

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THIAGO DE OLIVEIRA DEMICIANO

Princípios constitucionais penais: provas e indícios

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THIAGO DE OLIVEIRA DEMICIANO

Princípios constitucionais penais: provas e indícios

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THIAGO DE OLIVEIRA DEMICIANO

Princípios constitucionais penais: provas e indícios

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora

Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

*Para minha companheira de vida Fernanda, pelo apoio neste período e por estar sempre ao meu lado;*

*Para meu filho Gustavo, que foi gestado junto com este trabalho;*

*Para os meus pais e minha irmã, por terem me dado suporte familiar para chegar onde cheguei.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira, meu orientador, que me concedeu um voto de confiança e esteve presente em todos os momentos na elaboração do presente trabalho.

A todos os professores que integraram minha formação acadêmica, serviram de exemplo e ofereceram seus conhecimentos.

Aos amigos do programa do Mestrado que estiveram ao meu lado durante o período dos estudos.

## **AGRADECIMENTO CAPES**

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001

## RESUMO

Os indícios são elementos importantes na disciplina do processo penal, mas precisam ser estudados sob a ótica do devido processo legal para evitar que condenações sejam proferidas sem elementos suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado. Diante desta afirmativa, esta dissertação apresenta um estudo histórico da formação do Estado Democrático de Direito e sua influência para aplicação prática do princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo aborda o fato de o país ter adotado como sistema processual o acusatório, que tem por bases princípios em consonância com a Constituição Federal. Há um órgão independente acusando e um juiz imparcial, possibilitando, de forma ampla o contraditório, ou seja, a defesa pode apresentar sua versão dos fatos e, eventualmente, produzir provas. A pesquisa ressalta ainda a existência de princípios constitucionais que visam proteger a dignidade humana de todos os cidadãos que estiverem sob jurisdição penal de um Estado Democrático de Direito, impondo garantias e limitando o poder punitivo do Estado. Durante o presente estudo, observa-se a necessidade da existência de provas obtidas de acordo com a sistemática do devido processo legal, sob pena do seu desentranhamento e inutilização pelo julgador. Para proferir um decreto condenatório, as provas precisam convencer o magistrado da autoria e materialidade. Neste sentido, os indícios devem ser observados de forma diversa das provas diretas porque não possuem a certeza; daí a necessidade do esforço do intérprete para extrair elementos convincentes visando impor uma condenação penal. Assim, os elementos que compõem a prova indiciária são objeto principal de investigação desta dissertação.

**Palavras-chave:** Indícios. Provas. Princípio da inocência.

## ABSTRACT

The evidence is an important element inside the legal process, but it needs to be studied under the due Law Process to avoid convictions that are uttered without enough elements to diverge the presumption of innocence from the defendant. Before this affirmative, the historical shaping study of the rule of law and its influence on the practical appliance of the dignity principle of the human person. Therefore, the prosecution system was adopted as the criminal justice system, that has principles in accordance with the Federal Constitution as its basis, since there is an independent institution prosecuting and impartial judge of law, enabling, in a broad and contradictory way, so the defendant may file its own version of the facts and, eventually, adduce evidence. However, we must stress that there are constitutional principles that aim to protect the human dignity of all citizens under the criminal jurisdiction of the rule of law, imposing warranties and limiting the State punitive power. It is necessary to have evidence obtained in agreement with all the systematic of Due Law Process, and the consequence is being withdraw from the process and being disabled by the judges. To utter a condemnatory resolution, the evidences need to convince the court of its concreteness and authorship. For that matter, the signs must be seen as a diverse form of the direct evidences, because they don't have the certainty and an effort is necessary by the interpreter to be able to extract plausible elements leading to the criminal conviction.

**Keywords:** Evidence. Proof. presumption of innocence

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO PENAL	14
2.1	Surgimento do Estado	14
2.2	A Constituição Federal e a dignidade humana	23
2.3	Constituição Federal e sistema acusatório	32
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	39
3.1	Princípio da legalidade estrita (reserva legal) no Estado Democrático de Direito	40
3.2	Princípio da igualdade	42
3.3	Princípio da <i>ultima ratio</i>	44
3.4	Princípio do devido processo legal	45
3.5	Princípio do contraditório e da ampla defesa	46
3.6	Princípio da publicidade	48
3.7	Princípio da obrigatoriedade	50
3.8	Princípio da presunção de inocência	51
4	A PROVA PARA O PROCESSO PENAL	53
4.1	Conceito de prova	54
4.2	Presunção de inocência e ônus da prova no processo penal	46
4.3	Princípios que regem as provas no processo penal	61
4.3.1	Princípio da legalidade na produção de provas e a prova ilícita	61
4.3.2	Princípio da autorresponsabilidade das partes	64
4.3.3	Princípio da oralidade	65
4.3.4	Princípio da imediação	66
4.3.5	Princípio da concentração	67
4.3.6	Princípio do contraditório e da publicidade em matéria probatória	68
4.4	Os meios de prova	69
4.5	Os meios de obtenção da prova	70
4.6	Sistemas de avaliação da prova	71
5	DA PROVA INDICIÁRIA	75
5.1	Conceito e histórico	75
5.2	Indícios e presunções	82
5.3	A lógica na formação da prova indiciária	87
5.4	Certeza, probabilidade e convicção	91
5.5	A força dos indícios na investigação	92
5.6	Os indícios na sentença condenatória	93
6	CONCLUSÃO	104
	REFERÊNCIAS	110

## 1 INTRODUÇÃO

Para estudar os indícios e sua importância para o processo penal é essencial se iniciar a investigação pela formação do Estado Democrático de Direito, seguindo obrigatoriamente pelos princípios que o orientam, em especial, a dignidade da pessoa humana e sua relação com a Constituição Federal.

O ser humano é naturalmente um ser sociável, o que significa que desde os primórdios da humanidade as pessoas se aglomeram para viver em sociedade. A partir do momento que existe convivência entre indivíduos, surge a necessidade de regras para assegurá-la, as quais vão garantir o mínimo de segurança e de previsibilidade de conduta. Nascem, aí, os Estados. A maneira como cada um deles irá se organizar varia conforme sua complexidade e momento histórico.

Após a Revolução Francesa, mostrou-se necessário aos Estados a adoção de modelos liberais de organização, o que significava sua intervenção direta para assegurar as garantias individuais das pessoas. Os governantes passaram a ter limites em suas ações e a se submeter às normas legais.

Todavia, este modelo de Estado de Direito não se revelou suficiente, pois não bastava uma postura passiva do Estado (não violar os direitos civis básicos). Era necessário também adotar uma proteção proativa, para que, dentro da sociedade, todos tivessem as mesmas oportunidades de acesso a, por exemplo, saúde, educação e direitos laborais, dentre outros. Outro aspecto é a regulamentação da economia, que se revelou necessária para, assim, oferecer os meios de se atingir o bem-estar social.

Um alerta, porém, é necessário. Nem todo Estado de Direito é necessariamente um Estado Democrático. Sobre este ponto nos aprofundaremos ao longo da dissertação para justificar as diferenças entre eles. Fato é que historicamente houve a unificação destes dois conceitos, dando surgimento a uma terceira forma de organização do Estado: o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pelo fato de o poder soberano ter o dever de respeitar as regras postas e de se preocupar com as necessidades dos mais desfavorecidos, respeitar a soberania popular e a Constituição Federal – a qual limita o poder do próprio Estado ao impor-lhe limites e obrigações como, por exemplo, assegurar os direitos sociais e respeitar a separação entre os poderes de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, um dos seus mais relevantes fundamentos. Impõe-se, então, ao Estado, o dever de proteger as pessoas e assegurar-lhes condições mínimas para viverem em sociedade.

Superada a análise da formação do Estado (e do Estado vigente no Brasil a partir da Constituição de 1988), o presente estudo passará a se aprofundar na análise do processo penal, exatamente onde a questão dos indícios será importante. Dentre os limites do poder soberano encontra-se o momento de aplicar a sanção penal, que tem por característica básica restringir direitos. Não pode o Estado impor livremente penas em sentenças condenatórias. Ele tem regras claras (limites) a seguir para aplicar sanções.

A Constituição Federal de 1988 adotou como sistema penal no país o modelo acusatório. Nele, os atores processuais têm atribuições próprias que não se confundem, pois há separação entre os órgãos julgador, acusador e defensor. Ademais, o julgador não deve produzir provas, deixando este encargo às partes, sob pena de violar sua imparcialidade.

Foram eleitos para estudo mais aprofundado neste trabalho os princípios constitucionais e processuais penais de maior relevância para a análise de provas e dos indícios. Os princípios são de tamanha importância que servem de suporte ao regime jurídico processual penal, tanto para a elaboração de normas quanto para sua interpretação e aplicação nos casos concretos.

Importante observar que o Código de Processo Penal foi editado em 1941, muito antes, portanto, da Constituição Federal que trouxe ao Brasil o modelo de Estado Democrático de Direito, em 1988. É neste sentido o respeito aos fundamentos e princípios constitucionais, a fim de adaptar as regras processuais (ainda muito antigas) aos novos rumos do país. Há um evidente conflito entre o Código de Processo Penal, inspirado no momento inquisitivo, e a Constituição Federal, fundamentada no sistema acusatório.

Dois princípios essenciais servem como pilares ao sistema acusatório previsto no texto constitucional: o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser punido por uma conduta não criminalizada anteriormente; e o princípio da igualdade, segundo o qual todos devem ser tratados de forma igual na medida de sua igualdade e de maneira desigual na medida das suas desigualdades.

O direito penal deve ser utilizado somente nos casos em que os outros ramos do direito não conseguiram proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade, ou seja, de forma subsidiária. Sua aplicação se dá por meio de um devido processo legal, de proposição obrigatória pela acusação, amparado pela ampla defesa, pelo contraditório e pela publicidade para todas as partes do processo.

Durante todo o transcurso do processo, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Estado deve respeitar o princípio da inocência. Por isso, há a inversão do ônus da prova, que impõe à acusação o dever de demonstrar em juízo os elementos que corroborem a tese de acusação.

Todavia, o ponto chave do processo é a obtenção das provas. É através delas que o juiz formará seu convencimento, para absolver ou condenar, sempre de maneira motivada. Para regulamentar a colheita de provas existe uma teoria geral que rege a matéria e que oferece princípios sólidos sobre sua formação, validade e eficácia, tudo visando assegurar as premissas do devido processo legal.

O primeiro ponto a ser observado como princípio constitucional é a presunção de inocência. Somente após a formação da prova, sob o crivo da ampla defesa, do contraditório e da publicidade será possível falar em uma condenação criminal. Se ausentes quaisquer destes elementos, a prova não será passível de ser utilizada pelo magistrado no momento da prolação da sentença.

Porém, nem sempre é possível produzir uma prova direta sobre o fato objeto da pesquisa processual. Às vezes, existe a comprovação de outros fatos, que levam a um grau de certeza sobre aquele pesquisado. É neste aspecto que ingressa a análise dos indícios. Regulamentado pelo Código de Processo Penal, que também o define, é necessário estabelecer regras claras e objetivas para que possam ser empregados.

Para condenar uma pessoa exclusivamente com base em indícios, é essencial o preenchimento de requisitos básicos como existência, validade e eficácia destes indícios. Não pode se tratar de uma mera conclusão passível de resultar no azar da pessoa investigada (coincidências) ou de um único indício. É necessário existir um conjunto harmonioso que permita concluir pela ocorrência do fato investigado no processo com certo grau de certeza.

O enfoque do presente trabalho é, portanto, estudar com base na doutrina, a utilização destes indícios como provas capazes de infligir a presunção de inocência.

Para condenar, o magistrado precisa formar seu convencimento com base numa certeza objetiva.

Por ser uma forma de prova indireta, os indícios devem ser vistos e utilizados com cautela, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

## 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO PENAL

### 2.1 Surgimento do Estado

O ser humano é inquestionavelmente um ser social, ou seja, o homem não vive isolado, mas em grupos. Isso pode ser facilmente percebido através das descobertas arqueológicas: o homem sempre está junto de outros iguais. O fato de os seres humanos conviverem em grupos, porém, não significa necessariamente que o Estado surgiu nesse mesmo momento.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o momento histórico de surgimento do Estado não é pacífico entre os estudiosos do direito. Há, segundo o autor, três vertentes diferentes a respeito do tema<sup>1</sup>.

Para a primeira delas, o Estado surge junto a qualquer aglomerado humano. Assim, a partir deste ponto de vista, o Estado sempre existiu.

Desde as mais primitivas sociedades já havia regramentos humanos, verdadeiras leis (nesta fase, ainda orais) que organizavam a convivência entre todos, garantindo, inclusive, a manutenção destes agrupamentos. Era até questão de sobrevivência manter os grupos estáveis.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “[...] o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo<sup>2</sup>”.

Para a segunda corrente, o surgimento do Estado não é simultâneo ao surgimento dos aglomerados humanos. Segundo esta teoria, existiram sociedades sem Estado. Este, por sua vez, foi criado apenas em razão de necessidades específicas do homem. É um posicionamento que defende que os Estados não surgiram ao mesmo tempo, mas é possível observar datas diferentes segundo cada local.

Para a terceira (e última) corrente, o Estado surge apenas a partir do século XVII. Isso porque, segundo esse entendimento, não existe um conceito de Estado que se aplique a qualquer momento histórico. Estado existe apenas a partir do exercício da soberania. Sobre esta posição, afirma Dalmo de Abreu Dallari: “a

---

<sup>1</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52.

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52.

terceira posição é [...] a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas<sup>3</sup>”.

O marco inicial do Estado é o Acordo de Paz de Westfália, de 1648. Este documento encerrou oficialmente a Guerra dos Trinta Anos, reconheceu as províncias unidas e a Confederação da Suíça. Trata-se de um diploma que inovou ao reconhecer consensualmente a soberania estatal, o Estado-nação, a igualdade jurídica entre os Estados, a territorialidade e a não intervenção de um Estado em outro<sup>4</sup>.

Não sem razão o diploma é tido como o marco inicial do Estado em razão dos aspectos históricos narrados por Dalmo Dallari, momento em que foi criado um documento para impor limites ao poder soberano.

As guerras que se sucederam à dos Trinta Anos deixaram de ter motivação religiosa para girar em torno de questões do Estado. Além das teorias que discutem o momento do seu surgimento, há debates e posicionamentos diversos em relação às causas que levaram ao nascimento do Estado.

Neste ponto surge o problema da formação originária e derivada do Estado. A primeira se refere à reunião de seres humanos, que nunca estiveram agrupados antes, em um Estado. A segunda diz respeito a uma nova organização de pessoas que já se reuniam, mas sobre regras diferentes<sup>5</sup>. Atualmente, a formação originária de Estado é mais rara e improvável, mas não é incomum a formação derivada.

A formação originária pode ser natural e espontânea ou contratual<sup>6</sup>. A primeira delas ocorre quando uma família cresce, se expandindo a ponto de criar um Estado; quando um agrupamento humano domina outro mais fraco, formando um novo Estado pelo uso da força e poder de conquista (por exemplo, as conquistas dos romanos, que criaram um verdadeiro império); quando há necessidade econômica entre as pessoas, porque o homem não é capaz sozinho de produzir todos os bens dos quais necessita para sobreviver; dessa forma, a reunião seria a solução para atender às necessidades, ou quando a própria complexidade de um agrupamento humano faz surgir a necessidade de se criar um Estado (quando aumenta a complexidade social nasce a necessidade de um Estado)<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.54-55.

A segunda ocorre pela vontade dos homens, que optam por aderir a um contrato social que cria o Estado. Para os adeptos desta corrente, o ser humano não é naturalmente sociável. Por meio de um acordo de vontade, o homem sai do estado da natureza para o pacto social. O homem é naturalmente bom, mas a partir do momento em que decide exercer a propriedade privada, passa a viver em guerra. Só por meio do pacto e da formação do Estado será possível manter a paz e a organização. São os expoentes da teoria de Jean-Jaques Rousseau (século XVII na Suíça e França), autor de “O contrato social”; Thomas Hobbes (século XVIII na Inglaterra), autor de “Leviatã”; e Montesquieu (século XVIII na França), autor de “O espírito das leis”.

A formação derivada, por sua vez, pode ocorrer pelo fracionamento ou pela união de Estados<sup>8</sup>. O fracionamento ocorre quando parte do território de um Estado se separa deste, criando outro território com regras próprias. É o que ocorreu com a declaração de independência das colônias dos países europeus, incluindo o Brasil (que declarou sua independência em 07 de setembro de 1822 e, a partir de então, passou a existir como um novo Estado). Também ocorre quando grupos separatistas usam a força e as guerras para se separarem; é o que tentam os Bascos e os Catalões atualmente na Espanha. Foi também a realidade que levou à dissolução da União Soviética<sup>9</sup>.

A formação derivada por união de Estados se dá quando diferentes Estados optam por abdicar de seus próprios ordenamentos e organização para se integrarem e formar um novo Estado. Como exemplo desta forma de criação de Estado, citemos a história dos Estados Unidos da América cujo nome já revela sua origem.

A Inglaterra tinha 13 colônias diferentes nas Américas. Com a independência dessas colônias, em 1776, formaram-se 13 Estados. Após 11 anos, em 1787, eles optaram por se reunir e proclamar uma única Constituição. É um caso típico de formação de um Estado por união<sup>10</sup>.

Uma vez formado o Estado, qualquer que tenha sido a causa, ele apresentará características próprias. Ao longo da história, surgiram diferentes tipos de Estados.

---

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.56-57.

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52-53.

O atual Estado Democrático de Direito é resultado desta evolução, que começou com um Estado de Direito tipicamente liberal e se transformou num Estado Social<sup>11</sup>.

Por volta dos séculos XI e XII, os regimes de governo que dominavam a Europa eram absolutistas, mantinham um poder centralizado. Com o surgimento de novas rotas comerciais começou a surgir uma nova classe social: a burguesia. Detentora de poder econômico, ela não tinha qualquer poder político. Quem mandava era o rei, cujo poder era absoluto, literalmente de vida e de morte sobre as pessoas.

Por movimentação da burguesia, através da Revolução Francesa de 1789, o governo mudou. Os reis absolutistas foram depostos e os burgueses, detentores do poder econômico, passaram a administrar o Estado<sup>12</sup>. Neste contexto foram editadas normas que regeriam o poder soberano: surge, então, o Estado de Direito, ou seja, o Estado Liberal<sup>13</sup>.

A preocupação inicial desse novo Estado era garantir liberdade a todos, oferecer segurança e previsibilidade do poder soberano. Para isso, foram editadas normas a serem seguidas por todos, inclusive pelos soberanos.

De acordo com a ideologia liberal, cabe ao Estado de Direito proteger as liberdades civis e individuais e a manutenção de um sistema econômico livre, ou seja, sem controle extremo pelo governo<sup>14</sup>.

Neste momento histórico está situada a primeira dimensão dos direitos fundamentais; nele haveria uma abstenção estatal, que garantiria as liberdades individuais, dentre elas, a vida e a liberdade<sup>15</sup>.

Em contraposição ao Estado absolutista – no qual o monarca tinha liberdade de fazer e decidir da forma que lhe melhor aprofundasse – no Estado de Direito todos estão submetidos à lei (inclusive quem governa)<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112-113.

<sup>12</sup> A Revolução Francesa de 1789 marca o fim da Idade Moderna e o começo da Idade Contemporânea. Sua importância é capital para a compreensão dos séculos XIX e XX. De fato, a Revolução Francesa de 1789 foi o triunfo da burguesia sobre a nobreza, que perdeu sua função de liderança política em benefício dos burgueses. Estes passaram, desde então, a ocupar os postos de mando em quase todos os países. (CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.211).

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112-113.

<sup>14</sup> “A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, conforme observa Verdú, a qual, contudo, se tornara insuficiente pelo que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112-113).

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.155.

Para evitar abusos do poder, como ocorreu em seguida, surgiu, com Montesquieu<sup>17</sup>, a teoria da separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário). Alguns mecanismos foram criados para que um controlasse a ação do outro, evitando assim a concentração de poder.

José Afonso da Silva aponta as características básicas do Estado de Direito:

a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais<sup>18</sup>.

Em que pese a intenção da burguesia fosse conceder igualdade, liberdade e fraternidade, o resultado do Estado de Direito puro acabou se revelando desastroso, já que o acesso era restrito a estas conquistas<sup>19</sup>. Logo, o Estado de Direito é construído por meio de normas jurídicas limitadoras do poder soberano.

Para legitimar este pensamento foi utilizado o positivismo jurídico, concepção criada e defendida por Hans Kelsen<sup>20</sup>. Segundo sua teoria, as normas jurídicas não teriam influência externa de outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, da economia ou da sociologia. O direito seria uma ciência que produziria as normas de acordo com as regras estabelecidas. O juiz estaria obrigado a aplicar a lei sem avaliar qualquer valor subjetivo.

Segundo José Afonso da Silva, “na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado para ele, há de ser Estado de Direito [...] na sua concepção só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo<sup>21</sup>”.

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112-113.

<sup>17</sup> A teoria da separação dos poderes foi desenvolvida em “O Espírito das Leis”, publicado em 1748.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112-113.

<sup>19</sup> O ideal absenteísta do Estado liberal não correspondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais. Sai o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensiva na vida econômica e a orientação de ações estatais por objetivos de justiça social [...]. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 72.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.114.

Isso ocorre porque o Estado de Direito não é necessariamente democrático, admitindo formas autoritárias e ditatoriais, desde que seguidas as regras, perfazendo um Estado legal<sup>22</sup>.

O modelo de Estado de Direito se caracterizou pela excessiva desigualdade social, já que as normas jurídicas eram criadas para atender à parcela que detinha poder econômico, negligenciando quem não possuía capital. O modelo permitiu, ainda, a expansão de duas classes: os detentores do capital e os trabalhadores. Diante deste cenário, problemas sociais se acentuaram sem que o modelo de Estado permitisse qualquer influência deste nas relações particulares.

A falta de proteção do Estado aos mais pobres (Estado este que não intervinha nas relações por causa do liberalismo) mostrou-se igualmente desastrosa:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social [...]<sup>23</sup>.

Assim, o conceito puro de Estado de Direito não atendia às necessidades sociais. Foi necessário ir além, criar mecanismos para reduzir as desigualdades sociais e ações afirmativas para assegurar o equilíbrio social, superando o individualismo decorrente das transformações sociais e econômicas<sup>24</sup>.

É neste contexto que se desenvolve o Estado Social de Direito.

Não se abandona o Estado de Direito, mas, ao invés, adiciona-se a ele uma nova característica: integra-se ao direito a necessidade de atender a uma justiça social.

Não basta o Estado não intervir nas relações privadas, garantindo direitos civis básicos, como o direito à propriedade privada e o direito político. Ficaram de lado a neutralidade e a formalidade do Estado de Direito liberal para atender também os direitos sociais e realizar justiça social<sup>25</sup>.

Os direitos sociais a serem garantidos pelo Estado Social devem propiciar a todos o seu desenvolvimento mínimo; devem ser assegurados os direitos à saúde, à educação, ao lazer e os direitos laborais, dentre outros<sup>26</sup>, a todos os cidadãos.

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.114.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115.

<sup>24</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos humanos** – curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115.

<sup>26</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos humanos** – curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61.

Percebeu-se que o Estado não poderia se abster, pelo contrário, deveria ter uma atuação positiva. Nisso se impôs ao Estado atender também os direitos sociais, econômicos e culturais. Enfim, buscou-se um Estado ativo, o chamado *welfare state*, que passou a intervir na economia, regulamentando, inclusive, o mercado de trabalho.

José Afonso da Silva, porém, aponta para a insuficiência do conceito de Estado Social de Direito:

Mas ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambiguidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista [...]. Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o direito<sup>27</sup>.

O Estado Social, que não é necessariamente democrático, não conseguiu assegurar a justiça social de forma plena a todos. Diante do Estado de Direito e do Estado Social foi necessário evoluir para a criação do Estado Democrático.

A busca da igualdade não poderia mais se dar apenas como no Estado liberal, que era puramente abstrato e formal, fundamentado apenas numa generalidade das leis. O Estado Social – que tinha por objetivo materializar esta igualdade – também falhou. Todavia, a fusão dos conceitos levaria a um Estado Democrático de Direito, pelo qual se busca o respeito às normas e o papel de proteção do Estado aos mais desfavorecidos:

As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático. Este se fundamenta no princípio da soberania popular, que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento'. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>28</sup>.

Para haver Estado Democrático, é preciso respeito à soberania popular. É necessária a participação dos cidadãos na administração da coisa pública e seu controle no desenvolvimento completo do Estado; é necessária a efetiva

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.117.

participação do povo nos mecanismos de controle das decisões e a repartição dos rendimentos da produção. Portanto, o conceito inclui uma distribuição mais equitativa da riqueza do país e, conseqüentemente, a redução da desigualdade social.

