

Antonio Magalhaes Gomes Filho

UNIDADE II

Leitura obrigatória  
MAGALHÃES, Direito à prova, p.17-40

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

DIREITO À PROVA  
NO PROCESSO PENAL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes Filho, Antonio Magalhães  
Direito à prova no processo penal / Antonio Magalhães Gomes Filho. –  
São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.  
Bibliografia  
ISBN 85-203-14910  
I. Processo penal 2. Prova (Direito) I. Título.

CDU-343.14

97-0617

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito à prova : Processo penal 343.14

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

## EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROBATORIOS CONTEMPORÂNEOS

### Capítulo I

1. Prova, sociedade e poder — 2. Origens do sistema europeu-continental: a inquisição — 3. Segue: a teoria das provas legais — 4. A reação iluminista e a *inimé conviction* — 5. Legislação revolucionária: a introdução do júri — 6. O sistema juristo do *Code d'instruction criminelle* — 7. A escola clássica e as *provas legais negativas* — 8. O princípio da defesa social e a *verdade material* — 9. Origens do sistema anglo-americano: o júri — 10. Segue: a *law of evidence* — 11. O sistema *adversary* e a *verdade provável*.

#### 1. Prova, sociedade e poder

As idéias vigentes sobre o fenômeno da prova judiciária não são uniformes, nem resultam de uma evolução constante e linear, mas representam, ao contrário, paradigmas referidos a sistemas concretos, sendo, em razão disso, fortemente condicionados por circunstâncias históricas e culturais.<sup>1</sup>

De fato, mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção

<sup>(1)</sup> À vista disso, parece ser possível traçar um paralelo entre a evolução dos conceitos sobre a prova com o desenvolvimento das ciências em geral; sobre esse último tema, v. especialmente Thomas S. Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, S. Paulo, Perspectiva, 1982.

do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão.<sup>2</sup>

Dai a fundamental distinção entre as tarefas do juiz e do historiador,<sup>3</sup> ambos empenhados na reconstrução de acontecimentos passados: para este último, o resultado das investigações pode constituir êxito meramente pessoal, ou apenas compartilhado no âmbito restrito de uma comunidade científica. ao passo que o magistrado atua em função e no interesse de toda a sociedade, a quem deve prestar contas, para que sejam reconhecidas como válidas as conclusões do procedimento probatório.

Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais; e, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se.<sup>4</sup>

De outro modo, não seria possível compreender a diversidade dos sistemas probatórios conhecidos, desde os primitivos, em que a apuração da verdade se faz com recurso a forças sobrenaturais, a diante da crença generalizada sobre a interferência direta das divindades nos assuntos humanos,<sup>5</sup> até os mais modernos, assentados na superioridade da razão e da experimentação científica.

Assim, longe de constituir atividade técnica e neutra, a reconstrução dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos, culturais, etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável.

(2) Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964, p. 29.

(3) V. adiante, cap. II, n. 2.

(4) Vittorio Denti, *Scienza della prova e libera valutazione del giudice*, Rivista di diritto processuale, 27 (3): 415, 1972; Laurenc H. Tribe, *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*, Harvard law review, 84 (6), 1971, p. 1391.

(5) Mesmo nessa situação, a decisão ainda traduz os sentimentos do grupo social, pois como observou Lévy-Bruhl, invertendo os termos do conhecido adágio popular: "Vox Dei, vox populi", op. cit., p. 71, nota 5.

Dentre tais condicionantes, é imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo — e, especialmente, da prova — estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado: assim, num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado.<sup>6</sup>

Para os fins do presente estudo, entendemos ser necessário examinar, pelo menos, os traços essenciais da evolução dos dois principais sistemas probatórios contemporâneos — o europeu-continental e o anglo-americano —, até porque as questões atuais relacionadas ao direito à prova estão diretamente relacionadas à tentativa de assimilação desses dois sistemas, através de um *modelo* de processo justo que emerge dos textos internacionais de direitos humanos.<sup>7</sup>

## 2. Origens do sistema europeu-continental: a inquisição

A estruturação do sistema probatório europeu-continental, cujos traços essenciais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, está fundamentalmente ligada à crise da sociedade

(6) Mirjan R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, trad. italiana de Andrea Giussani, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 41-2.

(7) Não nos preocupamos com o sistema probatório dos ordenamentos socialistas, tratado por Denti, não somente pelas circunstâncias históricas atuais, mas especialmente porque, a nosso ver, referido "sistema" nada mais representaria do que uma exasperação do modelo inquisitório continental; v. a propósito, Vittorio Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, Rivista di diritto processuale, 20:58-65, 1975.

feudal e à conseqüente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais; interessados na repressão dos delitos, como forma de fazer prevalecer sua autoridade sobre à dos senhores feudais, os reis não podiam empenhar-se pessoalmente, nem através de seus procuradores, nos mecanismos de prova até então utilizados — duelos, juramentos, ordálias, etc. — que, herdados dos costumes judiciais germânicos, submetiam os contendores a uma espécie de jogo, através do qual se manifestava a interferência divina na solução do conflito.<sup>8</sup>

Assim, em oposição àqueles métodos de revelação da verdade judicial, que hoje costumam ser considerados *irracionalis*,<sup>9</sup> desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens.<sup>10</sup> E, na cultura medieval, o *inquérito* foi o instrumento que se adaptou excepcionalmente às novas exigências, pois através dele tornava-se possível reconstituir os

(8) Michel Foucault, A verdade e as formas jurídicas. Cadernos da PUC/RJ, n. 16, p. 53 ss., 1974.

(9) A divisão entre provas *rationalis* e *irracionalis* está presente, por exemplo, na já citada obra de Lévy-Bruhl, que contrapõe a natureza mística e absoluta das primeiras ao caráter racional e relativo das últimas, pois estas, constituídas de argumentos que se dirigem à razão, podem ser criticadas e combatidas por argumentos contrários (Op. cit., p. 45-46). Criticando esse tipo de colocação, observa Hassemer que os modelos de prova são expressão de cada cultura pelo que o duelo, o juramento e a prova da água eram meios que garantiam a "verdade" aos participantes do processo penal, sendo portanto funcionais em relação às concepções de racionalidade da cultura germânica. Em seguida, indaga por que, mesmo na nossa cultura atual, grandes astros do esporte costumam ser utilizados em dispendiosas campanhas publicitárias; talvez tal fenômeno tenha algum parentesco com o do corroborador do juramento exculpatório, em que se assenta sua credibilidade ou poder?; v. Winfried Hassemer, Fundamentos del derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 181-2 e nota 176. Aliás, não seriam as "greves de fome" também uma forma moderna de "prova corporal"?

