

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

EDSON RICARDO SALEME

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-740-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição III”, por ocasião da realização do VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 20 e 24 de junho de 2023.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 24 de junho, reuniu pesquisadores de todo o país, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Encontro Virtual do CONPEDI, de um locus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da breve sinopse de cada um dos textos aqui reunidos:

O artigo “BITCOIN COMO INSTRUMENTO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL”, de Ana Clara Raimar, Stephanny Resende De Melo e Rayza Ribeiro Oliveira aborda o uso da criptomoeda Bitcoin enquanto ferramenta utilizada para a prática do crime de lavagem de dinheiro, fomentando uma discussão acerca do conteúdo da Lei nº 14.478 /2022, a “Lei de Criptoativos”, e sua relevância e efetividade para inibir a lavagem de dinheiro.

Em “JURIMETRIA E CIÊNCIA DE REDES NA PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL”, Romildson Farias Uchôa analisa o uso da ciência de redes e da jurimetria na persecução criminal no Brasil, com pressuposto na multidisciplinaridade intrínseca à atividade, com fases que envolvem órgãos diferentes, na aplicação da lei às organizações criminosas e outras atividades delitivas.

Thiago Gomes Viana e Luis Paulo Pimenta Ribeiro, no artigo intitulado “INJÚRIA RACIAL E RACISMO RECREATIVO: NOTAS PRELIMINARES SOBRE OS IMPACTOS DA LEI Nº 14.532/2023”, abordam as alterações promovidas pela Lei nº 14.532/2023 na legislação penal brasileira, considerando os avanços normativos salutares no enfrentamento do racismo no Brasil, concretizando uma maior sistematicidade legislativa que possa trazer, ao lado de outras medidas político-criminais e educativas, mudanças na aplicação da lei e, por consequência, contribuir para o próprio fortalecimento da equidade e da justiça racial.

Em “COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: REALIDADE (DES)NECESSÁRIA?”, Débora Dalila Tavares Leite salienta que, dada a sofisticação estrutural e tecnológica presente nas organizações criminosas ligadas à corrupção, os instrumentos probatórios tradicionais não mais são suficientes para atacar a complexidade do modus operandi dessas organizações, que ultrapassaram fronteiras, difundiram-se e passaram a configurar uma ameaça global, de modo que, sem a colaboração premiada, o Estado não consegue alcançar tais delitos de forma efetiva.

O artigo intitulado “A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS INDICIÁRIAS NO PROCESSO PENAL: UMA DISCUSSÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA”, de autoria de Ana Júlia Alcântara de Souza Pinheiro e Lorene de Oliveira Silva, analisa os tipos de provas admitidos no Direito pátrio e como são vistos e utilizados nos processos, baseando-se nos princípios fundamentais de direito, especialmente o princípio da presunção de inocência e da inversão do ônus da prova, e nas garantias individuais e coletivas positivadas na Constituição Federal de 1988 e nos pactos dos quais o Brasil é signatário.

O artigo “SELETIVIDADE DE ALVOS NA PERSECUÇÃO CRIMINAL PELO USO DA CIÊNCIA DE REDES E O DIREITO PENAL DO INIMIGO”, de Romildson Farias Uchôa, trata da seletividade de criminosos a serem investigados na fase pré- processual da persecução criminal por meio da ciência de redes, teoria dos grafos, análise de vínculos e métodos estatísticos, e os possíveis questionamentos jurídicos sobre uma possível exteriorização do Direito Penal do Inimigo, no Brasil.

Em “A POLÍCIA JUDICIÁRIA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”, Andressa Kézia Martins e Lucas Fagundes Isolani analisam o papel da polícia judiciária na defesa dos direitos humanos e como a audiência de custódia representa um importante instrumento para a solidificação desses direitos, uma vez que a sua prioridade é garantir a transparência, efetividade e a proteção dos direitos humanos dentro do sistema de justiça penal.

O artigo “A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM COMPARATIVO DO INSTITUTO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS”, de Mateus Venícius Parente Lopes, compara a responsabilização criminal da pessoa jurídica no Brasil e nos Estados Unidos, examinando a forma como a responsabilidade penal de entidades coletivas empresariais é abordada em cada país, buscando identificar pontos de convergência e divergência entre eles.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Giselle Marques De Araujo, no artigo intitulado “A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIMES AMBIENTAIS NA PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: AVANÇO OU RETROCESSO?”, evidenciam que o entendimento dos tribunais superiores sobre a imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de forma isolada se revela como legislação simbólica, que busca solucionar os problemas ambientais de forma ilusória, tornando-se necessária uma discussão mais avançada para encontrar soluções mais eficientes para a proteção do meio ambiente.

Em “A ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS NO PROCEDIMENTO CASTRENSE E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO”, Lucas Moraes Martins e Lorena Hermenegildo de Oliveira discutem se o artigo 418 do Código de Processo Penal Militar foi recepcionado pela Constituição da República Federativa de 1988, partindo de uma reflexão acerca da evolução dos sistemas inquisitivo e acusatório, correlacionando-os com a opção política do Estado quanto à adoção do sistema acusatório.

O artigo “A NECESSIDADE DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA”, de Jefferson Aparecido Dias, Giovana Aparecida de Oliveira e Carlos Francisco Bitencourt Jorge aborda a incompletude da Súmula Vinculante nº 24, nos termos em que lançada e aplicada, na medida que o entendimento se limitou aos crimes materiais, quando também deveria ter alcançado os crimes formais ou de mera conduta.

Em “A INTERPRETAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS A PARTIR DA IMAGEM COMO PROVA PROCESSUAL”, Marina Quirino Itaborahy avalia a imagem como prova processual, bem como a atuação dos profissionais do Direito com relação a esse tipo de prova e suas características, referente à construção e interpretação da verdade dos fatos trazidos pela imagem no interior do processo, a fim de evidenciar a necessidade de atuação de profissionais com a expertise necessária para lidar com a imagem nas demandas judiciais.