O que se busca atualmente, porém, não é apenas um Estado Democrático, mas sim, um Estado Democrático de Direito. A terminologia pode dar a falsa impressão de que se trata da mesma coisa, mas não é. Aliás, o Estado Democrático de Direito também não se resume à mera “soma” entre Estado de Direito e Estado Democrático. Na verdade, a partir da união de ambos cria-se um novo conceito.

José Afonso da Silva destaca a caracterização do Estado Democrático de Direito:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*<sup>29</sup>.

Não se trata, em verdade, de mera forma de organização do Estado. A posição do termo “democrático”, que está qualificando o Estado, também tem reflexos na ordem jurídica, que igualmente deve seguir o interesse coletivo:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir<sup>30</sup>.

São elementos característicos do Estado Democrático de Direito:

- ✓ *Soberania popular*: O povo é o titular do poder e o destinatário dos direitos. Ainda que não seja possível na prática o povo exercer pessoalmente o poder (em razão das organizações humanas terem se tornado extremamente complexas e numerosas), é possível que o faça através de representantes escolhidos em eleições. Não deixa de ser a representação do princípio democrático, no qual existe uma democracia pluralista, representativa e participativa, fincada no respeito das garantias de vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.119.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.120.

✓ *Constituição Federal*: diploma legal que estabelece a forma de organização do Estado e traça os princípios fundamentais orientadores de todo o ordenamento jurídico. Todo Estado Democrático de Direito funda sua legitimidade em uma Constituição que deve ser rígida, fruto da soberania popular, exercer supremacia sobre as demais leis, organizar a separação de poderes, prever garantias e possuir mecanismos de limitação do poder frente aos seus cidadãos.

✓ *Legalidade democrática*: parte-se da legalidade típica do Estado de Direito para alcançar uma legalidade democrática; significa que não há apenas um dever de obediência à lei que deve ser igual para todos, mas também que a própria lei se sujeita à Constituição Federal, devendo buscar a igualdade e a justiça social. A legalidade visa buscar entre os cidadãos uma igualdade real e não mais uma mera igualdade formal:

[...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos<sup>31</sup>.

✓ *Limitação do poder*: no Estado Democrático de Direito impõe-se limites à atuação dos governantes, que estão submetidos às leis ao tomarem decisões. Essa limitação, inclusive, vem traçada na Constituição Federal e se reflete nas demais leis do ordenamento jurídico.

✓ *Busca de justiça social*: além de estar limitado ao cumprimento da lei, os governantes devem voltar suas ações para atender à justiça social, ou seja, efetivar a satisfação dos direitos dos cidadãos, que incluem todas as dimensões dos direitos humanos; devem, ainda, respeitar o sistema de direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e culturais).

---

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.121-122.

✓ *Separação de poderes*: característica que já existia no Estado de Direito, mas que se mantém em razão de sua inquestionável importância. No Estado Democrático de Direito o poder deve ser dividido entre legislativo, executivo e judiciário – cada um exercendo a sua função (legislar, administrar e julgar) – e um controlando a atuação do outro.

O Estado Democrático de Direito também abrange os princípios da independência do juiz (relacionada até mesmo com a separação dos poderes – na medida em que, além de decidir com imparcialidade, deve fiscalizar a atuação dos demais poderes) e a segurança jurídica (essencial para manter a estabilidade e a paz na organização humana).

Esta modalidade de Estado tem como finalidade superar as desigualdades sociais para o alcance da justiça social.

O Brasil elegeu o modelo de Estado Democrático de Direito para seguir. Há previsão expressa no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 nesse sentido (o que já demonstra que toda a organização jurídica e organizacional seguirá tais balizas): “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito [...]”<sup>32</sup>.

## **2.2 A Constituição Federal e a dignidade humana**

Conforme antecipamos na análise da formação do Estado, a Constituição Federal é essencial no Estado Democrático de Direito e, portanto, no Estado brasileiro.

Por isso, é extremamente importante entender o que é Constituição, sua influência nos direitos humanos e no processo penal, a começar pelo seu conceito recente, datado de aproximadamente 300 anos, justamente a partir do surgimento do Estado Moderno.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso, “três grandes revoluções abriram caminho para o Estado liberal, sucessor histórico do estado absolutista e marco

---

<sup>32</sup> O processo penal brasileiro, por ser norma submetida a tal opção de Estado, deve seguir as balizas por ele traçadas, o que evidentemente influencia na análise de provas e indícios para julgamento, conforme veremos adiante neste estudo.

inicial do constitucionalismo: a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789)<sup>33</sup>.

Na Revolução Inglesa foram estabelecidas bases para uma nova organização política, que se espalhou pelo ocidente. Na Declaração dos Direitos de 1689 (*Bill of Rights*) há uma limitação aos poderes do monarca, com a criação de um Parlamento e de uma monarquia constitucional. Neste primeiro momento ainda não havia uma Constituição escrita, até porque não foi necessária, já que a Inglaterra apresentava à época instituições extremamente sólidas.

Foi na Revolução Americana que surgiu a primeira Constituição escrita e ratificada. As treze colônias inglesas no continente americano declararam sua independência em 1776 e, posteriormente, se uniram para formar um novo Estado. Foram estas colônias reunidas que elaboraram a primeira Constituição escrita (delineada em 1787 e ratificada em 1789).

É a Constituição vigente até os dias atuais e que já previa a separação de poderes, o modelo republicano, federativo e presidencialista. Tem como característica ser um texto sintético (foi acrescida de 26 emendas que incluíram direitos e garantias fundamentais em 1791 – chamadas *Bill of Rights*).

A Revolução Francesa revelou-se o grande divisor histórico, destacando-se sobre as outras duas neste ponto. Embora tenha sido a mais violenta e conturbada, simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, gerou profundas transformações políticas e sociais<sup>34</sup>.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos Poderes e nos direitos individuais. Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição Francesa<sup>35</sup>.

O constitucionalismo moderno é fruto do jusnaturalismo racional e do iluminismo. A vitória da burguesia passou a reunir, além do poder econômico (que já

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.76.

<sup>34</sup> A Revolução Francesa do século XVIII representa a vitória no campo político e social dos mesmos princípios igualitários, no campo religioso, que presidiram a Reforma Protestante do século XVI. A queda da nobreza como classe social privilegiada, no crepúsculo dos tempos modernos, correspondeu à queda do clero no seu início. A partir da Revolução Francesa, os nobres não mais lideravam a política dos povos, e os títulos nobiliárquicos passaram a ser, cada vez mais, meramente honoríficos, até os dias de hoje. (CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.211).

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.77.

detinha no absolutismo), também o poder político. É a consagração da burguesia sobre o absolutismo.

Mas, afinal, o que é Constituição?

Quanto ao sentido do vocábulo, Michel Temer a conceitua como “o ‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conhecemos o Estado<sup>36</sup>.”

Em um sentido jurídico, afirma o autor:

[...] a Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época<sup>37</sup>.

A Constituição pode ser analisada a partir de três ângulos distintos: sociológico, político e jurídico.

Na concepção sociológica<sup>38</sup>, há duas constituições: a real e a escrita. A Constituição real (efetiva) seria a soma dos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade (relações políticas, econômicas e sociais da nação). A Constituição escrita, por sua vez, é uma “folha de papel”, que sempre sucumbirá se contrariar a Constituição efetiva.

Na concepção política<sup>39</sup>, a Constituição está fundamentada numa decisão política que antecede sua própria elaboração. Diferencia-se, então, a Constituição e a Lei Constitucional. A primeira decorre da decisão política fundamental, que não admite qualquer reforma, eis que se trata de normas que estruturam o próprio Estado. A segunda não decorre diretamente da decisão política fundamental e, por isso, pode ser reformada, em que pese esteja no texto constitucional. Exige-se, porém, para a reforma da Lei Constitucional um processo diverso (e mais rigoroso) que o de modificação das leis infraconstitucionais.

Na concepção jurídica<sup>40</sup>, a Constituição jamais deve buscar seu fundamento na filosofia, na sociologia ou na política. É uma norma circunscrita ao mundo do

---

<sup>36</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.15.

<sup>37</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.17.

<sup>38</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** 2. ed. Porto Alegre: Kairós, 1985, p.38.

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1928, p.38.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 72.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.38.

“dever-ser” e, por isso, deve ser uma ciência puramente jurídica. O fundamento deve se limitar à própria ciência jurídica”.

Nesta concepção o direito não é um fato social, mas um sistema jurídico. Trata-se de um escalonamento de normas que retira sua validade de uma norma hipotética fundamental<sup>41</sup>. Desta concepção decorre a ideia de hierarquia das normas e, por consequência, o controle de constitucionalidade e a necessidade de se garantir a estabilidade do texto constitucional (rigidez).

A primeira Constituição brasileira data de 1824 e é fruto da independência do país, que deixou de ser uma colônia para tornar-se um Estado independente e, por isso, necessitava de uma Constituição que traçasse seu funcionamento.

José Afonso da Silva apresenta uma cronologia das Constituições que vigoraram desde a Independência de Portugal (07 de setembro de 1822)<sup>42</sup>.

A primeira Carta tinha por característica implantar um sistema monárquico. Além dos três poderes clássicos foi estabelecido um quarto: o poder moderador do imperador. O documento também previa o “Império do Brasil” como um estado confessional, unitário e escravagista. Quanto ao âmbito temporal, esta foi a Constituição que por mais tempo permaneceu vigente.

A segunda Constituição brasileira data de 1891, resultado da Proclamação da República.

Evidentemente a primeira mudança foi substituir o modelo monárquico pelo republicano (com mandato de quatro anos), o que culminou até com a modificação do nome do país, que passou a chamar-se “Estados Unidos do Brasil”, em evidente tentativa de se equiparar aos Estados Unidos da América.

Outros preceitos também foram alterados: houve a criação de estado federalista, o abandono do quarto poder e a separação entre o Estado e a religião (país laico). Foi elaborada uma Constituição rígida (que não prevê qualquer distinção entre norma formal e materialmente constitucional) e criada a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pelos juízes.

Conforme vimos, o Estado de Direito puro não foi suficiente para atender aos anseios e às necessidades sociais, fenômeno que não ficou circunscrito à Europa e foi observado também no Brasil.

---

<sup>41</sup> A norma é “hipotética” na medida em que é apenas pressuposta (não é posta no sistema) e “fundamental” porque fundamenta toda a Constituição.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.72-90.

Assim, a crise econômica de 1929 influenciou a política e a vida brasileira. Movimentos sociais surgiram e começaram a pressionar por melhores condições de trabalho. É, então, na era Vargas, em 16 de julho de 1934, que foi promulgada a terceira Constituição brasileira cujo preâmbulo traz a organização de “um regime democrático que assegura à nação a unidade, a liberdade, a justiça, e o bem-estar social e econômico”.

É a Constituição que estabelece um Estado Social. Neste período foi criado o voto secreto e obrigatório, permitiu-se o voto das mulheres, criou-se a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, além dos direitos trabalhistas (houve limitações ao poder econômico da burguesia, que até então agia livremente conforme o liberalismo; proibiu-se o trabalho de menores de 14 anos, fixou-se jornada de trabalho de 8 horas diárias, indenização para a demissão sem justa causa, assistência remunerada à trabalhadora grávida e proibiu-se a discriminação salarial).

Esta Constituição, porém, teve vida curta. Em 1937, em razão do golpe de estado promovido por Getúlio Vargas, foi estabelecida uma quarta Constituição, de inspiração fascista. Tratava-se de um regime ditatorial, que perseguiu opositores, teve forte intervenção do Estado na economia (inclusive com significativa onda de nacionalizações) e aniquilou partidos políticos.

Esta Constituição concentrou poderes na figura do presidente (que representava o legislativo e o executivo simultaneamente), reduziu direitos e garantias fundamentais e o controle de constitucionalidade e levou ao fim do liberalismo.

O apoio do regime ditatorial brasileiro para países liberais durante a Segunda Guerra Mundial, porém, fragilizou demasiadamente o modelo, levando à queda do Estado Novo.

No contexto de redemocratização brasileira surgiu a Constituição de 1946 que teve por característica determinar o retorno à República, restaurar as liberdades que haviam sido limitadas, assegurar a inviolabilidade da casa e das correspondências, restabelecer a separação dos três poderes e a liberdade de crença.

Destacamos, ainda, a regulamentação da prisão, que passou a ser possível apenas nas hipóteses de flagrância e de ordem judicial. Nesta segunda hipótese, só pode ser decretada a prisão pela autoridade competente e após ampla defesa.

Posteriormente foi outorgada a Constituição de 1967, com fortes influências do texto de 1937. O texto preocupava-se, fundamentalmente, com a segurança

nacional, reduzindo a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e as garantias constitucionais<sup>43</sup>.

Em 1969, sob o manto de uma emenda constitucional, foi promulgado um novo texto pelo Congresso Nacional (extremamente modificado por perseguições políticas) que modificou o nome do país para “República Federativa do Brasil”.

Durante este período foram incorporados os atos institucionais que restringiam direitos e garantias. Ampliou-se a justiça militar, restringiu-se o direito de greve e estipulou-se penas de censura e banimento.

A ditadura militar, iniciada em 1964, começou a perder força e sustentação na década de 1980, a partir dos movimentos sociais de redemocratização do país<sup>44</sup>.

Como resposta às atrocidades cometidas por este regime, a Constituição posterior, de 1988, trouxe como forte característica a busca por um Estado Democrático de Direito<sup>45</sup>. É esta a Carta que permanece ainda hoje e que estrutura o Estado brasileiro.

Adotou-se o regime presidencialista (que voltou a ter mandato de quatro anos, eis que na ditadura havia sido ampliado para cinco anos), criou-se o segundo turno nas eleições para presidente, governador e prefeitos de cidades com mais de 200 mil habitantes e autorizou-se o voto para analfabeto, além de ser facultado às pessoas entre 16 e 18 anos.

A Constituição de 1988, ao constituir o Estado Democrático de Direito, trouxe como fundamento, dentre outros, a dignidade humana<sup>46</sup>, também um princípio jurídico. O texto não apresenta sua definição conceitual ou seus limites, mas o prevê como princípio fundamental do Estado. Essencial, portanto, compreender seu conteúdo e conhecer a extensão do conceito de “dignidade humana”.

Pico Della Mirandola<sup>47</sup>, jurista italiano do século XV, faz uma transição entre a filosofia medieval e a moderna. Suas ideias ultrapassam seu período (renascentista) para alcançar os dias atuais<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.87.

<sup>44</sup> “Em 1984, o clima democrático já era claro, o movimento Diretas Já ganhava força e em 1985 o regime militar teve fim. A democracia foi consolidada com a promulgação da Constituição da República de 1988. (CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.393).

<sup>45</sup> “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.90).

<sup>46</sup> A dignidade humana está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III.

<sup>47</sup> MIRANDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006.

Como antecedente histórico, é possível citar Sócrates, que já na Grécia Antiga via o homem como um ser diferenciado por ser dotado de *psyché*, ou seja, de uma alma. O homem se diferencia das outras coisas e animais porque é capaz de pensar e é dotado de querer. Para Sócrates, o homem deveria cultivar sua alma e não apenas preservar o corpo. Era cultivando a inteligência (alma) que alcançaria a *areté*, portanto, a virtude humana.

O termo “dignidade” não está presente em Sócrates, por tratar-se de conceito latino, inexistente na Grécia daquele período. De qualquer maneira, a nossa atual dignidade, para ele era a *areté*.

Na idade Média, a tarefa de tratar do homem e do seu valor foi de São Tomás de Aquino. Em um período posteriormente apelidado de “idade das trevas”, o filósofo conferiu ao homem o livre arbítrio. Para ele, o ser humano é livre porque pode determinar-se por si mesmo, sem ser comandado por outros seres. Essa característica é que o diferencia das coisas e dos animais. O homem, portanto, nada mais é que um ser racional que tem domínio sobre seus próprios atos. Essa natureza racional é denominada dignidade. É a racionalidade humana.

Pico Della Mirandola faz uma ponte entre estes filósofos para desenvolver o tema da dignidade do homem.

Para explicar a característica humana diferenciadora, explica algo sobre a construção do mundo. Segundo o autor, Deus, após criar o mundo e todas as suas coisas, e os animais, resolveu desenvolver uma criatura capaz de compreender a razão de sua obra tão grande.

Em princípio, não sabia exatamente o que criar e onde colocar essa sua criação, afinal, todo o universo já estava ocupado. Por tratar-se de Deus, ser de inquestionável sabedoria e incapaz de desistir de um propósito, criou o homem, dando a ele tudo o que havia sido parcialmente dado às outras criações (natureza indefinida), colocando-o no meio do mundo.

O fato de a natureza humana ser indefinida confere ao homem a possibilidade de se determinar. Ele é colocado no centro do mundo, portanto, numa posição que lhe permite partir para buscar a sua própria essência:

---

<sup>48</sup> Para Pico Della Mirandola os seres humanos têm dignidade essencialmente por possuírem o livre arbítrio, ou seja, por serem seres livres. (MIRANDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006).

Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse. Os animais, desde o nascer, já trazem em si (como diz Lucíolo), `no ventre materno`, o que irão possuir depois. Os espíritos superiores, a partir do início ou logo depois, já eram aquilo que pela eternidade seria. No homem, todavia, quando este estava por desabrochar, o Pai infundiu todo tipo de sementes, de tal sorte que tivesse toda e qualquer variedade de vida. As que cada um cultivasse, essas cresceriam e produziram nele os frutos. Se fossem vegetais, plantas; se sensuais, brutos; se racionais, viventes celestes; se intelectuais, um anjo e um filho de Deus. Se, porventura, não se afeiçoasse pelo destino de criatura alguma, ele se recolheria ao âmago da unidade divina, tornando-se assim só espírito com deus. Neste caso ficaria inserido na soledade misteriosa do Pai, que está constituído sobre todos os seres e sobre todos se avanta. Quem não admiraria esse novo camaleão? Que outra coisa mais digna de ser admirada<sup>49</sup>?

A visão antropológica, que coloca o homem no centro do mundo, demonstra que Deus não limitou essa sua nova criação já que o homem pode escolher o caminho que deseja seguir.

Seu antropocentrismo não exclui Deus. O autor mantém esta característica religiosa e explica que o homem é o centro exatamente porque Deus quis e determinou que assim fosse. O homem é, portanto, um ser que conseguiu emancipação, criado com uma natureza indefinida, cabendo a ele, então, defini-la. Conforme demonstra o trecho transcrito, o homem desenvolve a semente que quiser já que cada um escolherá sua própria natureza.

A liberdade, que diferencia o homem dos outros seres, nada mais é que a sua capacidade de escolher entre todas as possibilidades. Isso faz com ele possa degenerar-se e se aproximar dos animais, ou regenerar-se e aproximar-se dos anjos.

Para Pico Della Mirandola, felicidade humana é poder ser aquilo que o homem quiser. A temática da qual parte o filósofo, portanto, não é inovadora; desde a Grécia antiga se fala do homem e do seu valor, sua liberdade. O diferencial de Pico Della Mirandola, a quem se credita muito a definição do conceito de dignidade humana, é ter dado mais que só o livre arbítrio ao homem. Além de ser livre para escolher o seu destino, o homem também é livre para encontrar sua própria essência.

É possível afirmar que a Constituição Federal, ao eleger este princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito, quer, no mínimo, afirmar que cabe ao Estado garantir que todos possam exercer sua liberdade e desenvolver suas

---

<sup>49</sup> MIRANDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006, p.40.

características. Trata-se de um princípio que deve ser considerado na interpretação de todos os direitos e garantias previstos no sistema constitucional, um princípio absoluto.

A dignidade da pessoa humana, em que pese seja um tema antigo, mereceu destaque nas Constituições modernas em razão das atrocidades que assolaram o mundo, em especial aquelas praticadas pelo nazismo na Alemanha<sup>50</sup>. Os seres humanos perceberam, então, a importância de tutelar sua dignidade. É princípio que deve ser considerado concretamente na interpretação de toda e qualquer norma do sistema legal do Brasil, por determinação da Constituição:

A própria Constituição Federal, de certa forma, impõe sua implementação concreta. Somam-se a isso os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra etc. Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social<sup>51</sup>.

O mínimo exigido para o cumprimento da dignidade é o cumprimento dos direitos individuais e sociais impostos pela Carta. Mas dignidade não se limita a isso. Ela será sempre o norte de interpretação do sistema, o que inclui a interpretação das normas processuais penais<sup>52</sup>.

Portanto, evidente que tal princípio não pode ser ignorado durante o devido processo legal. Todos os acusados da prática de um ilícito penal devem ter assegurada sua dignidade humana pelo Estado Democrático de Direito.

Ainda que tenha praticado algum “mal”, o homem não deixa se afastar da sua condição humana, que jamais lhe é retirada<sup>53</sup>.

Para Marco Antonio Marques da Silva, a dignidade humana significa:

---

<sup>50</sup> BROWLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.587. Segundo o autor, “os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e a preocupação em prevenir a repetição de catástrofes associadas às políticas internas das potências do Eixo levaram a uma preocupação crescente pela proteção jurídica e social dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

<sup>51</sup> NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.51.

<sup>52</sup> As normas processuais penais complementam os princípios e regramentos constitucionais, constituem as garantias do acusado contra possíveis arbítrios estatais. (SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.594).

<sup>53</sup> Segundo Hermínio Alberto Marques Porto, “a dignidade da pessoa humana impede que qualquer indivíduo ocupe a situação subjetiva de objeto. Todo ser humano é pessoa em sentido jurídico, por isso, o investigado não constitui apenas objeto da investigação, sem direito algum, mas, sujeito de direitos e obrigações. A Constituição consagra os direitos humanos fundamentais e não permite a exclusão da extensão dessas normas constitucionais para o investigado. (SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.609).

[...] o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão, os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. Desta forma, a concretização e a eficácia jurídica de um direito ocorrem com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia<sup>54</sup>.

Portanto, nenhuma lei, mesmo processual, pode deixar de considerá-lo como um ser digno, titular de direitos e garantias, dotado de autodeterminação e capaz de escolher seu próprio caminho.

### 2.3 Constituição Federal e sistema acusatório

O atual Código de Processo Penal foi promulgado pelo Decreto-lei n.3.689, de 30 de outubro de 1941<sup>55</sup>, ou seja, no período não democrático do Governo Vargas. Desde então foi modificado diversas vezes em suas disposições, mas ainda é possível perceber resquícios de sua antiga redação nas práticas diárias da Justiça, do Ministério Público, do legislador, e no imaginário popular.

O Código de Processo Penal teve inspiração fascista, eis que baseada na legislação Italiana de 1930<sup>56</sup>. Assim, seguiu traços eminentemente autoritários, coerentes com sua origem.

Aliás, na redação original do Código não existia presunção de inocência; ao contrário, não se concebia a possibilidade de existir um processo contra alguém inocente, logo, vigorava a presunção de culpabilidade. A prisão preventiva era obrigatória para os crimes com determinadas penas em abstrato, independentemente da situação concreta.

Eugênio Pacelli resume as características originárias do Código de Processo Penal:

Então, de modo mais explícito, apontam-se no originário Código de Processo Penal as seguintes e mais relevantes características:

a) O acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quanto presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima

<sup>54</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.5.

<sup>55</sup> Ato normativo emanado pelo Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 74 da Constituição de 1937.

<sup>56</sup> Neste sentido, Eugênio Pacelli afirma: "Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.5).

defesa etc.) na conduta do agente (antiga redação do art. 310, *caput*, CPP- atual paragrafo único do mesmo dispositivo);

b) Em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais;

c) A busca da verdade, sinalizada como a verdade real legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. [...]

d) O interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja na forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado implicitamente), seja pelo não comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, do CPP)<sup>57</sup>.

Após a Constituição Federal de 1988, com todas as garantias e direitos fundamentais, este posicionamento da legislação infraconstitucional deixou de ser possível.

A Carta tem como um dos seus fundamentos a dignidade humana, que abarca a necessidade de proteger as garantias individuais como o devido processo legal e a presunção de inocência, sem os quais o Estado não está autorizado a processar e, sequer, punir qualquer pessoa.

O Código de Processo Penal, quando editado, foi baseado em conceitos autoritários e que autorizavam a violação de garantias individuais (protegidos na Constituição Federal de 1988) em prol da segurança pública<sup>58</sup>. Por isso, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Código de Processo Penal passou a ser interpretado sempre considerando a perspectiva dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal trouxe mudanças importantes no processo penal, alterando completamente sua sistemática, mas a fonte normativa procedimental foi mantida e reinterpretada, o que gerou inúmeros problemas práticos<sup>59</sup>.

O processo não é mais apenas o meio para aplicar a pena, mas um instrumento de garantia, dito conforme o direito constitucional aplicado na prática.

---

<sup>57</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.7-8.

<sup>58</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.8.

<sup>59</sup> A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento do indivíduo face ao Estado. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.9).

