

AUTOCRACIA DA VERDADE REAL NO DIREITO PENAL: CONTORNO HISTÓRICO E ATUAL

AUTOCRACY THE REAL TRUTH IN CRIMINAL LAW: CURRENT AND HISTORICAL OUTLINE

FLÁVIO HENRIQUE FRANCO DE OLIVEIRA¹
PAULO ADALBERTO FRANCO DE OLIVEIRA²

RESUMO: O presente trabalho objetiva abordar a base histórica do sistema de prova no direito penal e seus elementos que refletiram na valoração processual da atualidade. Para tanto faz necessário compreender as primeiras apreciações deste instituto, que teve sua formação na antiguidade, ganhando relevância jurídica com o processo investigatório deflagrado pelo direito canônico, bem como pela utilização popular empregada pelo direito consuetudinário. Demonstra que, no pretérito, os mecanismos de apuração dos delitos eram obscuros, desprovidos de um mínimo de formalismo capaz de preservar a dignidade humana, sendo rompido por movimentos avessos ao sistema inquisitivo implantado no passado. A denominada *prova absoluta* já não possui espaço ordenamento jurídico da atualidade, contudo ainda sobram resquícios obsoletos de sua utilização medieval.

PALAVRAS-CHAVE: Verdade Real; Prova Absoluta; Sistema Inquisitivo.

ABSTRACT: This paper aims to address the historical basis of the evidence in the criminal law system and its elements that reflected in the current valuation procedure. For whatever necessary to understand the first assessments of the institute, who had his training in antiquity, gaining legal relevance to the investigative process triggered by canon law and by popular usage employed by customary law. Demonstrates that, in the past tense, the mechanisms of calculating offenses were obscure, devoid of a minimum of formalism able to preserve human dignity, being broken by averse inquisitorial system deployed in the past movements. The absolute proof is not called own legal system of the present space, yet still remaining obsolete remnants of its medieval use.

KEYWORDS: Real Truth; Absolute Proof; Inquisitorial System.

Artigo recebido em 20.02.2014. Pareceres emitidos em 03.02.2015 e 03.02.2015.

Artigo aceito para publicação em 30.03.2015.

¹ Mestre em Direitos da Personalidade do UniCesumar – Centro Universitário Cesumar. Docente da Universidade Paranaense – UNIPAR – Guaíra. flaviofranco2006@hotmail.com

² Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. pf-oliveir@bol.com.br

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Influência do Direito Penal Canônico em busca da Verdade Real; 2. Direito Penal Germânico e a Informalidade Processual; 3. Movimento Iluminista e a Obtenção da Prova; 4. Sistema de Provas e a Verdade Real no Processo Penal; Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. The Influence of the Criminal Code of Canon Law in search of the Real Truth; 2. Criminal Germanic Law and the Procedural Informality; 3. Enlightenment Movement and the Taking of Evidence; 4. System Tests and the Real Truth in the Criminal Procedure; Concluding Remarks; References.

INTRODUÇÃO

Não há como desprezar que o sistema de prova do direito penal da atualidade é fruto de um lento processo de construção doutrinária e legislativa, oriunda do próprio avanço social pautado pelo reconhecimento da preservação dos mínimos respeito ao ser humano. Os meios de descobrir a verdade foram relativizados da mesma forma que a *prova irrestrita* foi rompida pela necessidade formal e detalhada de apuração dos delitos, ou seja, não há mais possibilidade, perante a norma penal, de proferir um juízo condenatório, medida tão grave e extrema, sem antes uma análise minuciosa dos elementos existentes no caderno processual. É dizer que, a aplicação da pena é condicionada a certeza processual, esta, por vez, depende de inúmeros fatores concatenados a par da norma jurídica. Este artigo articula os abusos cometidos na apuração dos delitos e as punições deflagradas ao longo da história, busca as relações de poder perpetrada pelo direito ancestral no uso de métodos hostis, comumente aceitáveis para obtenção da *verdade*. O estudo dos procedimentos inquisitoriais, que apresentavam características extremas e tinha como fundamento uma série de veracidades absolutas, que giravam em torno da estrutura ideológica sustentada pelo misticismo da época foi contribuinte de um sistema parcial e cruel. Transformado na estrutura jurídica moderna, assinalou o fim da opressão, conseqüentemente, surge uma nova era lastrada pela capacidade do homem em discernir e se libertar dos dogmas e intolerância que assolou a sociedade antiga, demarcando a construção cognitiva da coletividade atual.

Assim, é preciso que se pergunte: mediante as atrocidades ancestrais utilizadas na apuração dos crimes será que o sistema atual já é suficientemente preciso quando se trate de aplicação de pena? Se os frutos das truculências do passado não deixaram cicatrizes no pensar do aplicador da norma quando profere um juízo condenatório? Se a sistemática atual, utilizada na apuração dos delitos, está adequada, sem brechas para incoerências?

Daí que, neste trabalho escolhemos analisar e refletir sobre o sistema de provas, colocando em confronto o modelo antigo e a sistemática atual, com o fim de, mediante os erros cometidos no passado, perquirir se não há necessidade de uma nova reformulação, se a complexidade na apuração dos crimes em tempos tão avançados não exige novas mudanças para adaptar a uma nova realidade.

1. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL CANÔNICO EM BUSCA DA VERDADE REAL

A denominação “canônico” é usada para mencionar algo referente ao Apostolado. É um termo empregado pela Igreja para definir os seus próprios interesses de acordo com seus usos e costumes. É dizer que, o Direito Canônico é o direito da Igreja Católica, que ganhou essa designação a partir do século VIII³.

Contudo, foi no século II que começou a formação da doutrina. As fontes se encontravam nos decretos pontificados, nos cânones nativos dos concílios, nos estatutos promulgados por bispos, e nas inúmeras regras monásticas com seus livros penitenciais.