(10) Fernando Gil, Provas, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1986, p. 38.

acontecimentos, trazendo para o presente os fatos do passado e permitindo uma visualização dos mesmos que substitua o *flagrante-delito*.<sup>11</sup>

Conquanto não constituísse propriamente uma novidade, dados os seus conhecidos antecedentes greco-romanos,<sup>12</sup> o método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesiásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas;<sup>13</sup> o seu fundamento era o poder papal e o direito de vigiância sobre os fiéis que o mesmo compreendia,<sup>14</sup> o que, por sinal, harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter toda a sociedade a seu controle.

Corolários dessas exigências, eram o segredo, face ao perigo de propagação das condutas heréticas ou contestadoras do poder real,<sup>15</sup> bem como o caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação; se culpado, o acusado tem certamente um conhecimento preciso da realidade<sup>16</sup> e a confissão,

(11) Foucault, op. cit., p. 53.

(12) Foucault, op. cit., p. 41; sobre o procedimento inquisitório romano, v. especialmente Rogerio Lauria Tucci, Lineamentos do processo penal romano, S. Paulo, Ed. USP — José Buschatsky, 1976, p. 165 ss.

(13) Piero Fiorelli, Accusa e sistema acusatorio: a) direito romano e intermédio, in Enciclopedia del diritto, Varese, Giuffrè, 1958, v. I, p. 333.

(14) Adhemar Esmein, Histoire de la procédure criminelle, Frankfurt am Main, Verlag Sauer & Auvermann, 1969, p. 75.

(15) Como já observava Ayrault, a origem desse procedimento secreto e escrito era o *medio dos tumultos, das gritarias e aclamações que o povo normalmente faz, o medio que houvesse desorden, violência e impetuosidade contra as partes talvez até mesmo contra os juizes*; P. Ayrault, L'ordre, formatité et instruction judiciaire, 1576, L. III, cap. LXXII e LXXIX, *apud* Michel Foucault, Vigiar e punir, trad. Lúcia M. Pondé Vassallo, 6.ª ed., Petrópolis, Vozes, 1988, p. 36 e 63, nota 8.

(16) Silvia Buzzelli, Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto, in Ubertis (org.), La conoscenza del fatto nel processo penale, Milano, Giuffrè, 1992, p. 79.

se obtida, constitui a melhor forma de se alcançar a *verdade real*: "*in criminali causa certum est confessum esse damnandum secundum omnes*";<sup>17</sup> assim, acabava por transformar-se toda a atividade probatória em uma desenfreada busca da confissão, inclusive com a admissão do recurso à tortura.

A confissão do acusado representava, portanto, o objetivo primordial do procedimento inquisitório, pois somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados; a tortura era seu instrumento. Evidente, entretanto, o vício epistemológico que aí se continha, pois o inquisidor era alguém comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade, que procurava demonstrar; a pesquisa cedia vez à confirmação de uma verdade já estabelecida.

A rigor, bem analisadas as coisas, a técnica do inquérito não chegava a superar o *irracionalismo* dos duelos e ordálias, em que a revelação do verdadeiro é confiada à divindade; afinal, a tortura também não passava de um jogo (desigual) entre o juiz-inquisidor e o acusado, em que este ganha, resistindo, ou perde, confessando;<sup>18</sup> ademais, "*só pressupondo inconscientemente que a acusação resulte de uma inspiração divina pode conceber-se o acusado já como culpado, e portanto a sua confissão como absolutamente necessária, a ponto de dever ser extorquida com a tortura*".<sup>19</sup>

### 3. Segue: a teoria das provas legais

Complemento do inquérito e fator preponderante à legitimação do modelo inquisitório foi a denominada *teoria das provas legais*, através da qual se procurava racionalizar as técnicas do accertamento dos fatos, por meio de um intrincado sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa *quantidade* de prova, poderia autorizar a condenação criminal.<sup>20</sup>

(17) Alessandro Giuliani, Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica, Milano, Giuffrè, 1961, p. 214.

(18) Foucault, Vigiar..., op. cit., pp. 39-40.

(19) Paolo De Lalla, Logica delle prove penali, Napoli, Jovene, 1972, p. 117.

(20) As origens desse sistema são bem mais remotas, podendo ser visualizadas já no antigo direito hebraico, que vedava a condenação

Apesar da denominação, tal critério não era propriamente legislativo, mas constituía o resultado de complexa elaboração doutrinária, a partir de textos do direito romano; assim, por exemplo, a *Ordinance* de 1670 não continha uma exposição dessas regras, mas as supunha.<sup>21</sup> E o seu fundamento era sobretudo *garantista*, pois, no dizer de Romagnosi, tratava-se de um *corretivo* do sistema inquisitório para um mal maior, isto é, o arbítrio indefinido do convencimento.<sup>22</sup>

Segundo tais prescrições, os juizes, examinando os autos, deviam apreciar o caráter de cada prova e extrair dela o respectivo valor, formulando numericamente a sua *quantidade*, para fins de decisão; assim, as provas podiam resultar *plenas* ou *semiplenas*, ou ainda *manifestas*, *consideráveis* e *imperfeitas* (ou *ligeiras*).<sup>23</sup>

do acusado de qualquer crime ou pecado, com base em um só testemunho, v. Haim H. Cohn, The proof in biblical and talmudical law, in Perelman & Forets (org.), La preuve en droit, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 81-82; no mesmo sentido, Luigi Ferajoli, Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, Bari, Laterza, 1991, p. 166, nota 28. Mas, a referência utilizada pelos juristas medievais para a elaboração doutrinária que serviu de base às provas legais parece ter sido uma constituição do Código de Justiniano (C. 4.19.25), em que se advertia aos acusadores que não deveriam propor ação que não fosse fundada em testemunhos idôneos, documentos claríssimos, "*vel indicis aut probationem indubitatis et luce clarioribus expressa*"; v. Giorgia Alessi Palazzolo, Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno, Napoli, Jovene, 1979, p. 3.