Foi estabelecida como premissa a subsunção absoluta do processo à lei, que inclui o contraditório, prevê a importância da defesa (o advogado consta na Constituição como figura indispensável para a administração da justiça, além de prever a obrigatoriedade de instalação de defensorias públicas para atender aos hipossuficientes e indefesos) e fortaleceu o Ministério Público como órgão independente, imputando-lhe a responsabilidade de acusar, garantindo a ordem jurídica. Assim foi definido o papel de cada ator processual e o espaço que deveria ocupar dentro das suas atribuições: julgador, acusador e acusado.

Fato é que a Constituição Federal trouxe inegáveis melhorias ao sistema que devem ser sempre buscadas a fim de garantir a implementação e a efetivação do Estado Democrático de Direito. Nesse ponto é inegável a contribuição da modificação do sistema inquisitivo<sup>60</sup> para o acusatorial, que se diferem principalmente pela titularidade do poder de acusar:

O sistema inquisitivo avassalou o continente europeu a começar no século XV. Até a Revolução Francesa, ele domina, sem contraste, a legislação processual penal, tendo sido um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo donástico que imperou nas monarquias, a partir do século XV<sup>61</sup>.

Neste sistema não havia separação de funções dos sujeitos processuais; o juiz da causa podia investigar, perseguir e punir o acusado, sem a necessidade de ser imparcial. Cabia ao ofendido iniciar o processo crime contra o seu ofensor.

Diante do temor da inércia das vítimas e da impunidade, ganharam forças as práticas adotadas pela igreja, ou seja, um sistema que imputaria ao Estado a função de investigar e de acusar, muitas vezes independente da própria vontade do ofendido. Trata-se do sistema inquisitorial da Igreja Católica, conforme destaca Aury Lopes Junior:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona a sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início

---

<sup>60</sup> No sistema inquisitivo, ao revés, há concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) no órgão judiciário, que é sempre um funcionário do rei ou autoridade subordinada ao poder governamental, cumprindo registrar, aos demais, que, em tal sistema, não há ampla defesa, e domina o princípio do segredo e do procedimento escrito, com ampla investigação judicial dos fatos, o emprego da tortura e averiguação não contraditório da imputação. (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000, p.93).

<sup>61</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000, p.94.

também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem a necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai construir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz<sup>62</sup>.

Neste período as torturas tornam-se práticas comuns, absolutamente reconhecidas e passam a ser atos institucionalizados.

No sistema inquisitivo o acusado é tratado como objeto do processo, que em geral é sigiloso, escrito e não contraditório. A prisão provisória é a regra absoluta (necessária para obter provas, principalmente oriundas da tortura). Sua principal característica, porém, é a confusão, num mesmo indivíduo, das funções de acusar/investigar e julgar.

Este sistema não é aceitável visto que, até por uma tendência natural, aquele que formou sua convicção para acusar busca no processo apenas confirmar suas premissas iniciais. Em relação à prova, neste modelo vigorava o sistema de provas tarifadas, ou seja, cada uma delas tinha um valor predeterminado; a confissão era considerada a “rainha” de todas elas<sup>63</sup>:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o da ‘verdade real ou absoluta’, na busca dessa tal ‘verdade real’, transformase a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema<sup>64</sup>.

Segundo José Frederico Marques,

O sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições. Embora integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, oferece ele, como notou Polansky, poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por

---

<sup>62</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.98.

<sup>63</sup> “Os antigos consideravam a confissão como prova por excelência, *probatio probatissima*, a rainha das provas, a única que podia assegurar num processo criminal a consciência do juiz e permitir-lhe, sem escrúpulos, como sem remorso, pronunciar o castigo capital”. (ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.83).

<sup>64</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.98.

serem psicologicamente incompatíveis 'a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal'<sup>65</sup>.

O modelo inquisitório se manteve até fins do século XVIII e início do século XX. O que levou à substituição do modelo inquisitivo para o acusatório foram as ideias de valorização do ser humano, que reconheciam o acusado como sujeito de direitos e parte dentro de um processo. Na contemporaneidade, nas Constituições Federais de 1946 e 1988 foram apresentados elementos que traduzem a adoção do sistema acusatório<sup>66</sup>.

A origem deste modelo remonta ao direito grego, pelo qual o povo exercia diretamente as funções de acusar e julgar. Diferenciavam-se os crimes mais graves dos menos graves: para os últimos, a acusação era privada; para os primeiros, valia a ação popular.

O direito romano também exerceu influência. Dele surgiram as duas formas do processo penal: *cognitio* e *accusatio*, cujas principais diferenças são apresentadas por Aury Lopes Junior:

A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – magistrados. Outorgava os maiores poderes ao magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão, nesse caso o magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. [...] Na *accusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu do último século da República uma profunda inovação no Direito Processual romano. Tratando-se de *delicta publica*, a perseguição e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (acusador)<sup>67</sup>.

No sistema acusatório é necessário separar as funções dos atores processuais – julgador, acusador e defensor. O processo deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantindo a publicidade dos atos. O julgador deve ser imparcial, formar seu convencimento pelas provas produzidas e motivá-lo.<sup>68</sup> Como consequência da imparcialidade do juiz, deve oferecer tratamento

<sup>65</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000, p.65.

<sup>66</sup> No direito brasileiro, é garantida constitucionalmente aos acusados 'plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela' (Constituição Federal de 1988, artigo 141, §25), e assegurada ainda a instrução criminal contraditória (artigo 141, §25), só o sistema acusatório pode ter acolhida – o disposto no artigo 141, §25, da Constituição Federal de 1946 está disciplinado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000, p.66).

<sup>67</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.93.

<sup>68</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.50.

igualitário entre as partes já que a defesa e a acusação estão no mesmo nível, por isso, não podem ser tratadas de maneiras diferentes.

O processo deve ser predominantemente oral e público, além de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa. Prevê-se, ainda, um duplo grau de jurisdição, eis que são possíveis recursos para questionar as decisões dos magistrados de primeiro grau. Além disso, abandona-se o sistema tarifado das provas e adota-se o sistema da livre convicção motivada do juiz, porque nenhuma prova tem um valor prefixado. É no caso concreto que o magistrado verifica o valor de cada uma delas.

Neste sentido explica José Frederico Marques:

[...] no sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz – tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu.

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. O impulso inicial ao processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*.

No que tange à ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público<sup>69</sup>.

O interrogatório deixou de ser meio de prova para tratar-se de meio de defesa, o que garante tanto o direito ao silêncio quanto a possibilidade de optar por não participar dos atos processuais.

A prisão processual, diversamente do sistema inquisitivo, é excepcional e deve sempre ser fundamentada de maneira casuística, sem amparar-se em parâmetros meramente objetivos.

O sistema acusatório prevê ainda a formação da coisa julgada, garantindo segurança ao acusado. Sua sentença absolutória não poderá ser modificada para condená-lo e nem sua condenação poderá ser agravada. Este sistema é um dos pilares do sistema de garantias individuais estabelecido na Constituição Federal de 1988, consolidando, assim, o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>69</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000, p.66-67.

Nele o juiz deve ser imparcial, o que significa que pode produzir provas, mas não deve fazê-lo, mesmo quando se depara com partes que revelam falhas em suas funções. Não cabe ao magistrado substituir as partes, mas julgar sempre de acordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na realidade existe apenas um modelo, que tem características mais fortes do acusatório, mas com pinceladas do modelo inquisitivo:

Así las cosas creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales con conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para entubiar la claridad conceptual. Hay, por el contrario, que dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el derecho penal no lo aplicaban exclusiva los tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, Asunción del monopolio de la actuación del derecho penal por los órganos jurisdiccionales y exclusividad procesal en su ejercicio<sup>70</sup>.

A origem do Estado Democrático de Direito está relacionada à formação de um processo penal de características acusatórias no qual o sujeito acusado de um crime deve ter a possibilidade de se defender, mantendo as garantias inerentes de sua condição humana e, ao final, ser julgado por um juiz imparcial.

---

<sup>70</sup> AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal** – uma explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1997, p.29-30.

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

A Constituição Federal de 1988 traça as linhas gerais, cabendo às leis ordinárias, em respeito às suas determinações, criar todo o regramento jurídico, incluindo o processual penal.

Do texto da norma constitucional são retirados os fundamentos do Estado Democrático de Direito, com destaque ao estudo do direito processual penal, da dignidade humana<sup>71</sup>.

É o dever de respeitar a dignidade humana que impõe limites à intervenção do Estado na vida das pessoas. É dele que decorrem os direitos fundamentais, os preceitos de direitos humanos internalizados no sistema jurídico pátrio<sup>72</sup>.

Afinal, o Estado não é livre para punir. Ele deve obedecer aos caminhos, que têm regras claras para alcançar o veredito – regras essas que são limites: os direitos individuais.

Desta forma a característica do poder de punir do Estado está fundamentada na Constituição. Isto porque, ao mesmo tempo em que se outorga este poder, também se reconhece seus limites e extensão. Somente podem ser criadas normas de limitação de acordo com os direitos fundamentais<sup>73</sup>. Em um Estado Democrático de Direito, não basta apenas a obediência cega e formal às leis, mas deve-se valor às normas de acordo com princípios constitucionais.

O Código de Processo Penal de 1941 possui bases ideológicas distintas da Constituição de 1988, por isso, os princípios devem ser observados no momento da interpretação das normas processuais penais.

É certo que a Constituição Federal de 1988, no que se refere ao direito penal e processual penal, é extremamente abundante quanto à previsão de princípios e garantias, já que está limitando os poderes do Estado em relação à aplicação das penas restritivas de liberdade.

---

<sup>71</sup> Para Michel Temer, a “Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época. (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.17).

<sup>72</sup> Fábio Konder Comparato difere direitos humanos e direitos fundamentais: “[...] a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais [...] estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quando no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.46).

<sup>73</sup> MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho penal**: concepto y principios constitucionales. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.106-107.

Todos os princípios, explícitos ou implícitos, são relevantes e devem sempre ser respeitados para se alcançar maior proteção e respeito ao indivíduo<sup>74</sup>. Só assim o processo e a punição serão legitimamente aplicados.

Neste trabalho destacaremos os princípios da legalidade, igualdade, *ultima ratio*, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, publicidade, obrigatoriedade e presunção de inocência. Este rol não esgota a matéria. São apenas princípios significativos para o entendimento da matéria probatória ao longo do processo penal. Importante destacar que, neste estudo, adotamos o conceito de princípios estabelecido por Robert Alexy<sup>75</sup>.

Segundo o autor, regras e princípios são diferentes tipos de normas. Princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que determinam a maior efetividade dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas disponíveis. Podem ser aplicados em diferentes graus conforme as circunstâncias. É possível a ocorrência fática de colidência entre eles e, por consequência, a necessidade de ponderação.

Regra, por sua vez, apresenta uma diferença qualitativa. É norma que se aplica exatamente da forma prescrita, pois contém uma determinação a ser seguida. Não há possibilidade de ponderação. Na hipótese de conflito, uma das normas deve ser declarada inválida (nos princípios, ainda que haja colidência, todos se mantêm intactos no sistema; a solução será considerada apenas para o caso concreto por meio da ponderação).

### **3.1 Princípio da legalidade estrita (reserva legal) no Estado Democrático de Direito**

Encontram-se indícios do princípio da legalidade já na Carta Magna do século XIII, no *Bill of Rights* norte-americano (1689) e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa (1789).

---

<sup>74</sup> [...] estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem “princípios em forma de norma juridical” e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1167).

<sup>75</sup> A teoria de princípios e regras encontra-se em: ALEXY, Robert **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Paul Johann Anselm von Feuerbach, porém, introduziu o princípio formalmente no âmbito de direito penal ao prescrever *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime nem pena sem lei anterior que o defina)<sup>76</sup>.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, II, prevê: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O artigo 1º do Código Penal reflete essa previsão: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, portanto, de uma decorrência lógica da dignidade humana, que limita a atuação do Estado na vida dos cidadãos e garante a todos segurança jurídica, consolidando o Estado Democrático de Direito.

Deste princípio decorrem outros, conforme sublinha Marco Antonio Marques da Silva:

A atual concepção do princípio da legalidade, no denominado quadro da função de garantia da lei penal, tem determinado o seu desdobramento em quatro garantias básicas. Assim o princípio da legalidade exige, para a sua completa observância: a existência de *lex praevia*, que significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; da *lex scripta*, que determina a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário; da *lex stricta*, que é a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (analogia in *malam partem*), e da *lex certa*, que é a proibição de leis penais indeterminadas<sup>77</sup>.

Inquestionável, portanto, que a lei deve ser anterior ao fato. Jamais um cidadão poderá ser surpreendido pela criminalização de sua conduta após já tê-la praticado. É decorrência lógica seu direito de agir conforme a autonomia de vontade, desde que a conduta não seja proibida.

Qualquer lei posterior que criminaliza uma conduta ou que de alguma forma torna mais rigorosa sua punição, somente poderá ser aplicada a casos posteriores. *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina). É o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Por outro lado, qualquer previsão mais benéfica (descriminalização ou redução do rigor legal) deverá retroagir, até pela igualdade de tratamento das pessoas (não posso punir mais gravemente alguns apenas pela data dos fatos ser anterior à lei mais favorável).

---

<sup>76</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.7.

<sup>77</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.8.

O Código Penal reflete este subprincípio no seu artigo 2º: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. E continua no parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Destaca-se, ainda, que há uma reserva legal para a criminalização de condutas. No Brasil, a moral, os costumes ou o direito consuetudinário não bastam para criminalizar condutas. E não pode ser criado um tipo incriminador por qualquer espécie normativa.

Os crimes dependem de lei em sentido formal, aquela submetida à discussão no Poder Legislativo e sancionada pelo Executivo. Quando se diz que não é possível qualquer espécie normativa, destaca-se a inviabilidade de medida provisória em matéria penal ou processual penal.

O Código Penal e o Código de Processo Penal são, na sua criação, decretos-leis. Importante, porém, destacar que foram elaborados em outro momento histórico, sob a égide de Constituição diversa, quando tais espécies legislativas eram previstas e permitidas. Com a Constituição Federal de 1988, em que pese terem sido recepcionadas em parte, ganharam o status de lei ordinária.

É certo também que no direito penal e processual penal não se admite analogia in *malam partem* (em prejuízo do réu), portanto, ainda que existam casos similares, não é possível aplicar a lei sem expressa previsão legal.

Por fim, importante também que a lei penal contenha conteúdo claro, certo e taxativo, pois não se admite tipos penais genéricos, que não permitam um delineamento específico das condutas vedadas.

Em resumo, o princípio da legalidade tem tanto uma função política (cabe ao Poder Legislativo a função de elaborar leis), quanto de proteção aos cidadãos, na medida em que limita o poder de punir e de investigar do Estado.

### **3.2 Princípio da igualdade**

Trata-se de princípio que possui previsão em normas do direito internacional<sup>78</sup>. Na Constituição brasileira está prescrito no artigo 5º: “todos são

---

<sup>78</sup> Artigo 3º do Pacto de Direitos Civis e Políticos: “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente

iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Em um sentido formal, a igualdade se refere a tratar a todos do mesmo modo.

É, porém, de uma definição insuficiente. O que se busca hoje é uma igualdade material, ou seja, tratar os desiguais de maneira desigual, para alcançar, no fim, uma igualdade real entre eles<sup>79</sup>:

Transpondo-se essas ideias para o processo, pode-se dizer que em dois sentidos manifesta-se a igualdade processual:

1º) como exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo, como, por exemplo, o mesmo tratamento a todos os que ostentam a posição de testemunha, só se admitindo desigualdades por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis;

2º) como exigência de igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, assegurando-se às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público, ou querelante, e acusado.<sup>80</sup>

Portanto, é respeito à igualdade possibilitar isenção de custas ao acusado pobre e não conceder tal benesse a quem tem melhores condições financeiras:

[...] quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.<sup>81</sup>

A regra, portanto, é tratar a todos numa mesma situação igualmente, mas, diante de alguma peculiaridade, oferecer um tratamento diferenciado, para dar a elas a mesma condição.

Ademais, para se buscar igualdade na sociedade é possível obrigar o Estado a prestar ações afirmativas na busca da concretude da igualdade material e não somente uma igualdade formal ou perante a lei.

O Supremo Tribunal Federal na ADC 19 declarou a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) constitucional, sob o fundamento do princípio da igualdade, na sua

Pacto”; Artigo 24 do Pacto de São José da Costa Rica: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

<sup>79</sup> “[...] é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta ao espírito: Quem são os desiguais?” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1984, p.11).

<sup>80</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.46.

<sup>81</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.48.

forma afirmativa, como maneira de proteger os indivíduos envolvidos em violência familiar e violência contra a mulher.

O princípio da igualdade vai além do tratamento igualitário; ele impõe à sociedade mecanismos para que todos possuam o mesmo status de direitos e deveres.

### 3.3 Princípio da *ultima ratio*

O direito penal é certamente o ramo do direito que tem punições mais severas, exatamente por influenciar diretamente na liberdade dos indivíduos. Portanto, é certo que não deve ser utilizado de maneira desarrazoada<sup>82</sup>.

Devem ser reservados ao direito penal apenas a proteção dos bens jurídicos mais caros ao homem, ou seja, aqueles essenciais à vida em comunidade e, mesmo assim, somente quando os demais ramos do direito não forem suficientes.

Santiago Mir Puig afirma que o direito penal deve proteger os interesses sociais do Estado. Segundo o autor, ele deverá ser utilizado de forma subsidiária, apenas quando o direito civil e o direito administrativo forem insuficientes para assegurar o direito do cidadão:

Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales; así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil “huida al derecho penal”. Pero también el Estado Social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción<sup>83</sup>.

Atualmente há constantes movimentos por criminalização de condutas, que decorrem, na verdade, do efeito simbólico do direito penal no imaginário popular e não na real necessidade de aplicar esse ramo jurídico. Por isso, é preciso cautela para não banalizar o uso de um direito que gera consequências tão gravosas.

---

<sup>82</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.08.

<sup>83</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal** – parte general. 10.ed. Barcelona: Reppertor, 2017, p.128.

O direito penal é sempre a última ferramenta jurídica a ser utilizada, porque é necessário buscar primeiro nos outros ramos do direito a solução menos gravosa e mais eficiente à solução das demandas sociais.

Este princípio está intimamente ligado à subsidiariedade do direito penal. O legislador deve lançar mão da criminalização apenas quando todas as outras formas de controle social tiverem se mostrado falhas e insuficientes.

Com base neste raciocínio, só devem ser punidas eventuais condutas que possam gerar algum risco concreto ou dano efetivo aos bens jurídicos tutelados<sup>84</sup>.

### 3.4 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal envolve a necessidade de respeito às garantias e à forma prescrita no ordenamento jurídico<sup>85</sup>. Trata-se de um princípio previsto remotamente, pela primeira vez, na Magna Carta de 1215, conforme explica Marco Antonio Marques da Silva:

[...] foi esse o primeiro documento jurídico a fazer menção a esse princípio, quando, no seu art. 39, utilizou a locução *per legem tarrae*, redigida em latim e mais tarde traduzida para *law of land*, ou seja, 'lei da terra'. Essa expressão importava, antes de tudo, na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes fáticos e judiciais.<sup>86</sup>

O termo “devido processo legal” (*due process of law*), porém, foi utilizado pela primeira vez em 1394, na Inglaterra, por Eduardo III, na lei chamada *Statute of the Liberties of Lodon*. Também foi incorporado na Constituição Americana, através das Emendas V e XIV.

Inicialmente predominou uma visão individualista, pela qual tal princípio servia apenas para resguardar os direitos públicos subjetivos das partes. Posteriormente, adotou-se uma visão publicista, pela qual afirma-se que o devido processo legal é uma garantia, e não um mero direito das partes de terem um processo justo.

---

<sup>84</sup> En la medida en que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaliza 'fragmentaria' del derecho penal. (ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. t.1. 2.ed. São Paulo: RT, 1997).

<sup>85</sup> Neste sentido: A relação entre Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais do processo, previstos na Constituição Federal, tem como característica evitar todas as formas de arbitrariedade política, determina também as manifestações jurisdicionais com base nos princípios que decorrem do *due process of law*. (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.16).

<sup>86</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.16.

Portanto, extrapola-se o âmbito do processo, dando também uma feição substancial a ele<sup>87</sup>.

Nesse sentido, “sob essa nova ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e ‘não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas’<sup>88</sup>.”

A Constituição Federal brasileira consagrou o processo legal no artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É uma garantia voltada ao legislador e ao aplicador da lei.

Ao legislador é imposta a obrigação de criar o procedimento processual, garantindo os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico; cabe ao operador do direito obedecer às regras impostas, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal. Trata-se, portanto, de notória garantia do cidadão frente ao Estado, porque para aplicar a reprimenda penal é necessário existir um processo que respeite todas as garantias do cidadão em todas as fases do processo.

### **3.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa**

Trata-se de decorrência lógica do princípio do devido processo legal. Afinal, para haver um processo justo é essencial que ambas as partes se manifestem, o que exige possibilidade de o acusado exercer o contraditório e a ampla defesa.

Assim foi consagrado pela Constituição Federal no artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Esta, porém, não foi a primeira Constituição a prever este princípio – ele já apareceu na Constituição de 1937 e foi mantido nas Cartas de 1946 e 1967. É uma garantia absoluta ao acusado que, uma vez violada, macula o processo com sua nulidade<sup>89</sup>.

O contraditório importa no direito do acusado de ter acesso às informações. Ou seja, ele deve ser informado dos termos da acusação e ter acesso ao processo e seus elementos informativos para conhecer seu conteúdo (as provas produzidas): “É

---

<sup>87</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.17.

<sup>88</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.43.

<sup>89</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.18.

do contraditório, manifestado num primeiro momento no direito à informação, que nasce a possibilidade do exercício da ampla defesa<sup>90</sup>”

Essa informação deve ser efetiva e não meramente formal. Isso significa que a acusação deve ser certa, conter a limitação jurídica da imputação (isso porque haverá uma definição da discussão jurídica, ligada ao fato de ser necessária a correlação entre a acusação e a sentença – que jamais pode extrapolar a imputação inicial) e o acusado deve conhecê-la com prazo razoável.

Essa comunicação não se esgota na mera citação (informar que existe a acusação e dizer qual é ela). A cada ato processual o acusado deve também ser avisado por meio de intimações<sup>91</sup>.

O direito de informação ao acusado está previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica<sup>92</sup>), de 22 de novembro de 1969, no artigo 8º (que enumera as garantias judiciais):

Artigo 8º – Garantias judiciais [...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

Como reflexo disso, é possível citar a modificação do artigo 366 do Código de Processo Penal, que prevê a suspensão do processo e do prazo prescricional para o réu citado por edital que não tem advogado constituído nos autos.

Portanto, não basta a comunicação formal (edital) para o processo seguir seu curso. Só a citação real, ou seja, a efetiva ciência por parte do acusado sobre a denúncia é que autoriza o prosseguimento da persecução penal.

Uma vez sabedor da acusação, pode ele, então, exercer a ampla defesa (tanto a defesa técnica através de seu advogado quando a autodefesa em seu interrogatório).

Por questão de paridade de armas, o acusado deve ter alguém com conhecimentos técnico-jurídicos para defendê-lo (do contrário estaria em situação

---

<sup>90</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.18.

<sup>91</sup> O direito à informação é indispensável para que se dote o processo do conteúdo dialético característico do princípio do contraditório.

<sup>92</sup> O documento foi promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

desigual se comparado à acusação). Por isso, nenhum réu pode ser processado sem o acompanhamento de um advogado. Caso não tenha condições de contratar um patrono particular, é obrigação do Estado proporcionar-lhe um defensor.

A defesa é tão importante no processo penal que mesmo em caso de revelia é assegurada ao acusado, o que difere do modelo adotado no direito civil e processual civil. Não há, portanto, presunção de veracidade dos fatos alegados na hipótese de não se apresentar resposta à acusação. Após a instauração do contraditório, a última palavra será sempre da defesa.

### 3.6 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LX: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Trata-se de matéria tão cara ao constituinte que volta a ser citada em pelo menos outros dois dispositivos.

Inicialmente, no artigo 5º, XXXIII:

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Em seguida, no artigo 93, IX:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Este princípio decorre naturalmente do sistema acusatório e, principalmente, do próprio Estado Democrático de Direito. Garantir publicidade é extremamente importante num Estado Democrático de Direito porque assegura a transparência dos atos jurisdicionais e, por consequência, permite às partes fiscalizarem cada um deles. Da mesma forma, a própria comunidade poderá fazê-lo<sup>93</sup>. É uma garantia individual que apresenta dois vieses: primeiramente, limita a atuação da justiça criminal; em seguida, permite fiscalizar o Poder Judiciário e o Ministério Público.

---

<sup>93</sup> "A regra é a publicidade plena, somente restringível quando a limitação se fizer necessária para defesa da intimidade, por interesse social e para evitar escândalo, inconveniente grave ou quando existir perigo de perturbação da ordem". (FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.68).

Dessa forma, por todos os atos em regra serem públicos, o Estado não pode, através de seus órgãos de persecução penal, utilizar meios ilícitos para buscar provas. Assim, por exemplo, a publicidade é uma forma de garantir que ninguém será torturado para confessar um crime. Trata-se de um meio de fiscalização na medida em que é possível impugnar decisões judiciais, exatamente por se conhecer sua fundamentação.