No decorrer do tempo foi se constituindo abundante massa de textos, confuso e de difícil consulta e, às vezes até contraditória, necessitando de uma transformação, que só veio a surgir por volta do ano de 1140, consolidado por decreto de Graciano, formando o chamado *Corpus Iuris*, no final do século XV. É dizer que com o nascimento do Direito Canônico surgiram também as codificações que serviram de base para o direito penal e para os sistemas processuais⁴.

Consta no “O Manual dos Inquisidores”, a obra de António Lobo Antunes, que além de tratar da legitimidade e da operabilidade dos inquéritos medievais, cuida também dos aspectos principiológicos do Direito Canônico. A Inquisição portuguesa perdurou com grande longevidade entre os séculos XVI e meados do XIX, garantindo a denominada *mão de ferro* graças a um rígido cumprimento pontifical no julgamento das ações contrárias às suas determinações, receando toda a sociedade em nome do bem comum e, por meio da repressão, visava assegurar o domínio sociopolítico da Igreja⁵.

Não distante, a Inquisição acarretou à nação medo e terror, por outro lado, seu funcionamento, como instituição, foi muito eficaz durante o período que esteve no poder, controlando as atividades intelectuais e repreendendo opiniões. Este foi o motivo pelo qual a Inquisição permaneceu vigente durante dois séculos, suas normas e decisões eram aplicadas com mais intenso rigor. “Num país onde os serviços públicos se caracterizam sempre pela má organização e ineficiência, o Santo Ofício constitui uma surpreendente exceção”⁶.

O Santo Ofício iniciava o processo investigatório com uma facilidade muito agravada, qualquer indício era suficiente para impulsionar a investigação, a linha entre a inocência e o culpado era tênue, de forma que, da mesma facilidade que era submetido um criminoso a julgamento, também fazia com o

³ BOLTON, B. *A Reforma na Idade Média*. 7. ed., Lisboa, 1985, p. 112.

⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 135.

⁵ ANTUNES, Antonio Lobo. *O Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 124.

⁶ SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. Lisboa: Alfa, 1993, p. 187.

inocente, não existindo requisito sustento capaz de selecionar ações indicativas da criminalidade. É dizer que a facilidade de indiciamento permitia até mesmo a provocação por cartas anônimas, bastando apenas meros indícios ou presunções para o desencadeamento da perseguição. Quando se tratava de falta grave, o réu era preso e submetido a longos interrogatórios e, caso se mostrasse recalcitrante em não confessar a imputação que lhe fora feita, era submetido à tortura⁷.

Neste entendimento, a discussão sobre o poder de coação da igreja e, conseqüentemente, sobre a própria existência do direito penal canônico, conecta-se ao princípio orientador, que determina que o poder coercitivo e o seu exercício são necessários para a Igreja, no serviço de caridade e para a salvação das almas, bem como para que o poder coativo seja usado somente em último caso⁸.

Embora a construção conceitual pareça óbvia, convém reforçar que no direito penal canônico as punições morais eram feitas através do Direito, de forma que, tanto os “delitos” morais como os crimes eram julgados pela ordem jurídica.

João Carlos Orsi traz essa distinção:

O delito é um conceito jurídico e exige, portanto, a exterioridade. Daí surge a distinção entre pecado e delito. O pecado é violação de ordem moral, e o delito é violação de ordem jurídica, medida pelo dano ou perigo de dano que essa violação produz na sociedade e, no nosso caso, na Igreja. Esse dano danifica também o próprio indivíduo que produz um mal para si mesmo. Do pecado, o seu autor responde diante de Deus e diante do seu ministro e, portanto, refere-se ao foro interno. Do delito, o autor responde perante a sociedade a que pertence e, portanto, refere-se ao foro externo. Daí se conclui que todo delito é pecado, mas nem todo pecado é delito⁹.

Assim, os crimes contra a fé eram julgados pelo tribunal canônico, bem como os contra a religião e contra a autoridade eclesiástica. Constata-se que durante o período de domínio do catolicismo, é dizer que, no tempo que a religião oficial era a católica, houve verdadeira criminalização estatal do pecado, como no Livro V das Ordenações Filipinas, que principia exatamente tratando dos hereges e apóstatas. Na ordem de julgamento, os crimes em detrimento da religião católica vinham em primeiro lugar, antes mesmo dos crimes de lesa-majestade¹⁰.

⁷ COIMBRA, Mario. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, vol. 2, Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002, p. 51.

⁸ ORSI, João Carlos. *Direito Penal Canônico*. São Paulo: RT, 2009, p. 13.

⁹ ORSI, João Carlos. *Direito Penal Canônico*. São Paulo: RT, 2009, p. 34.

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

A Inquisição, como tribunal da fé, era encarregada por examinar e descobrir os desvios da alma, escolhas conscientes de caminhos opostos aos dogmas oficiais. Em suma, cuidava da *heresia*, mantendo o controle sobre os dogmas primários da Igreja, este é elementar para petrificar os demais regramentos, para tanto, estabelece que o significado etimológico de heresia é exatamente *escolha*. O herege, réu da Inquisição, era o indivíduo que escolhera e isolara de uma verdade global uma verdade parcial, obstinando-se na crença errônea¹¹.

Em outra vertente, a tortura como instrumento também foi utilizada como meio de prova, através da confissão e de declarações, artifícios para chegar à descoberta da verdade; ainda que fosse um meio cruel, na Idade Média e na Inquisição, seu papel é de prova no processo, possibilitando a confissão e a descoberta da verdade. Utilizado tanto para a apuração dos delitos morais (e aqui inclui as ações contra a Igreja), como para às rupturas da ordem legal, ou seja, delito e pecado eram apurados e punidos com o uso da tortura.

Cecília Maria Bouças Coimbra, demonstrando a cruel finalidade da tortura, em que, além de buscar a confissão do torturado, também objetivava aplicação da dor, assevera da seguinte forma:

Neste diapasão, pode-se dizer que, na maioria dos casos, a finalidade da tortura era a de adquirir a confissão de determinado crime imputado àquela pessoa. Todavia, nem sempre ocorria por este motivo, em outras vezes não se tinha esse caráter, já que se buscava através deste meio uma maneira de infligir maior sofrimento ao condenado¹².

