

Breve análise do histórico da prova penal

Fernanda Maria Alves Gomes Aguiar

Mestre em Direito

Advogada e Professora de Direito

A elaboração da teoria da prova envolve um longo processo histórico, que se refletiu nos sistemas processuais penais de avaliação das provas: ora se consagrando a prefixação e hierarquia entre as provas (certeza legal ou tarifado); ora se atribuindo à subjetividade do juiz validade suficiente para examinar as provas e decidir com soberania e liberdade, sem precisar motivar ou mesmo expor os elementos de sua íntima convicção (julgamento *secundum conscientiam*). Num terceiro estágio, em respeito ao contraditório, fixou-se como pressuposto do direito de defesa o conhecimento pelas partes dos caminhos percorridos pelo juiz ao julgar (persuasão racional), concedendo-se ao julgador liberdade de valoração da prova, desde que acompanhada de demonstração lógica dos motivos da decisão. A motivação das sentenças tornou-se verdadeira garantia individual, evitando-se que a excessiva liberdade na avaliação das provas transformasse o processo penal em instrumento de opressão e terror, em vez de protetor das liberdades públicas.¹

Feitas estas considerações, passamos a analisar a história dos meios de prova, bem como a gênese das primeiras provas obtidas com violação dos direitos do indivíduo.

1. O sistema probatório na antigüidade

O processo penal da antigüidade não se distanciava muito do processo civil. A idéia básica do processo, em geral, era a intervenção do Estado com a finalidade de obter a reparação do dano causado, declarando a responsabilidade de um indivíduo.

¹ COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva e SILVA, Maria Regina Caffaro. “Provas ilícitas no processo penal”, p. 237.

A ação do julgador era mais pacificadora do que judicante, visando a composição das ofensas e assumindo, no âmbito da sociedade, a idéia da vingança individual, sem o seu conteúdo mais violento.²

No período pré-cristianismo, não havia um modo uniforme que regulasse o processo nas diversas sociedades. Entretanto, as limitações aos meios de provas, bem como a livre adoção de provas obtidas por métodos desumanos, em especial a tortura, eram autorizadas e disciplinadas por quase todos os povos antigos.

No processo criminal dos gregos, exigia-se que o acusado buscasse as provas da sua defesa e que prestasse o juramento de dizer a verdade, antes do julgamento. Registre-se que os primeiros indícios de tortura foram encontrados em Atenas. Esta era praticada, inicialmente, apenas contra escravos, tendo em vista que a estes não era permitido prestar juramento, restando como garantia da verdade o depoimento mediante suplícios³. Em casos mais graves, a tortura também era aplicada às testemunhas que se recusassem a depor, bem como aos suspeitos pertencentes as classes inferiores, sendo considerada meio seguro de obter evidências.⁴

Muito antes de o *Digesto* romano estabelecer que os depoimentos de duas ou três testemunhas fazem prova perfeita, Moisés havia proibido: que uma só testemunha contra ninguém se levantaria por qualquer iniquidade, por qualquer pecado, seja qual for o pecado, mas pela boca de duas ou três testemunhas, se estabeleceria o negócio.⁵

A legislação mosaica firmava o princípio segundo o qual ninguém poderia ser condenado somente com base na confissão. Ressalte-se que o povo hebreu foi o primeiro do Oriente que consagrou o interrogatório como meio de defesa, pois via na admissão da culpa uma flagrante contrariedade à

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 37.

³ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, p. 4.

⁴ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 23.

⁵ Deuteronômio 19 e 17, 15. “Não será admitido contra um homem somente uma testemunha, qualquer que seja o crime, falta ou delito. Só se tomará a coisa em consideração sobre o depoimento de duas ou três testemunhas.” “Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto.” ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 73.

natureza.⁶ Ademais, os relatos históricos levam a crer que para os hebreus, os tormentos eram utilizados apenas como penalidade e não como meio de prova, pois o processo era cercado de garantias, dando-se mais valor à prova testemunhal do que à confissão.⁷

No Livro Sagrado encontram-se diversos registros da valoração da prova, como ao se consagrar a impossibilidade de se condenar alguém, se inexistente testemunha⁸ e a possibilidade de utilização de animais como meio de prova⁹.