(21) Massimo Nobile, Il principio del libero convincimento del giudice, Milano, Giuffrè, 1974, p. 150; Esmein, op. cit., p. 261.

(22) G. D. Romagnosi, Cenni sul sistema della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizii, in Giorgi (org.) Opere di G. D. Romagnosi, Milano, Perelli e Martini, 1842, v. IV, p. II, p. 965; também Faustin Hélie, reconhecendo nesse sistema "*un contrepois à la procédure secrète*"; v. Faustin Hélie, Traité de l'instruction criminelle, Paris, Charles Hingray, 1845, 1.<sup>a</sup> parte, p. 649; no mesmo sentido, com outras referências bibliográficas, Ennio testimoniaza, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 16:315 (e nota 14), 1973.

(23) Para uma minuciosa exposição sobre referidos critérios, v. especialmente Hélie, op. cit., p. 647 ss.

24

DIREITO A PROVA NO PROCESSO PENAL

A regulamentação de cada meio de prova também era minuciosa e complexa: com relação à testemunhal, por exemplo, para que fosse considerada *completa*, exigia-se um mínimo de duas testemunhas (*testis unus, testis nullus*), mas era indispensável que fossem oculares, firmes e tivessem seus depoimentos tomados em três inquirições sucessivas; ao lado disso, havia ainda um extenso rol de pessoas *reprováveis*, começando pelos parentes do acusado e terminando com os pobres e mendigos, cuja palavra não era aceita. Também os indícios tinham regulamentação especial, divididos em *proximos* e *longinquos*, sendo que os primeiros constituíam uma semiprova, capaz de autorizar a condenação a penas aflitivas, infamantes ou pecuniárias.<sup>24</sup>

À primeira vista, 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 à 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.<sup>25</sup>

Por outro lado, também não podem ser esquecidos institutos subsidiários, que imprimiam inusitado rigor à repressão: o primeiro era a *pena extraordinária*, ou *pena do suspeito*, que consistia numa sanção mitigada, aplicável nos casos em que, embora havendo fortes indícios ou provas que autorizavam uma convicção pessoal do juiz, não se chegasse à obtenção da prova legal;<sup>26</sup> o outro era a *prova privilegiada*, solução expressa pela fórmula *in atrocissimam*

(24) Sobre a minuciosa regulamentação das provas legais, v. Esmein op. cit., pp. 269-283, e também J. Ph. Levy, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in Perelman et Fortiers (Org.), *Le préveue en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 34-48.

(25) R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 18.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1903, p. 63; Mirjan Danaska, *The death of legal torture*, *The Yale law journal*, 87:873, 1978.

(26) Mario Pisani, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettiva storico-sistemática*, Il Foro Italiano, 5:74-5, 1967; Palazzolo, op. cit., p. 20-1.

*leviores conjecturae sufficium, et licet iudici iura transgredi*, que possibilitava qualificar como plena uma prova meramente indiciária, quando se tratasse de apurar crimes de especial gravidade, como, por exemplo, lesa-majestade, falsificação de moedas, porte de armas, bruxaria e outros.<sup>27</sup>

#### 4. A reação iluminista e a *intime conviction*

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,<sup>28</sup> constituiu um dos pontos mais emblemáticos do pensamento iluminista, que serviu de suporte ideológico à revolução burguesa do século XVIII.

À luz da teoria contratualista de Rousseau e das novas idéias a respeito da organização do poder, institutos fundamentais do sistema penal e processual do *ancien régime*, como a pena de morte e a tortura, passaram a ser continuamente contestados, em nome de uma nova concepção das relações entre o Estado e o cidadão, como testemunha o clássico opúsculo *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria.<sup>29</sup>

Especialmente no campo do processo penal, era veemente a reprovação ao sistema inquisitório; ao mesmo tempo, apresentavam-se propostas reformistas inspiradas sobretudo no modelo inglês de julgamento pelo júri popular, em seguida a um processo público, oral e com a participação da defesa, único compatível

(27) Palazzolo, op. cit., p. 25-6; Massimo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 115-6; Mario Pisani, *Beccaria e il processo penale*, in Cesare Beccaria and modern criminal policy, Milano, Giuffrè, 1990, p. 116.

(28) Foucault, *Vigiar...* cit., p. 76.

(29) Sobre a atualidade do pensamento de Beccaria, v. especialmente Giandomenico Pisapia, *Cesare Beccaria, la pena di morte e la tortura*, in Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 55-60; Marino Barbero Santos, *Cesare Beccaria, la pena de muerte y la tortura*, *ibí*, pp. 61-73; Mario Pisani, *Beccaria ... cit.*, *idem*, pp. 109-20; Horst Schüller-Springorum, *Cesare Beccaria and Criminal Proceedings*, *ibí*, pp. 121-31.

com a presunção de inocência, pois "un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti, coi quali gli fu accordata".<sup>30</sup>

No que diz respeito às provas, a reação ao sistema inquisitório e à doutrina das provas legais correspondia também a um novo estágio do pensamento filosófico, resultante da substituição do abstratismo escolástico e cartesiano pela observação direta e crítica dos fatos, própria das escolas experimentais e indutivas;<sup>31</sup> daí o conseqüente reclamo em favor de um processo *informativo*, voltado à "ricerca indifferente del fatto",<sup>32</sup> cujos resultados deveriam ser submetidos à livre apreciação dos julgadores, sem o apriorismo consubstanciado nas regras de avaliação aritmética das provas.

Parece conveniente ressaltar, para os fins do nosso estudo, que o repúdio das provas legais, e a concomitante afirmação do princípio da livre convicção, não deixavam de representar uma contradição no seio da doutrina iluminista que, ao mesmo tempo, propugnava critérios de estrita legalidade no tocante aos delitos e às penas;<sup>33</sup> assim, substitua 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.

<sup>(30)</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Ulet, 1911, p. 45.

<sup>(31)</sup> Mauro Cappelletti, *Ideologias en el derecho procesal*, in —, *Proceso, ideologias, sociedad*, trad. Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1974, p. 6-9, Nobile, *Il principio...* cit., p. 92.

<sup>(32)</sup> Pisani, *Beccaria...* cit., p. 112.