Era comum a prisão processual, que também servia como meio de extrair a verdade. O procedimento inquisitorial era composto de partes, em conformidade com os ditames vigentes, a saber: os ritos de abertura; as confissões e denúncias; as sentenças; penas impostas, normalmente procedimentos cruéis.

Não é à toa que o Manual dos Inquisidores previa três maneiras de iniciar um processo em matéria de heresia: a acusação, a denúncia e a inquisição. O primeiro tipo, o da acusação, refere-se àquelas pessoas que se apresentavam à Mesa do Santo Ofício para acusar um indivíduo, tendo de provar aquilo que afirmavam sob o risco de serem submetidas à pena de talião. Já a denúncia era o método mais utilizado pela população¹³. E ainda, conclui o autor: o indivíduo, ao denunciar um herege, distingue-se do primeiro pelo fato de o delator não aceitar ser parte do processo, ou seja, o faz unicamente para não

¹¹ LARA, Sílvia Hunold (org.). *Ordenações Filipinas*. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 56.

¹² COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Tortura no Brasil como Herança Cultural dos Períodos Autoritários*. Trabalho apresentado no Seminário Nacional sobre a Eficácia da Lei da Tortura. Brasília, 2000.

¹³ EMÉRICO, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Lisboa: Edições Afrodite, 1972, p. 12.

correr risco de excomunhão por não denunciar um herege ou apenas zelo pela fé. O terceiro tipo, o da inquisição, ocorre exatamente quando não há denunciador nem acusador para se efetuar uma denúncia.

Para Foucault a história da tortura mescla entre os procedimentos da prova e do inquérito com a preocupação de obter a confissão, assim se expõe:

Sob a aparente pesquisa de uma verdade urgente encontramos na tortura clássica o mecanismo regulamentado de uma prova; um desafio físico que deve decidir sobre a verdade; se o paciente é culpado, os sofrimentos impostos pela verdade não são injustos; mas ela é também uma prova de desculpas se ele for inocente. Sofrimento, confronto e verdade estão ligados uns aos outros na prática da tortura; trabalham em comum o corpo do paciente. A investigação da verdade pelo suplício do interrogatório é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos, a confissão do culpado; mas é também a batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que produz ritualmente a verdade. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo.

Tendo o cristianismo como religião oficial, deparando-se com a árdua tarefa de consolidar sua doutrina no mesmo tempo em que outros movimentos contrariavam seus interesses; o movimento de oposição aumentava em quantidade e forças. A Igreja necessitava de uma resposta mais rígida, tendente a frear as oposições. Para tanto, numa caçada aos hereges, criou-se o referido Tribunal do Santo Ofício da Inquisição que se uniu ao poder laico, também descontente com as heresias que colocavam em risco a paz interna, reafirmando a doutrina baseada na ideia das duas espadas: a da Igreja e a do Rei, delegadas por Deus para o exercício da autoridade nas esferas espirituais e temporal¹⁴.

2. DIREITO PENAL GERMÂNICO E A INFORMALIDADE PROCESSUAL

O direito penal germânico tinha como base os costumes, as regras eram ditadas pela vontade da sociedade, o povo que estabelecia o que era adequado ou não para a convivência em grupo, de forma que, se algum delito fosse praticado, essas mesmas pessoas encarregavam-se de punir o delinquente. Os costumes eram extremamente primitivos, constatado a prática do delito havia entendimento de perda da paz, daí então resolver as desavenças sociais de forma drástica, com a vingança, morte ou expulsão.

Este *direito* é definido como um conjunto de normas sociais criadas pela tradição, feitas espontaneamente pelo povo, também não escritas e não codificadas. O significado “consuetudinário” constitui-se de algo que é baseado nos costumes, por isso denominado também de direito costumeiro.

¹⁴ BURIHAN, Eduardo Arantes. *A Tortura como Crime Próprio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 22.

Ainda, reforçado compreensão de que o direito germânico primitivo não era composto de leis escritas, o que caracterizava como um Direito Consuetudinário, ele tinha como base uma ordem de paz e a sua transgressão era vista como a ruptura da tranquilidade, privada ou pública, segundo a natureza do crime. Esta, por sua vez, ocasionando a perda da paz autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando presente o crime privado, o infrator era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança.

Mario Coimbra, enfatizando o direito Consuetudinário na perspectiva da justiça aplicada pelos membros do grupo, cujo objetivo consistia em exercer à “vingança de sangue”, expõe:

O Direito germânico primitivo, anterior à invasão de Roma, não era composto por leis escritas, mas estava sedimentado nos costumes daqueles povos guerreiros. Sua pena mais grave consistia na expulsão da tribo, ocasionada pela perda da paz, provocada pelo indivíduo que atentava contra o Direito, sendo que tal expulsão lhe retirava a proteção que tinha da divindade e poderia ser morto por qualquer pessoa. Quando um membro de um clã praticava um fato punível noutro clã gerava o estado de *faida*, que, na inimizade entre os clãs, acarretando a vingança de sangue, cujas hostilidades foram suplantadas pelos contratos de expiação¹⁵.

A vingança de sangue pode ser desempenhada de duas formas, ou pela via coletiva ou individual, a depender das características do crime, além do que, pode ser exercida contra pessoa pertencente ou não à tribo, em razão da ofensa praticada contra a própria tribo ou contra algum de seus membros. Destina-se ao restabelecimento da honra da *sippe*, que fora afetado pela lesão¹⁶.

A aceitabilidade do uso da tortura, além de regulamentada, percebe-se um acolhimento até mesmo pelos grupos familiares. A positivação, para o momento, era vista como um reflexo das intenções da sociedade. O direito como uma ordem de paz, exercido pelo poder dominante e pelos dominados, enquadrava o crime como uma ameaça à sociedade, com a total negação.