O Código de Hamurabi, datado de 1.750 a.C., nos traz notícia de regramentos pertinente à produção de provas. No capítulo I, a influência da lei do Talião começa logo nos dois primeiros artigos: *se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar prova disso, aquele que acusou deverá ser morto, e se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.*¹⁰

O Alcorão, que para os muçulmanos é sempre uma lei acima das demais, também traz algumas prescrições quanto a prova. O papel da testemunha era importantíssimo no processo islâmico. Exemplo é o capítulo IV, item 19 que dispõe: *se vossas mulheres cometerem ação infame chamai quatro testemunhos. Se os seus testemunhos são acordes, fechai-as em casa até que a morte as leve ou que Deus lhes proporcione algum meio de salvação.*¹¹

O indiano Código de Manu, formulado dez séculos depois do Código de Hamurabi, cuidou da prova testemunhal no segundo capítulo – intitulado *Dos meios de prova* - e previa a exigência de que a testemunha integrasse a mesma classe social do acusado, máxime porque lá imperava o regime de

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 136.

⁷ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 22.

⁸ Números 5, 12-13. “Se uma mulher desviar-se de seu marido e lhe for infiel, dormindo com outro homem, e isto se passar às ocultas de seu marido, se esta mulher se tiver manchado em segredo, de modo que não haja testemunhas contra ela e ela não tenha sido surpreendida em flagrante delito;”.

⁹ Êxodos 22, 12-13. “Se o animal foi roubado de sua casa, ele indenizará o proprietário. Se foi dilacerado (por uma fera), trá-la-á como testemunho e não terá que pagar pelo animal dilacerado.”

¹⁰ ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*, p. 40.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 128.

castas.¹² Prescrevia que somente os homens dignos de confiança, isentos de cobiça, podiam ser escolhidos para testemunhas de fatos levados a juízo; sendo tal missão vedada aos artífices de baixa classe, cozinheiros, atores, estudantes e ascetas. Quanto às mulheres, estabelecia que estas deveriam prestar testemunhos para mulheres, excepcionando que *na falta de testemunhas convenientes, pode-se receber o depoimento de uma mulher.*¹³

Entretanto, a mais interessante proibição testemunhal é a seguinte:

*Art. 49 - Nem um infeliz acabrunhado pelo pesar, nem um ébrio, nem um louco, nem um sofrendo de fome ou sede, nem um fatigado em excesso, nem o que está apaixonado de amor, ou em cólera, ou um ladrão.*¹⁴

Assim, o hindu que se apresentasse perante a corte, estando reconhecidamente apaixonado por uma mulher, não merecia fé pública para depor, era considerado em privação de sentido. Isto porque num Estado em que os casamentos eram negociados na infância, pelos pais dos nubentes, havia mesmo razão para considerar louco o homem que se apresentasse descontrolado pelos efeitos do amor. Esse provavelmente é um dos mais antigos registros de prova proibida.

2. O direito romano

A Roma antiga não registrava uma teoria legal da prova, na forma hoje estabelecida, pois era privilegiado o livre convencimento do juiz, fosse ele o magistrado ou o povo em comícios, tendo a prova o valor de força moral, que podia integrar o livre arbítrio de quem estivesse investido da função julgadora. Não obstante a importância do arbítrio do julgador, havia a restrição de aceitação, no papel de testemunhas, de pessoas consideradas inferiores, como mulheres, escravos, incapazes e crianças.

¹² MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidade, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296, de 24.07.96*, p. 29.

¹³ ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*, p. 70.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 69.

O processo penal romano atravessou várias fases, sendo necessário distinguir nitidamente dois períodos: o republicano e o imperial.

Durante a República, qualquer cidadão podia acusar. A condição necessária para que o cidadão pudesse acusar era que o pretor lhe concedesse a *lex*. A *lex*, além de permitir a acusação, conferia poderes para se proceder às investigações, podendo apreender documentos, notificar e inquirir testemunhas, sempre sob a fiscalização do acusado.

O processo era dominado pelo contraditório, a prova dos fatos competia às partes, sem que o juiz tomasse qualquer iniciativa. Caso o réu se confessasse culpado, era condenado sem mais indagações. Nesse período, havia sanção para aquela testemunha que se recusasse a depor, sendo admitidos os tormentos como meio de prova.¹⁵

Com a queda da República e a proclamação do Império, o sistema acusatório não desapareceu, mas o procedimento sofreu modificações, motivadas pelo abuso do direito de acusar. Ademais, a produção das provas, confiada à parcialidade das partes, não oferecia garantias suficientes para o imputado que não dispusesse de meios para obter o patrocínio de um defensor, capaz de sustentar suas razões contra fortes acusadores.¹⁶

No que se refere ao sistema probatório, digno de nota é o processo da *cognitio extra ordinem* que vigorou ao tempo do Império e introduziu a tortura para a obtenção de confissões. Nessa fase, passou-se da não utilização dos suplícios para o seu uso e abuso como meio para extrair a confissão, inclusive de homens livres (exceto soldados, senadores e funcionários de graus superiores). A princípio torturava-se o réu. Depois, não só o acusado como também as testemunhas para que falassem a verdade.¹⁷

O valor da confissão era tão precioso que Ulpiano proclamou que aquele que admitisse a culpa em juízo deveria ser tido como julgado; e

¹⁵ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 23.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 42.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 83.