O artigo “A IMPORTAÇÃO DO PLEA BARGAINING PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PARADOXOS ENTRE A JUSTIÇA AMERICANA E A BRASILEIRA”, de Silvio Ulysses Sousa Lima e Jessica Bezerra Maciel avalia a possibilidade da importação e adaptação do plea bargaining para o ordenamento brasileiro.

No artigo intitulado “A IMPRESCRITIBILIDADE E INAFIANÇABILIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL PRATICADO ANTES DA LEI 14.532/2023”, Elisangela Leite Melo e Alexandre de Castro Coura salientam que as condutas praticadas antes da entrada em vigor

da Lei 14.532/2023, tipificadas como crimes injúria racial, nos termos do §3º do artigo 140 do Código Penal, são inafiançáveis e imprescritíveis.

Thainá Ribas de Carvalho e Adalberto Fernandes Sá Junior, no artigo “A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA ÀS PESSOAS DIAGNOSTICADAS COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL (TPAS)”, destacam que a medida de segurança, quando aplicada às pessoas diagnosticadas com TPAS, viola princípios constitucionais norteadores do direito penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana, legalidade, proibição de penas perpétuas e razoabilidade da pena a ser aplicada.

Por fim, o artigo “MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE MULHERES: SAÚDE MENTAL E SILENCIAMENTO DE CORPOS (IN)DESEJADOS”, de autoria de Emanuele Oliveira, Vitória Agnoletto e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth tematiza a saúde mental das mulheres monitoradas eletronicamente no país, e o processo de dupla penalização que atinge os corpos femininos, a partir da evidência de maior ocorrência de transtornos psíquicos como ansiedade e depressão, nas mulheres monitoradas eletronicamente no Brasil.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura!

É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2023.

Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS);

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ);

Zulmar Antonio Fachin (Faculdades Londrina).

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS INDICIÁRIAS NO PROCESSO PENAL: UMA DISCUSSÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: A DISCUSSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF

**Ana Júlia Alcântara de Souza Pinheiro
Lorene de Oliveira Silva**

Resumo

O presente trabalho tem como foco o estudo da aplicação, no Direito Penal e no Direito Processual Penal Brasileiro, das provas indiciárias como meio sólido para sustentar as condenações criminais. Buscou-se por meio de um estudo bibliográfico e doutrinário elencar quais são os tipos de provas admitidos no Direito pátrio e como são vistos e utilizados nos processos, baseando-se nos princípios fundamentais de direito, especialmente o princípio da presunção de inocência e da inversão do ônus da prova, e nas garantias individuais e coletivas positivadas na Constituição Federal de 1988 e nos pactos dos quais o Brasil é signatário. A questão processual e de aplicação prática levantada neste estudo é analisada de forma comparativa e analítica entre a previsão legal, o conceito técnico, exposto pelos juristas e doutrinadores e sua efetiva aplicabilidade no cotidiano forense. Para tanto, serão analisados de modo a comparar os conceitos de ônus da prova, presunção de inocência e uma justa condenação criminal.

Palavras-chave: Direito penal, Processo penal, Provas indiciárias, Princípios, Ônus da prova

Abstract/Resumen/Résumé

This paper focuses on the study of the application, in Brazilian Criminal Law and Criminal Procedural Law, of indicative evidence as a solid means to support criminal convictions. Through a bibliographic and doctrinal study, it was attempted to list the types of evidence accepted in Brazilian law and how they are viewed and used in the proceedings, based on the fundamental principles of law, especially the principle of presumption of innocence and reversal of the burden of proof, and on the individual and collective guarantees set forth in the 1988 Federal Constitution and in the covenants to which Brazil is a signatory. The procedural issue and its practical application raised in this study are analyzed in a comparative and analytical way between the legal provision, the technical concept, exposed by jurists and doctrinaires, and its effective applicability in daily forensic practice. To this end, the concepts of burden of proof, presumption of innocence and a fair criminal conviction will be analyzed in order to compare them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Burden of proof, Criminal procedure, Indicative evidence, Principles

1 INTRODUÇÃO

A prática forense leva o operador do Direito a caminhos questionadores e inquietantes. A lida constante com processos criminais e que envolvam réus presos cria no jurista certos pensamentos sobre a legalidade de algumas condenações e a influência social nos processos.

Este artigo origina-se na dúvida sobre a efetividade das garantias constitucionais aplicadas, caso a caso, nos processos penais, na Justiça Comum e também nos seus órgãos e jurisdições especiais.

Ao longo do texto, através de pesquisa bibliográfica e documental, com análises interpretativas de textos, livros e publicações de diversos autores, professores, ministros, juízes e doutrinadores que vêem o Processo Penal e o processo em si como reflexos e assombrações. Reflexos de uma sociedade carente de justiça e muitas vezes condenadora e assombrações porque, ao arrepio da lei, princípios e garantias são suprimidos pela estabilidade e pela paz social.

Contudo, o processo penal assustador também encontra alento no artigo quinto da Constituição Federal e em Promotores, Defensores Públicos, Juízes e Delegados que buscam a efetividade e a implementação de um devido processo legal em suas carreiras.

De modo geral, ao estudar a formação das leis penais e sua aplicação no processo brasileiro o presente artigo busca afirmar que meros indícios não sustentam uma ação penal tal como prevista pelo Pacto de São José da Costa Rica e positivada na Constituição de 1988. Tem-se por objetivo final demonstrar que o sistema acusatório brasileiro ainda precisa de garantismos para efetivar a aplicação da lei penal.