A essencialidade do Direito Germano, conforme ressaltado por Bitencourt¹⁷, é conhecer o Direito como uma ordem de paz, sendo a transgressão uma ruptura desta ordem. Daí então, se o delinquente rompesse com a paz pública ficava a disposição da sociedade para recomposição dos prejuízos causados, ou seja, mediante a delinquência, contra a sociedade em geral, crime que

¹⁵ COIMBRA, Mario. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, vol. 2, Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 39.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.

importava a todos, qualquer do povo era legitimando a castigar o criminoso, na proporção do delito, usando dos meios cruéis. Se, por outro lado, estivesse presente o crime privado, delito que se referia apenas a determinada pessoa, o criminoso era submetido à vingança pelo ofendido ou pelos parentes deste, inclusive permitindo a composição.

Em termos processuais, o direito germânico inseriu no contexto punitivo penal os Juízos de Deus, ou *Ordálias*. Que era uma forma de averiguação da verdade, com caráter processual, com utilização de “mecanismos” sobrenaturais. Na deficiência dos meios de conseguir a verdade, que fosse ela trazida por revelação divina. Envolviam processos supersticiosos na tentativa de colher o pronunciamento das forças sobre-humanas¹⁸.

Assim, submetiam o acusado a processos tortuosos; lançava-o na fogueira, a morte declarava a culpa, a sobrevivência à inocência; arremessava-o nas fortes corredeiras, com os pés amarrados, de forma que impossibilitasse qualquer movimento, se submergisse era declarado inocente, caso contrário, culpado. Muitos outros suplícios eram utilizados, para esta doutrina somente as forças divinas tinham a capacidade de revelar a verdade, inocentando-o.

Paulo Juricic, assim explica:

Na Europa, com a invasão dos bárbaros, surgiu um novo pensamento relacionado com a interferência divina, para apurar-se a culpabilidade ou inocência do acusado, conhecido como Ordálias ou Juízos de Deus. O próprio Deus interferia para indicar a condenação ou absolvição de alguém. Tal costume propagou-se a muitas sociedades primitivas, visando à busca da verdade¹⁹.

A decisão caberia às forças divinas, como bem exposto por Juricic, citando Santo Agostinho, sintetiza o significado das ordálias: o vocábulo latino-medieval *ordalium* vem do anglo-saxão *ordal*, significando decisão. A partir do século XIII, o direito canônico introduziu uma outra forma de buscar a manifestação divina. Os réus eram condenados sem a necessidade do acusador, em nome da *publica utilitas*²⁰.

Quem primeiro aplicou esse sistema foi o Papa Inocêncio III, na França, em 1216, para combater a heresia dos albigenses, indivíduos que professavam doutrina dualista. Tal sistema propagou-se, e o Papa Inocêncio IV o estabeleceu na Lombardia, em Roma, e na Marca Trivigiana, no ano 1250; posteriormente, em Veneza, Toscana, Aragon, bem como em várias localidades da França e da Alemanha; em 1480, o rei Fernando, o Católico, com o consentimento do Papa Sixto IV, desenvolveu-o pela Espanha, na Sicília e na Sardenha.

¹⁸ KIST, Dario José. *Tortura da Legalidade para a Ilegalidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 24.

¹⁹ JURICIC, Paulo. *Crime de Tortura*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2003, p. 12.

²⁰ JURICIC, Paulo. *Crime de Tortura*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2003, p. 12.

Entretanto, Santo Agostinho colocou-se contrário a esse sistema, na obra *De Civitate Dei*²¹.

Por bem dizer, foram as primeiras civilizações que criaram as ordálias, ainda na Idade Antiga. O Código de Hammurabi já as previa, e assim trazia no texto: “Se um *awilum* (homem livre) lançou contra um outro *awilum* uma acusação de feitiçaria mas não pôde provar: aquele contra quem foi lançada a feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio purificar aquele *Awilum* e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele (a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador”²².

A utilização desses métodos, que parece ser um substitutivo da complexidade processual, um instrumento de forças sobrenaturais infalível, que, além de supostamente suprir dúvidas, correspondia às expectativas da sociedade. Os juízos de Deus não objetivavam apurar a verdade e sim revelá-la.

Como exposto, os meios de prova utilizados na apuração dos delitos tinham como base a vontade de Deus, que era a consagração do Direito, de forma que a proteção divina direcionava àquele que estava em conformidade com esses postulados. Daí, então, a finalidade das ordálias; supriam-se as provas, realçava a intervenção da divindade a fim de indicar quem era o culpado. Processava ordinariamente mediante duelo judicial, em face da concepção de que a razão e o Direito estavam com aquele a quem Deus deu a vitória num combate²³.

No mesmo sentido, conforme destacado por Lydo Mello:

A lei dos Germanos fundava-se na honra: na afirmação do poder pessoal: cada germano se reputava um absoluto, um protegido de Deus, um núcleo em que o próprio Deus se estava formando. Os germanos consideravam a luta entre os povos uma necessidade natural. E a luta entre os indivíduos como a maneira mais simples e natural de resolver pendências. E achavam que a vitória num combate leal era a prova de que Deus pendera para o vencedor e decidira que era ele quem tinha razão²⁴.

Vê-se que, na perspectiva da ordem germânica, ela foi o berço das denominadas ordálias (Juízo de Deus). Embora já prevista na Idade Antiga,

²¹ Enquanto se investiga se um homem é inocente, se o atormenta, por um delito incerto e se lhe impõe uma grande dor, não porque se saiba que é um delinquente, o que sofre, senão porque não se sabe se o é, com o qual a ignorância do Juiz vem a ser a calamidade do inocente (*De Civitate Dei*. Santo Agostinho, Livro XIX, Capítulo 6).

²² BOUZON, E. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 25.

²³ COIMBRA, Mario. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, vol. 2, coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

²⁴ MELLO, Lydio Machado Bandeira. *O Direito Penal Hispano-luso Medieval*. Belo Horizonte: Editora Universidade de Minas Gerais, 1960, p. 36. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1961;000172893>. Acesso em: 18 set. 2013.

foi no Direito Consuetudinário que surgiu um novo pensamento relacionado com a interferência divina, para apurar a culpabilidade ou inocência do acusado, este mecanismo esteve atrelado na vigência do direito germânico, fortalecendo, então, a noção de desafronta; base de uma ordem de paz, reconhecendo a transgressão como ruptura da tranquilidade social.