Em regra, a publicidade é plena. Isto significa que qualquer pessoa pode ter acesso aos autos do processo penal e, por exemplo, presenciar a audiência. A Constituição Federal, porém, permite, excepcionalmente, a restrição da liberdade. Mesmo nesses casos, não se pode afirmar que houve plena supressão dessa garantia porque as partes e o juiz continuam tendo acesso a todos os atos e provas produzidas.

Portanto, ainda quando um processo é declarado sigiloso, as partes poderão acessar tudo o que nele estiver contido e ter acesso a todas as provas obtidas para o exercício do contraditório. A restrição se dá para terceiros, exatamente para garantir o interesse social (por exemplo, evitar tumulto processual) ou preservar a imagem do acusado.

A publicidade, apesar de ser concebida para garantir os direitos do acusado, pode ser usada, de forma deletéria, contra ele. Ela se transforma em problema quando se revela mais um espetáculo a uma forma de controle dos atos judiciais. Não é necessário que os atos sejam divulgados pela mídia, mas é preciso que qualquer pessoa interessada possa acessá-los. Importante destacar que a transformação da publicidade legal em apelo midiático não significa respeito a este princípio, mas uma nítida violação de direito dos envolvidos, com especial destaque ao acusado. Assim é o abuso da publicidade para formar opiniões públicas que exerçam força política sobre as decisões do Poder Judiciário.

A exploração midiática de crimes, muitas vezes envolvida em sensacionalismo, além de ferir a imagem do acusado, pode interferir indevidamente no julgamento. Afinal, nos meios de comunicação não há garantias como o contraditório e a ampla defesa. Afirmações apresentadas como verdadeiras, mesmo sem terem sido comprovadas, levam a opinião pública a se pautar em inverdades, ferindo a presunção de inocência.

No caso de júri, por exemplo, não é incomum uma pessoa já entrar condenada na plenária, exatamente porque os jurados já se contaminaram com

informações apresentadas pela imprensa. Importante observar que a mídia também tem sido usada indevidamente, por promotores e magistrados que desejam angariar a opinião pública em seu favor e, assim, conduzir os veredictos aos caminhos que particularmente lhes interessam.

A publicidade é necessária para o acusado ter ciência dos elementos e fundamentos utilizados pelo juiz ao prolatar suas decisões, para o exercício da ampla defesa e dos possíveis recursos. Portanto, trata-se de um princípio de extrema importância, que deve ser analisado com cautela para a publicidade não se tornar um espetáculo.

### **3.7 Princípio da obrigatoriedade**

Este princípio decorre do sistema acusatório. Como há separação das figuras do acusador e do julgador, não cabe àquele que tem a função de acusar decidir sobre a propositura ou não de um processo. Assim, se houver notícia de indícios de autoria e de materialidade delitiva, cabe ao órgão acusador a obrigatoriedade de propor a ação penal. O julgamento do caso será conferido apenas e tão somente ao órgão julgador.

Assim dispõe o artigo 24 do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Portanto, quando a iniciativa da propositura é conferida ao órgão acusador, não há opção de “abrir mão” do processo. Ele é “obrigado” a iniciar a persecução penal. Este princípio, porém, foi mitigado pela Lei n. 9.099/1995 que trouxe medidas despenalizadoras possibilitando ao órgão acusador deixar de oferecer a denúncia, ou seja, de iniciar a persecução penal. Trata-se da possibilidade de transação penal entre o acusador e o investigado.

Outra importante exceção ao princípio da obrigatoriedade é a possibilidade de a acusação firmar um acordo de colaboração premiada, em que lhe pode ser permitido não propor a ação penal, conforme previsto pela Lei n. 12.850/2013.

### 3.8 Princípio da presunção de inocência

Este princípio, previsto expressamente em diplomas internacionais, decorreu da Revolução Francesa. Na França, a presunção de inocência foi fortemente influenciada pela obra “Do delito e das penas”, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. O autor criticou o modelo de persecução penal da época (século XVII), que incluía o uso da tortura e a prisão preventiva generalizada, escancarando uma presunção de culpabilidade. Suas críticas ecoaram em busca de um processo mais humanizado, que culminou na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Assim prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 11:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Este diploma internacional revela a presunção de inocência como uma regra de tratamento que deve ser dada ao acusado durante o processo penal. No mesmo sentido é o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950:

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d)

interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo. (grifei)

A Constituição Federal de 1988, posterior a tais diplomas internacionais, previu o princípio em seu artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É certo que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito penal visto que durante o processo há uma presunção de inocência a ser respeitada. Portanto, ainda que a Constituição Federal não tenha utilizado a expressão “presunção de inocência”, ela inquestionavelmente a consagrou. Em razão da sua importância, superadas as noções introdutórias históricas, a matéria será aprofundada posteriormente quando estudada a relação do ônus da prova no processo penal.

#### 4 A PROVA PARA O PROCESSO PENAL

O processo penal deve respeitar uma série de garantias previstas no texto da Constituição Federal de 1988. O juiz, ao prolatar uma sentença, deve seguir o modelo previsto, sob pena de violar o devido processo legal e ter sua decisão considerada inconstitucional: “O direito processual penal é uma província do direito constitucional, é verdadeiro direito constitucional aplicado, é o verdadeiro sismógrafo de uma lei fundamental, sendo, por isso, a Constituição a sua principal fonte”<sup>94</sup>.

A sentença, desta forma, deve ser precedida de um devido processo legal, marcado pela ampla defesa e pelo contraditório, os quais precisam ser plenamente respeitados. Entretanto, estas características não bastam. Devem ser observadas todas as demais garantias previstas no ordenamento jurídico, como, por exemplo, as regras de colheita de provas.

O processo penal deve ser interpretado como uma ferramenta capaz de reconstruir a narrativa da acusação de maneira aproximada, utilizando um ritual próprio previsto em lei, com a finalidade de apurar e julgar os acontecimentos pretéritos relevantes definidos como infração penal.

Para reconstruir deve ser instaurado um processo, visando colher provas para se chegar o mais próximo possível das circunstâncias fáticas do episódio. Cabe ao julgador prolatar uma sentença utilizando estes elementos para firmar seu convencimento<sup>95</sup>.

O modelo previsto na Constituição Federal de 1988 é o acusatório, marcado por partes definidas que têm funções próprias: acusação (Ministério Público nas ações penais públicas e o ofendido nas ações penais privadas), defesa (inclui a defesa técnica e a autodefesa), equidistantes de um juiz, que ao julgar deve fazê-lo de forma fundamentada nas provas produzidas ao longo da relação processual.

Portanto, todos os envolvidos no processo buscam produzir provas, visto que sem elas não há que se falar em razões para prolatar uma decisão judicial de mérito.

O ato de julgar é inerente ao ser humano, que sempre avalia uns aos outros por meio de palavras, comportamentos ou atos. Neste estudo utilizaremos o

---

<sup>94</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.31.

<sup>95</sup> [...] fundamentação constitui um dos requisitos formais das decisões (ou de determinadas decisões) e, como tal, vem tratada nos códigos e leis processuais que, com essa exigência, buscam atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2013, p.80).

conceito de julgamento dentro do devido processo legal, no qual é necessário comprovar a materialidade delitiva e sua autoria visto que não é suficiente uma ideia interna e preconceituosa<sup>96</sup> do julgador.

Todo julgamento começa com a escolha do fato<sup>97</sup>; em seguida, ocorre sua avaliação valorativa e, por fim, é aplicada uma norma correspondente. Ou seja, para todo julgamento são necessárias duas etapas: primeiro, a eleição de um fato, tido como criminoso, e depois, a norma que será aplicada para sua valoração.

O objetivo do processo é, em resumo, possibilitar ao julgador buscar elementos descritivos de reconstrução dos fatos descritos na peça acusatória, respeitando o contraditório e a ampla defesa, para que o julgador consiga proferir uma decisão de mérito (condenatória ou absolutória).

Nesta decisão o julgador deve eleger a norma a ser aplicada, de acordo com a convicção formada com base no acervo probatório produzido no processo. A prova é imprescindível para o julgamento nos termos do devido processo penal constitucional.

#### 4.1 Conceito de prova

Após explicar a importância da prova para a tomada de decisão é necessário definir seu conceito. A palavra 'prova' tem origem no latim *probatio*, que pode ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, que dá origem ao verbo *probare*<sup>98</sup>.

O conceito de prova tem diversos sentidos. Em sentido comum, é tudo o que é capaz de levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou da exatidão de uma coisa<sup>99</sup>. No sentido jurídico, prova pode ser conceituada como atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz para buscar a verdade dos fatos imputados<sup>100</sup>. Em ambas concepções é um meio utilizado para recriar e reconstruir um fato pretérito da melhor forma possível.

---

<sup>96</sup> "Conceito ou opinião formados antes de ter os conhecimentos necessários sobre um determinado assunto". DICIONÁRIO Michaelis *online*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

<sup>97</sup> O fato a ser julgado deve ser descrito na peça acusatória (denúncia ou queixa) – que "são atos processuais que formalizam a acusação". "Cabe ao petionário [...] descrever minuciosamente o fato, quando ocorreu, onde ocorreu, como e até porque ocorreu. O petionário tem como obrigação a perfeita exposição do fato, cujo fito é propiciar ao denunciado ou querelado exercer amplamente seu direito de defesa, após conhecer os motivos pelos quais é acusado". (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.104-105).

<sup>98</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p.15.

<sup>99</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.4.

<sup>100</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.5.

Ou seja, a prova sempre estará vinculada a um fato que precisa ser reconstruído para ser valorado por um julgador.

Adalberto Aranha oferece um bom conceito. Para ele, a prova é o “conjunto de meios idôneos visando a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao juiz conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo”<sup>101</sup>.

No processo penal, reconstrói-se o fato criminoso que, uma vez demonstrado, culmina com a aplicação das sanções previstas no direito penal material.

A função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe. É, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica do juiz [...] logo, o objetivo da prova é um só: a demonstração em juízo de um fato perturbador ou violador de um direito<sup>102</sup>.

No entendimento de Adalberto Aranha:

A experiência que nos é dada por mais de um quartel como juiz permite afirmar sem receio: é muito mais penoso e difícil julgar o fato do que o direito. O direito será sempre encontrado numa obra doutrinária ou numa interpretação jurisprudencial, dependendo apenas de um estudo mais amplo ou restrito; porém o fato jamais sairá dos autos, sem que autor algum nos ensine o resultado. Na aplicação do direito o julgador poderá fazê-lo arrimado num douto ou num antecedente jurisprudencial, estando sempre numa boa companhia; no julgamento do fato estará só com a sua consciência e, se porventura errar, o fará sozinho<sup>103</sup>.

Adalberto Aranha nos revela a dificuldade de avaliar o direito e os fatos. O direito, por ser posto, é de fácil conhecimento. Em regra, já foi estudado e aplicado em casos anteriores. O julgador se depara com farta doutrina e jurisprudência. É mais fácil aplicá-lo ao processo.

O fato, por sua vez, é sempre único. Não há doutrina alguma. Raramente haverá jurisprudência, porque cada fato criminoso apresenta suas peculiaridades. Nenhum crime é idêntico ao outro. Assim, resta ao juiz, sozinho, avaliar. Daí a importância de as partes tomarem todas as cautelas na reconstrução do crime. Cabe a eles dar o cenário para o juiz julgar.

Importante destacar que a reconstrução não se limita ao fato em si, porque, se assim fosse, uma simples filmagem seria prova suficiente para uma imediata

---

<sup>101</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.5.

<sup>102</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.5.

<sup>103</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.6.

condenação. Outros aspectos devem ser verificados pelas provas. Cabe às partes trazer todos os aspectos ao processo e cabe ao julgador considerá-los<sup>104</sup>.

Para ser possível reconstruir o fato objeto do processo é necessário que a reconstrução seja realizada por meio de uma linguagem competente que, para o processo penal, é a linguagem jurídica<sup>105</sup>. Ela será uma representação do fato analisado, com a finalidade de convencer o julgador da sua ocorrência e extensão, para a aplicação da norma correspondente, após o devido processo legal.

Por isso a matéria probatória do processo penal deve ser estudada. A análise objetiva de um fato não viabiliza seu correto julgamento. O julgador deve conhecer e compreender os aspectos que levaram à prática da conduta delitiva, como, por exemplo, a própria realidade social e material do acusado.

Nesse sentido, fará diferença no julgamento, por exemplo, o motivo de um furto. Se provado que o objetivo era comprar drogas, então o julgamento deve ser diverso daquele que comprova ser a finalidade apenas “matar a fome”, pelo fato de a pessoa se encontrar em extremo estado de necessidade. No primeiro caso, o julgamento será condenatório, no segundo, absolutório pela excludente de ilicitude.

O devido processo legal, em matéria penal, deve se fundar na matéria probatória, ponto em que se torna necessário analisar o ônus probatório e a presunção de inocência e seus reflexos na produção da prova.

#### **4.2 Presunção de inocência e ônus da prova no processo penal**

Todos os indivíduos têm a presunção de não culpabilidade por qualquer conduta que lhe seja imputada, portanto, todos devem ser considerados inocentes de qualquer acusação até que recaia sobre si uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Esta assertiva está descrita como direito fundamental, conforme artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

---

<sup>104</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.5.

<sup>105</sup> ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2012, p.86.

Assim, durante a investigação e a instrução do processo penal, o acusado não pode ser considerado culpado antes do julgamento de todos os recursos inerentes ao processo<sup>106</sup>.

Toda acusação deve partir do fato de que o denunciado é inocente. Deve-se presumir que o imputado não é infrator de uma norma penal incriminadora. Como vimos no item referente ao sistema acusatório, a presunção de culpa foi abandonada com a adoção da Constituição Federal de 1988.

Existem três concepções sobre o conceito da presunção de inocência<sup>107</sup>. A primeira delas trata a presunção de inocência como garantia ao imputado no momento em que ele estiver diante do poder punitivo do Estado. A presunção de inocência pode ser um postulado dirigido ao Estado como forma de tratamento, impondo ao longo do processo as medidas menos invasivas em seu desfavor e, por último, como forma de tratamento no momento da prolação da sentença; se houver dúvida, o réu deve ser absolvido.

A presunção de inocência deve ser tratada no ordenamento jurídico como uma prerrogativa; ela é um direito e uma garantia do cidadão, independentemente da acusação que lhe é imputada. Isto porque o acusado deve ser tratado como inocente até a sentença condenatória, que deverá ser redigida com fundamentos das provas obtidas durante a instrução do processo.

A pessoa só pode receber tratamento de culpado quando esgotados todos os recursos legais. É cláusula pétrea constitucional: só se encerra a presunção de inocência com o trânsito em julgado<sup>108</sup>.

A presunção de inocência gera diversos reflexos ao longo da fase investigatória e durante a instrução do processo; o principal deles é a distribuição do ônus da prova no processo penal.

---

<sup>106</sup> "Partiendo de que no estamos realmente ante una presunción en sentido técnico, un concepto aprovechable de esta llamada presunción de inocencia puede derivarse de los convenios internacionales de derechos humanos, como son el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, en los que se viene a decir que la persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley, lo que traducido a un lenguaje más técnico supone que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un verdadero proceso". (AROCA, Juan Montero. **Principios del processo penal** – uma explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1997, p.151-152).

<sup>107</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.31.

<sup>108</sup> "A presunção de inocência não 'apaga' a realidade dos factos, demonstrada efectivamente em audiência, processada com todas as garantias de defesa do arguido. Apenas não permite se presume a sua responsabilidade, exigindo-se prova da mesma". (JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 2015, p.139-140).

Até o trânsito em julgado da eventual sentença condenatória o julgador deve presumir que o acusado é inocente. Isto porque é necessário apresentar elementos suficientes para inexistirem dúvidas sobre a autoria e a materialidade delitiva de determinado fato imputado a alguém.

O primeiro reflexo da presunção de inocência, portanto, é a observância do *in dubio pro reo* (na dúvida deve ser favorecido o réu). Ou seja, em caso de dúvidas, o julgador deve afastar a pretensão punitiva do órgão acusador, por não conseguir provar durante a acusação, inequivocamente, a materialidade delitiva e sua autoria.

O Estado Democrático de Direito não pode aceitar condenação duvidosa. A acusação deve demonstrar pelos meios de direito admitidos e sem qualquer equívoco a autoria e a materialidade delitiva. Se não houver certeza sobre a justa causa, sua dúvida deve ser traduzida em uma decisão absolutória<sup>109</sup>.

Quando optou por tal garantia o constituinte evidenciou que não seria tolerado o risco de recair sobre um inocente os malefícios de uma condenação penal em seu desfavor. E, de outra maneira, autorizaria a absolvição de um culpado, quando a acusação não conseguisse demonstrar de forma evidente sua culpa no processo penal.

Para um Estado Democrático de Direito, é mais tolerável absolver um culpado que não teve a culpa demonstrada a condenar um inocente.

A ausência da certeza representa a impossibilidade do Estado destruir a situação de inocência, que, construída pelas normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos humanos e nas constituições democráticas, é reconhecida ao acusado. Essa impossibilidade de destruição da situação de inocência há de necessariamente conduzir à absolvição. A exigência da certeza para a condenação traduz, com exatidão, o postulado *in dubio pro reo*.<sup>110</sup>

O julgador só deve proferir uma decisão condenatória quando existir a certeza da prática delitiva; não deve existir qualquer dúvida no momento da prolação da decisão, que deve se basear nas provas apresentadas ao longo do processo.

Quando os fatos ou a materialidade forem prováveis, mas não houver convicção plena, o julgador não poderá proferir um decreto condenatório, mas deverá absolvê-lo da acusação.

---

<sup>109</sup> “Os juízos penais não podem impor uma sentença condenatória, quando não tenha ficado provado, de acordo com a lei, a culpabilidade do imputado, ainda que não tenha ficado demonstrada de forma cabal sua inocência”. (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.32).

<sup>110</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.7.

A probabilidade só pode ser aceita em juízos provisórios ou cautelares, como, por exemplo, nos casos de prisão preventiva ou arresto de bens, jamais para uma condenação.

Outra decorrência da presunção de inocência é que o ônus da prova recebe atenção especial no processo penal:

Ônus da prova é a posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos: para que o sujeito onerado obtenha o sepultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito<sup>111</sup>.

Quando se diz ônus da prova significa afirmar que a carga probatória é de responsabilidade de uma das partes, para que suas alegações postas em juízo possam prosperar.

Neste sentido explica José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence, não a quem invoca o direito, mas a quem cabe decretar as restrições<sup>112</sup>.

Importante salientar que a prova não é uma obrigação processual das partes, mas um ônus, já que se a afirmação posta em julgamento não for demonstrada por meio da reconstrução dos fatos, a demanda não terá o sucesso esperado.

O ônus não é uma obrigação, mas uma necessidade da parte de conseguir convencer o julgador sobre as pretensões, sob pena de não obter a decisão judicial pretendida:

*Ônus probandi* é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição. Produzir a prova constitui um ônus processual porque coloca as partes diante de uma alternatividade, classificada como de aquisição, já que diz respeito aos atos instrutórios do processo. No processo as partes não têm o dever, a obrigação de produzir provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p.173.

<sup>112</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p.174.

<sup>113</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.8.

Seguindo o raciocínio da presunção de inocência cumulado com o ônus da prova, é possível afirmar:

Não é o réu quem tem de provar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, não é o réu quem tem de provar que a acusação não é verdadeira, não é o réu quem tem de provar que é inocente. Sua inocência, como visto, é presumida, como o é a inocência de qualquer indivíduo<sup>114</sup>.

Cabe à acusação comprovar as imputações feitas ao acusado. Nesse ponto é essencial ter em mente que não cabe ao acusado fazer provas para comprovar sua inocência, mas à acusação provar a materialidade delitiva e a autoria<sup>115</sup>.

O acusado pode, inclusive, apenas trazer ao processo dúvidas razoáveis no espírito do julgador, sem a necessidade de apresentar elementos contundentes durante sua defesa<sup>116</sup>.

O ônus da prova também tem por objetivo obrigar o julgador a decidir em favor da parte que não tem necessidade de comprovar uma alegação. Por exemplo: no processo penal, se houver dúvida, o juiz deve proferir uma sentença absolutória, já que o acusador não conseguiu comprovar sua alegação.

A decisão judicial deverá ser proferida sempre. Cabe ao magistrado acolher ou não os pedidos iniciais, sem deixar, em razão de dúvidas, de proferir uma decisão ao final da instrução.

O ônus da prova é um norte para a tomada desta decisão porque se o autor não consegue reconstruir os fatos conforme sua narrativa, a sentença será inevitavelmente de improcedência.

O princípio da presunção de inocência, além de proteger o acusado por impor o ônus da prova para a acusação e impedir o juiz de condenar se houver dúvida, possui uma terceira característica: o acusado não pode ser obrigado a produzir prova contra si (princípio do *nemo tenetur se detegere*). Isto significa que se necessário uma conduta positiva para reconstruir os fatos, a acusação não poderá requerer ao juiz obrigar o acusado a colaborar em matéria probatória, já que isso lhe prejudicaria com o eventual decreto condenatório.

Ninguém deve ser constrangido a revelar algo, porque a verdade não pode ser arrancada do réu. A tortura como meio de prova há muito foi abandonada e é

---

<sup>114</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.13.

<sup>115</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. São Paulo: Millennium, 2008, p.101.

<sup>116</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. São Paulo: Millennium, 2008, p.101.

absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Cabe à acusação, utilizando os meios idôneos previstos em lei, resgatar material probatório suficiente para elucidar e condenar os fatos alegados.

O silêncio ou inércia do acusado não deve, por conta do princípio da inocência, ser interpretado em seu desfavor, porque cabe somente à acusação apresentar provas suficientes para quebrar a presunção de inocência<sup>117</sup>.

Em razão do princípio da inocência, o acusado possui prerrogativas processuais por conta da sua situação de vulnerabilidade. Incumbe à acusação o ônus probatório da narrativa apresentada. Se não forem colhidas provas suficientes para convencer o julgador, o acusado não pode ser compelido a produzir provas em seu desfavor. Neste caso, deve ser proferida uma sentença absolutória.

### **4.3 Princípios que regem as provas no processo penal**

Os princípios que regem as provas do processo penal devem ser interpretados como critérios para buscar a reconstrução de um fato delitivo em juízo por meio da linguagem.

O Código de Processo Penal traz um rol de provas e, em alguns casos, apresenta a forma pela qual devem ser obtidas. Todavia, nem todas estão nele descritas, como, por exemplo, aquelas obtidas na internet. Nestes casos devem ser observados os princípios regentes da teoria geral da prova.

Destacaremos os princípios necessários para entender o objeto de estudo desta dissertação, qual seja, a prova indiciária.

#### **4.3.1 Princípio da legalidade na produção de provas e prova ilícita**

O processo penal deve respeitar o princípio da legalidade, como todas as outras atividades reguladas pelo ordenamento jurídico. Já analisamos este princípio sob alguns aspectos. Convém, agora, estudá-lo sob o viés da produção de provas. A legalidade significa, basicamente, respeitar as regras estabelecidas pelo legislador, antes, durante e após do processo penal, conforme explica Francisco Marcolino de Jesus:

---

<sup>117</sup> Artigo 186 do Código de Processo Penal, parágrafo único: "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

Ao admitir a existência de limites aos meios de prova, o legislador está a, voluntária e intencionalmente, limitar o princípio da verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do Estado, proibindo que a verdade material seja alcançada a qualquer custo, antes apenas e só por intermédio de meios de provas considerados legais<sup>118</sup>.

Assim, sempre que houver uma forma específica para obter determinada prova, ela deve ser respeitada por tratar-se de um limitador ao Estado juiz durante o processo e no momento da tomada de decisão.

O descumprimento das normas procedimentais deve culminar com a declaração de nulidade dos atos praticados, por violar as garantias do devido processo legal<sup>119</sup>.

Analisemos um exemplo desta legalidade. O artigo 212 do Código de Processo Penal, que trata do procedimento da oitiva das testemunhas em juízo, prescreve:

Artigo 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei n.11.690, de 2008).  
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Da leitura do texto verifica-se que as testemunhas são inquiridas diretamente pelas partes. Inicia-se, sempre, por aquela que pediu sua oitiva, sem interferência do juiz, por uma razão simples: no sistema acusatório, as partes devem produzir as provas para convencer o julgador.

O parágrafo único do artigo citado apresenta uma situação em que o juiz pode ter contato com a testemunha: quando pontos da oitiva não forem esclarecidos, o magistrado poderá interceder.

Logo, o Código de Processo Penal apresenta uma forma prescrita em lei de como deve ocorrer o ato de oitiva das testemunhas e, se houver desrespeito, o ato deverá ser declarado nulo, já que o prejuízo da parte é inerente à ausência do respeito à forma garantida por lei.