Farináceo instituiu: *a confissão torna a coisa manifesta, induz notoriedade, tem força de coisa julgada.*¹⁸

Com o enfraquecimento do Império Romano, devido às constantes invasões bárbaras, o processo penal passa por mais uma significativa alteração, resgatando o sistema acusatório, mas sob a influência dos costumes germânicos, especificamente o juízo de Deus, fazendo com que o processo se torne um jogo de azar; método que perdura até o início da Idade Média.¹⁹

3. A inquisição

O sistema probatório europeu-continental foi bastante influenciado pelos costumes germânicos – ordálias-, em razão da invasão da Europa pelos povos bárbaros. Em oposição àqueles métodos de revelação da verdade, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada exclusivamente a Deus, para se constituir tarefa dos próprios homens, resgatando o sistema greco-romano.

A estruturação do sistema probatório europeu, cujos traços sociais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, está fundamentalmente ligada à crise da sociedade feudal e conseqüente expansão das monarquias ocidentais, interessadas na repressão dos delitos como forma de controlar os senhores feudais, submetendo-os à sua total autoridade, o que era impossível através dos mecanismos divinos até então utilizados.²⁰

A Inquisição surgiu no século XIII, mais especificamente em 1229, quando o representante oficial do Papa Gregório IX promulgou as 45 resoluções de Tolosa, das quais 18 destinavam-se aos hereges e criavam poderes extraordinários aos clérigos. Ainda nesse século, Inocêncio III deu início à investigação de ofício, para os casos de notoriedade e clamor público. Com o tempo, o sistema inquisitivo passou a ser aplicado para todos os crimes.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 138.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 44.

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 20.

Após o Concílio de Trento, com a criação do Tribunal da Inquisição instituiu-se a tortura, como meio oficial para extrair a confissão.²¹

Na cultura medieval, o inquérito foi o instrumento que se adaptou excepcionalmente às novas exigências, pois através dele tornava-se possível reconstituir os acontecimentos. O método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo na jurisdição eclesiástica, diante da necessidade de repressão da heresia e outras condutas infiéis, que exigiam uma permanente investigação por parte das autoridades religiosas.²² Esse sistema se desenvolveu e ampliou, abrangendo todos os Estados da Europa, com exceção da Inglaterra²³. Tal extensão se deu em virtude da inevitável acolhida que encontrava junto a governos absolutistas, os quais, por seu intermédio, viam a possibilidade de alcançar os inimigos do poder constituído e os rebeldes, favorecendo a delação e engendrando um compreensível temor com relação aos governantes.²⁴ Desse modo, no sistema inquisitorial, as provas eram validadas pela repressão.

Desse modo, a teoria das provas legais aliou-se ao inquérito, procurando racionalizar as técnicas de acerto dos fatos, por meio de um intrincado sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além de que somente a combinação delas, resultando em uma certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal.

Esse sistema tinha origem no antigo direito hebraico, que como já vimos, vedava a condenação do acusado de qualquer crime, com base em um só testemunho. Contudo, os juristas medievais utilizaram como referência para elaborar a doutrina o Código de Justiniano, o qual advertia os acusadores que

²¹ Segundo o Manual dos Inquisidores, de 1376, os meios empregados na tortura deveriam ser tais que o acusado saísse saudável para ser libertado ou executado. Não se torturavam menores de 14 anos, velhos e mulheres grávidas, sendo que as crianças e velhos deveriam ser apenas aterrorizados e chicoteados. A finalidade da tortura não era a apuração da verdade, mas a confissão do suspeito em delitos não manifestos. O manual chegava ao requinte de enumerar os casos em que a tortura poderia ser empregada, como por exemplo: se o acusado vacilasse nas respostas ou negasse a acusação; se só tivesse uma testemunha contra o suspeito; etc.

²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, pp. 20-1.