O primeiro capítulo explica o conceito de Processo Penal como um instrumento de garantias, ou seja, o meio pelo qual, constitucionalmente a vítima alcança justiça e o réu é condenado na medida de sua culpa, assegurados seus direitos.

Serão trabalhados em dois subcapítulos os princípios da presunção de inocência e da inversão do ônus da prova, detalhando sua origem constitucional, na legislação civil e sua aplicação no cotidiano.

O segundo capítulo cuida de detalhar e explicar quais provas existem no procedimento penal brasileiro, trazendo a visão de diversos autores sobre a produção probatória e quais princípios aplicáveis.

Por fim, tem-se as provas indiciárias e a forma engoda com que elas são usadas diuturnamente como “provas robustas”, muitas vezes como único apoio de sentenças condenatórias, fere de forma principiológica e constitucional os direitos dos acusados e também de toda a sociedade.

2 PROCESSO PENAL COMO PROCESSO DE GARANTIAS

A noção de processo deve ser estudada sob o enfoque das garantias constitucionais, já que a própria Constituição Federal, ao instituir o princípio do Devido Processo Legal, por se tratar “*de princípio utilizado como parâmetro para interpretação e compreensão do processo constitucional democrático*” (COSTA, 2020, p. 50), constitucionalizou a aplicação dos princípios ao processo para dar validade e legitimidade aos atos praticados.

Nesse sentido, sobretudo em relação ao Processo Penal, torna-se oportuno afirmar que processo, antes de ser visualizado como um procedimento, “*não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório pelas partes*” (LEAL, 2009, p. 83).

Assim, pode-se estabelecer que a noção de processo enquanto garantia está intrinsecamente relacionada à noção de cidadania, à democracia participativa, à prevalência e observância de garantias constitucionais, razão pela qual “*o estudo do processo constitucional faz-se necessário para compreendermos a eficácia e o exercício dos direitos fundamentais*” (COSTA, 2020, p. 49).

Não por outra razão que, através do Pacote Anticrime, objetivou-se erradicar a corrupção e enfraquecer as organizações criminosas alterando quatorze leis penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda neste sentido, no que toca ao Código de Processo Penal, é possível concluir que o legislador, ao apresentar as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, se preocupou em acabar com o ativismo judicial, que muito se traduzia através do sistema inquisitório.

Através do acréscimo do art. 3-A do CPP, buscou-se limitar a atuação direta do juiz na fase investigativa, bem como na produção de provas, inserindo um dispositivo que instaura o sistema acusatório, objetivando a separação completa da função de julgar e de acusar, encarregando as partes da produção de provas e limitando a figura do juiz à função de espectador.

No entanto, “*estaria a se introduzir um dispositivo que anuncia o sistema acusatório em um sistema que contraria a própria disposição legal. Exemplos dessas contradições seria o art. 156, I, que autoriza a produção probatória de ofício por parte do magistrado (...)*”. (SACCOL, 2021, p. 138).

Portanto, pode-se afirmar que, com o advento do Pacote Anticrime, ainda que se tenha avançado ao alterar o CPP,

é importante que esteja muito claro que não há que se falar em sistemas penais puros e, dessa forma, a partir do momento em que dizemos que um sistema processual é inquisitório ou acusatório, está a se afirmar que este é predominante no sistema processual de determinada nação”. (SACCOL, 2021, p. 138).

Assim, as características do Pacote Anticrime, atrelado ao sistema acusatório, são:

(...) a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes, a vedação da prova ilícita e da reformatio in pejus, a presunção de inocência, dentre outras. Contudo, as características que lhe tornam completamente antagônico ao sistema inquisitorial são a separação das atividades de acusar e julgar e a vedação da produção probatória de ofício, o que visivelmente demanda a proibição da participação do juiz que preside a instrução na fase investigativa preliminar”. (CAMARGO DE, FELIX, 2020, p. 27).

No Processo Penal os princípios são o marco inicial de toda a dogmática jurídica penal, sendo eles oriundos dos princípios gerais constitucionais do Direito.

Isso se dá pelo fato de que os princípios aplicados ao Processo Penal possuem uma base fundamental, pois são elevados à condição de garantias constitucionais individuais fundamentais.

Logo, trabalhar o Processo Penal sob a base principiológica encontra sua razão de ser na derrubada do sistema inquisitorial em que a função de acusar, processar e julgar encontrava-se concentrada nas mãos do julgador a fim de que o acusado, desprovido de toda e qualquer garantia, a qualquer preço, fosse condenado, presumindo-se a sua culpa.

A exegese desse sistema inquisitorial possui forte semelhança com a rudimentar noção de processo, Direito de Ação e mérito processual aplicada ao Processo Civil. Da mesma forma que no Processo Penal, sua base também encontra guarida no Direito Romano, através do qual

o juiz conduzia o processo e construía o mérito processual por meio de uma atuação unilateral e solitária.

Em outras palavras, “*a noção inicial que se tem de mérito processual relaciona-se com as matérias ou as questões consideradas relevantes pelo magistrado (não pelas partes interessadas autor e réu) (...)*” (COSTA, 2012, p. 17).

Assim, foi através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que, como consagra seu art. 9º, passou-se a considerar a inocência como uma presunção precípua, fazendo com que o Processo Penal fosse influenciado pelo sistema acusatorial.

De acordo com o sistema acusatorial, que consagrou o princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal de 1988, é vedado considerar o réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ademais, o princípio da presunção de inocência, elencado no art. 5º, inciso LVII da CF/88, deve ser interpretado também sob a luz do ônus da prova, sendo certo que, diante do sistema acusatorial, não cabe ao réu provar sua inocência, já que presumida, mas sim ao Estado provar a sua culpa. Vale mencionar que tal entendimento diverge das regras que regiam o sistema inquisitorial.