Além deste aspecto, o princípio da legalidade em matéria de prova também acarreta na necessidade do desentranhamento das provas obtidas por meio ilícito.

---

<sup>118</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.92.

<sup>119</sup> "O procedimento é o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática de provas". (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.2. Campinas: Millennium, 2001, p.280).

Trata-se de consequência lógica: se uma prova é nula, ela deve ser excluída dos autos para não influenciar a decisão do julgador.

Nem todos os meios para se obter prova possuem uma regra específica prevista na legislação. Isto não significa que, na ausência de previsão legal, as partes ou o magistrado estão autorizados a agir como bem lhes aprouver.

Há limite para se obter provas: é o respeito aos direitos e às garantias individuais das partes e de terceiros que possam sofrer com a persecução penal. Neste sentido, dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se, portanto, de um dos diversos limites a serem respeitados pelas partes na colheita das provas, mesmo na hipótese de não existirem regras expressas e específicas para um dado caso.

O direito penal e o processual penal não conseguem se antecipar às evoluções sociais. Basta verificarmos que a Constituição Federal é da década de 1980 e o Código de Processo Penal, da década de 1940. Logo, é natural surgirem “modernidades” que não encontram reflexo específico na legislação.

Nos últimos anos, por exemplo, foi disseminado o uso de computadores e da internet, o que gera provas produzidas também por estes meios. Evidentemente, postagens feitas em uma rede social, por exemplo, serão utilizadas para reconstruir o fato criminoso e oitivas de testemunhas poderiam ser realizadas por vídeoconferência.

Mesmo sem previsão expressa, há limites gerais traçados pelo sistema como um todo que sempre deverão ser obedecidos<sup>120</sup>. Isto não impede de o legislador optar por alterar a legislação, atualizando as normas e a previsão específica dos novos meios. De qualquer forma, as regras gerais deverão sempre ser respeitadas.

São consideradas ilícitas provas obtidas com lesão aos preceitos gerais e específicos, abrangendo, portanto, qualquer ofensa aos textos da Constituição Federal e de qualquer legislação infraconstitucional.

O artigo 157 do Código de Processo Penal preceitua: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

---

<sup>120</sup> Os limites são os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal como, por exemplo, o sigilo das telecomunicações e a inviolabilidade de domicílio, dentre outros.

Desta forma, as provas reconhecidamente ilícitas devem ser desentranhadas do processo e o julgador não poderá utilizar seu conteúdo para proferir a sentença.

Diante disso, como o julgador deve se portar ao saber do teor de uma prova ilícita? Um dos maiores problemas da prova ilícita é contaminar o julgador a respeito do seu teor. Todo julgador é um ser humano e, na posição de magistrado, possui sempre o interesse de fazer justiça.

Quando se tem acesso à informação obtida por meio ilícito, mesmo inconscientemente, é difícil desconsiderá-la ao prolatar a sentença, fundamentando-a com outros elementos, até mesmo indiciários, para uma condenação.

O ordenamento jurídico apenas determina que estas provas sejam desentranhadas do processo, mas não há previsão legal para afastar o julgador que tiver acesso ao material ilícito.

Todavia, o julgador não deve apenas ser considerado imparcial em relação às partes; deve ser considerada sua imparcialidade objetiva, já que ele não pode ter acesso às questões e às provas fora dos autos, como ocorre quando a prova ilícita é desentranhada<sup>121</sup>.

#### **4.3.2 Princípio da autorresponsabilidade das partes**

Cada parte no processo penal se responsabiliza por suas declarações e por apresentar as provas que corroboram suas afirmações. A inatividade de quem detém o ônus probatório, por negligência, erro ou atos intencionais, é o não acolhimento da pretensão almejada. Importante destacar que no processo penal o ônus da prova, por conta do princípio da inocência, recai sobre a parte acusatória<sup>122</sup>.

Desta forma, no processo penal, as partes devem, de forma responsável, trazer aos autos elementos probatórios para convencer o julgador de suas afirmações. O réu, por exemplo, deve demonstrar por meio de documentos um alibi para não estar na cena do crime, conforme descrito na peça acusatória.

---

<sup>121</sup> “Esta medida mostra-se de suma importância, na medida em que o juiz que toma conhecimento da prova ilícita não poderá utilizar este conhecimento para o julgamento da causa. [...]. O ser humano não consegue ignorar determinados fatos que integram seu conhecimento. É claro que o juiz não poderá usar a condenação baseado em prova ilícita. No entanto, isto não impede o juiz de fundamentar sua condenação baseado em outros elementos. [...] Ao juiz não basta ser subjetivamente imparcial, deve ele demonstrar sua ausência de motivos que afetem a sua imparcialidade e, por isso, entendemos que deva ser afastado do processo [...]. No entanto, é forçoso reconhecer que esta posição não é aceita pela jurisprudência que vê rol taxativo nas hipóteses de impedimento e suspeição”. (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: RT, 2015, p.123).

<sup>122</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.30.

### 4.3.3 Princípio da oralidade

A oralidade é uma característica marcante do sistema acusatório, que garante a predominância da palavra falada sobre a escrita:

Por força de tal princípio haverá sempre predominância da palavra falada. Os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares [...] Há predominância da palavra falada, imediatidade do juiz com as partes e as provas e concentração de causa no tempo.<sup>123</sup>

Sua vantagem é tornar mais célere o processo, substituindo o lento procedimento escrito – substituindo prazos para protocolos de peças escritas, de despachos pelo juiz, de publicações na imprensa oficial e de outras burocracias do modelo escrito.

A oralidade está diretamente ligada à concentração dos atos em uma audiência; ela garante, também, a proximidade do julgador com a colheita da prova, conhecido como princípio da imediatidade. Pela lógica da oralidade, em regra, as provas são produzidas num único ato, na presença do juiz, que deve julgar a demanda na sequência.

Alguns atos continuam escritos, inclusive as provas. Esse é o caso da prova pericial. Mas nada impede que as partes queiram ouvir o perito como testemunha.

Como o juiz que colheu a prova deve julgar imediatamente, há por consequência o respeito ao princípio da identidade física do juiz. A vantagem é que aquele que colheu as provas, ou seja, que estava presente na audiência, tem melhores condições de julgar.

Esta situação é importante porque o julgador que participa da colheita de prova tem acesso não só aos termos do depoimento, mas consegue presenciar aspectos externos, como, por exemplo, eventual nervosismo excessivo da testemunha, frieza e convicção em eventual interrogatório (aspectos importantes para firmar seu convencimento antes de decidir).

É tão importante esse contato com a produção de provas, que o juiz que não colheu a prova, mas deverá julgar nas exceções permitidas na identidade física do juiz, possa reproduzir o ato se houver dúvida. Esta era uma autorização expressa no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973.

---

<sup>123</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.31

Ainda que tal previsão não tenha sido repetida no Código de Processo Civil de 2015, pela lógica do sistema processual penal e até pela oralidade, é possível ser aplicada atualmente pelo julgador. Apesar de ter sido suprimida a previsão da identidade física do juiz no processo civil, foi mantida no artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal.

Verifica-se fortemente a oralidade no procedimento das audiências de custódia, eis que todas as manifestações são colhidas oralmente, seguidas de imediata decisão jurisdicional<sup>124</sup>.

#### 4.3.4 Princípio da imediação

O julgador que colher as provas em audiência deve ser o juiz prolator da decisão final do processo, já que ele é quem detém a capacidade de apreciar as provas e formar sua convicção pessoal, por ter participado de todos os atos do processo.

No processo penal acusatório é necessário que a prova tenha sido colhida e discutida, sobre o prisma do contraditório e da ampla defesa, com a presença imediata do julgador sob a perspectiva subjetiva do princípio:

O princípio da imediação significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais directa com os factos probandos [...] A imediação favorece a verdade material pela possibilidade que o julgador tem de combinar a linguagem verbal com a não verbal de todos e cada um dos participantes processuais<sup>125</sup>.

Há também a perspectiva objetiva do princípio segundo o qual o julgador deve sempre buscar os meios de provas imediatos, por serem mais fidedignos à reconstrução dos fatos.

---

<sup>124</sup> Resolução n.213 do Conselho Nacional de Justiça, artigo 8, §2º. A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia. §3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

<sup>125</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.132.

Em Portugal, a jurisprudência, em favor do princípio da imediação define que os recursos são remédios apenas para corrigir os erros; apenas o juiz de primeiro grau, por estar próximo às provas, está apto ao julgamento isento e imparcial, formando sua convicção a partir dos elementos de provas que lhe são trazidos<sup>126</sup>.

#### 4.3.5 Princípio da concentração

Conforme antecipamos, o princípio da concentração é uma consequência inerente da oralidade do sistema acusatório e do próprio princípio da imediação.

Visa-se maior rapidez na produção da prova e a proximidade do julgador. Para isso, os atos de produção de prova são concentrados na audiência, que será unitária e continuada. Se houver necessidade de redesignar o ato, será uma mesma audiência que apenas continuará em outra data, o mais brevemente possível.

O mesmo ocorre no sistema processual penal português, conforme conceitua Francisco Marcolino de Jesus a respeito do princípio da concentração:

Segundo este princípio, os actos processuais devem, sempre que possível, praticar-se em uma só audiência, em audiência de tal modo próximas no tempo que as impressões do juiz colhidas na audiência não se apaguem da sua memória<sup>127</sup>.

Trata-se de princípio previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal:

Artigo 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. §1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Esta previsão não está circunscrita ao procedimento comum. Há previsão também para a primeira fase do tribunal do júri:

Artigo 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se

---

<sup>126</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.134.

<sup>127</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.132.

o debate. [...] §2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Aliás, o tribunal do júri, quanto à fase da plenária, sempre foi pautado pela oralidade (além da imediatidade e da identidade física do juiz), eis que todas as provas devem ser produzidas numa única audiência. Se faltar uma testemunha essencial, por exemplo, todo o ato será redesignado. As provas não podem ser colhidas em partes, porque os jurados devem ser os mesmos e são proibidos de terem contato com o mundo exterior durante o julgamento.

#### 4.3.6 Princípio do contraditório e da publicidade em matéria probatória

Antes de analisar os princípios da publicidade e do contraditório no campo da teoria geral da prova, é relevante diferenciar os elementos de investigação e os elementos de prova.

Os elementos de investigação têm caráter antecedente da persecução penal, porque com eles é possível, quando houver justa causa (evidências razoáveis de autoria e materialidade), oferecer denúncia ou queixa-crime. Estes elementos de investigação, em regra, são produzidos pela polícia judiciária e possuem regime jurídico diverso das provas. Nesta fase inicial, a investigação ocorre de forma inquisitória, sigilosa e, em regra, sem contraditório e ampla defesa.

Os atos de investigação não são afirmações categóricas, mas hipóteses possíveis que serão objeto de discussão ao longo do processo penal, e, por isso formam um juízo de probabilidade. Há restrição de publicidade e contraditório, já que é suficiente para formar a *opinio delicti* do acusador<sup>128</sup>.

Desta forma, por conta da mitigação da publicidade e do contraditório, os elementos de investigação não podem ser considerados provas para formar a convicção do magistrado no momento da prolatar eventual decisão condenatória.

Para se considerar um elemento de prova é necessário respeitar o princípio da publicidade e do contraditório, sob pena de não ser possível sua utilização no processo penal por ofensa a tais princípios<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.560.

<sup>129</sup> "São elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação". (FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.57).

Os elementos de prova são colhidos para convencer o juízo dos fatos descritos na peça acusatória, integrando o processo penal, sempre na busca da formação de um juízo de certeza. Só é possível com a participação da defesa, por meio do acesso ao conteúdo probatório e da dialética estabelecida com o contraditório.

Iniciada a persecução penal, a partir dos elementos investigatórios, é necessário, durante a instrução, obter provas que devem ser realizadas dando publicidade à defesa. Ciente do seu teor, ela poderá exercer o contraditório e estabelecer a ampla defesa, nos termos do processo legal.

Neste sentido o artigo 155 do Código de Processo Penal preceitua:

Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Não é possível se falar em matéria probatória, com a finalidade de convencer o juízo, quando ausentes a publicidade às partes e sem possibilitar a dialética com o contraditório.

#### **4.4 Os meios de prova**

A prova visa reconstruir um fato pretérito relevante para o direito por meio da linguagem. Para isso, utilizam-se meios em busca desse objetivo que tem como finalidade formar a convicção do julgador sobre a consistência da acusação ou, até mesmo, das teses da defesa:

Os factos são demonstrados através dos meios de prova, que são os elementos que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto; são fontes que servem de modos de percepção da realidade ou de presunção de factos tendentes a demonstrar a realidade, são a fonte de convencimento utilizada pelas entidades a quem cabe decidir, a cada passo, acerca da veracidade dos factos probanda. Os meios de prova são factos ou coisas<sup>130</sup>.

A prova será pessoal quando estiver relacionada ao ato de uma pessoa (testemunho, declaração ou interrogatório), e for utilizada como meio de provar algo. Já a prova real resulta da observação de coisas (documentos e objetos).

---

<sup>130</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.145.

Na prova pessoal, as pessoas relatam factos a provar. Na prova real, documentos ou coisas são utilizados como representativos de factos probandos. Na prova pessoal, verdadeiramente, o meio de prova é o homem. Na prova real, uma coisa. A prova pessoal, porém, como ainda se verá, pode ser entendida subjetivamente ou objetivamente. Subjectivamente, quando se baseia no conhecimento do homem; este é então sujeito activo da prova, pois que age, declarando. Objectivamente, quando o homem é tomado como objeto de observação ou exame, não é meio de prova pessoal, mas de prova real. Haverá apenas de ter em consideração que a dignidade humana impõe limite ao exame de pessoas, donde resultam normas particulares relativas às pessoas, como meio de prova real<sup>131</sup>.

Para Guilherme de Souza Nucci é possível destacar dois métodos para demonstrar em juízo a existência de um fato penalmente relevante, nos termos da peça acusatória, denominados provas diretas e provas indiretas.

As provas diretas conseguem constatar de imediato a existência de um fato, sem qualquer intermediário, como, por exemplo, a filmagem integral de determinado furto. Neste caso é possível aferir diretamente a existência dos fatos.

As provas indiretas são aquelas que exigem um interposto fator, ou seja, para reconstruir um fato é necessário um elemento ou uma situação para retratar o fato relevante. O melhor exemplo de prova indireta é a indiciária, porque é necessário um raciocínio de indução do intérprete visando reconstruir um fato, situação que será abordada detalhadamente mais adiante<sup>132</sup>.

#### 4.5 Os meios de obtenção da prova

Os meios de obtenção de prova são utilizados para conseguir objetos ou declarações úteis como elementos para formar a convicção do julgador no momento da prolação da sentença<sup>133</sup>. São os próprios elementos obtidos pelos meios, as fontes que fazem o julgador extrair os motivos que levaram à determinada valoração.

Existem pressupostos para que um meio de prova possa ser utilizado. Dentre eles, a autorização da Constituição Federal, naquelas situações que podem

<sup>131</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.146.

<sup>132</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Da prova penal** – tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008, p.25.

<sup>133</sup> “os meios de obtenção da prova servem para obter aquelas coisas ou declarações que, por sua vez, servirão para demonstrar a realidade de um facto; trata-se da actividade de recolha dos meios de prova, sejam pessoais ou reais. (JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.179).

configurar restrição de direitos, liberdades ou garantias; a legislação deve trazer as balizas para sua obtenção, dentro dos limites já impostos pela Carta.

Eventuais direitos e garantias que possam ser atingidos devem visar proteger outro direito ou interesse constitucional; necessário verificar a proporcionalidade entre o que se pretende utilizar como meio de prova e a restrição dos direitos e garantias. Por fim, deve ter caráter geral e abstrato, sem efeito retroativo, além de não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Não há que se falar em direitos absolutos. Excepcionalmente é possível violar pontualmente direitos e garantias, utilizando-se a ponderação do juiz garantidor para aferir e decidir sobre eventuais direitos conflitantes no caso concreto<sup>134</sup>.

#### 4.6 Sistemas de avaliação da prova

É possível verificar a existência de três sistemas de valoração da prova pelo juiz no momento de prolação da sentença: prova legal ou tarifada, íntima convicção e livre convencimento motivado ou persuasão racional<sup>135</sup>.

O sistema da prova tarifada baseia-se na ideia de que determinados meios de prova possuem valores absolutos, ou seja, não é possível afastar tais presunções. Possui resquícios no Código de Processo Penal (artigo 158)<sup>136</sup>, já que determina a realização de exame de corpo de delito nas infrações que deixarem vestígios<sup>137</sup>.

Luigi Ferrajoli explica a origem deste sistema: “O método de provas legais acompanhou durante cinco séculos, desde o fim do século XIII até a Revolução Francesa, a experiência processual da inquisição, desenvolvida em toda a Europa continental [...]”<sup>138</sup>.

Este sistema comporta críticas, já que não há racionalidade no material probatório, mas apenas indicativos de probabilidade:

é falsa qualquer generalização sobre a confiabilidade de uma modalidade de prova ou conjunto de provas. [...] Nenhuma prova, indício ou conjunto de

<sup>134</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015, p.180.

<sup>135</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2018, p.422.

<sup>136</sup> Código de Processo Penal. “Artigo 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

<sup>137</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. São Paulo: Millennium, 2008, p.118.

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006, p.130.

provas e de indícios garante inimpugnavelmente verdade da conclusão fática. Não existem, a rigor, provas suficientes<sup>139</sup>.

No sistema da livre convicção ou íntima convicção o julgador avalia livremente o material probatório, mas não está obrigado a externar as razões do seu julgamento, devendo, apenas, proferir a decisão de condenação ou absolvição<sup>140</sup>.

No sistema da íntima convicção, o juiz julga de acordo com o seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constam do processo, ou fruto do seu convencimento privado. Este sistema foi adotado pelo Código Napoleônico de 1808. No sistema atual, a única previsão de julgamento pela íntima convicção é no Tribunal do Júri, na decisão dos jurados (CPP, artigo 472)<sup>141</sup>.

Segundo a Constituição Federal de 1988, artigo 93, IX<sup>142</sup>, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que revela que o sistema anterior não foi adotado como regra no país. Todavia, no tribunal do júri, as decisões dos jurados não são motivadas; são apenas dadas respostas aos quesitos formulados<sup>143</sup>. Estes julgamentos são uma exceção peculiar que, inclusive, encontra fundamento na Constituição Federal, quando a Carta garante o sigilo das votações do tribunal do júri (artigo 5º, XXXVIII)<sup>144</sup>.

O sistema da livre convicção motivada ou persuasão racional está fundamentado nos artigos 155<sup>145</sup> do Código de Processo Penal e 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Ao julgar um processo o juiz deverá formar sua convicção livremente, mas fundamentar sua decisão nas provas obtidas ao longo da instrução penal. Ademais,

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006, p.130.

<sup>140</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. São Paulo: Millennium, 2008, p.117.

<sup>141</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2018, p.423.

<sup>142</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 93 [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>143</sup> “Limitam-se os jurados a um singelo ‘sim’ ou ‘não’ para a resposta dos quesitos. A ampla e majoritária doutrina e jurisprudência entendem que não há qualquer incompatibilidade entre a falta de motivação nas decisões do júri e o mandamento constitucional da motivação das decisões. Os argumentos para tal posição residem no fato de que o júri possui aspectos peculiares e que a sentença do juiz supre a necessidade de motivação dos jurados”.

<sup>144</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 5º, XXXVIII – “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”;

<sup>145</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

é defeso a utilização exclusivamente de elementos informativos obtidos durante a fase de investigação.

Este é o sistema que deve ser adotado pelo juiz no momento da prolação da sentença, conforme explica Gustavo Badaró:

Num modelo racional de valoração da prova, não é o legislador, mas a epistemologia, que indicará o melhor método de valoração. Somente em caráter excepcional, o legislador, visando preservar outros valores que sejam superiormente relevantes, como o fortalecimento da presunção de inocência, estabelecerá restrições que visam a assegurar uma melhor qualidade da decisão<sup>146</sup>.

O sistema de livre convencimento motivado tem por objetivo assegurar as garantias política e processual. A primeira diz respeito à publicidade das decisões, seus fundamentos, não só às partes do processo, mas à opinião pública como um todo, para a realização de um juízo político, inerente ao sistema democrático.

É o que alerta Antonio Magalhães Gomes Filho:

é preciso não confundir, entretanto, o objetivo de um controle geral e difuso da opinião pública sobre a atuação do Judiciário, inerente à motivação e à publicidade dos julgamentos, com outra coisa, absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à população, com o propósito de fazer crer que a sociedade quer determinada decisão. Além do risco concreto de manipulação dos resultados, isso acabaria mesmo por suprimir a função jurisdicional, levando o magistrado a adotar, como próprias, escolhas adotadas, ilegitimamente, em outras instâncias decisórias. Também não é possível aceitar, como decorrência desse controle, a figura do juiz político, que busca uma ilusória aprovação popular pela exposição permanente nos meios de comunicação, protagonizando notícias, dando entrevistas, mantendo polêmicas com outros órgãos de poder, pois semelhante comportamento quase sempre acaba por comprometer a independência e a imparcialidade, pressupostos essenciais da atividade judicante<sup>147</sup>.

O que se busca, desta forma, é a comunicação entre a atividade judicante e a opinião pública, com a finalidade de demonstrar como o direito deve ser aplicado, buscando a responsabilidade social.

A motivação é exigida como garantia processual, porque é requisito formal da decisão, já que é necessário racionalizar a função judicante e demonstrar, ao final do processo, os elementos considerados para sua conclusão.

Assim é possível determinar a melhor forma de interpretar a decisão e indicar os limites da coisa julgada formada ao final do processo – com trânsito em julgado.

---

<sup>146</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2018, p.424.

<sup>147</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2013, p.69.

Deve-se ressaltar o prestígio ao contraditório, já que é possível verificar na decisão os elementos considerados, as teses vencedoras e os motivos do convencimento:

de nada serviria outorgar às partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades que convergem para a obtenção de um resultado favorável no final do processo se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica, sobretudo, a relevância dessa participação para o autor do provimento; seus resultados podem até ser desatendidos, mas jamais ignorados<sup>148</sup>.

Com isso a persuasão racional fundamentada tem um valor psicológico importante, já que o vencido consegue apreender os motivos da tese vencedora, inclusive para formular o recurso da decisão, demonstrando a razão do seu equívoco ao órgão superior.

---

<sup>148</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2013, p.84-85.

## 5 DA PROVA INDICIÁRIA

### 5.1 Conceito e histórico

Para conceituar prova indiciária, importante conhecer a origem e o significado do vocábulo latino que lhe deu origem. Não se trata, porém, de tarefa fácil, uma vez que há divergências em relação ao termo exato do qual o conceito atual derivou.

De qualquer forma, prevalece o entendimento de que sua origem vem do conceito de *indicium*. Este vocábulo, também sinônimo de *indicii*, provém dos termos *index*, *indicis* e do verbo *indicare* que, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura significa dar a saber, manifestar, anunciar, divulgar, marcar, fixar, indicar<sup>149</sup>. Segundo a autora, há outras origens apontadas que implicam um conceito ligeiramente diferente:

Inúmeros autores afirmam que *indicium* vem do verbo *indicare* (*indico, indicas, indicavi, indicarum*), que significa indicar, manifestar descobrir, dar a entender.

Na opinião de outros, a origem do termo está no verbo *inducere* (composto da partícula *in* e do verbo *duco, ducere*), que significa conduzir, levar a.

Há, ainda, quem observe que a expressão 'indício' é uma forma divergente de *endez*, derivante do latim *indicii*<sup>150</sup>.

Márcio Schelle Gomes, ao apontar a origem do termo, se baseia no vocábulo *indicium*, mas aponta outros termos dos quais ele pode ter derivado:

[...] a palavra possui origem no latim, 'indicium', decorrente de 'induco' pela junção do prefixo 'in' e o verbo 'ducere', com o significado de 'levar' ou 'conduzir a', ou também do verbo 'indicare', até mesmo 'index', no sentido de que indica ou aponta. Nesse mesmo caminho, sobre a definição semântica de indício, Gianturco observa que 'indício' decorre de 'indicare' (*inde dicere*), o que confere o sentido de apontar, indicar o caminho a ser seguido [...]<sup>151</sup>.

Antonio Felipe da Silva Neves, ao oferecer a origem do conceito, indica a possibilidade de mais de um vocábulo tê-lo originado:

<sup>149</sup> "A palavra 'indício' tem origem no vocábulo latino *indicium*, *indicii*, que provém de *index*, *indicis*, do verbo *indicare* (*indico, indicis, indixi, indictum*), que significa dar a saber, manifestar, anunciar, divulgar, marcar, fixar, indicar". (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.5).

<sup>150</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.6.

<sup>151</sup> GOMES, Márcio Schelle. **A prova indiciária no crime de homicídio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016, p.80.

Impõe-se, inicialmente, a conceituação do vocábulo, na sua origem. Temos assim o verbo INDICARE – significando: indicar, revelar, mostrar, descobrir, dar a entender. Do substantivo temos INDICUM também do latim, significando: rastro, sinal, vestígio<sup>152</sup>.