²³ Enquanto os processos secretos e as indispensáveis torturas dominavam a Europa Continental, na Inglaterra, o IV Concílio de Latrão aboliu os Juízos de Deus, firmando o entendimento de que o acusado deveria ser tratado como um cavaleiro, de acordo com as instituições liberais reinantes naquele país.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 46.

não deveriam propor ação que não fosse fundada em testemunhos idôneos ou documentos claríssimos.²⁵

Constituiu-se um degrau de provas: *probationes plenae*, *probationes semiplenae* e *indicia*.

Dentro da prova plena apresentava-se o duplo testemunho, onde são necessários duas testemunhas concordantes e o ato escrito público.

Provas semiplenas são os testemunhos isolados e documentos particulares.

O indício, que com o tempo seria tabelado como 1/4 ou 1/8 da prova plena, era uma justificativa para a tortura que, em caso de confissão, consistiria em uma prova plena.²⁶

Os indícios assemelhavam-se às presunções legais, das quais receberam força probante, de modo que a fuga do acusado era considerada confissão de culpa.

Antônio Magalhães Gomes Filho alerta que:

Pode parecer que diante de tais regras estivesse favorecida a posição do acusado, pela extrema dificuldade de se obter uma demonstração plena da culpabilidade; no entanto, bem ao contrário, tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso inevitável da tortura, tornava-se verdadeira condição sine qua non para a obtenção do convencimento, sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária para a condenação.²⁷

A tortura passou a ser admitida como procedimento para obtenção da prova e na ânsia de se comprovar uma premissa, nem sempre verdadeira, amparava-se na tortura como meio de conhecimento e demonstração da culpabilidade do acusado.

Além disso, o processo inquisitório de origem eclesiástica era essencialmente sigiloso: segredo no recebimento da denúncia, no início das

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 23.

²⁶ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, p. 9.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 24.

investigações, na instrução e também nos debates, o que possibilitava ainda mais as arbitrariedades e injustiças.

Como bem observa Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

Segundo os textos da Inquisição, o tormento era autorizado diante da prova semiplena, vale dizer, quando presentes determinados indícios. Se da tortura se obtivesse a confissão, os indícios elevavam-se à categoria de prova plena, dando lugar à condenação; caso contrário, perdiam qualquer valor probante, e o acusado era absolvido, salvo nos casos excepcionais de tortura infligida manentibus indiciis, quando então a absolvição era só ab iudicio, sob a reserva de informações mais amplas, em tempo determinado ou indeterminado (ad usque quo).²⁸

Esta prática, característica do sistema inquisitivo, pouco a pouco dominou a Europa Continental²⁹, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política. Assim, *caso só existissem presunções e indícios graves, completava-se a prova com a tortura, cuja finalidade era obter a melhor das provas, a confissão.*³⁰

Percebe-se dentro desse sistema, que aparentemente demonstrava para a época ser racional, existia, por essência, um processo irracional, resquício do juízo de Deus, pois se contava que Deus daria ao inocente forças para resistir à dor.

Apesar das justas críticas à Inquisição, a instituição do sistema da prova legal teve o aspecto positivo de vincular o juiz a determinadas regras prefixadas, por força das quais a condenação deveria ser, obrigatoriamente, pronunciada, qualquer que fosse o convencimento moral do magistrado, na medida que o valor da prova colhida preponderava sobre qualquer outro aspecto.

4. Os ideais iluministas

²⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*, p. 13.

²⁹ Itália, Espanha, Alemanha e França, entre outros.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.1, p. 86.

Com o surgimento dos ideais liberais e movimentos abolicionistas da escravidão, o sistema probatório penal sofre significativas mudanças, objetivando acompanhar as profundas transformações sócio-políticas ocorridas.

A crítica ao aparato repressivo das monarquias absolutas, a cuja brutalidade se somava a incapacidade de deter o aumento da delinqüência, resultante do processo de urbanização gerado pela Revolução Industrial, constituiu um dos pontos mais emblemáticos do pensamento iluminista, que serviu de suporte ideológico à Revolução Burguesa do século XVIII.

Especialmente no campo do processo penal, era veemente a reprovação ao sistema inquisitório. Ao mesmo tempo, apresentavam-se propostas reformistas inspiradas no júri popular inglês, em seguida a um processo público, oral e com a participação da defesa, único compatível com a presunção de inocência.³¹

O movimento de combate ao sistema inquisitivo, tinha à frente nomes como Montesquieu, que condenava as torturas, e Voltaire, que repudiava as leis vigentes que obrigavam o juiz a se conduzir perante o acusado mais como um inimigo do que um magistrado.