É preciso pontuar que a própria existência do processo judicial se justifica para fins de servir como poderoso fator inibidor do arbítrio estatal e como uma forma limitante do poder de coerção. Por essa razão, a exigência de comprovação de autoria e materialidade recai exclusivamente sobre o órgão acusatorial. Assim;

Não se justifica, sem base probatória-idônea, a formulação possível de qualquer Juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o *non liquet*. (HC-73338/RJ. Habeas Corpus. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação Dj: 19/12/1996, p. 51.766. Julgamento: 13/8/1996. Primeira Turma).

Por todo o exposto, pode-se afirmar que somente a prova penal produzida em Juízo, sob a orientação do contraditório, pode ser verdadeiramente eficaz para fins de se legitimar um decreto condenatório.

2.1 Princípio da presunção de inocência sob a perspectiva garantista

Para tratar a respeito do princípio em questão, tornou-se primordial mencionar sobre o sistema acusatorial, o que foi feito de forma introdutória no tópico anterior.

Tal explanação se justifica pelo fato de que o princípio da presunção de inocência advém da insurgência contra o sistema inquisitorial, razão pela qual *“tem seu marco principal no fim do século XVIII, em pleno Iluminismo, (...)”* (RANGEL, 2011, p. 24), uma vez que *“nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do árbitro do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado”*. (RANGEL, 2011, p. 25).

Posteriormente, com o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, restou consignado em seu art. 9º que *“todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”*.

A partir desse marco histórico, algumas nações se deixaram influenciar pelo sistema acusatorial, sendo esse sistema considerado uma base para tratar a liberdade do réu com mais dignidade e respeito.

Em relação ao Brasil, pode-se afirmar que *“a Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU”* (RANGEL, 2011, p. 25).

Em outras palavras, significa dizer que não haverá culpa sem juízo e não haverá juízo sem prova e contraditório, pois, *“a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é prova da culpa – ao invés de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”* (FERRAJOLI, 2014, p. 506).

Diante disso, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência possui uma função social que ultrapassa as barreiras do processo, uma vez que decorre da proteção dos direitos dos cidadãos que podem vir a ser violados tanto pelos delitos, quanto pelas penas arbitrárias.

Por essa razão, o princípio da presunção de inocência deve ser visto como regra de tratamento do imputado. Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, ilustra o dinamismo da implementação e da compreensão do princípio da presunção de inocência utilizando-se para tanto da prisão preventiva, *in verbis*:

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como “medida de segurança processual”, “necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”. (FERRAJOLI, 2014, p. 509).

Significa dizer que se alargou as hipóteses para fins de decretação da prisão preventiva, utilizando-se de termos amplos para, numa tentativa de prevenção contra os perigosos e execução provisória, antecipada e, por isso, ilegítima da pena. Nas palavras de Ferrajoli, “*uma ilegítima pena sem juízo*” (2014, p. 509).

Portanto, não há dúvidas de que o Processo Penal tem por fim a descoberta da verdade, exigindo que a atuação jurisdicional se desenvolva através das garantias processuais, sobretudo porque o processo “*justifica-se precisamente enquanto a técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o árbitro que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada*”. (FERRAJOLI, 2014, p. 556).

Por essa razão, a observância do princípio da presunção de inocência se faz salutar, pois, através da sua efetividade prática, busca-se alcançar a função do processo enquanto garantia, através da punição dos culpados, mas também a proteção dos acusados, garantido a eles a presunção de inocência até prova em contrário.

2.2 Princípio da inversão do ônus da prova aplicado ao processo penal

Através do surgimento do sistema acusatório, surgiu também a separação e divisão dos papéis entre os sujeitos do processo. Tratam-se de garantias que se traduzem no desenvolvimento da atividade de cognição processual. Tal transposição processual, nas palavras de Ferrajoli, diz respeito à:

(...) a contestação da acusação, com a qual é formulada a hipótese acusatória e se instaura o contraditório (*nullum iudicium sine accusatione*); e ônus da prova de tal hipótese, que cabe ao acusador (*nulla accusatio sine probatione*); o direito de defesa atribuído ao imputado (*nulla probatio sine defensione*). (FERRAJOLI, 2014, p. 558).

Portanto, às duas partes do processo (acusação e defesa), respectivamente, cabem a imputação e a refutação daquilo que foi direcionado ao réu. Por outro lado, ao juiz, cabe a decisão com base nas provas.

Em contrapartida, através do modelo garantista, a audiência de instrução tornou-se o principal mecanismo de defesa para o acusado, razão pela qual “*o interrogatório deve subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual*” (FERRAJOLI, 2014, p. 560).

Diante disso, surgem institutos processuais que, quando aplicados, visam promover a garantia do Processo Penal, tais como a proibição de qualquer tipo de tortura para se obter a confissão; o direito ao silêncio; o direito à uma assistência técnica; a presença de um defensor durante o interrogatório; a proibição de perguntas tendenciosas; a proibição de qualquer comportamento que induza o acusado a colaborar com a acusação.

Pois bem. Especificamente sobre o ônus da prova, às vistas do sistema inquisitório, é importante ressaltar que esse sistema exclui da marcha processual a aplicação e observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso se dá porque o “*(...) único protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador (...)*” (FERRAJOLI, 2017, p. 562).

Por isso, sob as iras desse sistema, não há que se falar em inversão do ônus da prova, “*mas, no máximo, de necessidade da prova, exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado*” (FERRAJOLI, 2014, p. 562).

Já no sistema acusatorial, tudo se inicia a partir da atuação da acusação, cabendo à defesa expor hipóteses que coloquem dúvidas àquilo que foi imputado ao réu, tudo isso em observância ao princípio da presunção de inocência.