Independentemente da origem do vocábulo, na acepção atual do direito processual penal, ele equivale à “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, conforme rege o artigo 329 do Código de Processo Penal. Podemos afirmar, portanto, que indício é um evento comprovado, que permite inferir outro evento, este sim apenas deduzido:

[...] o indício é um ‘fato certo’ que possui uma íntima relação com outro fato, ao qual o juiz chega por uma conclusão natural ou inferência. O indício forma-se a partir de todos os elementos probatórios que cumprem a função de ‘apontar o caminho’, iluminar a obscuridade de um fato e, assim, clarear o conhecimento do juiz. Pode, nesse sentir, decorrer de uma perícia, de um rastro de sangue, de um depoimento de testemunha, de uma prova de DNA: constitui um elemento distinto ao delito, mas que pode revelá-lo ou mostrar aspectos sobre este<sup>153</sup>.

A prova por indício no processo penal tem uma evolução histórica que guarda estreita ligação com a estrutura das provas em geral e com o sistema de penas.

No direito antigo prevalecia o sistema de vingança privada, a imediata retaliação pelo ato praticado e um forte poder de punição do chefe da família. Eram comunidades pequenas que se ligavam por um vínculo de sangue, derivado de uma relação real de parentesco, o que fazia com que a imediata punição por crimes fosse uma exigência para a manutenção do grupo.

O homem primitivo encontra-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido, à mercê dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daquelas que possuíam descendência comum. Dele originava-se a chamada vingança de sangue, definida por Erich Fromm como ‘um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente se um de seus companheiros tiver sido morto’<sup>154</sup>.

Assim, a questão de prova era empírica. Bastava que o aplicador da pena estivesse pessoalmente convencido, independentemente do meio. É um período em

<sup>152</sup> NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no processo penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.4.

<sup>153</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.82.

<sup>154</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

que o indício era suficiente para condenar, desde que igualmente suficiente para formar a convicção do responsável por aplicar a pena. A responsabilidade, neste período, aliás, podia ser até objetiva.

Nas sociedades primitivas, caracterizadas pela existência de um direito criminal familiar, paralelamente a um direito criminal interfamiliar, o direito de punir fundava-se na legitimidade da correção paterna, em face da utilidade da intimidação e da necessidade de defesa do grupo social. Inexistia culpa pelos atos de violência, já que a vingança-defesa se exercia quase sempre contra um flagrante delito ou contra o autor de um dano: era a pena do talião. Por esse motivo, as provas, naquele período, eram deixadas inteiramente ao empirismo das impressões pessoais<sup>155</sup>.

A vingança de sangue, entretanto, traz consigo um ciclo infundável de violência, gerando uma constante “guerra de todos contra todos”. Naturalmente, o poder de punir e, portanto, de julgar, foi passando do privado para o público. Concede-se esse poder a um órgão central, mais precisamente o Estado.

A vingança, no seu aspecto primitivo e privado, perdurou até ser substituída vagarosamente pelas penas públicas, oriundas do fortalecimento do poder social, circunstância que só iria ocorrer na Antiguidade. Com o progresso político dos povos, passou a haver uma limitação cada vez maior da autonomia dos grupos e famílias e, por via de consequência, o afastamento gradativo da vingança privada, como forma de reação punitiva. Entretanto, como comentado, a transferência da punição para um poder central não teve por fundamento abrandar a vingança em si, mas manter certa ordem social e evitar guerras infundáveis entre grupos, que enfraqueciam a própria comunidade<sup>156</sup>.

No início da Antiguidade, a punição tinha base religiosa, eis que visava aplacar a ira de deuses. Com o tempo, porém, a punição modificou-se, passando a ocorrer em nome do povo, da manutenção do Estado, e não de deuses. Na Roma Antiga, por exemplo, o poder de punir foi sendo transferido cada vez mais ao Estado. A lei obteve mais valor que a mera tradição religiosa. Aliás, os romanos desenvolveram um direito que reflete até hoje nas legislações atuais.

A mesma evolução ocorrida na Grécia foi verificada na Roma Antiga. O legislador deixou de manifestar-se em nome dos deuses e passou a exercer seus poderes em nome do próprio povo. Nesse sentido, como obra humana, a Lei das Doze Tábuas, na Tábua Décima Primeira, prescrevia: ‘Que a última vontade do povo tenha força de lei’. A lei, assim, deixava de ser tradição sagrada. Dessa ótica, a punição passa a interessar exclusivamente à comunidade ofendida pelo crime, embora em tempos

---

<sup>155</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.9.

<sup>156</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.15-16.

primitivos a pena se confundisse com o sacrifício, destinado a expiar o grupo social contaminado pela transgressão<sup>157</sup>.

Nos primórdios da era romana não existia, portanto, uma teoria legal de prova (ela foi pensada e desenvolvida tempos depois). Havia a liberdade do magistrado de julgar conforme sua consciência. A prova tinha força moral. O que existia naquele momento eram preceitos para a sua colheita, mas não normas legais.

Na Roma antiga não existia uma teoria legal da prova, e o livre convencimento do juiz, de julgar com a sua consciência, sempre foi respeitado. A prova, qualquer que fosse a natureza, tinha apenas uma força moral, que o juiz apreciava. Tanto no período régio, assinalado pela absoluta ausência de formalidades na colheita da prova pelo *rex* ou magistrado, como no procedimento perante os comícios, em que o povo decidia de fato e de direito, segundo sua convicção, existiam somente preceitos quanto aos meios de prova, principalmente quanto à testemunha<sup>158</sup>.

Sobre o tema, Maria Thereza Rocha de Assis Moura alerta:

Conquanto afirme a doutrina que, em Roma, inexistia um sistema de provas e, por via de consequência, um reconhecimento teórico do valor probante dos indícios, os autores são unânimes ao concluir que a prática se admitia amplamente<sup>159</sup>.

Tanto eram admitidas na prática que uma advertência de Trajano, jurisconsulto romano, se tornou célebre e é defendida até hoje: “não se pode condenar ninguém só por suspeitas, pois é melhor deixar sem condenar a um criminoso, que condenar a um inocente”<sup>160</sup>.

Com a queda do Império Romano e o início da Idade Média, foram retomados valores religiosos. Inseridos no contexto do direito penal, esses valores geraram meios de prova que, aos olhos atuais, inquestionavelmente são desumanos e, à época, tornavam quase impossível a absolvição do acusado. Como exemplo, citamos a necessidade de o acusado caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para, através das feridas, verificar sua culpa ou inocência. É neste período que as torturas para obter confissões se tornam práticas corriqueiras e provas absolutas.

<sup>157</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.62-63.

<sup>158</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.9-10.

<sup>159</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.10.

<sup>160</sup> TRAJANO apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.11.

No início da Idade Média, com a queda do Império Romano (em 476), o Ocidente sofreu, no campo do Direito Penal, as influências dos 'ordálios ou juízos de deus', trazidos pelos povos germanos. Tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência. Por isso, raramente escapavam das punições<sup>161</sup>.

Neste período os indícios tinham força de prova e se equiparavam às presunções legais. Havia um verdadeiro jogo de poder no qual mais importante que buscar a verdade, era provar que o mais forte tinha razão. Eram impostas provações físicas e o resultado delas diria quem tinha razão. Havia verdadeira superstição de que Deus interferiria no resultado das provações para revelar a verdade. Não havia colheita real de provas, mas a sorte da pessoa julgada.

O processo, fundado em bases religiosas, passou a repousar na suposição da intervenção da divindade, considerada infalível. Quase inexistia a pesquisa da verdade, mas tão-só um convencimento puramente formal, derivado do resultado da prova. Naquele período, os indícios apresentavam um caráter de todo supersticioso e simbólico, intervindo a divindade tanto para designar o autor do delito como para punir o delinquente. [...] Os ordálios e os juízos de Deus, que eram provações físicas, fundadas no conceito supersticioso de que a divina providência tinha salvado o inocente e indicado o culpado, foram as mais rudimentares formas de prova. Consistiam eles em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta contra seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria, sendo a certeza da culpa obtida quando os fatos, verificados com os próprios sentidos, produzissem um evento material. [...] A sorte do combate passou a decidir a causa, reconhecendo-se razão ao vencedor e eliminando-se toda apreciação do fato<sup>162</sup>.

A partir do século VIII, a Igreja Católica começou a exercer uma forte influência nas questões estatais, aí incluindo o direito penal e processual penal. A ideia era buscar a humanização da punição e mantê-la proporcional ao delito praticado. Neste período se desenvolveu a ideia de pena de privação de liberdade como forma de fazer o criminoso repensar seu ato e se corrigir.

A Igreja, mandatária de Deus, uniu-se ao poder secular e passou a ter influência decisiva nas questões de Estado. Entre os séculos VIII e XV, o cristianismo estabeleceu-se em toda a Europa Ocidental e o direito canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo o período medieval. Apoiados no catolicismo, os bispos, defensores de suas dioceses, procuraram humanizar as práticas penais, criando, inclusive, o direito e o asilo em suas igrejas, onde os culpados escapavam das torturas e das

---

<sup>161</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.67.

<sup>162</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.12.

mortes. A igreja também contribuiu para o declínio dos ordálios e de outras práticas supersticiosas trazidas pelos povos germanos<sup>163</sup>.

Portanto, é possível afirmar que o direito canônico fez a transição entre um período de provas baseado no pensamento místico para um sistema legal. Foi com o direito canônico que as leis passaram a se consolidar e a prever os meios de prova e sua influência no julgamento das causas:

As provações foram substituídas pela introdução de inúmeras regras para a indagação da verdade, que conduziram a uma verdadeira apreciação jurídica de prova. O sistema da certeza moral foi combinado com algumas normas lógicas, de modo que a sentença passou a corresponder ao resultado da prova, sem ignorar o princípio da livre convicção<sup>164</sup>.

Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “nas primeiras fontes canônicas, os indícios eram confundidos com as presunções, as quais, mais do que meio de prova, eram substitutos dela”<sup>165</sup>.

A Igreja Católica extrapolou a sua atuação para além dos crimes relacionados à própria Igreja e desenvolveu um verdadeiro procedimento inquisitório que trouxe um novo modelo de apreciação de prova: a prova tarifária. O juiz ficava vinculado ao valor dado para cada espécie de prova e de nada influenciava no resultado do processo a sua íntima convicção.

Acrescentou-se, então, aos existentes, o procedimento inquisitório, fundado no sistema de prova legal, que se caracterizava pela vinculação do juiz a determinadas regras formais prefixadas, por força das quais a condenação deveria ser, obrigatoriamente, pronunciada, qualquer que fosse o convencimento moral do magistrado<sup>166</sup>.

É neste contexto que a confissão ganha o status de prova absoluta, que dispensava todas as demais, mas que se apresenta como uma grande falha do sistema, eis que não garante a verdade real, mas a verdade desejada por aquele que investiga, pois muitas vezes obtida por meio de torturas. Meros indícios eram suficientes para autorizar a tortura visando obter uma confissão.

---

<sup>163</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.71-72.

<sup>164</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.13.

<sup>165</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.13.

<sup>166</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.14.

A obstinação da Inquisição em alcançar uma suposta verdade a partir da tortura representou, em verdade, um retrocesso em matéria de prova, já que conduzia muitas vezes à condenação de inocente, que não suportava o tormento, ou então à absolvição daquele que demonstrava maior resistência ao suplício. Embora pudesse parecer que a finalidade da confissão era a busca da verdade material, na realidade desprezava ela a real apreciação jurídica da prova, tornando possível a condenação apenas em face do extremado apego às formas. Tão importante quanto a confissão, no sistema da prova legal, eram os indícios, que guardavam íntima relação com a tortura. Com efeito, a existência de determinados indícios revelava-se necessária e suficiente à aplicação da *quaestio*, como forma de extorquir a confissão, principalmente entre os séculos XIII e XVI<sup>167</sup>.

Para o direito canônico a prova se subdividia em duas espécies: as perfeitas e plenas e as imperfeitas e semiplenas. As primeiras eram suficientes para condenar e, as segundas, para autorizar o uso de outros métodos, como a tortura, para o alcance da certeza necessária para condenar. Os indícios foram regulados em 1532 por Carlos V, da Alemanha, através da *Constitutio Criminalis Carolina (Lex Carolina)*. Tratou-se de um avanço porque balizou regras a serem seguidas pelo magistrado. É uma clara tentativa de conduzir o processo na busca de uma verdade material através de regras para o uso dos indícios.

Conforme destaca Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a lei estabelecia, dentre outros, os seguintes regramentos:

- a) Quando se tratasse de crime indubitável, como no caso do flagrante delito, e o suspeito, não tem em sua defesa escusa, que o eximisse de pena, insistisse na negativa, deveria ser submetido ao interrogatório e à tortura, para confessar a verdade (artigo 16).
- b) Não se devia proceder ao interrogatório ou à tortura se não verificado os indícios, contemplados na lei (artigos 18 e 20), sendo os 'indícios legais' definidos como cada sinal, cada suspeita, cada presunção, que se referisse aos fatos e às pessoas (artigo 19).
- c) Os indícios ofertados da magia ou adivinhação não possibilitam a prisão nem a aplicação da tortura (artigo 21).
- d) Ninguém poderia ser condenado à pena capital com base somente na prova indiciária, mas poderia ser submetido ao interrogatório e à tortura, se o indício provado tivesse a qualidade de pleno e suficiente. Para a condenação, fazia-se necessária a confissão do réu e a existência de testemunhos dignos de fé, não sendo reputados suficientes as presunções, as suspeitas e os indícios (artigo 22).
- e) O indício, tido como pleno e suficiente para submeter alguém à tortura, deveria resultar provado mediante dois testemunhos íntegros, exceção feita ao caso de existir somente um testemunho irrefragável, a provar o fato principal e a sua causa, quando então o indício era considerado pleno e perfeito (artigos 23 e 30)<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.15.

<sup>168</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.17-18.

A história ocidental teve como marco importante para o fim do sistema de provas tarifárias do direito canônico, a Revolução Francesa de 1789, que trouxe com o Iluminismo o renascimento do sistema da íntima convicção do magistrado.

A inovação em relação aos indícios se deu no fato de que apesar da íntima convicção do magistrado, ela passou a ser motivada. As razões de seu decidir devem ser públicas, para que o acusado as conheça. Desta forma, “o indício, com isso, se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual à das demais provas”<sup>169</sup>.

Não à toa, conforme antecipado, há atualmente na legislação brasileira uma conceituação legal de indício e uma permissão para ele ser considerado na colheita das provas.

## 5.2 Indícios e presunções

Houve na história do estudo do processo penal quem defendesse que indício e presunção seriam termos similares, sem qualquer distinção prática. O entendimento, porém, já foi superado, pois baseava-se apenas num conceito vulgar dos vocábulos, pois em termos jurídicos muito se distinguem.

Os escritores que confundiram a presunção com indício deixaram-se vencer pela linguagem vulgar, linguagem vulgar que, por sua vez, deixou-se levar pela etimologia indeterminada da palavra. *Praesumere*, quase tomar antecipadamente uma opinião, etimologia genérica e indeterminada do vocábulo, que lança a suspeita sobre a coisa significada. E a linguagem vulgar continuando em harmonia com as razões etimológicas, adotou também esta palavra, com seus derivados, para significar um vício moral, próprio dos espíritos vulgares, confirmando com isto a condenação do significado equívoco do vocábulo. Como vício moral, a presunção é a soberba dos insignificantes, como argumento lógico mal usado é a certeza dos idiotas: baixeza, em todo caso, moral ou intelectual<sup>170</sup>.

Também não é correto encarar a presunção como um meio de certeza, sem ser prova. Primeiro porque isso conduz a um desprezo pela prova verdadeira e, segundo, porque abre margem para arbitrariedade de juízes levianos, que podem lhe dar uma importância maior daquela que realmente possuem no caso concreto.

---

<sup>169</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.23.

<sup>170</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. v.I, Tradução da 3ª edição de 1912. Campinas: Conan, 1995, p.205.

A presunção, dizem outros escritores, é um meio de certeza, mas não uma prova. Esta opinião não nos parece menos errônea que a primeira. Antes de tudo, julgamos perigoso classificar a presunção como uma especial fonte de certeza criminal, estranha à prova, seja porque isto pode insinuar no espírito o desprezo pela prova, mostrando que sem ela se pode chegar à certeza, seja porque a presunção, não considerada como argumento probatório, não revela sua verdadeira natureza e adquire, por isso, na consciência do juiz leviano, uma importância exagerada. Tirando a presunção, que é a espécie, do seu gênero que é a prova indireta, perde-se todo critério lógico para avaliar a sua natureza, arrastando-a, pois, diretamente fora do campo das provas, cria-se o perigosíssimo dualismo de uma convicção gerada das provas e de uma convicção gerada das presunções, que se apresentam, por isso, como argumentos bastardos de duvidosa procedência, indefinidos e indefiníveis, no campo da lógica judiciária: não podem trazer senão confusão<sup>171</sup>.

Portanto, indício e presunção não são sinônimos, daí a necessidade de se fazer a distinção semântica de ambos. A importância de separá-los é concreta, vez que no processo penal brasileiro a utilização de indícios é autorizada e prevista em lei; o mesmo não ocorre com presunção, que não serve para subsidiar qualquer condenação.

A palavra presunção deriva, assim como indícios, de vocábulos em latim: verbo *sumere* e preposição *prae*, que podem ser traduzidos como “ter por verdadeiro alguma coisa antes de ser provada”<sup>172</sup>.

Etimologicamente, presunção (do latim *praesumptio, onis*, do verbo *praesumere*) tem o significado de tomar antes, ideia antecipada, previsão, conjectura; opinião, crença, prejuízo; suposição de uma coisa como certa, sem que esteja comprovada. De acordo com a sua acepção literal, presunção equivale, pois, a pressuposto, preconcebido, juízo antecipado. Em sentido vulgar, a palavra é empregada em diferentes sentidos: corresponde a ação ou efeito de presumir; suspeita, suposição, desconfiança; conjectura, opinião ou juízo baseado nas aparências, vaidade, afetação, arrogância, orgulho, jactância de si mesmo. Sob o aspecto jurídico, a presunção vem, em geral, definida nos dicionários como consequência ou ilação que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido<sup>173</sup>.

É da análise isolada deste último conceito (aspecto jurídico) que surgiram as confusões entre indícios e presunções. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, porém, explica que a correspondência se deu por uma evolução histórica, mas que já está superada. Atualmente, para os juristas, a presunção tem conotação relacionada à prova:

<sup>171</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. v.I, Tradução da 3ª edição de 1912. Campinas: Conan, 1995, p.206.

<sup>172</sup> NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no processo penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.67.

<sup>173</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.47.

Essa correspondência advém da evolução histórica da prova. Foi o direito justineu que, ao regular o valor dos meios de prova no âmbito processual, estabeleceu uma relação entre eles e as presunções, as quais passaram a ter concepção diversa da que até então possuíam, para significar uma hipótese que se tem por certa, enquanto não destruída por prova em contrário. Com o desenvolvimento do sistema de prova legal, a presunção, mais do que meio de prova, passou a ser um substituto seu: fixava-se uma relação entre determinados fatos de tal forma que, da existência de um, o juiz devia deduzir a existência de outro, sem necessidade de prová-lo. Modernamente, em função de acertamento probatório, a presunção conceituada como 'admissão de um fato conhecido não provado na sua verdade real, com base na experiência comum de sua normalidade'<sup>174</sup>.

Enfim, a presunção é a "ilação que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido, partindo da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como certo ou provável, um fato desconhecido; vale dizer, antes que de outra forma seja demonstrado"<sup>175</sup>.

Portanto, presumir é considerar um acontecimento provado com base em pressupostos. Para derrubá-lo, é preciso apresentar provas que demonstrem que a verdade é outra.

Como exemplo, citamos a presunção de paternidade. A legislação civil brasileira, no artigo 1597 do Código Civil estabelece:

Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Portanto, até se demonstrar que a verdade biológica difere da presunção, esta é válida. No âmbito processual penal, a presunção é vista com maior cautela porque jamais poderá ser considerada contra o acusado, segundo o sistema atual.

O fato de não poder ser considerada contra o acusado, porém, não significa inexistência. Há, sim, hipótese em que ela deve ser considerada: presunção de

---

<sup>174</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.48.

<sup>175</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.48.

inocência. Portanto, qualquer acusado é considerado inocente até que se prove verdade distinta: sua culpabilidade.

Há duas espécies de presunção: legal e judicial. A primeira, conforme o nome já indica, é aquela prevista em lei. A legislação estabelece que se configurado um fato, independente da opinião do juiz, outro deve ser presumido.

A presunção legal subdivide-se em: absoluta (*juris et de jure*) e relativa (*juris tantum*). A absoluta não admite prova em contrário (portanto, não há como no caso concreto comprovar que a verdade é diversa daquela deduzida pela lei). A relativa (também chamada de condicional) admite prova em sentido contrário; na prática, significa uma inversão do ônus da prova:

A presunção legal é aquela estabelecida pela lei: provada a certeza de um fato (*thema probatum*, que é o fato unível), e em virtude de uma relação estabelecida legalmente, o juiz deve ter como certo outro fato distinto (*thema probandi*), ainda quando não tenha podido formar sua convicção sobre ele e por falta de uma prova direta. A presunção legal subdivide-se em absoluta e condicional. É dita absoluta (*juris et de jure*), quando resulta de ato ou fato, que a lei estabelece como verdade, sem admitir prova em contrário. Em outras palavras, a eficácia probante se impõe ao juiz, sem possibilidade de rejeição. É condicional, ou relativa (*juris tantum*), quando a lei expressamente estabelece como verdade, enquanto não houver prova em contrário. O efeito desta presunção é dispensar o ônus de prova aquele que a tem em seu favor, cabendo à parte contrária destruí-la<sup>176</sup>.  
 [...] Das presunções absolutas, ou *iures et de iure*, podemos dizer que, como já o fizemos na passagem anterior, tanto quanto os indícios, são equações lógicas, onde se tendo o mais, o resultado pronto e elaborado, dispensa-se a indagação dos elementos que formaram aquele resultado, resultado este erigido, legalmente, em uma verdade. Sendo criação legislativa, partiu o legislador do produto conhecido, ou seja, se tendo c que é resultado de a + b, dispensado fica provar a existência de tais elementos, mais, ainda que se provar o contrário de nada adiantaria, aqui posta a estabilizar as relações sociais. [...] As presunções relativas, também chamadas de *iuris tantum*, são verdades relativas já que cedem para a prova em contrário<sup>177</sup>.

Márcio Schlee Gomes apresenta exemplos de presunção relativa e absoluta:

Uma presunção legal absoluta, por exemplo, pode ser citada na situação da previsão legal da maioria penal a partir dos 18 anos de idade, tratando-se de uma questão de política criminal que afasta a responsabilidade penal dos menores de 18 anos, entendendo-se como incapazes de compreender o caráter ilícito do fato praticado ou de autodeterminar-se de acordo com este entendimento. Pode não ser verdade, pode não ser uma certeza aquela incapacidade, porém, a lei impõe que se presuma essa incapacidade como regra sem exceção. E assim funcionam as presunções, de modo diverso do que os indícios, sendo que nestes há um raciocínio lógico-

<sup>176</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.49.

<sup>177</sup> NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no processo penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.67.

indutivo, enquanto naquelas um raciocínio lógico dedutivo. A presunção de inocência, embora considerada por alguns não como uma verdadeira 'presunção', mas, sim, uma ficção jurídica ou um direito/garantia constitucional, pode ser entendida como uma 'presunção' *juristantum*, que cede diante de provas da culpabilidade e determinados requisitos que ensejam a prisão cautelar, por exemplo, no curso do processo ou a própria condenação criminal<sup>178</sup>.

A presunção judicial (também conhecida como presunção comum, *hominis*) é aquela que se concede ao juiz, que a aplica no momento de julgar. O magistrado parte de fato conhecido e, com base na sua experiência de vida, segundo um padrão de "homem médio", conclui a verificação de outro fato, este desconhecido (apenas presumido).

Já a presunção comum (*hominis*) é aquela deixada ao raciocínio de quem deve decidir a controvérsia; a relação entre um fato que se prova e outro que o magistrado estima como certo, sem prova direta, depende, única e exclusivamente, da aplicação de uma regra ou máxima da experiência que aquele deve formular antes de aplicá-la<sup>179</sup>.

Conforme verificamos, os indícios não se confundem com as presunções. Eles são circunstâncias conhecidas e provadas, que, tendo relação com o fato, autorizam, por indução, concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (artigo 329, do Código de Processo Penal).

Autores citados justificam as diferenças:

[...] o indício indica algo. É uma base, embora que inerte, a formar como antecedente de um processo reflexivo. As presunções se assentam em expedientes já determinados, estabelecendo, destarte, uma definida valoração, diferentemente, dos indícios, estes são um fato aquelas regras de experiência<sup>180</sup>.

