-) a consideração do crime como um episódio do comportamento do delinqüente que sofre pelas influências antropológicas, físicas e sociais;
- c-) calcar a responsabilidade penal na responsabilidade social;
- d-) tomar a sanção anticriminal como instrumento de defesa social (promoção da recuperação do criminoso).

O sistema *anglo-americano* surgiu na Inglaterra um sistema jurídico delineado pela instituição do “*júri*”. Este era formado por doze pessoas que, por sua vez, eram escolhidas dentro os notáveis do grupamento social. O rei determinava a convocação de pessoas da comunidade para formarem uma comissão de investigação dos fatos alegados, trabalhando posteriormente como testemunhas. Dessa forma, os jurados coletavam informações e decidiam sobre a admissibilidade ou não da acusação. Não poderiam ter antecedentes criminais, e teriam de gozar de boa reputação.

No entanto, foi somente no Concílio de Latrão (1215) que o júri assumiu a função como é hodiernamente conhecido, ou seja, decidir sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. O júri transforma-se na forma usual de julgamento, constituindo-se na característica mais forte do sistema judiciário anglo-americano.

A forma e o modo de apresentação da prova no tribunal do júri foram inovados sob a ótica de adequá-los a uma estrutura formal e rígida, uma vez que todo o conjunto probatório deveria ser apresentado a todos os membros do tribunal em atenção aos princípios da concentração, oralidade e publicidade. A iniciativa processual é atribuída à parte interessada que, por sua vez, decide sobre quais fatos devem recair a estrutura probatória. O magistrado presidente do tribunal não interfere na apuração dos fatos.

Com vigência total até o século XIII, o sistema que adotava a metodologia das provas irracionais, pautava-se na interferência de um ser superior para inspirar um árbitro a fazer justiça acerca de um fato.

Assim, por exemplo, recorria-se a Deus para que este se manifestasse sobre qual parte possuía razão na contenda. Uma das partes (ou um terceiro, ou até mesmo um animal) era submetida a uma prova, denominada de “*ordálio*”. De posse do resultado dessa verdadeira “provação”, o árbitro

dava-se ou não por satisfeito, decidindo o conflito. E por “*ordálio*” se entendia a forma material para se atingir a decisão ou sentença. Representava uma prova quase que física onde eram submetidos pessoas, animais ou objetos.¹¹⁰

Os estudos remontam a vigência do sistema “*romano-canônico*” entre os séculos XII e XIII, com início doutrinal e seqüência prática, atingindo a Itália, Espanha, França e Alemanha, até arraigarem-se por toda a Europa continental. O ponto central do sistema influenciado pelo direito romano é a classificação sistemática das provas romanas em gradações: provas “*plenas*”, “*semiplenas*” e “*indícios*”. A partir do século XIII, inseriu-se outra gradação, o “*notório*” – aquele que não carecia de prova (criação canônica). Nesse sistema, cada prova possuía autoridade e admissibilidade regulamentadas, vedando o juiz de apreciá-la pessoalmente.

A tortura era um procedimento aceito, não como prova, mas como forma de obter certa informação que se julgava imperativa para resolver a discórdia. A tortura apareceu no século XIII com o surgimento do processo inquisitório e com o enfraquecimento da aplicação dos ordálios como meio suficiente para o atingimento da verdade fática.¹¹¹

A confissão obtida por intermédio da prática da tortura do acusado era um exímio meio de prova, anulando-se praticamente qualquer outro meio que pudesse demonstrar os fatos alegados em público ou em juízo. Para se ter apenas um singelo comparativo atual, a Constituição da República de 1988 veda o emprego da tortura ou de qualquer meio que leve o ser humano ao esgotamento físico, moral e psicológico, garantindo-se não somente a vida, como a integridade em sua plenitude (artigo 5º., inciso III, CR/1988).

A partir da segunda metade do século XVIII e início do século XIX, o instituto da prova utilizada como modalidade de convencimento do juiz, recebeu uma série de transformações pautadas na necessidade de ajustá-la à realidade social e aos princípios norteadores da nova visão política e das relações entre o Estado e o indivíduo, como forma de harmonizar e garantir a paz e a satisfação da comunidade a que se destinava.¹¹²

¹¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1995. p. 715.

¹¹¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad.: Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. p. 65-66.

¹¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 14-20.

Na seara do direito penal e processual penal, houve uma clara substituição dos modelos que adotavam as provas legais e também os resquícios oriundos dos sistemas irracionais, por um sistema mais flexível pautado na liberdade do magistrado para buscar os elementos probatórios e avaliá-los de acordo com sua convicção, desvencilhando-se de regras previamente estabelecidas.

Também se buscou admitir um número maior de modalidades probatórias, além de extrair destas qualquer tipo de valor ou de hierarquia em relação às demais. Houve um significativo incremento em relação à aceitação de provas técnicas ou científicas, tais como: perícias, fotografias, vídeos, etc.

No entanto, é na seara penal que a prova sempre representou uma importante função: mostrar com muita certeza se um homem podia ou não ser condenado por um fato que era alegado perante um juízo. Insere-se nesse plano a prova “*judiciária*”, ou seja, aquela destinada a convencer o magistrado acerca da existência de um fato concreto que ocorrera numa oportunidade passada. Atua, destarte, na convicção do juiz.

Três sistemas de prova, que existiram e existem na atualidade, podem ser destacados.¹¹³

a-) o sistema das provas *irracionais* – no qual o juiz pergunta a um ser sobrenatural para que aponte qual das partes tem razão. Espera-se muito a manifestação da divindade sobre a pergunta formulada;

b-) o sistema *legal de prova* – onde é o texto de lei ou o costume que apontam qual é o valor probatório de cada modalidade de prova, obrigando o magistrado a resolver o conflito com base nos elementos apresentados (a própria redação dada ao comando normativo que disciplina os casos); e

c-) o sistema da *livre prova* – pelo qual o juiz aprecia livremente os elementos de prova presentes perante si. Nessa modalidade, o comando normativo permite que o juiz possa formar sua convicção com maiores limites.

No desenvolvimento dos sistemas jurídicos, clara está a distinção de duas possibilidades em que o elemento probatório pode destacar-se, quais sejam: a prova da existência de uma norma de direito e a prova de um determinado fato alegado em Juízo.

¹¹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1995. p. 714.

Construiu-se a chamada Teoria Clássica do ônus da prova que atribuiu o ônus da prova à parte que alegava a existência ou inexistência de um fato do qual se pretendia inferir uma relação de direito.

Na esteira da história, os pensadores e juristas introduziram elementos para que se pudessem formular condutas acerca da identificação do interesse da própria tese levantada ou afirmada. Assim, cumpre identificar a quem se dirige o interesse da afirmação, quem possuía interesse de afirmar.

O direito português sofreu desde cedo uma grande influência do sistema canônico-romanista, que permitiu o amplo desenvolvimento dos ramos de direito civil e comercial, como características do potencial mercantil e colonizador daquela nação. Em matéria penal, o sistema português, inicialmente, restringiu-se à regulamentação de normas para punição de escravos, refugiados e membros residentes nas colônias.

A literatura corrente destaca que as Ordenações Filipinas, pelo seu vasto catálogo de crimes que era também minucioso, assinalavam penas mais cruéis inclusive a morte executada muitas vezes por meio de enforcamento e queima de pessoas vivas. Tais regulamentações foram decretadas em 1603, mandadas à composição por ordem do Rei Felipe II da Espanha, o qual reinava em Portugal sob o nome de Felipe I. Tais Ordenações foram reformadas por lei, em 1643 quando da restauração da monarquia portuguesa.

Era a utilização de um sistema penal punitivo que inibia, praticamente, qualquer possibilidade de defesa, conduzindo o acusado ao pagamento extremo de um ilícito a ele atribuído, ou seja, com sua própria vida.

Juntavam-se nesse rol as torturas para a confissão dos acusados, o uso do açoite e das marcas de fogo, as mutilações de órgãos e partes do corpo humano, as penas infamantes, a confiscação de bens, o degredo, tudo sob um regime de arbitrariedade, intolerância, desigualdade de justiça para nobres e plebeus culminando até com a punição dos descendentes dos acusados.

Dentre as características que se destacaram, pode-se atestar que havia uma preferência pela prova escrita ante a prova testemunhal; os juramentos eram também muito aceitos. Admitiam-se em larga escala os indícios e as presunções e quando estes eram substanciais, ou quando havia uma testemunha ocular, admitia-se a tortura do acusado, visando sua confissão.

As Ordenações Afonsinas destacaram a importância da prova testemunhal como forma de “*conhecimento da verdade*”. Havia preferência explícita para as modalidades de provas escritas que pudessem atestar condições de fato, circunstâncias que somente poderiam ser avençadas em determinadas comunidades, cláusulas penais e outros. Já vigia à época um extremo rigor na aceitação da testemunha que prestava depoimento, sob pesado juramento.

As Ordenações Filipinas foram mais substanciosas em matéria de prova. Admitia-se a denominada “*meia prova*”, pela qual, o julgador avaliaria a satisfatoriedade da modalidade, frente ao que se pretendia provar, submetendo o autor a um juramento para transformá-la em prova inteira.

3 A DIGNIDADE HUMANA COMO MOLA PROPULSORA DA LIMITAÇÃO PRÁTICA AO SOFRIMENTO PELA OBTENÇÃO E AFERIÇÃO DA PROVA

Configura um esculpado desafio vasculhar na densa seara da existência dos valores universais um conceito que possa, em toda sua extensão, albergar um parâmetro definitivo e conglobante para inferir a precisa noção do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Trata-se, portanto, de missão tormentosa na qual se incorre no risco de fomentá-la com expressões de conteúdo subjetivamente indeterminado.

É cediço que a nota etimológica da palavra “*dignidade*” arrima-se na remota origem da raiz latina “*dignus*”, verbete até então utilizado para referir-se a todo e qualquer indivíduo que era merecedor de honraria e que, portanto, fazia jus à estima e era detentor de um importante valor no meio no qual se inseria.¹¹⁴ Nesse contexto, é possível notar um sopro inicial de existência para a delimitação dos quadrantes de vida do termo, o qual galgou um dos primeiros contornos conceituais com os Estóicos, no século III a.C.

Bem mais tarde, com o advento e a consolidação do Cristianismo, a dignidade humana alterna seu *status* e passa a ser vislumbrada também

¹¹⁴ NALINI, José Renato. **Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.

no patamar de uma categoria espiritual, fazendo com que o vocábulo “*persona*”, definitivamente, assumisse o contorno de núcleo central de importância não só para os governantes como para todos os seres humanos governados.¹¹⁵

Em decorrência dos intransponíveis mandamentos de Jesus Cristo, o verbete logrou, desde então, ser empregado como forma de representar a síntese da unidade do ser humano, este que, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, restou compreendido como detentor de uma esfera de direitos fundamentais. Como corolário direto dessa atribuição, mereceu tratamento diferenciado dos demais seres viventes, devidamente por possuir dignidade.¹¹⁶

Esse momento histórico marcou uma nova concepção no âmbito da existência do ser humano. Em decorrência, emergiu o necessário reconhecimento de sua individualidade, contrastada pelas necessidades sociais apresentadas pelos núcleos gerenciadores presentes nas civilizações de então e, mais tarde, pelas formas embrionárias conhecidas dos entes estatais. Confirma-se a partir da formulação de Hobbes pautando que o advento estatal só se justificava a partir da valoração do ser humano, respeitando-se valores sensíveis como vida e paz, enaltecendo os fracos para que não fossem exterminados pelos fortes.¹¹⁷

Nessa transição que vai das civilizações primitivamente constituídas ao Estado organizado institucionalmente, a dignidade da pessoa humana, antes assente numa base de ordem moral, é inserida na base legislativa estatal, no seio das variadas ordens constitucionais e nas históricas Declarações que marcaram as fases decisivas de reflexão acerca dos direitos fundamentais.¹¹⁸

Tal inserção em patamar constitucional fez com que a dignidade humana fosse albergada não somente como um valor a ser observado nas relações sociais, mas, primordialmente, como uma sólida base construída numa dimensão jurídica com feição de norma positivada.¹¹⁹

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.77-79.

¹¹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 60-61.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **As teorias das formas de governo**. 6. ed. Brasília: EdUnb, 1976. p. 56.

¹¹⁸ TOBEÑAS, Jose Castán. **Los derechos del hombre**. 4. ed. Madrid: Reus, 1992. p. 9.

¹¹⁹ JAFFRO, Laurent; LABRUNE, Monique. **A construção da filosofia ocidental** – Gradus Philosophicus. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Mandarim, 1996. p. 67-70.

Por outro lado, tal realidade fez com que se edificasse uma resistência em aceitá-la em sua dimensão jurídica como preceito e compromisso do Estado, vislumbrando-se que não competia ao Estado, até então, intrometer-se na vida do seu governado, indivíduo, este fincado em seu território.

Contudo na abordagem de Locke, em momento decisivo para a formação da moderna concepção do Estado, que se assevera como imperiosa a necessidade de estabelecerem-se regras para um tratado social que fosse voltado aos anseios dos indivíduos submetidos a um rígido controle de normas coletivas, sob risco, caso contrário, de afastar-se o Estado do indivíduo.¹²⁰

O alto valor expresso pela dignidade humana e as decorrências do desrespeito em sua aplicação nas relações entre o agente estatal opressor e os cidadãos, além de outros fatores oriundos do Absolutismo, fizeram eclodir a Revolução Francesa, ao lume dos ideais contratualistas de Jean-Jacques Rousseau.¹²¹ Com ela advém a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789, na cidade de Versalhes.

Tal Declaração enunciou uma série de direitos fundamentais investindo-se numa missão quase que libertadora da opressão amargada pelo cidadão que via os valores atinentes à dignidade serem vilipendiados nas relações levadas a cabo pelo Absolutismo.¹²²

Contudo, não previa instrumentos garantidores desses direitos. Esse importante marco histórico da civilização, além das convulsões sociais havidas, impeliu um extremado momento de reflexões e refazimento da ordem institucional, fato esse que gerou a redação de novas Cartas Políticas com esteio na dignidade humana.

Realizando um corte epistemológico no trato da temática, o filósofo prussiano Immanuel Kant aquilatou a dignidade como um princípio assente num imperativo categórico cujo valor, no seio das civilizações, tange a noção do *absoluto*. Defensor árduo da premissa de que o ser humano sustenta um valor peculiar, intrínseco e existente por si só, alcança a

¹²⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros** Escritos. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 38.

¹²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social – **Princípios de Direito Político**. Trad.: Antônio de P. Machado e Afonso Bertagnoli. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993. p. 15-20.

¹²² RIVERO, Jean. **Les libertés publiques – Les droits de l’homme**. França: Presses Universitaires de France, 1974. p. 48-50.

conclusão de que somente pelo fato de apresentar existência o indivíduo ostenta a dignidade.¹²³

A premissa inicial da fixação da concepção da dignidade humana para Kant fincava bases na autonomia ética do ser humano, vislumbrando-a como a razão de ser daquela.¹²⁴ Muito embora não restando uniforme a aceitação dessa proposta Kantiana, adveio desse entendimento a separação, em lados diametralmente opostos, do homem – ser racional possuidor exclusivo da dignidade – das demais coisas, estas com o lastro de serem objetos e, portanto, apresentarem um valor diferente daquele.¹²⁵

O contraponto estabelecido no entorno da magnitude do termo *dignidade* encontra-se na teoria de John Rawls, para o qual a indagação não reside na proposta Kantiana acerca do que precisa ser feito para que uma pessoa respeite a si própria, mas determinar como se pode conceber uma sociedade fundamentalmente estruturada de modo a afirmar e a favorecer adequadamente o respeito de si entre seus cidadãos.¹²⁶

A par desse entendimento alertava, no entanto, no sentido de que qualquer tentativa de excepcionar ou relativizar esse princípio restaria frustrada pela própria razão de ser deste, a qual se confundia com a existência humana. Construiu-se, a partir de então, a noção de que a pessoa é um fim em si mesmo e não meio para os demais seres. Consecutivamente, é dotada de dignidade por sua racionalidade.¹²⁷

A consolidação da dignidade humana como princípio inserto nos textos constitucionais alcançou degrau de destaque após o advento da Segunda Grande Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem surge como um verdadeiro código de postura entre as nações, sendo assinada em 1948.¹²⁸

¹²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46-47.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32-33.

¹²⁵ TOBENAS, Jose Castán. **Los derechos del hombre**. 4. ed. Madrid: Reus, 1992. p. 38-41.

¹²⁶ CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. v. 1.p. 443-444.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 90-91.

¹²⁸ HUMPHREY, John P. **Human Rights and the United Nations: a great adventure**. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984. p. 6-15.

Tal declaração contempla, em seu preâmbulo, a consagração da dignidade da pessoa humana como uma cláusula de observação obrigatória na ordem estatal positiva dos seus signatários, universalizando-se como a premissa maior da relação entre Estado e indivíduo. Decorre daí uma vinculação estatal a esse preceito maior.¹²⁹

A partir desse documento, o preceito da dignidade passou a fazer parte dos textos constitucionais de boa parte dos ordenamentos jurídicos mundiais.¹³⁰ E a Declaração de 1948 assentou-se como um sólido lastro de reconhecimento dos direitos fundamentais, promovendo-os e protegendo-os, tanto na órbita do direito positivo interno quanto nas relações externas entre as mais diversas nações.

Como valor intrínseco a todo ordenamento, a dignidade é algo real, irrenunciável e inalienável, uma situação material que deve ser diuturnamente observada sob o risco de ver-se anulada toda atividade estatal pautada no arbítrio e nos excessos intoleráveis dos seus agentes. O desrespeito à dignidade da pessoa humana constitui-se uma ferida aberta contra a própria existência do ser.¹³¹

Os reflexos do sentido da dignidade humana pululam, na órbita judicial, na obrigatoriedade do magistrado ter em mente, antes de desenvolver sua atividade, aplicando seu convencimento, a real dimensão da necessidade de enxergar no jurisdicionado uma pessoa detentora de direitos minimamente assegurados.

Destarte, esse superprincípio revela ao julgador as diretrizes nas quais opera a atividade estatal para que não se suprima a liberdade individual sem regra ou condição autorizadora, respeitando-o em sua integridade física e psíquica.

Deve-se compreender na dignidade humana sempre o paradigma em que se estribar a decisão judicial, afastando as formas discriminatórias desta. Ao decidir sobre a aplicação da norma, decide também o julgador por parâmetros da vida do jurisdicionado.

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 162-163.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 209-210.

¹³¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 276.

Nisso reside a afirmação de que o tratamento digno é um mandamento ético¹³², acobertado pelo senso maior de justiça¹³³, inerente a uma democracia participativa, tal qual se assevera no texto da Carta Constitucional brasileira, de outubro de 1988.

Em derradeiro, a par das árduas tentativas de se atingir com amplo grau de segurança um mínimo conceito para a dignidade humana, nota-se que a aplicabilidade dos ditames oriundos deste fundamento reserva ao Poder Judiciário a árdua, porém nobre, missão de servir como o atracadouro das garantias que devem ser ofertadas ao combate a qualquer espécie de violação dos direitos decorrentes daquele preceito maior.

4 TRAÇOS DA FORMAÇÃO DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS NO BRASIL

Com supedâneo na colonização brasileira levada a cabo pelos portugueses, houve destacada influência e utilização dos sistemas preconizados pelas ordenações no início do sistema jurídico nacional, com traços ainda prevalecentes na atualidade. Podem-se destacar três momentos:

a-) o período *Colônia* – tinha como base o processo comum medieval. Este processo era escrito, prevalecendo a verdade formal (prévia disposição legal de hierarquia das provas, sendo a prova documental muito valorizada). O processo criminal era influenciado pelo misticismo (sistema de provas irracionais). A movimentação processual dava-se pela iniciativa das partes;

b-) período *Império* (1.822) – o ordenamento lusitano seria adotado como sistema brasileiro desde que não ferisse a nossa soberania;

c-) período *República* (1.890) – houve a criação e instalação da Justiça Federal no Brasil. Começaram a ser elaborados estudos no sentido de buscar uma legislação genuinamente nacional e atrelada aos nossos costumes.

Salienta-se que, no Brasil, a fonte direta e remota do Direito Processual Penal é a legislação portuguesa, de cunho estritamente inquisitorial,

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

¹³³ LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los derechos humanos y su defensa ante la justicia**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995. p. 47-49.

reflexo de uma legislação européia de bases sólidas assentadas no século XVI.¹³⁴ Vigoraram formalmente as “Ordenações Manuelinas” e o “Código Sebastião” à época das Capitânicas Hereditárias e dos primeiros governos gerais. Dessa forma, foram as “Ordenações Filipinas” que tiveram maior aplicação no Brasil, principalmente com a criação do Tribunal de Relação da Bahia.

Tal codificação residia numa compilação de leis realizada no reinado de D. Manuel I, em 1521 (Ordenações Manuelinas). Compilação de leis extravagantes que regulamentavam, entre outros, os procedimentos em juízo, realizada pelo Cardeal D. Henrique e Duarte Nunes Leão.