Portanto, o sistema acusatório permite a insurgência da epistemologia da falsificação, ou seja, “*não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito (...)*” (FERRAJOLI, 2014, p. 564).

Diante disso, levando em conta também os papéis dos sujeitos do processo, é que o sistema acusatório impede que o ônus da prova recaia sobre o imputado ou sobre o juiz, já que

ao primeiro cabe o contraposto direito de contestação e, ao segundo, julgar a credibilidade das imputações e falsificações.

Sendo assim, não há que se falar em inversão do ônus da prova no Processo Penal, pois ao acusado não cabe provar sua inocência, já que presumida, devendo à acusação diligenciar no sentido de provar o contrário daquilo que decorre da presunção de inocência do réu.

Portanto, o que o órgão acusatório busca é a prova contrária daquilo que já se presume, ou seja, a prova contrária da inocência do réu, razão pela qual pode-se afirmar que o Processo Penal se desenvolve para que a acusação alcance esse dever que legalmente lhe foi, exclusivamente, imposto.

Logo, fica a cargo do acusador provar o alegado, logo demonstrar que alguém praticou o crime imputado, bem como demonstrar todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e, sobretudo, provar a ausência de quaisquer excludentes.

Para discorrer sobre o instituto da inversão do ônus da prova, é preciso delimitar o que vem a ser *onus probandi*. No Direito Processual, “*aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe for atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial*” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 901).

Ou seja, fato alegado e não provado é o mesmo que inexistente, “*(...) de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados (...)*” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 901).

Trazendo tais acepções para o processo penal, conclui-se que, sendo o Ministério Público o propulsor da atividade jurisdicional, cabe a ele provar os fatos constitutivos e elementares das acusações indicadas na denúncia.

No processo civil, considerando que existem duas partes em posições antagônicas, compete a cada uma delas provar seu direito subjetivo; o que não ocorre no processo penal, sendo ônus ministerial a produção de provas contra o acusado.

Diante do princípio da presunção de inocência, no Processo Penal não há que se falar em um dever imposto à parte contrária, réu ou ré, para fins de provar sua inocência. Em contrapartida, cabe ao órgão acusador demonstrar em Juízo a prova contrária da inocência que, já presumida, se discute nos autos.

O instituto da inversão do ônus da prova pode ser visualizado através do Código de Defesa do Consumidor, por meio do art. 6º, inciso VIII. Este dispositivo consagrou a possibilidade de, diante de uma hipossuficiência técnica ou verossimilhança dos fatos, a outra parte demonstrar os fatos discutidos nos autos.

No entanto, ainda que havendo essa possibilidade, não se trata de algo absoluto, pois *“não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo”*. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 922).

O que significa que, sob a perspectiva da dinâmica do processo civil, se o autor não tiver trazido aos autos qualquer prova do dano que afirma ter sofrido ou pelo menos indícios dos elementos de acusação, impossível realizar o juízo a que alude o art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Em outras palavras, ainda neste sentido, *“sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle”* (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 923).

Portanto, no Processo Penal, diante do princípio da presunção de inocência, se presume a inocência do acusado até que se prove contrário, razão pela qual pode-se afirmar que através do processo penal se busca a prova da culpa, não podendo o réu produzir prova neste sentido.

Nesse diapasão, se nem ao processo civil, em que há a aplicabilidade efetiva do instituto em comento, não há que se falar em inversão do ônus da prova em absoluto, quanto mais no processo penal, em que se deve haver uma preocupação precípua em relação às garantias constitucionais que favoreçam ao acusado, como por exemplo a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e o *nemo tenetur se detegere*.

Além disso, é possível perceber a influência dos princípios da intervenção mínima e da lesividade na construção de um Processo Penal justo, sendo que tais princípios ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade entre os delitos e as penas, entre as provas produzidas e a extensão de uma condenação, já que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar (MUSSI, 2012).

3 PROVAS NO PROCESSO PENAL

Nas lições de Rejane Arruda e Ricardo Pereira (2015), prova é o instrumento utilizado não apenas pelo juiz, mas especialmente pelas partes (defesa e acusação) e por eventuais terceiros, para formar o convencimento judicial, em qualquer que seja a instância, sobre a existência de determinado fato, especificando elementos como autoria e materialidade.

Em razão do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, as partes poderão, por todos os meios lícitos e admitidos em lei, destinar as provas processuais ao magistrado, que formará seu entendimento com base nos documentos, perícias, mídias e oitivas trazidas aos autos (TÁVORA, 2019).

Por meio de um contraditório efetivo percebe-se o comprometimento do sistema penal com os princípios e garantias constitucionais assegurados aos indivíduos de forma geral. Assim, a análise da prova recai, primordialmente, sobre os fatos que as partes desejam demonstrar e deve se dar de forma imparcial e fundamentada, à luz do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (DEZEM, 2016).

As provas no processo penal possuem regramentos próprios e vão ser produzidas e utilizadas com base nos princípios de Direito que garantam a efetividade de um processo democrático constitucional (LECHENAKOSKI, 2021). Assim, ensina Norberto Avena (2022):

(...) **Princípio do contraditório:** Significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra. (...) Assim, se uma das partes arrolou testemunhas, tem a outra o direito de contraditá-las, de inquiri-las e também de arrolar as suas. **Princípio da comunhão:** Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas, sim, ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. (...) **Princípio da oralidade:** Tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova. (...) A oralidade, mais do que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo (...) A produção probatória deve ser concentrada em uma só audiência ou, ao menos, no menor número possível delas. (...) É necessário assegurar ao juiz o contato físico com as provas no ato de sua obtenção, inclusive para que possa ele conservar em sua memória aspectos importantes do momento em que tenham sido aquelas provas produzidas e, desse modo, valorá-las com maior exatidão no ato da sentença. **Princípio da publicidade:** Considerando a importância das questões atinentes ao Processo Penal, nada mais correto do que sejam elas tratadas publicamente. Por isso, os atos que compõem o procedimento, inclusive a produção de provas, não devem ser efetuados secretamente. Visa-se, aqui, garantir ao cidadão comum acesso e confiança no sistema de administração da justiça. (...) **Princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere):** Significa que o acusado não poderá ser obrigado a produzir provas contra si. Em face desse privilégio que lhe é assegurado, não está o acusado, por exemplo, obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas por ocasião de seu interrogatório, tampouco a fornecer padrões vocais ou letra de próprio punho visando subsidiar prova pericial requerida pelo Ministério Público (...) - pág. 434/436.