3. MOVIMENTO ILUMINISTA E A OBTENÇÃO DA PROVA

Os procedimentos primitivos tinham como centro a confissão, o auto de admissão de culpa era a *rainha das provas*²⁵, a qual era buscada a qualquer custo, inclusive por meio dos tormentos. A pena frequentemente aplicada era a capital, embora não bastava apenas a supressão da vida, ela deveria vir acompanhada de grandes sofrimentos, executando-a de forma desumana: um espetáculo público, baseado no sofrimento do condenado, com o que se pretendia a intimidação dos espectadores para desviá-los da senda do crime²⁶.

Inúmeras arbitrariedades eram deflagradas em busca da prova final, a prova que serviria para proferir a sentença terminal.

Dário Kist complementa colocando que o quadro da justiça, pelos excessos e absurdos gerou manifestações, inicialmente no plano teórico-doutrinário e mais tarde na própria legislação, no sentido da abolição dos tormentos e a substituição por um sistema que primasse, minimamente, pela dignidade das pessoas acusadas de práticas criminosas²⁷. Portanto, os inconformismos com as atrocidades e a severidades do sistema penal impeliram a reforma do preceito punitivo, cujo centro organizacional foi o movimento Iluminismo.

Por derradeiro, o Iluminismo foi um movimento intelectual que surgiu durante o século XVIII na Europa, e defendia o uso da razão contra o antigo regime brutal, conhecido como época das luzes, pela “luta da luz contra as trevas”. Esta corrente promoveu mudanças políticas, econômicas e sociais, baseadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade²⁸.

Essa nova forma de pensar, baseada no conhecimento dedutivo e na utilização da experiência, deveria iluminar as ações humanas e substituir as explicações religiosas do mundo. A apuração criminal, tendo em vista este novo movimento tendente a demonstrar em novas perspectivas o caráter humanitário das penas, objetivando afastar os abusos e a repugnância dos meios cruéis utilizado na apuração e sanção dos autores dos delitos, o Iluminismo foi precursor na valorização do direito.

²⁵ Desde a mais alta antiguidade, teve-se a confissão pela rainha das provas. A confissão do delito vale não pelo lugar onde é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém (STF. Rev. Trim. Jurisp., vol. 95, p. 564, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

²⁶ KIST, Dario José. *Tortura da Legalidade para a Ilegalidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 47.

²⁷ KIST, Dario José. *Tortura da Legalidade para a Ilegalidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 47.

²⁸ FOUCAULT, Michel. Dits et Écrits. “O que é o Iluminismo?”. Traduzido por Wanderson Flor do Nascimento. Vol. IV, Paris: Gallimard, 1994, p. 679.

Tendo como proposta um novo sistema processual e penal em detrimento das atrocidades do antepassado, este movimento foi grande contribuinte para a eliminação dos métodos hediondos de inculcar sofrimento.

Cesare Beccaria, demonstrando esta nova era penal, condena a prática da tortura nos interrogatórios e julgamentos, e, reverenciado na Idade Moderna, salienta o seguinte:

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer, enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia²⁹.

Portanto, vislumbra-se que foi no decorrer do Iluminismo que iniciou o denominado período humanitário do direito, época que culminou na reforma das leis e da administração da justiça penal. O Iluminismo significa uma conquista humanitária que venceu a obscuridade dos procedimentos cruéis e injustos, bem como aboliu o autoritarismo e o preconceito com o fortalecimento da liberdade de pensamento e fortificando os direitos processuais.

No campo jurídico, este movimento conectou-se à existência de um direito natural, o qual constituiu uma barreira humanitária, denominando que o *homem tem desde o início um núcleo de direitos relacionado à dignidade inerente a todo ser humano*, independentemente dos fundamentos que direcionaram a vida em sociedade.

Percebe-se que os direitos do homem começam a ganhar relevância perante a ordem jurídica, a sociedade acaba por aprovar a iniciativa de demonstração de racionalidade e clareza, com o fim de visualizar que os direitos básicos do ser humano merecem uma pontualidade primária.

Alguns pensadores políticos, com notável influência na formação jurídica, filosófica e sociológica iniciam uma jornada em defesa desses direitos, dentre eles Montesquieu.

Montesquieu (1689-1755), em *O Espírito das Leis* (1748), principia uma compreensão sobre as leis diferentemente do regime autoritário que imperava na Europa, tendo como fundamento a vontade dos homens afastando a expressão do anseio divino, que acaba por resultar numa ruptura da política com a Igreja, bem como criou novos postulados sobre os princípios basilares da dignidade da pessoa humana. A obra estuda a natureza do governo, da monarquia, da república e o despotismo, cada um como princípio norteador, respectivamente a honra, a virtude e o medo. E, finalmente, define a teoria do

²⁹ BECCARIA, Cesare. Trad. Vicente Sabino Júnior. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: CID, 2002, p. 45.

princípio da separação dos poderes, segundo o qual o poder deve ser separado em três funções dotadas de igualdade: executivo, legislativo e judiciário³⁰.

Por sua vez, Rousseau (1712-1778), com *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1755) e o *Contrato Social* (1762), foi grande contribuidor da fortificação do movimento Iluminista. Demonstra o transcurso da lenta evolução social, bem como aclara o surgimento do homem em seu estado de liberdade.

Já no *Contrato Social*, o escritor traça uma forma de ação política, preconizando um pacto social para, após o homem ter perdido sua liberdade natural, estabelecer a liberdade civil. Soberano é o povo, que pode impor ao governante a denominada vontade popular. Esta contribuição filosófica e social foi a ponte de transição entre a opressão e a dignidade da pessoa humana, tornando-se, posteriormente, o filósofo da Revolução Francesa³¹.