Fundamental contribuição emprestou Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, influenciado pela teoria do contrato social de Jean-Jacques Rousseau³², ao afirmar em 1764:

A um homem não se pode chamá-lo de réu antes da sentença do Juiz, nem a sociedade pode lhe negar a sua proteção pública, até o momento em que ficar decidido que ele violou as convenções através das quais aquela proteção lhe fora outorgada. Qual é, pois, o direito, se não aquele da força, que dá poder ao Juiz para aplicar uma pena a um cidadão, enquanto ainda existem dúvidas se ele é réu ou inocente?

³¹ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, p. 25.

³² As noções de direito e de justiça apresentadas por Rousseau têm a ver com a idéia de contrato social, isto é, com a idéia de cada membro de uma determinada comunidade abrir mão de sua liberdade natural em prol da liberdade civil, estipulada pelo pacto social (noção de direito) e que conduziria à justiça. O homem perde a liberdade natural, isto é, um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar, mas ganha, em compensação, a liberdade civil, baseada no direito e na justiça. A liberdade natural seria limitada apenas pela força física, enquanto a liberdade civil é limitada pela vontade geral, pelo direito e pela justiça.

*Não é novo esse dilema: ou o crime é certo, ou incerto; se certo, não lhe será conveniente outra pena do que a estabelecida pelas leis, e inúteis são os suplícios, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve angustiar um inocente, já que ele é, segundo as leis, um homem, cujos delitos não estão provados.*³³

Vislumbra-se aí o questionamento do valor da própria confissão, que hoje não tem valor absoluto, por ser obrigatório o seu confronto com as demais provas. O iluminista conseguia visualizar que não é o reconhecimento do acusado que importa, mas sim a reunião de provas efetivas de que tenha infringido a lei.

Beccaria também se manifestou quanto à prova criminal:

§ VII - As provas de um delito podem distinguir-se em provas perfeitas e provas imperfeitas. As provas perfeitas são as que demonstram positivamente que é impossível que o acusado seja inocente. As provas são imperfeitas quando não excluem a possibilidade da inocência do acusado.

*§ XII – Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz.*³⁴

A partir daí, o sistema tarifário de provas e a tortura começam lentamente a ser abolidos na Europa.

Importante observar que o repúdio do sistema das provas legais e a afirmação do princípio da livre convicção, não deixavam de representar uma contradição no seio da doutrina iluminista que, ao mesmo tempo exigia a estrita legalidade no tocante aos delitos e às penas. Assim, substituía o juiz livre na aplicação das penas mas limitado quanto à apreciação das provas, por um juiz desvinculado das regras probatórias, mas submetido a prescrições legais no tocante à definição dos crimes e respectivas sanções.

Entretanto, a contradição era mais aparente do que real, pois para a filosofia iluminista, as idéias de lei e natureza não são contrapostas; ao contrário, a lei tem a função de educar o homem e ensinar-lhe a reconquistar a própria natureza racional; assim, o conceito de legalidade aparece conexo à

³³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, pp. 154-5.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 160.

idéia de retorno à natureza; e a íntima convicção está relacionada a crença na natureza humana.³⁵

Quanto à tortura, a primeira proibição legal ocorreu na Itália, mais precisamente no Tribunal de Nápoles (1730), sendo seguida por outras cidades italianas. A Suécia aboliu esta espécie de prova em 1734, seguida pela França (1788), Bélgica (1795) e Suíça (1851).³⁶

Em 3 de novembro de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa, em seu art. 9º instituiu o preceito do estado de inocência, valoroso instituto que se insere em normas constitucionais atuais, cuidando do reconhecimento da necessidade de se provar efetivamente a prática de um crime, para que alguém possa por ele ser responsabilizado.

A partir daí, passou-se a exigir do julgador que motivasse sua decisão, indicando de forma explícita as razões que o convenceram.

Na esteira dessas mudanças liberais, os Códigos Austríaco e Alemão permitiam ao imputado fazer-se acompanhar de seu defensor. O Código Norueguês estabeleceu em 1877, como princípio geral, a publicidade dos atos instrutórios e a possibilidade da efetiva participação das partes mediante a formulação de observações e perguntas que julgassem oportunas.³⁷

Em Portugal, na época da Inquisição a presença do acusado no processo era indispensável, mas ele era obrigado a confessar, especialmente pela utilização da tortura.