Ao aplicar este entendimento no Código de Processo Penal o legislador infraconstitucional estabeleceu, no Título VII, dos artigos 155 ao 250, quais provas serão admitidas no procedimento penal, o modo de sua produção, conhecimento, validade e como serão utilizadas para motivar as decisões judiciais, tanto àquelas proferidas no curso da ação penal, como a sentença terminativa ou de mérito (AVENA, 2022).

No curso da ação penal as partes podem, pelos mais diversos meios, argumentar e requerer diligências que instruem o processo. Além disso, a juntada de documentos, laudos técnicos e periciais serve como instrumento de convicção. Consequentemente, todo documento anexo aos autos é aquisição comum das partes, podendo ser utilizado tanto pela acusação como pela defesa, frente à liberdade probatória de cada um (DEZEM, 2016).

Assim, necessário se faz especificar que não há prova hierarquicamente superior à outra, cabendo ao magistrado se manifestar acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento e da valoração dada a cada uma. Deverá ainda afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, determinando o seu desentranhamento (art. 157, § 3º, CPP), observando sempre que as provas contrárias à lei geram nulidade processual, operando em *error in procedendo* (TÁVORA, 2019).

Os exames periciais são os primeiros elencados no Código de Processo Penal (art. 158 ao 184), se subdividindo basicamente em duas espécies; exame de corpo de delito e perícias em geral. Aqui consideradas as perícias de substâncias entorpecentes, armas e munições, perícia nos locais e nos instrumentos do crime, sendo obrigatório, em todos os casos que a perícia seja realizada por profissional capacitado e habilitado para o ato (DEZEM, 2016).

Recentemente, a Lei nº 13.964/19 alterou o diploma processual, incluindo disposições essenciais sobre cadeia de custódia, especialmente normas e procedimentos a serem observados.

Essas regras devem ser levadas em conta pelos policiais que primeiro chegarem ao local do crime, pela Autoridade Policial condutora do inquérito policial, pelos peritos (oficiais e *ad hoc*) e, de modo geral, pelos agentes públicos que têm o dever de preservar os elementos de prova e seus vestígios, padronizando os métodos operacionais de reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e, finalmente, descarte (CUNHA, 2020).

Ademais, o Código de Processo Penal traz o interrogatório do acusado como meio de prova, tema amplamente discutido na doutrina, já que a sua natureza não é clara, sendo considerado ainda como meio de defesa (DEZEM, 2016).

O interrogatório é ato personalíssimo (somente o acusado pode ser submetido aos questionamentos), público (considerando-se a função democrática e de resposta social de um processo criminal) e judicial (deve sempre ser tomado por juiz competente), sendo garantia fundamental do acusado o direito à não autoincriminação e ao silêncio, não podendo ser interpretado em desfavor da defesa (DEZEM, 2016).

Na realização do interrogatório pode ocorrer a confissão do acusado, prevista nos arts. 197 a 200 do CPP. Contudo, essa confissão pode ser apenas ratificada se, no caso concreto, já tiver o suposto autor confessado na fase inquisitorial. Nesse sentido, ensina Nestor Távora (2019):

É a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. (...). Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal. (...).

Além disso, a confissão pode ser simples (ocorre quando o réu reconhece de forma pura e simples a imputação, sem modificar ou complementar as informações), complexa (havendo reconhecimento de vários fatos criminosos objetos do processo) ou qualificada (além da confissão dos fatos, o réu agrega novos elementos para excluir a responsabilidade penal), devendo ocorrer de forma expressa, verbal ou por escrito, havendo, indubitavelmente, o reconhecimento dos fatos pelo réu, amparado por seu defensor (TÁVORA, 2019).

A oitiva do ofendido, quando possível, é também importante meio de prova, contudo, não há, em seu depoimento, compromisso de veracidade, é o entendimento doutrinário (TÁVORA, 2019):

(...) O ofendido, que não é testemunha, e não pode ser tratado como tal, presta suas declarações sempre que possível, sendo qualificado e interpelado acerca das circunstâncias da infração, de quem presume ser o infrator, das provas que possa indicar, sendo tudo reduzido a termo. Não será comprometido a dizer a verdade, e caso minta, não incide em falso testemunho (art. 342, CP), podendo ser responsabilizado, dando ensejo à instauração de inquérito ou processo contra pessoa sabidamente inocente, pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP). Também não poderá invocar o direito ao silêncio, salvo se suas declarações puderem incriminá-lo, como na hipótese da existência de lesões corporais recíprocas, o que o transforma também em agressor, ou por medo de eventual retaliação, em face da fragilidade estatal de possibilitar o amparo efetivo às vítimas coagidas ou ameaçadas. – pág. 448, negritamos.

Tem-se ainda a prova testemunhal, caracterizada pela judicialidade, oralidade, objetividade e retrospectividade e que pode ser angariada por pessoas diretamente ligadas à infração (que presenciaram os fatos) ou que de forma indireta ouviram sobre o ocorrido. O número de testemunhas para cada ação está relacionado ao procedimento adotado no caso concreto, observando-se os ritos específicos como no caso de tráfico de drogas e outros crimes da Lei nº 11.343/06, sendo que, no curso da instrução, essas testemunhas poderão ser substituídas ou as partes poderão desistir de sua inquirição (DEZEM, 2016).