Outra grande contribuição que fortaleceu, em muito, os caminhos da valorização da dignidade humana, com isso, criando novas perspectivas no planejamento do sistema penal, foi Pietro Verri, ao combater os métodos de tortura utilizados para saber a verdade categorizou a desnecessidade dos suplícios, ou mais, reconheceu a desumanidade do emprego de meios cruéis para o processo punitivo, e assim expõe:

Todo criminalista, por pouco que tenha empregado este infeliz método, haverá de me assegurar que não raro réus robustos e determinados sofrem os tormentos sem nunca abrir a boca, decidindo antes a morrer de dor do que a reconhecer a culpa. Nesses casos, que não são raros nem inventados, o tormento é inútil para descobrir a verdade. Muitas outras vezes, o torturador se confessa culpado do crime: mas todos os horrores que acima apresentei e desenterrei das trevas do cárcere, onde fazeram por mais de um século, não bastarão para provar que esses muitos infelizes se declaram culpados de um crime impossível e absurdo, e que consequentemente a tortura lhes arrancou uma sucessão de mentiras, e jamais a verdade³².

A obra *Observações sobre a tortura*, de Pietro Verri, é um grande libelo contra a violência como instrumento de justiça, e evidenciou que o uso desse método contém em si um princípio de injustiça, pela evidente possibilidade de violentar inocentes e pelo grande número de erros na apuração da verdade. Foi um grande manifesto impulsor em favor da dignidade da pessoa humana.

Vendo na racionalidade o principal argumento para fazer cessar o arbítrio absolutista, os grandes filósofos condenaram os comportamentos inaceitáveis,

³⁰ ALBUQUERQUE, J. A. Guillon. *Montesquieu: sociedade e poder*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*, São Paulo: Ática, 1991, p. 113.

³¹ NASCIMENTO, Milton Vieira. *Rousseau: da servidão à liberdade*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*, São Paulo: Ática, 1991. p. 194.

³² VERRI, Pietro. *Observações sobre a Tortura*. Tradução Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 87.

as penas cruéis, que eram, inicialmente, admiradas pelos populares, começam a serem vistas com desconforto, começa uma tendência contrária àquela aceitação, a sociedade inicia um movimento de repulsa aos procedimentos cruéis.

Portanto, com Iluminismo a justiça inicia sua emancipação, fica claro que nem só a legislação evoluiu mais também a própria sociedade, que começa e enxergar a necessidade de mudanças no sistema punitivo, visando uma maior garantia aos direitos mínimos, a bem dizer, objetivam criar essas proteções denominadas de mínimas. O direito penal se torna a disciplina jurídica que, por excelência, delimita o direito de punir do Estado, começa a efetivação de uma verdadeira carta de proteção de direitos da pessoa humana.

No dizeres de Ferrajoli, o sistema penal dos ordenamentos desenvolvidos advém da própria evolução social, um produto predominantemente moderno cujos princípios, sobre os quais se funda seu modelo, é o da estrita legalidade, com a criação da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes, da presunção de inocência, que são, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo³³.

4. SISTEMA DE PROVAS E A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

Os procedimentos inquisitoriais apresentavam características típicas e tinha como fundamento uma série de verdades absolutas, que giravam em torno da estrutura ideológica sustentada pelo misticismo da época.

Característico da antiguidade, o sistema processual inquisitorial passa a receber as influências do Direito Canônico e o órgão julgador, além de manter o poder de decisão, era o detentor da elaboração da acusação, bem como a exclusividade de explorar as provas, incluída aí a investigação sobre o acusado que, despidido das garantias processuais, era considerado objeto de investigação.

A figura do juiz inquisidor demonstra o detentor do poder máximo, inquestionável no tribunal da história, atuava como parte, investigava, acusava e julgava. E, no exercício deste poder, a confissão era reconhecida como prova suprema, não existindo qualquer limite quanto aos meios utilizados para extraí-la. O modelo processual da Inquisição recusava qualquer formalidade cognitiva, o único objetivo pleiteado era o encontro da *verdade real*, mesmo que fosse necessário o uso da tortura, o que gerava uma subjetivação do processo, conduzido pelo utilitarismo da ambição pelo encontro desta verdade³⁴.

Salo de Carvalho, expondo as peculiaridades do sistema inquisitório e o uso dos métodos repressivos no período da Roma Imperial, destaca:

O aparelho inquisitorial, anteriormente testado no período da Roma Imperial, ressurge nas práticas judiciárias medievais quando da necessidade de

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 785.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161.

ampliação da malha repressiva. A partir da necessidade de controlar conjuntamente criminalidade comum e heresia (crimes de consciência), o mecanismo permite a ampliação do rol de culpáveis, englobando em suas tipificações qualquer oposição ao “saber oficial”. Estabelece-se, pois, estrutura maximizada e onipresente de poder que não admite a existência da alteridade, sendo qualquer manifestação identitária diversa da tolerada pelo clero adjetivada como (delito de) heresia³⁵.

Observa-se que o grande objetivo desse sistema era intensificar a repressão com o fim de conter a suposta criminalidade, e, para tanto, usava-se do procedimento inquisitorial, desprovido de objetividade jurídica, como suposto utilitarismo para alcançar a verdade absoluta. Através da tortura e manejo das provas chega-se à confissão, a rainha das provas.

O sistema tarifado de provas e sua graduação na escala da culpabilidade, tinha a confissão com o máximo valor (*regina probatio*), a autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões³⁶. E, ainda, sustenta Salo de Carvalho, que a importância da utilização da tortura para a conquista da “verdade real” foi tamanha que serviu de fundamento para alteração do sistema; a tortura disseminou o modelo repressivo, aumentando gradativamente as possibilidades de condenação por heresia, devido à fragilidade da obtenção da prova suprema.

A fim de expor as características do sistema inquisitivo, Fernando Capez, explica: “É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é mero objeto da perseguição, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova mãe: a confissão³⁷”.