[...] Ambos são espécies de prova indireta e decorrem do raciocínio lógico metafísico, inferindo uma conclusão (fato desconhecido) partindo de um fato conhecido. A grande diferença entre estes termos é que enquanto o raciocínio presuntivo o faz pelo princípio da identidade, o raciocínio indicativo o faz através do princípio da causalidade.

[...] Por exemplo, no raciocínio analítico (de identidade), observando os indivíduos de uma espécie, podemos indutivamente atribuir um predicado comum àquela espécie. Através da operação silogística temos; a) premissa maior: 'os homens são ordinariamente inocentes'. b) Premissa menor: 'o acusado é um homem'. Afirma-se aqui a continência do indivíduo à espécie, ou seja, o fato que se quer conhecer (fato presuntivo). c) Conclusão:

<sup>178</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.99.

<sup>179</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.50.

<sup>180</sup> NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no processo penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.73-74.

'portanto, o acusado é ordinariamente inocente'. Atribui-se ao acusado o que na premissa maior é atribuído a todos os homens. Noutros termos: o acusado se presume inocente. É esta a presunção de inocência relativa ao ônus da prova. Isto não ocorre com o indício, no qual o fato conhecido encadeia-se de forma concreta no fato a ser comprovado, numa relação de causalidade próxima ou remota, com maior ou menor veemência probatória. A presunção não aponta, especificamente, para o fato criminoso, mas é pura generalidade, numa abstração em que falta a efetiva ponte ou elo entre o conhecido e o desconhecido<sup>181</sup>.

[...] a consequência que dos indícios extraímos, para atingir o desconhecido, é sempre uma inferência lógica indiciária, e não uma presunção; já que verificando, na medida dos indícios, a veracidade do testemunho, nada presumimos, mas fazemos obra de preciso acerto probatório. Na presunção, diferentemente do indício, não há o trabalho indutivo, porque falta o elemento particular, que se move em direção à regra geral. A lei é formada na consciência, e dela se procede, imediatamente, para atribuí-la ao sujeito processual. A ilação que se verifica sobre a base dos indícios é indiciária, aquela que se funda em presunções é presuntiva. A primeira ocorre a partir de determinados indícios ou fatos, enquanto a segunda nasce a partir de um atributo genérico. A ilação indiciária é prova que, segundo os caracteres do nexa que liga o indício ao fato probando, conduz à probabilidade ou à plena certeza. A ilação presuntiva, por sua vez, é constituída de elementos jurídicos inerentes ao sujeito, e, portanto, não prováveis<sup>182</sup>.

Diante de todos os elementos colhidos, conclui-se que indícios não se confundem com presunções e que sua distinção é fundamental para o processo penal, eis que uma é admitida até contra o acusado (indícios) mas a outra só se tolera em favor dele (presunção).

Os indícios são provas colhidas no caso concreto que permitem alcançar uma conclusão acerca de outro fato, este não comprovado diretamente no caso concreto.

A presunção, por sua vez, trabalha com abstração e não com a análise do caso específico. Considera-se uma premissa maior e uma menor para se chegar a uma conclusão, esta sem nenhuma comprovação com o fato em pesquisa.

### **5.3 A lógica na formação da prova indiciária**

É necessário existir uma relação lógica para se inferir os indícios. Eles decorrem logicamente de um fato comprovado. De um fato certo, se infere outro, que não foi comprovado concretamente por outros meios de prova.

Assim, a lógica está estreitamente relacionada ao modo de inferência, por isso, é necessário aprofundar o estudo a respeito.

<sup>181</sup> LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006, p.33-34.

<sup>182</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.53.

Inferir significa deduzir e concluir. É a partir de algumas informações conhecidas, do raciocínio e do exame dos fatos, que se alcança uma dedução, ou seja, conclui-se pela ocorrência de outro fato.

Segundo Marcio Schlee Gomes,

[...] a inferência é 'a ferramenta lógica que permite o julgador de um fato prosseguir de um fato para outro'. Gardner refere que as inferências são conclusões razoáveis ou deduções que um julgador (juiz ou jurados) pode fazer a partir das provas que lhes são apresentadas, levando em consideração o senso comum e o juízo sobre um processo<sup>183</sup>.

Existem diferentes modos de inferência que merecem apreciação.

a) inferência dedutiva

O ato de deduzir consiste em partir de uma premissa maior e, através de uma operação mental realizar uma conclusão considerando a premissa menor.

A validade da conclusão depende da verdade da premissa.

Assim, por exemplo, se todo menor de 18 anos é inimputável (premissa maior) e João é menor (premissa menor), infere-se (deduz-se) que João é inimputável:

A dedução, conforme explica Gonzáles Lagier, caracteriza-se como um silogismo subsuntivo em que se tem uma regra geral, no sentido de um enunciado geral que correlaciona uma classe de indivíduos com uma classe de propriedades, e tem-se o caso que se relaciona a essa regra de maneira que se busca inferir um resultado. De acordo com o raciocínio dedutivo, as premissas são postas, e as conclusões, obrigatoriamente, se adequadas em termos lógicos, estarão de acordo com as premissas, jamais indo além ou em termo contrário, sendo que a verdade da premissa garante a verdade da conclusão, embora, obviamente, se as premissas forem falsas, as conclusões também serão<sup>184</sup>.

Também a verificação jurídica, do mesmo modo que a fática, é o resultado de uma inferência: não, pois, da observação dos fatos, nem sequer da simples interpretação da lei, mas de um raciocínio comumente chamado 'subsunção', que tem a natureza de um procedimento classificatório. Diversamente do que se obtém indutivamente pelo exame das provas para a comprovação do fato que se tem que julgar, tal raciocínio consiste em uma inferência dedutiva, cuja conclusão é analiticamente verdadeira a respeito das premissas, mas tão opinativa quanto são estas últimas. E, precisamente, tem a forma de uma proposição condicional que leva no antecedente a conjugação da definição legal do conceito jurídico classificatório (por exemplo, 'são lesões graves' – ao teor do artigo 583 do Código Penal – 'as que põem em perigo a vida da pessoa ofendida ou mesmo produzem uma enfermidade ou uma incapacidade para exercer as ocupações normais por um tempo superior a quarenta dias ou a debilidade

<sup>183</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.134.

<sup>184</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.135.

permanente de algum sentido ou órgão') e da tese fática que descreve o fato provado (por exemplo, 'Tício causou culposamente em Caio uma ferida que se curou em dois meses') e, no conseqüente, a classificação do fato provado dentro de uma categoria dos fatos definidos pelo conceito jurídico classificatório<sup>185</sup>.

Verifica-se, portanto, que o método dedutivo é utilizado e tem fundamental importância na tipificação das condutas, na medida em que permite incluir um fato concreto (premissa menor) numa legislação (premissa maior), concluindo-se, assim, qual o exato tipo penal a ser imposto ao agente processado.

A dedução, portanto, caracteriza-se por se partir do geral para se alcançar o particular.

#### b) inferência indutiva

Induzir significa partir de uma situação particular para inferir uma geral. Trata-se do processo oposto da dedução. Enquanto quem deduz parte de uma regra geral para alcançar uma particular, na indução, parte-se de fatos particulares para se deduzir uma regra geral.

Essa indução não garante uma certeza; sua conclusão é uma mera probabilidade, em maior ou menor grau:

Diferentemente do raciocínio dedutivo, na indução parte-se do particular para o geral. Entretanto, como adverte Peirce, a indução é a inferência de uma regra a partir do caso e do resultado. Desse modo, esta ocorrerá quando foi generalizado a contar de um determinado número de casos em que algo é considerado verdadeiro e, assim, inferimos que a mesma situação será verdadeira no total dos casos. Segundo Gonzáles Lagier, os argumentos indutivos em sentido estrito partem de uma série de casos e resultados que conhecemos, e queremos identificar a regra que relaciona um com os outros, extraíndo uma premissa geral a partir das premissas do caso particular, ou seja, indo-se além, em termos de conhecimento, na conclusão, daquilo que era tratado no caso. Como refere, há um 'salto' na conclusão em relação às premissas, em que a verdade de uma não garante a da outra e a situação fica no campo de uma maior ou menor probabilidade<sup>186</sup>.

A probabilidade da indução pode ser inferencial ou causal. Se inferencial, faz-se uma análise do grau de fundamentação que as premissas dão à conclusão, buscando-se razoabilidade e credibilidade. Se causal, busca-se uma relação de causa e efeito entre os fatos correlacionados.

<sup>185</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006, p.56-57.

<sup>186</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.136.

Márcio Schlee Gomes destaca, ainda, que a indução pode ser generalizadora ou probabilística:

Na generalizadora, a partir da premissa, em que há um grau de situações, chega-se à conclusão tomando em conta os casos no todo, como uma projeção ou ampliação. Já a probabilística leva em conta o grau de probabilidade para inferir-se a conclusão no todo a partir de uma situação particular<sup>187</sup>.

A prova indiciária pode ser obtida desta forma, já que há uma situação fática que, por meio de deduções, permite chegar a um fato que se pretende demonstrar em juízo, pelos meios de provas admitidos.

### c) Inferência abdutiva

Na inferência abdutiva, o processo de inferir é diverso dos anteriores. Na abdução tem-se uma evidência e, a partir dela, são buscadas hipóteses para explicá-la. Em resumo, parte-se da conclusão para se alcançar uma hipótese que a justifique.

Por exemplo, se em uma mesa encontramos um saco de feijão e, ao lado dele feijões soltos, induz-se abduktivamente que os feijões soltos vieram do saco. É a melhor hipótese encontrada para explicar a situação.

[...] Essa espécie de inferência consiste em estudar fatos e modular uma teoria para que se possa explicá-los, sendo um processo para formar hipóteses explicativas. Nesse sentido, a dedução tem como demonstrar algo que deve ser, enquanto a indução prova algo que atualmente é operatório, e a abdução traduz uma determinada sugestão de algo que pode ser.

[...]

Sobre a abdução, Andrés Ibáñez afirma que a primeira situação que se conhece é a conclusão, a qual será o ponto de partida do raciocínio. Se na dedução se dispõe de uma premissa maior, que é uma regra cuja natureza já foi aludida, e de uma premissa menor, da qual será extraída a conclusão, na abdução tem-se que a conclusão, na busca de certas regras, que podem estar mais ou menos codificadas ou ter alguma precisão ou não, parte-se assim, para hipóteses. Nesse campo, de hipóteses, não se tem uma conclusão que seja necessariamente válida, mas, sim, que fique na seara do provável. Assim, se na dedução a conclusão leva à ideia de que algo 'tem que ser', na abdução a ideia é de uma suposição, sugere-se que algo 'pode ser'<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.137.

<sup>188</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.137-138.

Portanto, trata-se de um modo de inferência no qual se cria uma teoria para explicar a versão dos fatos. Neste sentido, esta forma de inferência não se presta ao processo penal, já que os fins do processo (eventual condenação) não podem ser o ponto de início para a produção de provas necessárias (meios do processo) visando fundamentar tal decisão.

#### **5.4 Certeza, probabilidade e convicção**

A prova indiciária possui um elemento distintivo das demais provas diretas: com ela, isoladamente, não é possível ter a certeza da ocorrência do fato, mas apenas sua possibilidade:

A certeza tem caráter subjetivo, é o que se vê, se sente, se aceita, se percebe de acordo com os condicionamentos individuais. Nesse sentido MALATESTA leciona: 'a certeza é um estado subjetivo de alma que pode muito bem não corresponder à verdade objetiva.

Tem-se também a certeza como a persuasão da verdade, como análise de motivos que levam a crer e não crer. Quando os primeiros superam os segundos, tem-se a certeza, e esta não é nada mais que a verdade captada<sup>189</sup>.

É possível dividir a certeza em duas formas: a decorrente da captação da verdade através dos sentidos e a certeza resultante da reflexão e da intuição.

Para o processo penal a certeza é mista, ou seja, é preciso que ela seja construída com os sentidos e que haja reflexão para se chegar à conclusão mais próxima possível dos fatos pretéritos objeto do processo.

Alguns defendem que a certeza física, advinda através dos sentidos, seria a única a proporcionar segurança nos julgamentos, enquanto outros entendem ser o raciocínio a fonte mais importante de certeza. No entanto, pela impossibilidade do julgador conhecer todos os fatos objeto do julgamento diretamente através dos sentidos, não pode unicamente a certeza física determinar um julgamento, mas é necessário que esteja presente o raciocínio. Portanto, a certeza lógica, ou melhor, a certeza mista, é a que determina os juízos conclusivos<sup>190</sup>.

Deve-se considerar que a certeza objetiva concreta é de difícil existência, já que raramente todos os elementos estão presentes para serem aferidos. É

---

<sup>189</sup> LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006, p.18.

<sup>190</sup> LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006, p.18.

necessário ter elementos mínimos para se intuir e refletir os elementos visando construir uma certeza.

O objetivo do processo penal é a busca da certeza, ou seja, determinar como um fato ocorreu objetivamente, afastando, quando possível, as incertezas, por causarem insegurança no momento do julgamento.

Sobre a verdade é possível apontar três estados de espírito em relação ao conhecimento de determinado fato: ignorância, dúvida e certeza.

A ignorância é situação absolutamente negativa de total desconhecimento sobre determinada realidade, e, como tal, irrelevante ao estudo crítico das provas. Já a dúvida, em seus diversos matizes, enseja três situações diversas, pois ela ocorre sempre que determinadas hipóteses se estabelecem com motivos afirmativos e negativos. Havendo prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos teremos o improvável; na igualdade entre motivação, a afirmativa e a negativa chega-se ao possível, ao crível; por fim, predominando os motivos afirmativos sobre os negativos, alcança-se o provável.

Complementando, poder-se-ia acrescentar mais duas subgradações: a) abaixo do improvável teríamos o inverossímil em termos de credibilidade, quando, mais que prevalência, os fatores negativos importam em ponderável e expressiva contrapartida a um mínimo de motivação positiva; b) acima do último estágio, quanto maiores e mais eloquentes forem os motivos afirmativos e mínimos e inexpressivos os negativos, vai o espírito humano adentrando no ápice da probabilidade máxima ou 'quase-certeza'<sup>191</sup>.

As provas indiciárias não dão segurança plena para se chegar à certeza dos fatos; elas ficam entre a possibilidade e a probabilidade. Dificilmente um indício irá recriar a certeza plenamente. Assim, abre-se espaço para condenações injustas.

## **5.5 A força dos indícios na investigação**

Toda ação penal, em regra, antes de ser proposta, é antecedida por uma fase de investigação, oportunidade em que são levantados os elementos informativos mínimos para dar suporte ao início da persecução penal. Neste momento não há profundos juízos valorativos de mérito.

Nesta fase pré-processual, as autoridades policiais têm por objetivo levantar as informações sobre o fato e os elementos que apontem eventual autoria e formas de participação. O objetivo é “resguardar os indeclináveis interesses do Estado para que os crimes e as contravenções sejam, de pronto, devidamente esclarecidos<sup>192</sup>”.

---

<sup>191</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p.31.

<sup>192</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p.112.

Nesta fase, a autoridade policial pode proceder ao indiciamento formal<sup>193</sup> do investigado, o que restringe os seus direitos fundamentais, uma vez que faz recair sobre ele uma suspeita em relação à autoria delitiva, o que autoriza a decretação judicial de medidas cautelares de natureza real (por exemplo, o arresto) ou pessoal (prisão preventiva ou prisão temporária).

É necessário distinguir os conceitos de indício e indiciado, já que são graficamente termos próximos que podem causar relações inapropriadas:

Esclareça-se, ainda, que a palavra 'indiciado, referente à pessoa que, no inquérito policial, é designada como tendo cometido a infração penal, não tem relação direta ou necessária com a palavra indício. Indiciado, afora o aspecto estritamente etimológico do termo, não provém, obrigatoriamente, de indício em sentido estrito ou em sentido lato. Na linguagem processual, indiciado é o apontado ou suposto autor ou participante do fato, em razão de um conjunto probatório, que tanto pode incluir as provas propriamente indiretas ou indiciárias como todas as demais categorias probatórias de natureza direito ou não conjectural<sup>194</sup>.

Na fase pré-processual os indícios<sup>195</sup> são importantes, mas sua valoração não é tão intensa, já que neste momento podem recair sobre o suspeito medidas cautelares que atinjam diretamente seus direitos fundamentais (desde que fundamentadas), já que o principal objetivo é buscar elementos para propor a ação penal correspondente.

Durante a instrução os indícios devem ser valorados de forma diversa, conforme veremos a seguir.

## 5.6 Os indícios na sentença condenatória

Todo processo penal precisa culminar em uma decisão judicial. Mas não pode o magistrado decidir-se livremente, sem a análise de tudo que foi colhido durante a instrução processual. Toda sentença deve ser fundamentada nos elementos de prova obtidos durante o processo, com respeito ao contraditório, à ampla defesa e à

<sup>193</sup> “O indiciamento constitui-se em um ato procedimental do inquérito policial, de competência privativa do delegado de polícia, emanado de forma juridicamente fundamentada, quando presentes prova da materialidade e indícios de autoria que possibilitem alicerçar a construção de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, de autoria de um ilícito penal”. (COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p.120).

<sup>194</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p.114.

<sup>195</sup> Apesar de dispensável a existência de indícios veementes e graves para o indiciamento e a propositura da denúncia, o mesmo não se pode dizer a respeito da prisão preventiva e outras medidas restritivas de direito. Para que sejam cabíveis estas medidas é necessária a existência de prova robusta. (LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006, p.71).

publicidade. Decisão judicial não fundamentada padece de grave vício de nulidade (artigo 93, IX<sup>196</sup>, da Constituição Federal de 1988).

Importante destacar que o processo civil e o processo penal tratam as partes de maneiras distintas. Enquanto no processo civil existe a revelia, portanto, a possibilidade de serem tidos como verdadeiras todas as alegações do autor pela simples inércia da parte contrária em contrapô-las, no processo penal a situação é diversa.

Em primeiro lugar, se o acusado não for localizado, o processo penal é suspenso (artigo 366, do Código de Processo Penal<sup>197</sup>). É impensável a possibilidade de uma pessoa ser condenada por crime que não soube lhe ser imputado.

Mesmo se a pessoa for citada e não se manifestar, a ela não são aplicados os mesmos efeitos do processo civil. Não se cogita na seara criminal a possibilidade de se considerarem verdadeiros os fatos alegados na inicial (denúncia ou queixa crime) apenas em razão da não apresentação de uma resposta ou a não constituição de um advogado. A instrução probatória não pode ser dispensada.

Na seara criminal, todos os fatos precisam ser provados, diferentemente do processo civil. Enquanto neste a revelia gera a presunção de veracidade dos fatos alegados; naquele não. Ainda que exista confissão judicial ou ausência de controvérsia sobre a prova, o fato probando deve ser provado para justificar um decreto condenatório.

Da certeza que extrai as provas, o juiz labora a sua verdade e, ao final, presta a jurisdição por meio da sentença, corolário maior de sua convicção íntima, 'da certeza por ele adquirida da verdade dos fatos, cuja existência serve de base à acusação'<sup>198</sup>.

Em razão da formatação do processo penal, a colheita das provas deve ser realizada com vistas a formar a certeza sobre determinado fato e, com isso, a convicção do julgador. Permeado pelo princípio da presunção de inocência, na seara processual penal é necessário existir certeza da autoria e da materialidade dos fatos narrados na peça inicial acusatória.

---

<sup>196</sup> Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>197</sup> Artigo 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312.

<sup>198</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.263.

Se não existir certeza, ou seja, se houver qualquer dúvida sobre a materialidade ou autoria delitivas, o julgador deve decidir pela improcedência da demanda e absolver o acusado.

Neste ponto reiteramos a necessidade das decisões judiciais serem motivadas (quer para absolver, por entender não comprovada a acusação inicial, quer para condenar, por entender terem sido demonstrados os elementos de autoria e materialidade do fato). A verdade obtida pela certeza das provas colhidas durante a instrução processual deve ser fundamentada, sob pena de nulidade da própria decisão, para garantir a publicidade dos fundamentos e do raciocínio lógico do juiz natural ao prolatar a sentença. Sem fundamentação não é possível saber o caminho percorrido pelo magistrado para decidir, tornando arbitrária sua decisão.

A motivação da sentença é outro pressuposto básico, em que a fundamentação deve ser plena, demonstrando todo o percurso lógico transcorrido na análise de cada indício, seu significado e às conclusões que levam<sup>199</sup>.

Neste ponto é que as provas meramente indiciárias são questionadas. Elas encontram uma barreira para sua fundamentação, já que as conclusões são obtidas por dedução ou intuição lógica, o que nem sempre reflete de forma fidedigna os fatos objeto do processo<sup>200</sup>.

O valor dado a uma prova direta não pode ser o mesmo atribuído a uma prova indiciária. Para julgar uma demanda criminal, o juiz deve interpretar as provas em duas dimensões principais: sua admissão e sua valoração.

No momento da admissão será considerado se ela foi obtida de forma lícita e em consonância com os princípios constitucionais e processuais penais. E, se não for admitida, deverá ser desentranhada do processo. Esta regra serve tanto para prova direta quanto para prova meramente indiciária. Ainda que meros indícios, eles não podem ser obtidos por meios não previstos ou tolerados pela lei.

No segundo momento será apreciado o seu valor probatório, verificando se as evidências estão apontando na mesma direção, se apoiando nas alegações da

---

<sup>199</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.210.

<sup>200</sup> "A avaliação da prova por indícios deve ser feita, livremente, pelo juiz por ocasião da sentença, em decorrência do sistema do livre convencimento. O julgador tem por missão sopesar, criteriosamente, os indícios per se e em conjunto, cotejando-os com as demais provas existentes". (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.105).

acusação e da defesa e também sua relevância<sup>201</sup> lógica para construção da fundamentação da sentença. Neste ponto o magistrado deve ter um cuidado maior com os indícios.

Para que o indício possa afastar a presunção de inocência, o julgador deve, por meio de inferências lógicas, formar sua convicção de forma segura e de maneira que a prova produzida por meio de indícios tenha o condão de:

- a) ser considerada a 'história' que, pelo conteúdo da prova produzida, ou seja, pela força dos indícios, é a 'verdadeira', no sentido de verdade 'processual' que se pode contar no processo, conforme já se destacou, nos mais diversos países europeus e, inclusive, no direito anglo-americano;
- b) pela análise dos indícios, verifica-se que, por uma probabilidade lógica ou indutiva, estes assumem uma alta força probante e que demonstra a ocorrência dos fatos nos termos afirmados na hipótese, em que o grau de probabilidade (de regra, não matemática) é tão elevado que afaste outras possibilidades ou hipóteses, obtendo-se apenas aquela determinada na conclusão<sup>202</sup>.

Importante ressaltar que deve ser casuístico o grau de probabilidade atingido pela capacidade persuasiva, de acordo com a hipótese formulada e que se deseja provar. Não há como elaborar uma regra genérica para sua interpretação, já que existem inúmeras variantes para se firmar uma convicção a partir do indício.

Não é possível, portanto, traçar uma única norma geral para a interpretação de indícios. No entanto, conforme alerta Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “a doutrina é unânime no sentido de que, para que se possa falar na existência de indício com fins probatórios, alguns elementos fazem-se necessários”<sup>203</sup>. Os elementos essenciais para a própria existência dos indícios são: certeza do fato indiciante, proposição geral fornecida pela lógica ou pela experiência e relação de causalidade entre os fatos indicador e indicado.

O primeiro ponto a ser considerado para a utilização dos indícios é a existência jurídica do indício para fins probatórios. Fundamental, inicialmente, ter a certeza da existência do fato indiciante porque a fundamentação não pode se apoiar em um dado meramente provável, tampouco hipotético – o fato antecedente deve ser certo.

<sup>201</sup> “Prova relevante é aquela que, por uma questão lógica e de bom senso, tem importante influência sobre um fato em causa do processo, e, assim, pode ser esse fator expressado em termos de probabilidade”. (GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.210).

<sup>202</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.211.

<sup>203</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.89.

Neste caso, quando a conclusão da primeira ilação se apresenta como um dado de fato objetivo sem exceção, o seu resultado pode, sem qualquer dificuldade, constituir a base ulterior inferência.

O problema apresenta-se quando a conclusão da primeira ilação, ou o indício probante, não é necessariamente certa, o que acontece na grande maioria dos casos<sup>204</sup>.

O juiz pode entender por certo o fato indicado, resultante da primeira ilação, quando, de forma harmônica com outros indícios que o confirmam, se fundar para ulterior inferência e, assim, emergir a materialidade, ou qualquer outra fonte de prova, pela qual uma circunstância possa ser estabelecida.

Um trecho de depoimento, ou o tópico do interrogatório; os vestígios materiais da infração, um elemento sensível colhido no exame do corpo de delito, a existência de certos objetos, encontrados quer como inculpado ou na sua casa, quer no lugar em que foi cometida a infração, por exemplo, podem constituir elemento indiciário, comprovando fatos dos quais ulteriormente tirará o juiz suas ilações a respeito do *thema probantum*<sup>205</sup>.