Os artigos 226 a 239 tratam respectivamente do reconhecimento de pessoas e coisas, da acareação, dos documentos e dos indícios.

As “coisas”, assim caracterizadas como os materiais utilizados na infração (armas, roupas), os bens produtos de crimes ou outros elementos de convicção serão reconhecidos por meio fotográfico ou direto. O reconhecimento de pessoas tem por finalidade identificar o acusado, o ofendido ou testemunhas. Eventualmente uma testemunha, para beneficiar o réu, pode negar que estava presente no local do crime, cabendo assim seu reconhecimento. Da mesma forma, a vítima pode negar a sua condição, por temor, suborno ou simplesmente para proteger o infrator, típico em casos envolvendo violência doméstica (TÁVORA, 2019).

A acareação é um meio de prova que pode ser realizada de ofício ou por requisição das partes, tanto na fase instrutória, quanto no curso do inquérito policial, objetivando esclarecer a verdade, no intuito de eliminar as contradições, podendo ocorrer entre testemunhas, acusados e ofendidos (TÁVORA, 2019).

Quanto aos documentos, observadas as ressalvas existentes no procedimento bifásico do tribunal do júri, podem ser apresentados em qualquer fase do processo (art. 231, CPP). A produção pode ser espontânea, ou seja, quando as partes apresentam o documento, ou provocada, quando determinada pelo magistrado (art. 234, CPP), valendo-se da mera requisição ou até mesmo da medida de busca e apreensão (TÁVORA, 2019).

O indício, segundo Távora (2019), é a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239, CPP). É uma prova indireta, que exige uma ilação para que se chegue à determinada conclusão e possa fundamentar e interferir na decisão judicial, o que mais adiante será explorado neste trabalho.

Por fim, quanto à busca e apreensão entende-se que:

A busca tem por objetivo encontrar objetos ou pessoas, ao passo que a apreensão é a medida que a ela se segue. (...) **a busca é a procura, a diligência que objetiva encontrar o que se deseja, ao passo que a apreensão é medida de constrição, para acautelar, põe sob custódia determinado objeto ou pessoa.** Nada impede que exista busca sem apreensão, e vice-versa. Na primeira hipótese, a diligência pode ser frustrada, não se encontrando o que se procura, ou ter simplesmente o objetivo de identificar determinada circunstância, como, por exemplo, gravar imagens de um determinado local. Já a apreensão também pode ser realizada sem a prévia busca, quando, v.g., o objeto é entregue voluntariamente à autoridade. Quanto à natureza jurídica, os institutos são tratados pela legislação como meio de prova (...) – Távora, 2019 – pág. 471, negritamos.

Assim, esclarecidas as questões constitucionais envolvendo a produção e valoração das provas no Processo Penal, bem como demonstradas cada uma individualmente, passa-se à abordagem das provas indiciárias.

3.1 Provas indiciárias

Ab initio, é preciso pontuar que, com o aumento da criminalidade no Brasil, crescente são as tentações de suprimir garantias processuais constitucionais para que a lei possa ser aplicada e demonstre eficácia dos sistemas estatais responsáveis pelo deslinde processual penal.

Trata-se de uma tentativa falha e nula de corresponder às expectativas de parte da sociedade para demonstrar que não há impunidade no país e resgatar a credibilidade das instituições estatais.

Isso se dá também porque a opinião pública cobra produtividade das instituições estatais, sendo certo que, muitas vezes, essa produtividade é auferida pelo número dos inquéritos policiais existentes, pelo número de processos em trâmite e pelo número de condenações impostas, razão pela qual, por exemplo, absolvições, pedido de arquivamento de inquéritos ou sua conclusão sem indiciamento configuram improdutividade, impunidade e enfraquecimento das leis brasileiras.

Por meio desse raciocínio, muitos autores admitem os indícios como meios de prova, alguns, no entanto, fazem sérias restrições à sua aplicação; ora afirmando que se trata de uma prova imperfeita, ora afirmando que os indícios só poderão ser aplicados quando analisados em conjunto.

Por outro lado, outros estudiosos não os admitem por se tratarem de Juízo de probabilidade e não Juízo de certeza, requisito essencial para a condenação criminal. É nesse sentido que Tourinho Filho afirma que *“nenhum Juiz proferiria um decreto condenatório respaldando-se apenas em prova indiciária”* (2008, p. 373).

Pois bem. A palavra indício vem do latim *indicium*, o que, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, significa dar a saber, manifestar, anunciar, divulgar, marcar, fixar, indicar (2009, p. 6).

Antônio Felipe da Silva Neves, ao oferecer a origem do conceito, aponta *“do substantivo temos INDICIUM também do latim, significando: rastro, sinal, vestígio”* (1986, p. 4).

Já para o Código de Processo Penal, conforme art. 329, o instituto equivale a *“circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”*.

Ou seja, para o código pátrio, o indício nada mais é que um evento comprovado que permite inferir outro evento. Nesse sentido, afirma Márcio Schlee Gomes que

(...) 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 (2016, p. 82).

Há bastante divergência sobre a definição do que vem a ser indício, pois alguns doutrinadores o admitem como meio de prova indireta, outros afirmam que não se trata de prova propriamente dita. É o caso do doutrinador Aury Lopes Jr. que afirma que *“não há que se confundir indícios com prova (ainda que toda prova seja um indício do que ocorreu)”* (2013, p. 707).

O professor Roque de Brito Alves é contra à utilização de uma prova indiciária autônoma, pois a considera uma prova imperfeita, sempre sujeita ao vício da incerteza, portanto, incapaz de conduzir o julgador à certeza.