Michel Foucault, referindo-se ao caráter secreto e parcial, demonstra a necessidade de criar um mecanismo de averiguação real dos fatos. Repudia os procedimentos utilizados na Idade Média, em que o processo penal possuía características próprias, dentre elas o fato de ser oculto até a decisão final, tanto para o público com para o acusado, e conclui expondo os artifícios do julgador:

O julgador podia receber denúncias anônimas e caminhava em busca de uma verdade às escondidas do acusado. Assim, o magistrado constituía sozinho uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos. Logo, a forma secreta e escrita do processo encontrava-se em consonância

³⁵ CARVALHO, Salo de. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial: Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Revistas dos Tribunais, vol. 2, Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005, p. 233.

³⁶ CARVALHO, Salo de. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial: Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Revistas dos Tribunais, vol. 2, Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005, p. 234.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

com o fato de que, em matéria criminal, o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo³⁸.

E, tratando-se de prova absoluta, dita com a *rainha das provas*, o ordenamento jurídico que se constrói na Idade Média, indiscutivelmente, tinha como base a confissão, reconhecida também como rainha dos suplícios. A tortura passa a ser, então, um método sistemático de investigação desde o momento em que se pode falar em procedimentos públicos de natureza penal. Era a época em que a confissão tinha um valor alto demais como prova, um valor também quase religioso, considerada a rainha das provas³⁹, a prova soberana era responsável por legitimar o inquisidor a proferir o juízo condenatório.

O sistema inquisitório predominou em épocas e tradições em que a repressão, caracterizada pelo autoritarismo, em que se fortalece a supremacia estatal em detrimento dos direitos individuais, fazia parte da legislação e cultura histórica. Influenciado pela separação entre Estado e Igreja, inicia a construção de um modelo acusatório, cujo marco é o apartamento entre crime e pecado, rompendo com obsessiva busca pela confissão, havendo uma aproximação com uma matriz dialética do processo⁴⁰.

O quebra das tradições inquisitoriais de suplícios e aflições, experiências que identifica o processo (de cognição e de execução) penal do Medievo, marca a vitória da racionalidade e do humanismo defendido pelos filósofos das luzes⁴¹.

O utilitarismo impulsiona uma nova estrutura jurídica, limitando as forças religiosas e opressoras, construindo elementos objetivos de apuração da criminalidade. O governo e as instituições religiosas apontam o rompimento e suas independências, instituindo o secularismo governamental e liberdade.

Gustavo Noronha de Ávila, referindo-se a estrutura jurídica moderna, marcada com o fim da opressão, consequentemente, o surgimento de uma nova era, lastrada pela capacidade do homem em discernir e se libertar dos dogmas e intolerância que assolou a sociedade antiga, demarca a construção cognitiva da coletividade moderna, e complementa:

O centro do mundo foi deslocado, não era mais Deus, dessa forma, houve uma ruptura com a cosmovisão. A laicização de saber, da moral e da política passou a ser pensada pelo livre exame. A realidade, questionada do objeto e da capacidade de o homem conhecer, se rompeu como forma

³⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 19. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 33.

³⁹ SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução, crime*. São Paulo: Leud, 1998, p. 111.

⁴⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 14.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial: Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Revistas dos Tribunais, vol. 2, Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005, p. 232.

de conhecimento, e a “consciência da consciência” introduziu o sujeito que conhecia o lugar do objeto⁴².

Sustentado pelo movimento humanista, as doutrinas democráticas surgem com a concepção de que a humanidade deve permanecer no centro do entendimento dos humanos, cujo conteúdo, desde o renascimento, instala no princípio do conhecimento, substituindo-se como critério e fonte da verdade, tornando prescindível a divindade⁴³.

Consequentemente, o rompimento com a ideia de prova absoluta, apoiada pelo sistema inquisitorial, dirigida pela opressão e anseio pelo poder, passa a ganhar proporções no momento em que migra da esfera eclesiástica para a antropocêntrica. Conforme exposto por Gustavo Noronha de Ávila, “o poder é deslocado, dessa forma, da esfera eclesiástica para a antropocêntrica. A resposta racial foi a lógica *acusatória*, uma lógica das partes”⁴⁴.

No mesmo sentido, Zenni descreve a filosofia do humanismo antropocêntrico como separatista, com base no homem, “olvidando a transcendência, pondo de aparte a razão sem relações vitais e orgânicas com o mundo irracional da efetividade e da emoção”⁴⁵.

Logo, os métodos de obter a verdade são modificados em consonância com a vinculação com as novas técnicas racionais, abandonando o sistema ancestral para prevalecer o humanismo. O sistema acusatório prima pelas separações de funções, o processo ganha publicidade, dotados de contraditórios. A liberdade passa a ser a regra, contrariando o sistema da inquisição, que tinha o acusado como objeto do processo e a confissão como prova incontestável.

No prélio do abandono da verdade real aquiesce a necessidade da obtenção da verdade processual, condicionada em si mesma pelo respeito ao sistema de garantias e não obtida mediante inquisitivas, alheias ao objeto processual. Por sua vez, pautada pelo ato de convencimento, formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo⁴⁶.

São tênues os limites humanos na reconstrução dos fatos, objeto de análise processual, que serão valorados para solidificar o convencimento concatenado do julgador. Gustavo de Ávila, citando Gilberto Thums, expõe que:

⁴² ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 14.

⁴³ No contexto, Alessandro Severino Zenni, trata do Antropocentrismo humanista, pontuando o surgimento do movimento humanista com o Renascimento em antípoda à metafísica, sustentado pela razão, onde o homem toma consciência de si, constrói a sua liberdade, subjetiva os seus valores e crenças (ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 35).

⁴⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 16.

⁴⁵ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 35.

⁴⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 35.

“As limitações do ser humano na reconstrução de um fato histórico tornam o processo importante e estéril na busca de verdade. Por um lado, os litigantes apresentam as suas versões, sempre antagônicas baseadas em provas; de outro lado, o juiz, que deve apreciar as versões e optar pela que mais lhe convence”⁴⁷.