Com a organização do processo penal, através da compilação dos antigos forais dos direitos romano e canônico, além dos usos e costumes, surgiram as Ordenações Afonsinas, e depois, as Filipinas, onde a confissão era considerada meio de prova, juntamente com os instrumentos, testemunhas e os tormentos, que eram perguntas feitas pelo juiz ao acusado a fim de obrigá-lo, através da tortura, a dizer a “verdade”.

³⁵ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, p. 26.

³⁶ Id., *ibid.*, p. 9.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 10.

Nesse período, o julgador estava habituado a basear toda a instrução, na confissão do réu, que deveria ser extraída de algum modo, ainda que, para isso, se empregasse perguntas capciosas, ciladas, processos de sugestão, tudo para o cansaço do interrogado. Caso não surtisse efeito, seguiam-se as ameaças e tormentos.³⁸

Por fim, é importante observar que alguns Estados europeus resistiram às mudanças radicais, tendo o sistema da livre convicção sofrido algumas restrições de cunho garantidor, dentre elas a da doutrina alemã que, fundamentando-se na possibilidade de erros e abusos dos magistrados, elaborou a Teoria das Provas Legais Negativas, onde o convencimento pessoal do juiz somente poderia ser utilizado em favor do acusado, exigindo-se, já para a condenação, a presença dos elementos legais da prova.³⁹

5. Os reflexos iluministas no Brasil

Desde o descobrimento do Brasil eram aplicadas as Ordenações Portuguesas.

A propagação das idéias humanitárias da justiça penal, intensificada com a Revolução Francesa, também influenciou na legislação brasileira. Em 23 de maio de 1821, o Príncipe Regente D. Pedro expediu decreto admitindo o direito de a defesa intervir em alguns atos instrutórios e de tomar ciência do interrogatório do acusado, salvo casos de urgência absoluta. No Aviso de 28 de agosto de 1822, o Príncipe mandava aos juízes que observassem o que se continha na Constituição de Portugal de 10 de março de 1821. Em consequência, várias garantias ficaram estatuídas para os acusados e foram abolidas as penas infamantes e a tortura.

Proclamada a independência, as idéias liberais que avassalavam a Europa foram acolhidas e consagradas. A Constituição de 1824 definia, no art. 179, os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo direitos

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 141.

³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 32.

e garantias no campo do processo penal: foi assim que se iniciou o período de reação às opressoras leis portuguesas, culminando com o Código de Processo Criminal, de 1832, síntese dos anseios liberais da época.

Desse modo, até 1841 o Brasil viveu um período marcante e decisivo na formação e história de nossas instituições penais, evidenciando-se na legislação um acentuado espírito anti-inquisitorial que preservou o processo penal de certos resíduos absolutistas.

Ressalte-se que esse período de transição foi complexo, sendo que só com a Constituição Imperial de 1824 e, a partir da proclamação da República, as demais Constituições, passaram a incluir entre os direitos individuais, cláusulas consagradoras do direito de defesa na área criminal, que inclui o direito à prova.

A Constituição de 1891, em seu art. 72, § 16º: *Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela ...*; em 1934, o art. 113, n. 25: *A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta*; mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122 n.º 11 incluía disposição segundo a qual *... a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois a formação da culpa, as necessárias garantias de defesa*; no texto de 1946, o art. 141, § 25º: *É assegurada aos acusados plena defesa ... A instrução criminal será contraditória*; e as mesmas garantias eram contempladas pelo art. 150, §§ 15º e 16º da Carta de 1967 e, ainda, no art. 153, §§ 15º e 16º da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. E, por fim, a Magna Carta de 1988 que reiterou a imprescindibilidade do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do estado de inocência (art. 5º, inciso LVII).

Atualmente, o julgador tem à sua disposição o livre convencimento (art. 157), mas obrigatoriamente deve indicar os motivos de sua sentença, explicitando-os e indicando-os na prova coligida (art. 381, inciso III, todos do Código de Processo Penal).

Como esclarece o Ministro Francisco Campos, na exposição de Motivos que acompanha o atual Código de Processo Penal, item VII: *o juiz criminal foi restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém,*

*advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas.*⁴⁰

6. Bibliografia

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*. 8. ed., São Paulo: Ícone, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana, São Paulo: José Butshasky, 1978.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva e SILVA, Maria Regina Caffaro. "Provas ilícitas no processo penal". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 25 (97): 237-250, jan./mar. 1988.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
Saraiva, 1982.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidade, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296, de 24.07.96*. Curitiba: Juruá, 1996.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

⁴⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1941.