Com o advento do Código Criminal, em 1830, e do Código de Processo Criminal de 1ª Instância, em 1832, houve uma aceleração na produção de novos dispositivos processuais em terras brasileiras. Registra-se, a esse título, que o primeiro documento que estabeleceu de forma clara o princípio hodiernamente conhecido como “*princípio da motivação das decisões*”, foi a decisão n. 781, de 31.03.1834. Decorrente ainda dessa época, a adoção dos institutos da plenitude do direito de defesa e da instrução preliminar inquisitiva.

O denominado sistema do “*pluralismo processual*” fora adotado somente com a proclamação da República, em 1889, respaldado pela Constituição de 1891, que outorgava aos Estados-Membros a competência para legislar, cada qual, autonomamente, sobre matéria processual, modelo este com vigência até meados de 1934.

A Constituição de 1937 determinou que os projetos que estudavam as “mais seguras garantias de defesa” fossem cancelados, encerrando o denominado pluralismo adotado até essa época.

Dessa forma, registra-se um breve desenvolvimento dos dispositivos legislativos que marcaram a história do Processo Penal no Brasil, que de 1942 para os dias atuais, sofreram algumas modificações como a regulamentação das Contravenções Penais (Lei n. 1.508, de 19.12.1951) e a própria Constituição da República, em outubro de 1988.

5 SÍNTESE CONCLUSIVA

¹³⁴ ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Processo Penal**. Brasília/DF: Consulex, 1999. p. 29.

O sistema utilizado para a apreciação das provas disciplinado pelo Código de Processo Penal brasileiro sofre uma nítida influência dos sistemas calcados no *princípio do livre convencimento do magistrado*, muito conhecido também pelas denominações de “princípio da *livre convicção*” ou “princípio da *persuasão racional*”.¹³⁵

É como se deduz pela dicção do artigo 155/CPP que possibilita ao juiz convencer-se a respeito de um determinado fato, da forma como entender que seja possível, desde que haja uma preliminar admissão e análise de todo e qualquer elemento apresentado como prova do fato alegado em juízo.¹³⁶

É de bom alvitre ressaltar que o princípio do livre convencimento, norteador do sistema adotado pelo estatuto processual penal, é uma conquista advinda de um processo histórico que passa por diferentes fases, lapidada no tempo através do trabalho determinado de grandes filósofos, penalistas, sociólogos e pesquisadores interdisciplinares.¹³⁷

Quanto aos *meios de obtenção das provas*, o sistema jurídico nacional é claro ao estatuir que qualquer modalidade de prova pode ser obtida livremente, desde que sejam respeitadas as restrições impostas pela legislação, pela moral e pelos bons costumes. Pensamento outro não seria, vez que o texto da Carta Magna de 1988 ao disciplinar direitos e garantias fundamentais preconiza rigorosas restrições aos meios de obtenção das provas.

Uma leitura histórica revela a utilização de meios odiosos, cruéis e repugnantes para a obtenção da confissão de um acusado sobre informações a respeito de um determinado fato e a participação de outras pessoas na prática de um determinado crime. Tais meios são afastados pela sociedade hodierna que valoriza a dignidade e intimidade do homem, valores estes albergados inclusive pelo manto constitucional.

Apesar da proibição expressa contida nos insertos constitucionais, ganha terreno entre alguns juristas o entendimento de que a prova ilícita pode ser considerada na aferição do magistrado, desde que influa

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. II. p. 111-112.

¹³⁶ DI SALVO, Luís A. Johnsom. **O juiz na condução do processo penal**. Campinas: Copola, 1997. p. 44.

¹³⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 128.

substancialmente para a absolvição do acusado, provando que este não correu para a prática do crime. No entanto, estudos devem ser aprofundados nesse sentido.¹³⁸

Outro ponto nodal no sistema da livre apreciação das provas é o que toca na proposição para a *obtenção das provas realizada pelo magistrado “ex officio”*. A redação da segunda parte do artigo 156/CPP é clara ao estabelecer que o juiz pode determinar diligências, de ofício, no sentido de dirimir quaisquer dúvidas, assegurando uma decisão justa.¹³⁹

Mas, existem correntes doutrinárias apoiadas no princípio da imparcialidade, alertando que o juiz pode influenciar no resultado de uma controvérsia, caso manifeste-se pela produção ou obtenção de novas provas.¹⁴⁰