A dificuldade em valorar os fatos, pelo critério subjetivo de apreciação de provas, demonstra a fragilidade de cognição, como parte da busca pela verdade. Não basta, por si, a confissão do réu, que pode ter sido corrompida por fatores externos ou internos ligados ao objetivo final do processo. Da mesma forma, a prova testemunhal pode vir perturbada por variados motivos, pessoais ou instrumentais⁴⁸. Portanto, por mais preciso que parece o sistema penal da atualidade é vulnerável às falhas, podendo conter graves equívocos.

Por derradeiro, a questão relevante será verificar o seu conteúdo e o seu processo de construção. Não basta simplesmente deslocar a “verdade real” para a “formal”, a pura formalidade instrumental não é suficiente para inibir os disparates oriundos da própria reconstrução dos fatos, que formam o conjunto de provas. A “vontade de verdade”⁴⁹, que é passível de acarretar erros no convencimento, ainda é preexistente no sistema penal, suficiente para macular a regra, bem como as falhas e fraudes testemunhais. O que se busca são novas reflexões na tentativa de trabalhar com a democracia processual tendente a aproximar, o mais breve possível, a busca pela verdade com a justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base histórica do sistema de prova no direito penal reflete na valoração processual da atualidade. Compreender as primeiras apreciações deste instituto, que teve sua formação na antiguidade, ganhando relevância jurídica com o processo investigatório deflagrado pelo direito canônico, bem como pela utilização pelo direito consuetudinário é essencial para conhecermos os frutos destas entidades no modelo atual. Como atingirmos essas lentas transformações que culminaram no sistema atual, foram sendo construídas, cujo objetivo final é a dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 36.

⁴⁸ Gustavo Noronha de Ávila, referindo-se à confissão, enfatiza que esta pode ser alvo de erros, pois o réu pode ter sido induzido a fazê-la ou sofrer de algum distúrbio psíquico, decorrente de trauma da tortura policial ou, ainda, por manobras para acobertar o verdadeiro responsável. Da mesma forma como pode ocorrer com a prova testemunhal, que tem variados motivos para não dizer a verdade; trazer declarações conturbadas pelo natural esquecimento provocado pelo tempo, ou, até mesmo, errôneas involuntariamente decorrentes das “falsas memórias” (ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 36).

⁴⁹ Gustavo Noronha de Ávila, cita Foucault: “Considerando o processo como uma cadeia de procedimentos, que levará a um determinado resultado, qual seja, a sentença, pode-se afirmar que ele constitui uma tentativa de descrição, pautada por uma vontade de verdade” (ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 37)

No direito penal canônico tanto as punições morais com as ligadas à ordem jurídica eram feitas através da lei. O sistema de apuração era precário, tanto o pecado como os delitos eram averiguados pelo uso da tortura, também utilizada como meio de prova; através da confissão e de declarações, artifícios para chegar à descoberta da verdade.

O direito penal germânico tinha como base os costumes, as regras eram definidas pela vontade da sociedade, o povo que estabelecia o que era adequado ou não para a convivência em grupo. Os meios de prova utilizados na apuração dos delitos tinham como base a vontade de Deus, realçava a intervenção da divindade para apuração e punições dos delitos.

O movimento iluminista surge como oposição aos meios primitivos de apuração dos delitos, tirando a confissão do centro absoluto, cujo conteúdo era tido como a *rainha das provas*, suficiente para o juízo condenatório. A justiça inicia sua emancipação, evoluindo juntamente com a cognição da sociedade que começa a enxergar a necessidade de mudanças no sistema punitivo, visando uma maior garantia aos direitos.

O denominado sistema tarifado de provas tinha a confissão com o máximo valor que se apoiava na autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões. Este sistema predominou em épocas e tradições em que a repressão fortaleceu a supremacia estatal em detrimento dos direitos individuais. Influenciado pela separação entre Estado e Igreja, inicia a construção de um modelo acusatório, havendo uma aproximação com uma matriz dialética do processo.

Com movimento humanista as doutrinas democráticas surgem colocando a humanidade como objetivo principal na ordem jurídica. A filosofia do humanismo antropocêntrico (o homem no centro das atenções) aparta das relações vitais e orgânicas com o mundo irracional, deslocando a atenção à dignidade do homem.

Por derradeiro, o sistema de provas na sistemática atual, posto em confronto com o modelo antigo aufere que mediante os erros cometidos no passado novos desafios surgem para a novata ordem jurídica, aclarando para a necessidade de outras reformulações. Perquirindo para, mediante a complexidade na apuração dos crimes em tempos tão avançados, novas mudanças para adaptar a uma nova realidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhaon. *Montesquieu: sociedade e poder*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*, São Paulo: Ática, 1991.

ANTUNES, Antônio Lobo. *O Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

ÁVILA, Gustavo Noronha. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. Trad. Vicente Sabino Júnior. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: CID, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BOLTON, B. *A Reforma na Idade Média*. 7. ed., Lisboa, 1985.

BOUZON, E. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1976.

BURIHAN, Eduardo Arantes. *A Tortura como Crime Próprio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Salo de. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial: Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Revistas dos Tribunais, vol. 2, Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Tortura no Brasil como Herança Cultural dos Períodos Autoritários*. Trabalho apresentado no Seminário Nacional sobre a Eficácia da Lei da Tortura. Brasília, 2000.

COIMBRA, Mario. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, vol. 2, Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002.

EMÉRICO, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Lisboa: Edições Afródite, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. Dits et Écrits. "O que é o Iluminismo?". Traduzido por Wanderson Flor do Nascimento. Vol. IV, Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 19. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

JURICIC, Paulo. *Crime de Tortura*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2003.

KIST, Dario José. *Tortura da Legalidade para a Ilegalidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

LARA, Silvia Hunold (org.) *Ordenações Filipinas*. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Lydio Machado Bandeira. *O Direito Penal Hispano-luso Medieval*. Belo Horizonte: Editora Universidade de Minas Gerais, 1960.

NASCIMENTO, Milton Vieira. *Rousseau: da servidão à liberdade*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*, São Paulo: Ática, 1991.

ORSI, João Carlos. *Direito Penal Canônico*. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. Lisboa: Alfa, 1993.

SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução, crime*. São Paulo: Leud, 1998.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a Tortura*. Tradução Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.