<sup>(33)</sup> Essa contradição, apontada por Nobile (*Il principio...* cit., p. 127), parece ser mais aparente do que real; é que, 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 não está relacionado à constrição, mas aparece conexo à idéia de retorno à natureza; e a *prima convicção* está relacionada à crença na natureza humana; v. Mario A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Ed. di Comunità, 1966, p. 94.

à afirmação da certeza do direito, alternava-se o arbítrio do juiz em relação às questões de fato.<sup>34</sup>

Como sublinha Nobile, tal contradição confirma que as grandes reformas jurídicas atendem mais a valorações de ordem histórica, social e política do que a critérios de coerência; no caso, segundo o mesmo autor, pesavam fundamentalmente três motivos: 1) a crença na razão do simples cidadão, chamado a decidir as questões de fato, através do júri popular; 2) a contraposição questão de fato — questão de direito, que se apóia na teoria garantística da separação de poderes; 3) a confiança em um sistema judiciário em que a justiça fosse administrada por magistrados incorruptíveis.<sup>35</sup>

Aliás, esse terceiro fator, não pode ser desvinculado da observação no sentido de que a confiança na capacidade técnica é no desinteresse dos juízes estivesse ligada à constatação de que a livre apreciação das provas era o melhor meio para a eficácia do aparato repressivo,<sup>36</sup> e isso também parece confirmado pela manutenção das regras de prova legal no processo civil, revelando que a adoção do livre convencimento mais atendia à necessidade de ampliação dos poderes do juiz penal, como forma de consolidação da autoridade do Estado.<sup>37</sup>

Foi também essa mesma contradição que conduziu a uma maior dificuldade de aceitação do livre convencimento pela doutrina alemã, que continuou, durante um certo período, a ver na valoração legal das provas uma garantia contra erros e abusos dos magistrados; e, com esse sentido garantístico, chegou-se à elaboração da denominada *teoria das provas legais negativas*, de acordo com a qual o convencimento pessoal do juiz somente poderia ser utilizado em favor do acusado, exigindo-se, já para a condenação, a presença dos elementos legais de prova.<sup>38</sup>

<sup>(34)</sup> Nobile, *Il principio...* cit., p. 130-1; Giuliani, *Il concetto...* cit., p. 225.

<sup>(35)</sup> Nobile, *Il principio...* cit., p. 131-4.

<sup>(36)</sup> Giovanni Tarello, *Il "problema penale" nel secolo XVIII*, in Tarello (org.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1975, v. V, p. 24.

<sup>(37)</sup> Amodio, *Libertà...* cit., p. 317, nota 18.

<sup>(38)</sup> Nobile, *Il principio...* cit., pp. 137-8.

### 5. Legislação revolucionária: a introdução do júri

Os ideais iluministas a propósito da atividade processual repressiva encontraram consagração firme, conquanto passageira nas primeiras leis que se seguiram à Revolução Francesa.

O primeiro diploma revolucionário a respeito do processo penal — o *décret* de 8-9 de outubro de 1789 —, embora mantivesse em vigor o procedimento escrito da *Ordonnance* de 1670, introduziu-lhe algumas garantias em favor do acusado, especialmente a publicidade e o direito à assistência de um defensor. A fase inicial de investigação (*informatio*) continuava a ser secreta, mas para assegurar certa transparência à atividade inquisitiva do juiz, vinha prevista a participação de cidadãos indicados pelas municipalidades, os *adjoints*, que deviam acompanhar as diligências probatórias; a partir do comparecimento, do panhar as diligências probatórias, para interrogatório, iniciava-se então a segunda parte do procedimento, pública e contraditória, com ampla possibilidade de intervenção do defensor e, inclusive, com o reconhecimento do direito de inquirir as testemunhas de acusação e produzir contraprova.<sup>39</sup>

A ruptura total com o sistema inquisitório herdado do *ancien régime* somente ocorreria com a lei de 16 de setembro de 1791, sobre a reorganização da justiça criminal; esse texto, cujo projeto fora apresentado à Assembleia Constituinte por Dupont, provocou intensos debates a respeito dos pontos fundamentais da reforma, que já revelavam a precária adesão das forças políticas ao novo sistema.<sup>40</sup>

A inovação principal era, sem dúvida, a regulamentação do procedimento para o julgamento por jurados em matéria criminal, introduzido precedentemente pelo *décret* de 16-24 de agosto de 1790. Nesse procedimento, após uma fase de informação conduzida pelo juiz de paz do lugar, a causa era encaminhada a um júri

(39) Esmein, op. cit., pp. 410-6; Paolo Ferrua, *Riforme processuali con aspirazioni accusatorie e pericoli di degenerazione inquisitoria*. Rivista italiana di diritto e procedura penale, 20(3):889-91, 1977.

(40) Sobre as discussões travadas no seio da Assembleia, v. a excelente síntese de Esmein, op. cit., pp. 431-9.

de acusação distrital, composto por oito jurados, que devia deliberar sobre a admissibilidade da acusação; em caso positivo, passava-se ao julgamento perante o tribunal criminal, instituído em cada departamento e integrado por doze jurados, que decidiam sobre os fatos, além de outros três juízes togados e um presidente, aos quais incumbia a fixação da pena.<sup>41</sup>

No que se refere à produção das provas, a grande novidade consistia na consagração irrestrita da oralidade, em aberta oposição à escritura do sistema precedente: os depoimentos eram prestados pelas testemunhas de viva voz, tanto perante o júri de acusação como o de julgamento; e os jurados, embora tivessem acesso a determinadas peças escritas dos autos, jamais poderiam consultar as transcrições de testemunhos tomados nas fases precedentes.<sup>42</sup>

Quanto à avaliação dessas provas, o abandono do velho sistema também era ortodoxo: em lugar das prescrições da teoria da prova legal, conferia-se uma liberdade total e absoluta aos juízes e jurados, que dispensava a indicação dos motivos da convicção,<sup>43</sup> e estava a salvo, também, de quaisquer regras de exclusão, ao contrário do que ocorria com o próprio modelo inglês, inspirador da reforma.<sup>44</sup>

### 6. O sistema misto do *Code d'instruction criminelle*

O interesse pela lei de 1791 não reside exatamente na sua aplicação prática — bastante reduzida, tanto pelo curto período de sua vigência, como pela concomitante existência de tribunais e procedimentos de exceção —, mas naquilo que representou como

(41) Esmein, op. cit., pp. 420-6.