Não só a certeza do fato é necessária; é preciso que por indução ou dedução a circunstância indiciária possa provar outra.

Ora, é da própria natureza da prova indiciária partir de um fato certo e comprovado, para se deduzir ou induzir outro, este sim meramente indiciário.

A máxima da experiência, comum ou técnica, utilizada na ilação, deve ser concretamente reconhecida e exata no momento em que aplicada, para permitir um raciocínio de natureza indutivo-dedutiva, pelo qual da circunstância provada se deduz outra circunstância a provar-se<sup>206</sup>.

Por fim, é essencial a existência da relação de causalidade entre o fato indiciário comprovado com o fato que se pretende dele deduzir ou induzir. Se entre eles não houver qualquer relação, não há como o magistrado concluir pela existência de um baseado no outro.

Dessa forma, se o fato indicador, por exemplo, demonstrar que no dia dos fatos houve a fuga de um preso numa cidade e que em outra, muito distante houve um homicídio, não pode o magistrado concluir que a autoria foi do fugitivo, eis que inexistente uma relação causal entre elas a permitir tal ilação.

---

<sup>204</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.89.

<sup>205</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.89.

<sup>206</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.91.

É óbvio que, se, apesar de estar plenamente provado o fato que se pretende indiciante, o juiz não encontra liame lógico algum entre este e o outro fato desconhecido que investiga, o primeiro não pode ter o caráter de indício, porque nenhuma significação probatória pode ter o segundo. Este requisito é importantíssimo, porque a maior ou menor força probatória do indício depende do maior ou menor nexa lógico que exista entre aquele e o fato desconhecido que se pretende demonstrar [...]<sup>207</sup>.

O magistrado, porém, não deve verificar apenas os elementos apontados para a existência jurídica do indício. Deve também considerar os requisitos de validade.

Portanto, uma vez ultrapassada a etapa de se concluir pela existência do indício, deve-se investigar se ele é válido, ou seja, se ele pode ser considerado um meio de prova e se ele pode ser utilizado para fundamentar uma decisão.

Para que o indício possa ser um meio de prova válido, é necessário que:

- ✓ a lei não exige uma prova determinada para comprovação do fato indicado. Por exemplo, o artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal determina que a comprovação do estado das pessoas deve observar as regras estabelecidas na legislação civil. Assim, pode-se citar que para se comprovar um casamento não adiantam indícios (eles não serão válidos) é necessário a certidão de casamento. Portanto, para que se tenha um crime de bigamia, é preciso que o agente tenha dois registros de casamento, nos termos da legislação civil. De nada adiantam indícios de que ele convivia com mais de uma pessoa ao mesmo tempo (até porque união estável não é apta a caracterizar tal delito).
- ✓ A prova do fato indicador deve ter sido obtida por meio lícito, salvo se for para ser considerada a favor do acusado, hipótese em que a legislação abre exceção. Mas para fins de condenação, a prova ilícita, como já antecipado, deve ser excluída dos autos.
- ✓ A prova do fato indicador deve ter sido obtida seguindo os requisitos legais. Caso haja nulidade na sua colheita, ela não terá validade para demonstrar o fato indicado. Por exemplo, se uma perícia foi realizada por alguém não habilitado ou autorizado nos termos do processo penal, a sua conclusão não pode ser usada como indício de outro fato. Ainda que os meios empregados para a colheita do fato indicador sejam legais e não viciados, se o procedimento que os englobam for nulo por outras razões, esta nulidade também viciará o indício, deixando-o sem valor.

Além dos elementos de existência e dos requisitos de validade, o magistrado deve verificar a eficácia dos indícios. O indício será eficaz na medida em que outorgar ao juiz “a certeza processual de que necessita sobre o fato que investiga”<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.91.

<sup>208</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.93.

Portanto, há eficácia quando é possível alcançar um grau de certeza acerca do fato indicado, que não conseguiu ser provado diretamente, mas apenas deduzido ou induzido dos indícios.

A fundamentação de uma decisão em indícios, apenas, reconhece Maria Thereza Rocha de Assis Moura, pode apresentar sérias dificuldades:

A prova por indícios apresenta, reconhece-se, muitos problemas e sérias dificuldades, mas, sem dúvida, constitui meio importante para a perquirição judicial dos fatos. Seus resultados dependem, fundamentalmente, da preparação do juiz e do método que siga para investigá-los e precisar seu valor probatório<sup>209</sup>.

Para que uma condenação possa se basear em indícios é necessário, portanto, que o magistrado, além de verificar os elementos de existência, requisitos de validade e de eficácia, considere outros fatores que darão a segurança necessária para subsidiar uma decisão judicial no âmbito processual penal, cuja presunção de inocência deve estar sempre na mira do magistrado.

Inicialmente, o juiz deve analisar com cuidado a relação de conexão entre o fato indicador e o fato indicado. Isso porque essa relação pode ser falsa, ou seja, resultante de mero azar:

Para que se possa falar em eficácia do indício, é preciso que se tenha descartado toda a possibilidade de erro e, naturalmente, um de tais erros, como bem lembrado pelo mencionado autor, consiste em desconhecer a possibilidade de que seja causal a conexão entre o fato investigado e o indiciário<sup>210</sup>.

O magistrado, além de considerar a possibilidade de relação causal gerada erroneamente, pelo azar, deve considerar a possibilidade de os indícios terem sido manipulados por alguém, principalmente as partes, para conduzir as conclusões do magistrado em um determinado sentido.

E, mais, para diminuir os riscos de que as coisas sejam alteradas ou falsificadas pelo homem com o propósito enganador, os possíveis indícios devem ser buscados, vale dizer, apreendidos ou colhidos desde logo, visitando-se o lugar dos fatos e os reconstruindo em suas condições originárias, tendo em conta as demais provas<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.93.

<sup>210</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.94.

<sup>211</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.95.

É necessário, ainda, que a relação entre o fato indiciário e o fato que se quer comprovar seja clara e certa. Ou seja, é necessário haver um elo entre os indícios visto que um indício não se sustenta sozinho, mas deve encadear-se, sem interrupções, com os demais:

A circunstância indiciante pode ser provada e certa em si mesma (ex.: rancor do imputado contra a vítima do delito). Porém, não se pode, por ela, considerar suficiente a prova do fato principal, se o nexos entre aquela e este não for tal, que exclua a possibilidade de qualquer outro nexos equivalente (ex.: que outras pessoas, também, tinham rancor contra a vítima)<sup>212</sup>.

Essencial também é a pluralidade de indícios. A presença de um só (como o mero rancor de uma pessoa contra a vítima de um crime) não passa de uma mera probabilidade, que abre margem para o azar, a mera causalidade (a pessoa era inimiga da vítima, mas jamais cometeria um crime por tal motivo) e, quiçá, para a manipulação por alguma pessoa que queira conduzir a conclusão do juiz num sentido errôneo (alguém mentir sobre a existência de um problema entre a vítima e um terceiro para prejudicar este último ou afastar suspeitas sobre si).

A certeza obtida com os indícios só é fornecida no seu conjunto, nunca por um indício isolado. Maria Thereza Rocha de Assis Moura alerta que é necessário existir real pluralidade de indícios; não basta apenas um cindido em partes. A quantidade, porém, de indícios fica a cargo do juiz:

[...] a pluralidade de indícios autônomos deve ser real, e não aparente. Esta última apresenta-se quando vários indícios constituem, em realidade, um só, porque nada mais são do que sucessivos momentos ou partes integrantes de uma mesma circunstância ou de um mesmo acontecimento [...]

Como consequência, tratando-se de indícios contingentes, deve existir mais de um para poder falar-se em eficácia. Porém, o juízo a respeito de quantos, em cada caso concreto, são necessários e suficientes fica a cargo do julgador<sup>213</sup>.

Alerta-se, portanto, que não é a mera quantidade de indícios que justifica uma fundamentação de decisão judicial. O que mais importa é sua qualidade e a forma como eles se encadeiam. A análise é feita pelo conjunto e deve conduzir à certeza moral do fato investigado. Os indícios devem se relacionar de modo racional e coerente; deve haver entre eles, ainda, uma relação de concordância, que requer:

---

<sup>212</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.96.

<sup>213</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.97-98.

- a) cada um dos indícios valorado autonomamente;
  - b) cada um dos indícios conflua, juntamente com os outros, a uma reconstrução lógica e unitária do fato desconhecido. Para esta confluência, é necessário que:
    - b1) os indícios não estejam em contraste entre si; caso contrário, ilidem-se;
    - b2) entre vários indícios se estabeleça uma coordenação lógica.
- Em suma, os indícios devem formar um todo harmônico, tanto entre si como com o fato principal a provar<sup>214</sup>.

Este conjunto de indícios deve se referir ao mesmo fato e de seu todo deve se inferir a mesma conclusão.

É possível existir contraindícios, ou seja, indícios dos quais se conclui inferência diversa dos demais. Nesta hipótese, não há certeza para concluir pela existência do fato indicado pois falta convergência ao conjunto. Assim, rompe-se a conexão e a unidade do todo colhido como indício.

Quando coexistem indícios e contra-indícios relativamente ao fato desconhecido que se investiga, sem que seja possível desprezar-se razoavelmente uns ou outros, em virtude de sua qualidade intrínseca, a conclusão não é firme nem clara, razão pela qual não pode levar ao pleno convencimento da certeza do fato<sup>215</sup>.

É possível, ainda, existir um conjunto harmonioso, mas que permita a inferência de diversas conclusões. Do mesmo modo, um mesmo indício pode levar a conclusões distintas em sua análise. Se não foi possível descartar razoavelmente as demais conclusões, permanecendo apenas uma, o conjunto ou o indício não poderá servir para formar a convicção do magistrado, exatamente porque não pode gerar uma certeza razoável.

Ademais, se produzida uma prova que afaste os indícios, estes não subsistem. A prova do fato que se queria provar com os indícios é mais forte que este último. A conclusão obtida pelo juiz deve ser precisa, segura e fornecer uma certeza subjetiva:

Assim, se o juízo lógico conclusivo aparece como síntese completa e harmônica de todos os elementos indiciários, e apresenta-se como a lógica e natural consequência das premissas enunciadas, porque se eliminaram todos os contra-indícios e os motivos infirmantes, e se tenha uma reconstrução nítida e completa e convincente dos fatos, poderá chegar à certeza moral sobre o fato indicado.

<sup>214</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.99-100.

<sup>215</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.101.

É preciso, pois, exigir-se que se tenha descartado toda a possibilidade lógica de erro, e que a conclusão apareça clara, firme e livre de dúvidas razoáveis<sup>216</sup>.

Diante disso, é possível o juiz fundamentar-se em indícios para formar seu livre convencimento motivado. Porém, deve cercar-se de cautelas para sua decisão ser coerente, inclusive com a presunção de inocência.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura conclui:

[...] a condenação deve resultar do absoluto convencimento do juiz sobre todos os aspectos do fato criminoso, inclusive, pois, a autoria, mesmo porque, como lembrado por Rogério Lauria Tucci, o poder-dever de punir encontra importante limitação na lei penal, determinante da inadmissibilidade de punição, ou seja, da preservação da liberdade, de qualquer pessoa que não tenha praticado, comissiva ou omissivamente, ato consubstanciado no tipo legal<sup>217</sup>.

O magistrado deve ter cautela ao analisar a existência, a validade e a eficácia dos indícios. Deve também tomar cuidado e verificar o todo e as conclusões que dele podem ser retiradas. Indício não pode substituir provas técnicas e nem ser contrárias a provas diretas produzidas sobre os fatos. Só servem para subsidiar uma condenação se o magistrado alcançar por eles uma certeza moral.

Logo, é possível dizer que para um indício ser validamente utilizado em uma sentença condenatória deve haver uma “prova acima do razoável” (*proof beyond reasonable doubt*). Este é um critério utilizado para dar legitimidade à condenação, por afastar qualquer possibilidade de dúvida se aproximando ao máximo da certeza moral<sup>218</sup>.

o grau de suficiência de prova para efetivar um conceito de superação de uma ‘dúvida razoável’ é tarefa árdua para efeitos de quantificação, ocupando grandes discussões para melhor identificação de critérios para sua aplicação [...] Os requisitos elencados para a valoração da prova indiciária no caso concreto e a correta compreensão da classificação de indícios, serão mecanismos importantes para delimitação da eficácia dessa prova indiciária. Uma pluralidade de indícios, um liame lógico entre estes que têm o condão de apontar na mesma direção a que se busca chegar, com a inexistência de contradições ou provas em sentido oposto, são pressupostos para um conceito de suficiência probatória.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.104.

<sup>217</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.107.

<sup>218</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.214.

<sup>219</sup> GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.216.

Para que a parte possa conhecer as razões de seu julgamento, e até para que possa delas se insurgir em recurso, é essencial o juiz motivar sua decisão, demonstrando presentes os indicativos de que os indícios possam ser considerados provas ensejadoras de uma condenação.

## 6 CONCLUSÃO

1) O ser humano vive em sociedade por uma necessidade antropológica, já que precisa estar próximo dos seus semelhantes. Entretanto, as primeiras organizações foram pensadas para a manutenção do poder. A relação entre os indivíduos envolvia nobres e súditos – estes últimos, por sua vez, eram tratados como objetos.

2) Este cenário foi alterado com o início da Idade Contemporânea porque a burguesia passou a deter o poder econômico, mas não possuía poderes de gestão, o que atrapalhava seus interesses. Por conta deste cenário eclodiu a Revolução Francesa fundamentada nos valores do lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

3) Surgiu, então, o modelo de Estado Liberal, que passou a respeitar os direitos individuais de primeira dimensão, garantidores das liberdades individuais; os detentores do poder, assim como toda a sociedade, passaram a se sujeitar aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

4) O modelo de Estado Liberal revelou-se insuficiente para garantir a dignidade humana no seio da sociedade; por isso, surgiu o Estado Social, que tinha por finalidade, em síntese, organizar a economia e o Estado para proporcionar direitos sociais aos menos favorecidos.

5) A atualidade revelou ser fundamental a criação de um Estado de Direito que assegurasse as proteções inerentes ao Estado Social, incluindo a participação popular para determinar os rumos da sociedade; surgiu, então, o Estado Democrático de Direito.

6) O principal fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade humana; a Constituição Federal de 1988 demonstrou a importância de cada membro participante da sociedade e, em razão disso, o Estado não pode negligenciar seus direitos e garantias fundamentais.

7) No processo penal, em respeito à dignidade da pessoa humana, foram criados mecanismos visando conter o poder punitivo do Estado; todas as pessoas, ao serem acusadas, devem ser submetidas ao devido processo legal, antes de eventual sanção impondo qualquer medida restritiva de sua liberdade.

8) Com base nos princípios constitucionais e processuais penais é possível concluir que no ordenamento jurídico brasileiro foi adotado o sistema acusatório pelo qual os atores processuais têm atribuições próprias. O juiz tem a atribuição de julgar;

a acusação deve formalizar a acusação e, por fim, a defesa deve proporcionar a dialética processual.

9) O Estado Democrático de Direito apresenta princípios que regem todo o poder punitivo cuja finalidade é proteger a dignidade da pessoa humana no juízo criminal.

10) Segundo o princípio da legalidade (ou da reserva legal), ninguém poderá ser responsabilizado por qualquer conduta não prevista em lei no momento de sua ocorrência. É necessária a previsibilidade da legislação para evitar surpresa com a criminalização de determinadas atos.

11) O princípio da igualdade preconiza que todos na sociedade devem receber tratamento igual, para evitar julgamentos arbitrários e objetivamente diversos para a mesma situação fática.

12) Para aplicar uma pena criminal é necessário que os outros ramos do direito se mostrem insuficientes para proteger os bens jurídicos envolvidos, ou seja, a reparação (direito civil) e a imposição de multa (direito administrativo) devem ser insuficientes; só daí será necessário impor uma pena restritiva de liberdade.

13) O princípio do devido processo legal, no âmbito penal, determina a necessidade da dialética processual entre a acusação e a defesa; deve haver oportunidade do contraditório e da ampla defesa, em um processo com publicidade irrestrita para todas as partes, assegurando que a defesa consiga exercer efetivamente seu mister.

14) O ônus da prova no processo penal é incumbido à acusação porque sobre todas as pessoas recai a presunção de inocência.

15) O princípio da presunção de inocência determina que o processo penal seja instaurado e instruído sempre observando que o acusado deve ser tratado como inocente; sua condenação só se dará por meio de uma sentença fundamentada com base nas provas colhidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

16) O princípio da presunção de inocência tem o objetivo de impedir a imposição de qualquer sanção penal definitiva (são afastadas as medidas cautelares por possuírem outros pressupostos) sem o devido processo legal, com condenação definitiva (trânsito em julgado).

17) O princípio da inocência transfere para a acusação o ônus probatório porque cabe a este ator processual provar e sustentar em juízo sua acusação.

- 18) O acusado não pode ser obrigado a produzir provas em seu desfavor; cabe exclusivamente à acusação provar suas alegações em juízo. A produção de prova pela defesa é facultativa.
- 19) Caso a acusação não seja provada, havendo dúvidas a respeito, o magistrado deverá absolver o acusado, porque no processo penal vigora a máxima *in dubio pro reo* (na dúvida deve ser favorecido o réu).
- 20) Conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, não podem ser aceitas condenações sem provas ou que gerem dúvidas no julgador.
- 21) A prova deve ser utilizada para reconstruir um fato pretérito, que deverá ser traduzido por meio de uma linguagem, no caso do processo penal, uma linguagem jurídica.
- 22) Para ser considerada prova é necessário respeitar o contraditório e a ampla defesa, mesmo que ela tenha sido realizada antes da instalação formal do processo penal.
- 23) Não há um rol taxativo dos meios de provas autorizados no processo penal, mas as provas regulamentadas pelo ordenamento jurídico devem seguir, sob pena de nulidade e desentranhamento, o procedimento previsto.
- 24) Caso a prova seja considerada ilegal por violar preceitos constitucionais – afrontar direitos e garantias fundamentais ou regras de procedimento – deverá ser desentranhada do processo; o julgador deverá desconsiderar as informações obtidas por meio dela.
- 25) No processo penal predomina a produção de prova oral, se possível, em uma única audiência, na presença do juiz natural, que terá contato direto com ela e poderá formar sua convicção de forma imparcial, respeitando a dialética processual, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade.
- 26) Há três formas de o julgador mensurar as provas produzidas e proferir sua decisão: prova legal, íntima convicção e livre convencimento motivado.
- 27) No processo penal brasileiro prevalece o sistema do livre convencimento motivado porque o julgador deve proferir um julgamento fundamentado, apresentar as provas e a valoração de cada uma delas para chegar à conclusão demonstrada na sentença.
- 28) Há resquícios dos outros dois sistemas: prova legal (em delitos que deixam vestígios é necessário realizar o exame de corpo de delito); e íntima convicção (por

força da Constituição Federal, os crimes dolosos contra a vida são julgados pela instituição do júri, que tem como características o voto secreto dos seus participantes).

29) O indício é a circunstância conhecida e provada, que por um método de indução permite concluir a existência de outras circunstâncias; é necessário conhecer um fato anterior provado e, por meio deste conhecimento, supor as circunstâncias.

30) Os indícios são extremamente importantes no sistema processual atual, já que o magistrado deve comprovar o fato, de forma inequívoca, para proferir um decreto condenatório, por conta do princípio da presunção de inocência.

31) Indícios e presunções não são sinônimos. Nos indícios o fato concreto mais as circunstâncias deste precisam ser intuídas. Já na presunção, parte-se de um conhecimento genérico e abstrato para, por meio de um método de raciocínio, chegar a uma conclusão.

32) No processo penal não são admitidas presunções, por serem genéricas e não serem ligadas ao fato objeto do processo.

33) Os indícios devem ser vistos com cautela; por serem provas indiretas, suas conclusões são absolutas, abrindo-se possibilidade para injustiças, diferentemente das provas diretas, que, por si, restauram por meio da linguagem jurídica o fato objeto de análise.

34) A inferência dedutiva parte de uma premissa maior e, por meio de uma operação mental, faz chegar a uma conclusão.

35) A inferência indutiva parte de uma premissa menor e, por meio de uma operação mental, faz chegar a uma conclusão.

36) A inferência abdutiva explica uma evidência por meio de um raciocínio lógico para se chegar aos seus fatos geradores.

37) Para os indícios são utilizadas as inferências dedutivas e indutivas; por meio de raciocínio, é possível chegar a conclusões prováveis de determinado fato. Já na inferência abdutiva, como o raciocínio é o inverso, os fins (indícios) justificariam eventuais fatos.

38) Para uma prova ser utilizada na fundamentação de uma condenação é necessário existir certeza do que se prova; desta forma, os indícios precisam ser analisados em conjunto com outras provas, já que uma única evidência dificilmente será suficiente para sustentar uma sentença condenatória.

- 39) A certeza pode ser obtida de duas formas: pela captação através dos sentidos e por meio da reflexão e da intuição. Na construção da verdade do julgador, o juiz necessita, na maior parte dos casos, utilizar esses dois recursos para formar sua convicção.
- 40) Os indícios são importantes na fase pré-processual de investigação, já que podem amparar e fundamentar as decisões cautelares (prisão provisória, por exemplo). Todavia, é necessário ressaltar que devem ser indícios robustos amparados de forma provável.
- 41) O livre convencimento motivado não autoriza a utilização de especulações no momento da formação da convicção. É necessário que as provas apontem, com grau de certeza, que os fatos ocorreram e suas circunstâncias.
- 42) As provas indiretas podem amparar a fundamentação de uma condenação, mas, como dito, devem ser vistas com cautela, porque, por sua origem, em regra, não são capazes de dar concretude aos seus apontamentos.
- 43) Três etapas devem ser analisadas quando da utilização de indícios como meio de prova: existência, validade e eficácia.
- 44) Os indícios podem ser considerados existentes quando há um fato demonstrado de forma incontroversa e, a partir dele, se consegue intuir as circunstâncias, por meio do raciocínio lógico-indutivo.
- 45) Os indícios precisam ser válidos, ou seja, obtidos dentro da legalidade e dos limites impostos pela Constituição Federal, com base nos direitos fundamentais e em consonância com o ordenamento jurídico.
- 46) A certeza obtida por meio dos indícios deve ser feita em conjunto com todo o material probatório produzido sob o contraditório e a ampla defesa.
- 47) Não é a quantidade de indícios que aponta uma certeza, mas a qualidade em indicar, com firmeza, a certeza que se busca, com a finalidade de formar a convicção do julgador.
- 48) A utilização dos indícios, meio de prova indireto admitido expressamente pelo Código de Processo Penal, deve ser cautelosa. O julgador deve fundamentar sua decisão baseado na certeza dos fatos para formar sua convicção. Esta convicção não é livre; ela deve estar amparada nas provas obtidas dentro do devido processo penal (respeitando sempre a ampla defesa, contraditório e publicidade).
- 49) Por fim, a utilização de indícios deve, sempre, ser vista com cautela, já que nem sempre é possível concluir pela existência do fato mostrando apenas sua

possibilidade; por si só, ela não pode ensejar uma condenação em razão do princípio da presunção de inocência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal** – una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2018.

\_\_\_\_\_. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA, Frederico de Lacerda da. (Coords.) **Prova criminal e direito de defesa** – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2014.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Barueri: Manole, 2005.

BONACCORSI, Daniela Vilani; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **A mídia e as garantias penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira Lima. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

BROWLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

CASARA, Rubens R. **Processo penal do espetáculo** (e outros ensaios). 2.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanck, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. **Da prova penal**. São Paulo: Millennium, 2008.

DICIONÁRIO Michaelis *online*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos** – curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIMARÃES, Ana Paula. **A pessoa como objecto de proca em processo penal: exames, perícias e perfis adn – reflexões à luz da dignidade humana**. Lisboa: Nova Causa, 2016.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução De João Baptista Machado. 72.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KHALED Júnior, Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** 2. ed. Porto Alegre: Kairós, 1985.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Agapito. **Julgamento antecipado da ação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. v.I, Tradução da 3ª edição de 1912. Campinas: Conan, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito processual penal**. v.2. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal** – parte general. 10.ed. Barcelona: Reppertor, 2017.
- MIRANDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no processo penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Da prova penal** – tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.
- NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- Pereira, Cláudio José Langroiva. **Princípio da Oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez Tavares, 2001.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.) **Verdade e prova no processo penal** – estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. Coimbra: Almedina, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal** – parte general. Barcelona: Reppertor, 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. t.1. 2.ed. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal** – parte general. t.I. Madrid: Civitas, 2008.

SABATÉ, Lluís Muñoz. **La prueba de indicios en el proceso judicial**. Madrid: Wolters Kluwer, 2016.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista** – filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1928.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; MIRANDA, Jorge (Coords.) **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_; MIRANDA, Jorge (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TREVIÑO, Rigoberto Geraldo Ortiz. **Presunción de inocencia y nuevo sistema penal**. Ciudad de México: Inacipe, 2017.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**Referências normativas  
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)**

ABNT NBR 6022: 2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração