

Os sistemas de valoração da prova no processo penal

Fernanda Maria Alves Gomes Aguiar
Mestre em Direito
Advogada e Professora de Direito

As idéias vigentes sobre a prova judiciária não são uniformes, nem resultam de uma evolução constante e linear, estando condicionadas por circunstâncias históricas e culturais.

A diversidade dos sistemas probatórios conhecidos, desde os primitivos em que a apuração da verdade se fazia com auxílio de forças sobrenaturais, até os mais modernos, assentados na superioridade da razão e da experimentação científica, deve-se à longa batalha de tentar adequar os métodos de busca da verdade às convicções, conveniências, costumes e ao regime político de cada povo.¹

Feita esta breve introdução, passamos a analisar mais profundamente os métodos utilizados pelas sociedades para avaliar a prova, na busca de uma sentença justa.

1. Os sistemas de valoração da prova

Tradicionalmente, a doutrina aponta três grandes sistemas de avaliação da prova, íntima convicção, prova legal e livre convicção, os quais raramente encontram-se num período em toda sua pureza. Em geral, aparecem elementos de outro sistema, quase sempre como resquícios do anteriormente adotado ou como correção para os excessos do sistema vigente.

Enrico Ferri² aponta cinco fases na evolução dos sistemas probatórios: a das sociedades primitivas, denominada fase étnica, do mais absoluto empirismo, em que a simples percepção sensorial só conhece a prova do flagrante. Nessa época não se tinha uma consciência do que era crime, nem de

¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 420.

² apud COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*, pp. 35-6.

como se poderia provar a inocência ou a culpa de um indivíduo. Uma fase religiosa ou mística, que ainda persistiu mesmo na Idade Média, e que invocava o julgamento divino: a decisão ficava a cargo, a juízo de Deus. Uma fase legal, em que não só se estabeleciam os meios de prova como também se fazia a gradação de sua maior ou menor força probatória, estabelecendo rígido formalismo para o convencimento judicial. Uma fase sentimental, que seria a da íntima convicção, libertando inteiramente o juiz das amarras pré-estabelecidas ao ato de julgar, vinculado apenas à certeza moral ditada pela sua consciência. Finalmente, uma fase científica, em que a apreciação da prova ingressa na apurada tecnologia das ciências experimentais, graças aos notáveis avanços que atualmente alcançamos nesta área.

Além dos três sistemas clássicos, também foi incluído no presente estudo o juízo de Deus, posto que, apesar de o juiz desempenhar um papel limitado - era um fiscal, que assistia o experimento probatório e declarava o seu resultado -, concordamos com Tourinho Filho³ quando afirma que esses juízos não deixavam de ser um método de valoração, por não se enquadrar em nenhuma das outras fases, sendo um importante período da evolução dos meios de prova.

2. O sistema místico: juízo de Deus

As formas arcaicas de provas tiveram forte influência mística e religiosa.

Nas sociedades primitivas, os regramentos de conduta social nada mais eram que um conjunto de costumes, tradições e superstições, em que os membros das comunidades consideravam como manifestações dos deuses os diversos fenômenos naturais.

Assim, originariamente, o homem possuía um conceito de delito ligado à idéia de ofensa a alguma divindade. Observava, então, diversos tabus, e sua

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.3, p. 216.

desobediência configurava infração às determinações divinas, implicando na punição do infrator para o desagravo da entidade, gerando-se assim o que modernamente denominamos crime e pena.⁴

No que se refere aos meios de prova, prevaleciam as observações de cunho pessoal, sem a preocupação de registrar se a aparência de um fato, efetivamente, correspondia à realidade.

Dessa forma, a noção de prova dos povos antigos era obtida pela sujeição dos pretensos infratores a diversas provações cruéis e, caso as suportassem, estaria demonstrada a inocência. Esses procedimentos se denominavam juízo de Deus.

Alcalà-Zamora resumiu bem esse sistema, ao afirmar que *unia a incerteza da loteria à crueldade de várias de suas provas e à irracionalidade de todas elas*.⁵

Dependendo do acusado e do delito, o juízo de Deus poderia assumir as formas de ordália⁶, duelo⁷ ou juramento⁸.

Entre as principais ordálias, podemos citar os *purgationes vulgares*, como a prova da água fria e da água fervente. A primeira consistia em arremessar o suspeito à água: se submergisse, era inocente; se boiasse, era considerado culpado, por entenderem que o fato do corpo não afundar era obra do demônio. A outra consistia em fazer o acusado colocar o braço dentro da água fervente e, se após alguns dias apresentasse queimaduras, era tido como culpado; caso não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente.

Já na prova da fogueira, acusador e acusado atravessavam um estreito caminho entre dois arbustos em fogo. O que saía ileso era proclamado inocente. Não há registro do que ocorria se ambos saíam incólumes ou queimados.⁹

⁴ PRADO, Robervani Pierin do. “Provas ilícitas no processo penal”, p. 206.

⁵ apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 216.

⁶ Do alemão *Urteil*, antigamente *Urtheil*: decisão, sentença.

⁷ *Duorum bellum*: guerra de dois, luta de dois, guerra privada.

⁸ *Schwur*, do verbo *Schwören*.

⁹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, pp. 423-4.

O duelo era bastante prestigiado, por exaltar a coragem e a bravura. Não se travava somente entre as partes: caso alguém duvidasse de um depoimento, a testemunha tinha de bater-se em duelo com o impugnante. Da mesma forma, o acusado podia desafiar os juízes, depois da sentença, para provar a injustiça cometida.

No juramento, muito conhecido e usado no direito romano, o imputado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelos juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade.¹⁰ Essa prova baseava-se na convicção de que Deus castigaria o perjuro.¹¹

Esse sistema arcaico ressurgiu e aprimorou-se na Idade Média, entre os Europeus, sob o domínio germânico-barbárico. Por se basear na falsa crença de que a divindade interferia nos julgamentos, para demonstrar se o acusado era ou não culpado, Manzini¹² afirma que o juízo de Deus não deve propriamente ser considerado como meio de prova, mas sim como uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia. Afirma o autor que é possível que nos tempos menos atrasados o juízo de Deus tenha sido considerado como forma de transação para terminar litígios, independentemente da verificação da razão. Ressalta, ainda, que os próprios bárbaros, após a conversão ao cristianismo, olhavam com desconfiança para tais juízos.

3. O sistema da íntima convicção

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 84.

¹¹ Segundo uma lenda do século XII, Isolda foi acusada de haver se entregado a Tristão, sobrinho de seu marido, Marcos, rei da Cornualha. Astuciosamente pediu ela ao marido para ser admitida a jurar, mas não apenas diante dos barões, seus acusadores e, sim, em presença do rei Artur e de seus pares, na margem do rio que separava o reino de Marcos do de Artur.

No dia marcado, Tristão, vestido de pobre peregrino, colocou-se próximo ao local da cerimônia.

Conduzida de barco até a ribeira onde se achava o rei Artur, Isolda pediu a Tristão:

- Você aí, pobre peregrino, ajude-me a descer para que eu não tenha de molhar os pés.

Tristão tomou-a nos braços e a conduziu até junto das relíquias santas diante das quais Isolda deveria jurar. E ela:

- Juro, por essas sagradas lembranças, jamais ter estado em braços de homem que não o meu marido; exceto, é claro, nos desse mendigo que agora me trouxe a terra firme ...

Um grito unânime saiu de todas as bocas: Inocente!

¹² apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 44.

Este sistema teve sua origem no direito romano. Para Hélio Tornaghi, é o sistema primitivo em todos os povos¹³. Nele, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O magistrado pode valer-se, inclusive, de conhecimentos particulares sobre os fatos, mesmo que estes não estejam provados no processo, dispensando a fundamentação. O legislador nada estabelece sobre o valor das provas, a admissibilidade, sua avaliação, tudo é deixado à discricção do juiz. Em síntese, nesse sistema, o magistrado decide conforme sua consciência e não precisa fundamentar sua decisão.¹⁴

Em Roma, várias leis faziam restrições à admissibilidade de certas provas, mas como o juiz não precisava fundamentar a sentença, havia margem para buscar sua convicção em fatos alheios aos autos. Quanto às provas neles contidas, ele as ponderava sem qualquer cerceamento legal.¹⁵

Na Inglaterra, houve um período em que os jurados podiam ser punidos pelo juiz quando este se convencera de que eles haviam julgado contra a própria convicção, mas nada impedia que eles a formassem com elementos estranhos ao processo.

Diante da falibilidade humana e levando-se em consideração que o Estado resolve o conflito de interesses por meio de um agente público que é o juiz, tal sistema atualmente não é mais adotado, salvo poucas exceções, como

¹³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 425.

¹⁴ Um conhecido exemplo da aplicação desse sistema é a justiça salomônica: o rei Salomão, ao ser procurado por duas prostitutas que reclamavam a maternidade de um recém-nascido, disse: “Cortai pelo meio o menino vivo e daí metade a uma e metade à outra”. Mas a mulher, mãe do filho vivo, sentiu suas entranhas enternecerem e disse ao rei: “Rogo-te, meu senhor, que dê a ela o menino vivo; não o mateis”; a outra, porém, dizia: “Ele não será nem teu, nem meu; seja dividido!” Então o rei pronunciou o seu julgamento: “Daí o menino vivo a esta mulher; não o mateis, pois é ela a sua mãe.” (I Reis 3, 25 a 27).

¹⁵ Por exemplo, a Lei 3ª do D. XXII, V (*De testibus*) dizia que a credibilidade das testemunhas deve ser diligentemente examinada, considerando-se-lhe a condição, a honestidade de vida, o grau de riqueza, a amizade ou inimizade em relação ao réu ou ao autor etc., a fim de que seja possível concluir se devem ou não ser admitidas. Em seguida, no § 1º, aparece uma resposta do imperador Adriano a Vivio Varo, legado da província de Sicília, na qual deixa claro que ao juiz compete avaliar a fé que merecem as testemunhas. E ainda, no § 2º, outra resposta de Adriano, esta a Valério Vero, segundo a qual “não é possível, de maneira alguma, definir com regra predeterminada que elementos de convicção seriam suficientes para prova dos fatos” ...; “cumpre-te estimar por teu juízo íntimo o que deves crer ou que, na tua opinião, está pouco provado”. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 426.

no julgamento pelo júri popular, que consagra a soberania dos veredictos¹⁶, sendo dispensável a fundamentação do voto¹⁷. Em se tratando de julgadores leigos é cabível a aplicação deste sistema, não mais ocorrendo com as decisões proferidas por juízes togados.

4. O sistema das provas legais ou tarifadas

É evidente que o sistema da íntima convicção pode submeter as partes, especialmente o acusado, ao arbítrio do julgador. Para prevenir possíveis abusos, surgiram alguns freios: a apelação, que permitia o reexame da decisão; a regra segundo a qual *quod non est in actis non est in hoc mundo*¹⁸, com a qual se restringia o arbítrio do juiz e, finalmente, a prova legal, que suprimia a liberdade de apreciação das provas.

Esse sistema não é inerente à forma inquisitória, mas foi no processo inquisitório medieval que teve mais largo desenvolvimento. Com sua origem nas ordálias e no rigor e formalismo do direito germânico, passou-se a ter a crença de que Deus interviria em favor de quem estivesse com a razão, cabendo apenas ao juiz apreciar e declarar o resultado. Assim, no afã de obter a confissão do suspeito, produziu-se o instituto da tortura, que foi a base do sistema probatório deste período.¹⁹

Com a finalidade de disciplinar os meios de provas, surgiu a lei para estabelecer quais as provas eram necessárias para demonstrar a culpa do

¹⁶ Entre nós acolhido pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”.

¹⁷ Note-se que o Tribunal do Júri sempre teve adversários ferrenhos, que se valem dos seguintes argumentos, a maioria relacionados à adoção do sistema da íntima convicção: a falta de preparo dos jurados, que nem sempre estão aptos a julgar, pois são leigos, sem conhecimentos jurídicos, e nem sempre respondem apenas sobre questões de fato, mas também de direito; o sistema brasileiro prevê a formulação de quesitos, o que dificulta o julgamento, pois se os próprios tribunais e juízes não concordam na elaboração de vários quesitos, como exigir dos leigos que votem corretamente, e como saber se estes entenderam o que estava sendo votado, se a votação é secreta e não há fundamentação? Ademais, os jurados estão sujeitos a influências de toda sorte, mormente nas cidades pequenas, o que não deixa de ser uma realidade. Enfim, numa época em que se exige cada vez mais a especialização do juiz criminal, o júri continua a ser constituído de leigos, que julgam, sem fundamentar, os crimes mais graves do Código Penal.

¹⁸ O que não está escrito, o que não está dentro do processo, não pertence ao mundo; é como se não existisse.

¹⁹ FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 168.

acusado em cada delito, bem como a prévia fixação do grau e qualidade do meio probatório. Observe-se que apesar da denominação, tal critério não era propriamente legislativo, mas constituía o resultado de complexa elaboração doutrinária, a partir de textos já existentes.

Assim, formou-se um conjunto ordenado e rígido de normas valorativas que o julgador devia seguir minuciosamente: as provas que fossem, por lei, reputadas sem qualquer valor não podiam ser admitidas e, das admissíveis, era dito, previamente, o quanto valiam. Percebe-se aqui a origem das provas proibidas.

O sistema das provas legais tornava o juiz mero expectador do processo, a medida que não podia efetivamente atuar na busca da realidade dos fatos, não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se às disposições legais.

Com isso, substitui-se a certeza moral do juiz pela certeza legal, que é a certeza moral do legislador: era a lei que dizia quais provas são capazes de levar à convicção e quais as não inidôneas para tanto.²⁰

Ao comparar com o sistema da íntima convicção, Tourinho Filho ensina: *trata-se de sistema diametralmente oposto ao das provas legais. Enquanto neste o legislador demonstra sua desconfiança no Juiz, naquele (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança no Juiz.*²¹

O sistema que estabelece regras jurídicas para a avaliação da prova, se por um lado corrigiu as impropriedades do método da íntima convicção, por outro revelou inconvenientes não menos graves: coagido pelos preceitos legais, o juiz pode ter de decidir contrariamente àquilo que claramente percebe ser a verdade.

Um exemplo da injustiça desse sistema, se vislumbra na regra de que *testis unus, testis nullus*. Assim, mesmo no caso de uma testemunha fidedigna que conseguisse convencer o juiz da culpabilidade do mais perverso dos criminosos, por ser uma única testemunha, ele teria de absolver. Da mesma

²⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 427.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 219.

forma, se num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outras duas testemunhas apresentassem outra inverossímil, esta prova se sobrepunha àquela.

A Igreja, de igual forma, recusava testemunha única, conforme estabelecia o art. 1.791, § 1º, do Código de Direito Canônico, no sentido de que a declaração de testemunha única não faz plena fé, se não é uma testemunha qualificada que declara sobre fatos de sua profissão.²²

Para Hélio Tornaghi:

*O inconveniente do sistema das provas legais não está na adoção de regras de avaliação da prova, mas na imposição delas ao juiz. Nenhum estorvo existe em que elas sejam propostas, como regras técnicas, não impostas como regras jurídicas. Os preceitos que formam o arcabouço desse sistema são o resultado de longa observação, cristalizam grande experiência e estão impregnados daquela sabedoria e daquela prudência que o tempo e o trato com os homens trouxeram aos práticos e aos juristas de muitos séculos. Nenhuma desvantagem em que os juízes os sigam ou em que as leis aconselhem a observância deles.*²³

Entretanto, essa vinculação do juiz culminou em inúmeros absurdos e injustiças, o que impulsionou os legisladores a procurar um novo meio de avaliação da prova²⁴, que eliminasse as imperfeições dos outros dois e lhes aproveitasse as vantagens: evitar a tirania judicial, a prepotência, a irresponsabilidade e o arbítrio, assegurando, porém, ao julgador, a possibilidade de formar sua convicção como qualquer homem normal, sem rédeas que o levassem a pronunciar uma decisão contrária a suas conclusões. Apareceu, assim, o sistema da livre convicção.

²² PRADO, Robervani Pierin do. “Provas ilícitas no processo penal”, p. 207.

²³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 428.

²⁴ No Código de Processo Penal Brasileiro encontramos resquícios desse sistema no artigo 158, que estabelece que nem a confissão do acusado poderá substituir o exame pericial, quando a infração deixar vestígios.

5. O sistema da livre convicção ou persuasão racional

O último sistema é marcado pelo livre convencimento, também chamado de persuasão racional, impregnado dos ideais democráticos de liberdade e humanização da prova, onde o julgador tinha a livre convicção, mas que encontrava limites nas provas coligidas no processo, provas fundadas em investigações, que por sua vez se orientavam pelos métodos colocados à disposição pelas ciências criminológicas.²⁵

O método empregado nesse sistema pertence ao mesmo gênero do da íntima convicção. Em ambos, a lei deixa ao juiz a avaliação da prova. Nisto diferem da prova legal, em que a lei estabelece previamente o valor de cada tipo de prova. Por isso, tradicionalmente em matéria de valoração da prova, só existem dois métodos fundamentais: o da avaliação pela lei e o da avaliação pelo julgador.

O segundo gênero compreende duas espécies, estruturalmente diversas, aparecidas em diferentes épocas históricas e em conseqüência de razões distintas. O sistema da íntima convicção é o primeiro que se impõe em qualquer organização jurídica. O da livre convicção aparece como remédio para os males das regras legais, sem os inconvenientes da íntima convicção. Esta pode levar ao arbítrio e ao despotismo judicial. Aquela, eventualmente, afasta o julgador da verdade e da justiça.²⁶ Cumprida, então, encontrar a fórmula que evitasse ambos os inconvenientes.

Para tanto, as leis modernas voltam a dar ao juiz a mais ampla liberdade na apreciação da prova. Nenhum padrão lhe é imposto, nenhuma regra o vincula; não se estabelece antecipadamente qual o valor de cada prova. Mas dele se exige que fundamente a decisão com os elementos contidos nos autos. Não lhe é permitido utilizar seu conhecimento privado: caso o magistrado saiba da existência de provas que não estão no processo, deve

²⁵ PRADO, Robervani Pierin do. “Provas ilícitas no processo penal”, p. 207.

²⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 429.

introduzi-las, seja ouvindo testemunhas, juntando documentos, determinando diligências, etc.

A prova já não se faz apenas para o juiz, mas também para as partes e para os outros juízes que julgarão os recursos. A sentença tem de ser fundamentada. O julgador deve convencer-se e procurar convencer os outros, pois caso não convença qualquer das partes, esta recorre. E se não persuadir o tribunal *ad quem*, esse modifica a sentença.

O sistema da persuasão racional, em regra, admite todos os meios de prova desde que não violem a moral, as leis e a Constituição. Há uma completa e irrestrita valoração das provas por parte dos juízes, não havendo hierarquia entre as mesmas. A todas as provas se confere um caráter relativo, exatamente pela possibilidade da valoração livre pelo magistrado.

Tourinho Filho²⁷ esclarece que se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material.

A legislação processual penal brasileira adotou o sistema do livre convencimento motivado do juiz, expresso pelo art. 157 do Código de Processo Penal, e confirmada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao estabelecer que as decisões desprovidas de fundamentação são consideradas nulas (art. 93, inciso IX).

6. Conclusão

A elaboração da teoria da prova envolveu um longo processo histórico, que se refletiu no processo e, mais especificamente, nos sistemas de avaliação da prova. No sistema místico, chamado juízo de Deus, submetia-se o acusado a testes, geralmente físicos e extremamente cruéis, na falsa crença de que Deus interferia nos julgamentos, para demonstrar a inocência ou a culpa do indivíduo. No sistema da íntima convicção se atribui à subjetividade do juiz

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 221.

validade suficiente para examinar as provas e decidir com soberania e liberdade, sem precisar motivar ou mesmo expor os elementos de sua íntima convicção. O sistema das provas legais tornava o juiz mero espectador do processo: era a lei que preestabelecia o valor e a idoneidade das provas. Por fim, no sistema da persuasão racional, concede-se ao julgador liberdade de valoração da prova, desde que acompanhada de demonstração lógica dos motivos da decisão, sendo este o sistema adotado no Brasil.

7. Bibliografia

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PRADO, Robervani Pierin do. "Provas ilícitas no processo penal", *Revista de ciências jurídicas*, Paraná: 1(1): 205-219, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1 e 3.