(42) Esmein, op. cit., p. 430, Ferrua, op. cit., pp. 895-7.

(43) Ennio Amodio, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*. Rivista di diritto processuale, 25(3):448, 1970.

(44) V. adiante, cap. I, n. 10; Enzo Zappalà, *Linee fondamentali del modello probatorio francese nella legislazione criminale dal 1670 al 1808*. Il Tommaso Natale. Bollettino dell'Istituto di Diritto Processuale Penale dell'Università di Palermo, 7:1541-2, 1979; Raymond Charles, *Rapport présent, in Le Jury face au droit pénal moderne*. Travaux de la troisième Journée d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 26.

ruptura com o antigo sistema e, especialmente, pelas inovações que se mantiveram na legislação subsequente.

Na verdade, passado o primeiro ímpeto do movimento revolucionário, em que a ideologia da prevalência do indivíduo em relação ao Estado tinha forte apelo político, os objetivos mais imediatos da burguesia se fizeram sentir concretamente no campo da repressão criminal;<sup>45</sup> assim, chegou-se ao *Code des délits et des peines*, de 25 de outubro de 1795, cujo endereço está bem explícito na justificativa de Merlin: "*garantir d'une manière véritablement efficace la sûreté des personnes et des propriétés*";<sup>46</sup> nesse novo diploma são sensivelmente reforçados os poderes de investigação da polícia e dos magistrados e, em consequência, a instrução preparatória escrita e secreta readquire importância, agora inserida em um procedimento tradicionalmente oral e governado pelo livre convencimento, como o do júri.<sup>47</sup>

Reformas legislativas subsequentes (1801) acentuaram a involução do sistema no sentido inquisitório, através da introdução da escritura também no procedimento perante o júri de acusação; as testemunhas deixavam de ser reinquiridas nessa fase, limitando-se os jurados a examinar os depoimentos prestados na fase de informação, lidos pelo presidente do júri.<sup>48</sup>

Mas a solução de compromisso definitiva entre o modelo acusatório, público e oral, introduzido pela legislação revolucionária, e o inquisitório, secreto e escrito, herdado das *Ordonnances* de 1539 e 1670, somente seria realizada com o *Code d'instruction criminelle*, de 1808, em que se chega a um sistema misto, "*uma transação, às vezes feliz*";<sup>49</sup> e que até hoje constitui a base dos ordenamentos ligados à tradição continental.

Nesse código, reflexo da mentalidade autoritária e centralizadora instaurada após o golpe de estado de Napoleão Bonaparte, o procedimento era dividido em duas fases bem distintas: a primeira,

(45) Giuliano Amato, *Indivíduo e autoridade nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 138.

(46) Esmein, op. cit., p. 440.

(47) Nobili, op. cit., p. 166-7, Zappalà, op. cit., p. 1534.

(48) Nobili, op. cit., p. 170, Ferrua, op. cit., p. 916.

(49) Hélie, op. cit., p. 694.

secreta, escrita e sem a participação da defesa, destinava-se à colheita do material probatório pelo juiz de instrução, cujas funções ganharam importância com a supressão do júri de acusação; na segunda, perante o júri, eram discutidos em contraditório, pública e oralmente, os elementos até então obtidos, eis que possível a leitura aos jurados dos depoimentos colhidos na fase anterior.<sup>50</sup>

O grande paradoxo resultante da conciliação entre os dois modelos — e que é de vital interesse para o presente estudo — foi a manutenção do critério da íntima convicção na apreciação das provas. Com efeito, introduzido como corolário de um processo acusatório, público e oral, em que o procedimento probatório era regulado pela *law of evidence*, com ênfase para a participação dos interessados, em contraditório, esse princípio passou a legitimar o arbítrio judicial, na medida em que as informações da fase precedente, obtidas sem quaisquer regras de garantia, passavam a ser valoradas livremente, como material idôneo à formação do convencimento.<sup>51</sup>

### 7. A escola clássica e as provas legais negativas

A combinação entre os padrões inquisitório e acusatório, introduzida pelo *Code d'instruction criminelle* francês teve grande aceitação, influenciando desde logo os demais ordenamentos continentais e, como já se disse, representa até os dias atuais o modelo inspirador da maioria das legislações.

No entanto, o antagonismo entre a predominância do segredo e da escritura na fase inicial de colheita de provas, e o julgamento por íntima convicção, peculiar ao debate contraditório, público e oral, não deixou de sofrer, desde logo, importantes questionamentos em nível doutrinário, também com reflexos em sede legislativa.

(50) Nobili, op. cit., pp. 172-176; Ferrua, op. cit., p. 920-921; Zappalà, op. cit., pp. 1535-1541.

(51) Como observa Luigi Ferrajoli, a fórmula do *libre convencimento* foi acolhida acriticamente como um critério discricionário de valoração, em substituição às *provas legais*; com isso, acabou-se por negar a existência de provas como condição *necessária* para uma condenação; v. Ferrajoli, *Diritto... cit.*, p. 118; v. ainda Ferrua, op. cit., p. 913 e nota 126; Ennio Amodio, *Libertà... cit.*, p. 311.

Assim, no seio da denominada *Escola Clássica* do direito penal, em cujo ideário se incluíam os mesmos postulados afirmados pelo iluminismo, era bem presente a crítica a tal solução: Carrara insistia na afirmação de que a íntima convicção tem sua racionalidade conjugada à instituição do júri, ao mesmo tempo em que ressaltava os benefícios das provas legais, em face da iniquidade da repressão,<sup>52</sup> Carnignani, mais incisivo, postulava a *prova legítima*, em oposição à verdade moral, vinculando a legalidade na valoração das provas ao próprio ideal de igualdade entre os homens e lembrando, ainda, que a fé nos encarregados da administração da justiça não pode ser a única garantia dos acusados.<sup>53</sup>

O reconhecimento do valor garantístico do sistema das provas legais, sem que se ignorassem os absurdos a que poderia conduzir, levou então a doutrina à elaboração do que se denominou *teoria das provas legais negativas*, que, em última análise, postulava limitações ao livre convencimento, quando se tratasse de condenar. Desse modo, ao contrário do que sucedia em relação às provas legais tradicionais, ou *positivas*, em que determinados elementos autorizavam o reconhecimento da culpabilidade, mesmo contra o convencimento moral do juiz, segundo essa nova concepção, o juiz só estaria autorizado a condenar se, além de convencido, estivesse amparado por um mínimo de prova, de acordo com as estipulações do legislador.<sup>54</sup>

Tal posicionamento desenvolveu-se sobretudo na doutrina germânica (*negative Beweisregel*)<sup>55</sup> e chegou mesmo a ser

(52) Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, Fratelli Cammelli, 10.<sup>a</sup> ed., 1907, vol. II, pp. 417-9.