Na realidade, entendimento mais oxigenado é o que orienta o magistrado a não tomar nenhuma decisão sem que haja elementos propícios a fomentar algum ponto, ou quando perpetuar alguma dúvida. É melhor uma decisão com respaldo e segurança do que uma “verdade” sem estribos.¹⁴¹

Por essas e outras razões, o sistema processualista penal que o Brasil abraça permite que o julgador movimente-se livremente na direção da busca dos esclarecimentos necessários aos fatos sob apreço, independente de vontade ou requerimento das partes. A inércia do juiz, nesse contexto, poderia conduzir a um caos social sem precedentes, gerando enormes insatisfações sociais além de afastar o processo penal do seu verdadeiro fim.

Em que pese haver modalidades de prova estabelecidas pelo legislador processual penal brasileiro, admite-se que cada qual possua um valor relativo, jamais absoluto. Essa “relatividade” leva a crer que seja descartada uma possível *hierarquia entre as modalidades de prova* disciplinadas e admitidas em juízo.

¹³⁸ TEIXEIRA, Adenilton Luiz. **Da prova no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 56-57.

¹³⁹ MARQUES, J. Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. II. p. 112-113.

¹⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 128.

¹⁴¹ PEREIRA, Luiz Alberto Ferracini. **Da prova penal**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995. p. 81.

A chamada “escala de valoração” entre provas, por regra, fica ferida mortalmente. Um corte histórico aponta a utilização da referida escala quando da adoção dos sistemas oriundos das “provas irracionais” (provas em gradação, ou provas matemáticas), caso que não é o do direito brasileiro na atualidade (liberdade ao magistrado para aferição das provas).

A necessidade da prova dos fatos é diretamente proporcional à necessidade da justificativa social da prestação da justiça. A prova não tem somente fim processual; atinge, antes de tudo, um destino social. Aliás, esse é um dos pilares de sustentação do processo penal: seu fim social.

O legislador pátrio, inspirado no sistema da *persuasão racional*, adotou-o sob a égide do sistema da livre convicção do magistrado para aferir e avaliar as provas dos fatos. Trata-se, em regra, de um sistema misto, não tão rígido como o sistema positivo ou legal, nem tão incerto como o sistema da íntima convicção do juiz. É um meio-termo.

No aludido sistema, o juiz constrói e atinge seu convencimento através da livre apreciação das provas dos fatos. Não se pode olvidar que a livre convicção deve ser fundamentada, ou seja, instruída com elementos que possam justificar a posição e mostrar onde está calçada a decisão. É o que costumeiramente se denomina de convicção livre, mas de fundamentação exposta. Assegura-se, desse modo, a soberania do Estado Democrático de Direito em proferir uma decisão, imperativo da paz e da harmonia social, desde que estribada nos mais caros valores advindos da dignidade da pessoa humana, traço este inegociável.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALTAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1995.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed., 11. Reimp. São Paulo: Hemus, 1995.
- BOBBIO, Norberto. As teorias das formas de governo. 6. ed. Brasília: EdUnb, 1976.

- CANTO-SPERBER, Monique. Dicionário de ética e filosofia moral. Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. v. 1.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DI SALVO, Luís A. Johnsom. O juiz na condução do processo penal. Campinas: Copola, 1997.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. Coord.: R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1995.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à teoria do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- HUMPHREY, John P. Human Rights and the United Nations: a great adventure. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984.
- JAFFRO, Laurent; LABRUNE, Monique. A construção da filosofia ocidental – Gradus Philosophicus. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Mandarim, 1996.
- LAVIÉ, Humberto Quiroga. Los derechos humanos y su defensa ante la justicia. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros Escritos. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES, J. Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997. v. II.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad.: Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, Paulo Heber, LOPES, João Batista. Da prova penal. 2. ed. Campinas: Copola, 1994.
- NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.
- NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEREIRA, Luiz Alberto Ferracini. Da prova penal. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RIVERO, Jean. Les libertes publiques – Les droits de l’homme. França: Presses Universitaires de France, 1974.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. Processo Penal. Brasília/DF: Consulex, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social – Princípios de Direito Político. Trad.: Antônio de P. Machado e Afonso Bertagnoli. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 90-91.
- TEIXEIRA, Adenilton Luiz. Da prova no processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TOBEÑAS, Jose Castán. Los derechos del hombre. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.
- TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. II.