(53) Giovanni Carnignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, Fratelli Nistri, 1832, t. IV, cap. VII, pp. 118-20.

(54) Sobre as *provas legais negativas*, com ampla bibliografia, Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 127-8 e nota 71, p. 178.

(55) Incisivas a respeito, as observações de Mittermaier: "*para que um Tribunal de Jueces pueda conquistarse la confianza del pueblo, es preciso que aquellos no puedan traspasar ciertos limites que el legislador les ha señalado, por el interés de la inocencia; es preciso que una teoria de la prueba, basada en la experiencia de los siglos, les sirva de guía en sus investigaciones*", v. C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 9.<sup>a</sup> ed., trad. espanhola por Antonio Quintano Ripolles, Madrid, Reus, 1959, p. 142.

consagrado legislativamente nos códigos austríacos de 1803 e 1853, no código prussiano de 1805, na reforma do processo penal toscano de 1838, nos regulamentos de Berna, de 1842 e de Baden, de 1845, bem como na ordenação de Wurttemberg de 1843.<sup>56</sup>

Conquanto possam ser formuladas a essa doutrina as mesmas críticas que são feitas às provas legais tradicionais, porque não é viável determinar *a priori* o valor do conhecimento adquirido através da prova, parece indubitável o valor de garantia subjacente à sua concepção, especialmente em face de um procedimento em que a aquisição dos elementos de prova possa ser feita sem a participação dos interessados.

## 8. O princípio da defesa social e a verdade material

À preocupação garantista dos clássicos, contrapôs-se o pensamento de autores ligados à denominada *Escola Positiva* e a outras correntes posteriores, que enfatizava a orientação do direito penal e do processo penal para a defesa da sociedade contra os criminosos; assim, a partir das últimas décadas do século passado, desenvolveu-se expressiva corrente doutrinária, cuja ideologia estava centrada na repressão e que teve grande influência na codificação fascista de 1930 e, por reflexo, no nosso estatuto processual-penal de 1941.<sup>57</sup>

Na raiz dessas concepções encontrava-se essencialmente uma nova visão do papel do Estado na sociedade, em substituição ao clássico modelo democrático-liberal, e sobretudo uma confusão

(56) Ferrajoli, op. cit., p. 178, nota 71; Nobili, op. cit., p. 189-91.

(57) Para uma visão mais completa desse movimento, v. Massimo Nobili, *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in Giovanni Tarello (org.), *Materiali per una storia della cultura giuridica* — vol. IV, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 417-55. A respeito das afinidades dessa corrente com a doutrina fascista, v. Giuseppe Maggiorè, *Correnti filosofiche e riforme penali, in Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, processual, v. Francisco Campos, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, n. II.

entre direito e governo,<sup>58</sup> para a qual a tutela dos direitos individuais constituía "preconceito excessivo".<sup>59</sup>

Em nome de um tratamento técnico da questão criminal, avolumavam-se as críticas aos julgamentos populares, à presunção de inocência, ao contraditório, à publicidade e, em geral, às formalidades do processo, ou seja, a tudo aquilo em que não fosse evidente o interesse público.<sup>60</sup>

Com relação às provas, não é difícil constatar a aberta adesão ao sistema inquisitório, visto como um progresso ou "forma superior do ordenamento processual",<sup>61</sup> pois reconhecia a "verdadeira essência do processo, isto é, uma indagação crítica e imparcial da verdade".<sup>62</sup> A busca obsessiva dessa verdade, que caracterizara a inquisição canônica e dos estados absolutos, e que sempre teve indistintos objetivos políticos, passava então a encontrar uma justificação racional, haurida do positivismo criminológico: no processo penal, o tema que o juiz tem diante de si não é apenas um fato, mas um homem, em razão do que a questão de fato é aberta até o momento da sentença.<sup>63</sup>

Na visão de Florian, um dos mais notáveis expoentes dessa corrente ideológica, a pesquisa da verdade efetiva, material, histórica, constituía o escopo específico do processo, subordinado ao escopo geral de defesa social contra a delinqüência, pois o "alto interesse público, que inspira e move o processo penal, coloca uma exigência, à qual o mesmo deve prover o mais

(58) Amato, op. cit., p. 266.

(59) Emanuele Carnevale, *Democrazia e giustizia penale*, in —, *Diritto criminale*, Roma, Foro Italiano, 1932, v. III, p. 463.

(60) Engenio Florian, *Principi di diritto processuale penale*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 1932, p. 74, R. Garofalo, *Criminologia*, 3.ª ed., trad. de Julio de Matos, Lisboa, A. M. Teixeira, 1916, p. 412; Emanuele Carnevale, *L'interesse pubblico nel processo criminale*, separata de "Bollettino di Diritto Penale", 2 (1): 12, Catania, 1924.

(61) Enrico Ferri, *Il progetto del codice di procedura penale*, in —, *Difese penali*, Torino, Utet, 1925, v. III, p. 374.

(62) Garofalo, op. cit., p. 426; no mesmo sentido, Ferri, *Il progetto*, cit., p. 374.

(63) Emanuele Carnevale, *Carattere della verità nel processo criminale*, in —, *Diritto criminale*, Roma, Foro Italiano, 1932, v. III, p. 400.

eficientemente possível: a realidade dos acontecimentos (...) deve aparecer inteira, genuína, sincera, sem manipulações, nem res-rições";<sup>64</sup> e Ferri chega mesmo a postular para o processo a "objetividade serena e severa de uma pesquisa médica".<sup>65</sup>

Não é difícil concluir que diante dessa postura metodológica ganha importância a figura do juiz na colheita do material probatório, "para que a punição seja mais apropriada à personalidade do réu",<sup>66</sup> ao mesmo tempo em que a participação da acusação e da defesa no procedimento é vista como forma historicamente superada, relacionada aos tempos em que a perseguição dos criminosos não era considerada uma função social;<sup>67</sup> a presença das partes, o contraste de forças, a luta, não são compatíveis com o método de investigação objetiva e conscienciosa da verdade;<sup>68</sup> no processo penal, os sujeitos participantes não têm qualquer poder dispositivo sobre as provas, limitando-se a fornecer uma ajuda ao juiz para o accertamento da verdade.<sup>69</sup>

Nessa ótica, o livre convencimento adquire então um significado mais amplo, para expressar não somente a autonomia do julgador na apreciação de provas colhidas no contraditório, mas também a ausência de limites quanto ao objeto da investigação e também quanto aos meios utilizáveis.<sup>70</sup>

(64) Florian, op. cit., p. 53; interessante notar que essa mesma preocupação com o "estudo completo" da causa, civil ou penal, aparece na teoria marxista da prova judiciária; v. especialmente Andrei Vishinski, *La teoria de la prueba en el derecho sovietico*, Buenos Aires, Nuevo Derecho, 1951, p. 244.

(65) Ferri, *Il progetto*, cit., p. 377.

(66) Maggior, op. cit., p. 41.

(67) Garofalo, op. cit., p. 425.

(68) Enrico Ferri, *La giustizia nel secolo XX*, in —, *Difese penali*, Torino, Utet, 1925, v. III, p. 363; Emanuele Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale*, in —, *Diritto criminale*, Roma, Foro Italiano, 1932, v. III, p. 422.

(69) Alberto Domenico Tolomei, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, Cedam, 1931, p. 97.

(70) Nobili, *La teoria...* cit., p. 451; Florian, op. cit., p. 335; Ferri, *Il progetto...* cit., p. 376; Tolomei, op. cit., p. 97.

## 9. Origens do sistema anglo-americano: o júri

O declínio dos *juízos de Deus*, que no sistema continental deu lugar ao procedimento inquisitório, em solo inglês teve como consequência a afirmação paulatina de uma instituição que ainda hoje domina o sistema de justiça anglo-americano: o júri. Com isso, a solução das questões discutidas no processo, antes confiada à divindade, passou a ser atribuída a doze pessoas escolhidas entre os notáveis do lugar, que são como "*olhos da comunidade*".<sup>71</sup>

As origens históricas dos julgamentos populares são muito remotas,<sup>72</sup> mas, no caso inglês, é indicado como sendo seu antecedente próximo a "*Frankish Inquest*" (*inquisição*) introduzida por William I: tratava-se de um procedimento investigatório de natureza fiscal e administrativa, através do qual o rei determinava a convocação de um certo número de pessoas da localidade, com o propósito de que os mesmos apurassem, e depois testemunhassem, determinados fatos de interesse da Coroa.<sup>73</sup>

Assim, inicialmente a função dos jurados não era propriamente a de julgar, mas de recolher informações e prestar testemunhos sobre os fatos investigados (*jury of proof*); dessa prática parece ter resultado, em matéria criminal, a instituição do *grand jury*, composto por doze homens de boa reputação e sem antecedentes criminais, cuja tarefa consistia primeiramente em apurar crimes e apresentar comunicações a respeito; posteriormente, a atribuição desse órgão transformou-se em resolver sobre a admissibilidade das acusações (júri de acusação).

(71) Franco Cordero, La confessione nel quadro decisionario, in Cataldo Neuburger (org.), La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo, Padova, Cedam, 1988, p. 54.

(72) V. a propósito, Rogério Lauria Tucci, Significado e importância das *quaestiones perpetuae* em direito penal e processual penal. Ciência penal, 2(2): 68-87, 1975, esp. p. 77.

(73) Potter's, Historical introduction to English law, 4.<sup>a</sup> ed. por A. K. R. Kiralfy, London, Sweet & Maxwell, 1958, p. 240-1; Morris Ploscowe, The development of present-day criminal procedures in Europe and America, Harwart law review, 48: 445, 1935; Michele Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova, Padova, Cedam, 1970, p. 98.

O júri propriamente dito (*petty jury*), com a função de decidir sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, só veio a aparecer mais tarde, justamente após o Concílio de Latrão (1215) ter abolido os *juízos de Deus*, pois antes disso os acusados pelo grande júri eram submetidos às ordálias. Inicialmente, era o próprio *grand jury* que decidia sobre a procedência da imputação, mas isso, evidentemente, representava prejuízo para o acusado, que tinha remotas chances de vir a ser reconhecido inocente; um estatuto de Eduardo III, de 1350, finalmente garantiu ao acusado a possibilidade de recusar qualquer jurado que tivesse participado do júri de acusação; cristalizou-se, então, a concepção de que, feita a acusação por um júri, outro deve decidir sobre os fatos.<sup>74</sup>

Assim, o júri transformou-se na forma usual de julgamento e constitui, sem dúvida, a característica mais essencial do sistema judiciário anglo-americano, com fundamentais repercussões no campo da atividade probatória.

10. Segue: a *law of evidence*

A relação entre o júri e o sistema probatório anglo-americano é tão íntima que a *law of evidence* é considerada, pela maioria dos autores, como sendo "*the child of the jury*".<sup>75</sup> São as particularidades desse tipo de julgamento popular que determinaram a estruturação de todo um sistema probatório voltado à seleção do material informativo a ser submetido aos jurados.

Com efeito, é a partir do momento em que o júri deixa de decidir com base em conhecimentos próprios, para servir-se de provas, fornecidas principalmente por testemunhas,<sup>76</sup> que se inicia

(74) Ploscowe, op. cit., p. 446; Potter's, op. cit., pp. 246-7.

(75) A expressão é atribuída a Thayer; v. especialmente G. D. Nokes, The English jury and the law of evidence, Tulane law review, 31 (1): 153, 1956; para uma crítica a essa concepção, v. C. A. Morrison, Some features of the Roman and the English law of evidence, Tulane law review 33: 592-3, 1959.

(76) A preponderância da prova testemunhal no sistema inglês é tão grande que até o século XVII o termo *evidence* significava *prova testemunhal*; v. Giuliani, Il concetto... cit., p. 190.

a formação de um conjunto de regras de exclusão (*exclusionary rules*), cuja finalidade é a de controlar a qualidade das provas apresentadas aos jurados, evitando que esses leigos pudessem ser induzidos a erros de apreciação. Dentre tais regras, sobressaem a *rule against hearsay*, destinada a evitar que o júri tenha contato com um testemunho de segunda mão, e o princípio da *interest disqualification*, segundo o qual não são admissíveis testemunhas que possam ter um interesse na solução da causa; como anota Giuliani, tais provas não eram admitidas porquanto a inféncia que delas podia ser extraída não era legítima para o julgamento do fato.<sup>77</sup>

Dentre as regras de exclusão, assume ainda particular significação a determinação da *relevância*, que representa o requisito lógico para a apresentação da prova ao júri; segundo a *common law*, "*the golden rule of admissibility is that all evidence which is relevant to the facts in issue is admissible and that which is irrelevant is inadmissible*".<sup>78</sup> com isso, procura-se evitar que a multiplicação de questões possa desviar os jurados da questão principal a ser decidida.<sup>79</sup>

A existência do júri também influenciou, de forma determinante, a estrutura acusatória do procedimento e, sobretudo, o modo de produção das provas: a necessidade de que sejam apresentadas na presença de todos os membros do tribunal impõem a concentração e a oralidade: no *day in court* são expostas todas as provas, perante um tribunal até então totalmente desinformado a respeito do processo; e o diálogo entre as partes diante dos jurados também contribui para a maior aproximação entre a justiça e a sociedade, daí resultando a grande publicidade que, normalmente, é dada aos julgamentos.<sup>80</sup>

(77) Giuliani, *Il concetto...* cit., p. 192.

(78) Richard May, *Criminal evidence*, 2.<sup>a</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1990, p. 11; v. ainda Taruffo, *Studi...* cit., p. 100-1.

(79) Alessandro Giuliani, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 16:656, 1962.

(80) H. A. Hammelmann, *Aspetti del diritto probatorio anglossassone*, *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1(1): 381, 1950; Giuliani, *Problemi...* cit., p. 657.

## 11. O sistema *adversary* e a *verdade provável*

Aliás, é justamente a natureza competitiva do procedimento diante do júri, consentânea com o primado da iniciativa individual, característica da *common law*,<sup>81</sup> que determina os traços essenciais do sistema *adversary*, bem como as concepções vigentes nos ordenamentos anglo-americanos sobre os objetivos da pesquisa probatória.

De fato, em correspondência com os ideais de um Estado que se propõe exclusivamente solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas,<sup>82</sup> no sistema examinado toda a iniciativa processual e, em particular, a probatória é atribuída às partes: são elas que decidem quais são as questões de fato e, ainda, realizam, de forma competitiva, a introdução das provas no processo;<sup>83</sup> o juiz que preside o *trial* nada mais faz do que assegurar a correção da disputa, sem ter uma interferência direta na apuração dos fatos.

Disso resultam visões igualmente diferenciadas em relação às concepções da *prova*, bem como da *verdade* que através dela se pode obter: a primeira, resultante da assimilação da tradição lógico-retórica, é vista como *argumentum* e não pode prescindir do momento da *persuasão*,<sup>84</sup> e a *verdade* perseguida é aquela própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*).<sup>85</sup>

Assim, reconhecida a inviabilidade da obtenção, através da pesquisa probatória, de um resultado absolutamente verdadeiro,

(81) Roscoe Pound, *Lo spirito della "common law"*, trad. Giuseppe Buttà, Milano, Giuffrè, 1970, p. 15.

(82) V. supra, cap. I, n. 1, e, especialmente, nota 6.

(83) Damaska, *I volti...* cit., p. 207-8.

(84) Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, v. 37, p. 525; v. tb. Mario Pisani, *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, *Rivista di diritto civile*, 5:458-65, 1959; Giuseppe De Luca, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione: atti del convegno presso l'Università de Bari-Ostuni*, 8-10 settembre 1989, Milano, Giuffrè, 1991, p. 19 ss.

(85) Giuliani, *Problemi...* cit., pp. 657-8; —, *Il concetto...* cit., p. 194-6.

valorizam-se os aspectos relacionados à correção do procedimento; de acordo com a chamada *sporting theory of justice*, o que conta não é somente o resultado do accertamento dos fatos, mas principalmente a lisura no encontro dialético entre as partes contrapostas; daí, inclusive, a preocupação com certos aspectos extra-processuais, como a vedação de incorporação de provas que possam ferir outros direitos reconhecidos pelo ordenamento;<sup>86</sup> por isso, ao lado de um verdadeiro *direito* à incorporação de provas, pode-se falar, no sistema anglo-americano, igualmente, em um *direito à exclusão* das provas que não atendam aos requisitos da legalidade.<sup>87</sup>

## Capítulo II

### PROVA, VERDADE E GARANTIAS PROCESSUAIS

1. O caráter persuasivo da vinculação prova-verdade — 2. Limites à obtenção da verdade no processo: o juiz e o historiador — 3. Sucedâneos da verdade processual: verossimilhança — 4. Segue: a probabilidade quantitativa — 5. Segue: a probabilidade lógica — 6. Verdade e garantias processuais.

#### 1. O caráter persuasivo da vinculação prova-verdade

A noção de *prova* pertence, mais amplamente, aos domínios da filosofia, na medida em que diz respeito ao vasto campo das operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro,<sup>1</sup> e pode ser encarada tanto sob uma vertente objetiva, relacionada aos procedimentos de investigação, como através de uma ótica subjetiva, que privilegia o assentimento, a *crença*, que pode ou não decorrer da utilização daqueles procedimentos.<sup>2</sup>

Na terminologia processual, o termo *prova* é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (*meios de prova*); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas

<sup>(86)</sup> Luigi Paolo Comoglio & Vladimiro Zagrebelsky, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 36(2):439, 1993.

<sup>(87)</sup> S. Ginossar, *Éléments du système anglais de la preuve judiciaire*, in Perelman & Fortes (org.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 100; Paul Fortes, *Considerations sur la preuve judiciaire*, *ivi*, p. 328.

<sup>(1)</sup> Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, v. 37, p. 519.

<sup>(2)</sup> Fernando Gil, *Provas*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1986, p. 13.