Afrânio Silva Jardim (2016) aduz que, apesar de estar inserido no rol dos meios de prova indicado no Código de Processo Penal, não se trata, tecnicamente, de um meio probatório, senão de uma forma de raciocínio, exteriorizada e admitida pelo legislador.

Conforme conceitua Rogério Tadeu Romano (2013), as provas diretas são aquelas que dizem respeito ao próprio fato probando, ou seja, diz exatamente aquilo que se quer provar, podendo ser obtida através do depoimento de uma testemunha, confissão do réu, exame de corpo de delito.

Já as provas indiretas são aquelas que não se direcionam diretamente ao fato probando, mas chega-se à uma conclusão através de circunstâncias ou do raciocínio dedutivo.

Portanto, pode-se afirmar que os indícios se inserem no campo das provas indiretas, devendo haver cautela quando da sua valoração, sobretudo porque, no direito brasileiro, a prova indiciária se tornou a “rainha das provas”, já que em muitos casos de condenação há a fundamentação em indícios e presunções.

Isso se dá porque não são raras as condenações pautadas no argumento de que o réu não alcançou êxito em provar que, por exemplo, a droga apreendida seria para consumo pessoal, condenando-se o sujeito por não ter comprovado a sua inocência, baseado nos indícios estabelecidos através da quantidade de droga apreendida ou pela circunstância do entorpecente estar fracionado.

As provas indiciárias, mesmo estando previstas legalmente, jamais poderiam resultar em inversão de cargas probatórias, mormente porque no processo penal o réu não tem nada o que provar, sendo dever da acusação comprovar o que alega.

No entanto, vale ressaltar que não significa dizer que as provas indiciárias não bastem como meio para condenar, mas é preciso, primeiro, ter em mente que o indicio é um juízo de probabilidade.

4 CONCLUSÃO

Todos os ramos do Direito brasileiro derivam da Constituição Federal. Isto significa que todas as áreas legais possuem base constitucional, assim, as leis infraconstitucionais, materiais e processuais devem obedecer às normas e princípios consagrados na Carta Magna.

O Direito Penal, *ultima ratio*, deve mais que todos os outros ramos do Direito, estar pautado na proteção do indivíduo, o que infelizmente não ocorre. Impera na sociedade o sentimento de inoperância das instituições e dispensabilidade das normas penais, especialmente registrada pela demora na resolução dos conflitos e super lotação de estabelecimentos prisionais, por exemplo.

Neste trabalho, de modo comparativo, foram expostos princípios constitucionais democráticos que quando aplicados no processo penal são subjugados.

O primeiro capítulo ensinou que a noção de processo está conectada aos conceitos de cidadania, democracia e observância de garantias constitucionais, sendo que no Processo Penal a atuação do juiz, bem como a produção de provas, está imersa em um sistema acusatório, encarregando as partes de produzi-las e colocando o magistrado como receptor destas informações.

Demonstrou-se ainda que os princípios são fundamentais para a construção de um processo justo. A presunção de inocência, abraçada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, garante ao acusado a possibilidade de efetivação do contraditório, considerando que, em uma situação real, a palavra do indiciado/denunciado, sobre o não cometimento de um delito terá força, sendo corroborada, ou não, com outras provas.

Ou seja, o princípio da presunção da inocência garante a ampla defesa, protege os acusados de uma condenação direta, baseada em preconceitos de cor, raça ou religião, ou em meros indícios de um crime.

O princípio da inversão do ônus da prova, conforme demonstrado, não pode ser aplicado ao Direito Processual Penal, seria no caso uma supressão de garantias e uma forma de violação estatal da presunção da inocência.

O segundo capítulo elenca as provas em espécie, traz a previsão legal de cada uma, dispostas no Código de Processo Penal do art.155 ao 250, demonstrando que não há prova superior à outra, sendo que todas foram elencadas como justas e suficientes para comprovação de autoria e materialidade.

As provas lícitas e legítimas são aquisições comuns das partes e podem ser utilizadas pela acusação e defesa para a formação do convencimento do magistrado.

Em um processo pautado pelos princípios do contraditório, da não autoincriminação e, claramente, o princípio da presunção de inocência, os indícios não poderiam servir de base para

um decreto condenatório. Meros indícios precisariam de complementação probatória, ou seja, serem aplicados em comunhão com uma prova testemunhal ou pericial, para assegurarem o devido processo legal e a proteção dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que o Pacote Anticrime, citado no primeiro capítulo deste artigo, serviu como grande aliado na construção de um processo penal realmente democrático, tendo o Judiciário e seus operadores, a função questionar e aplicar as normas penais de forma justa, constitucional e humana.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645084. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645084/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CALVES, João P.; ARRUDA, Rejane Alves D.; Ricardo Souza Pereira. **Manual de direito processual penal. (Coleção ícones do direito)**. Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502616776. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616776/>. Acesso em: 24 nov 2022.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas** – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no Estado Democrático de Direito: Ensaio de uma Teoria Geral do Processo Civil** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP** / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**/Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de (org.). **Pacote anticrime - reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019**. Florianópolis: Ematis, 2020. 304 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 4. ed. rev.. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **Processo Penal e sistema acusatório: análise crítica dos sistemas processuais penais ao ônus da prova** [livro eletrônico] / Bryan Bueno Lechenakoski. Curitiba: InterSaber, 2021 (Série Estudos Jurídicos: Direito Criminal)

LOPES JR., AURY. **Direito Processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- LOURENCO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15)**. Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6543-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6543-3/>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.6.
- NEVES, Antonio Felipe da Silva. **Da prova indiciária no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p.4.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011.
- ROMANO, Rogério Tadeu. **Dos sistemas sobre a apreciação da prova.: A coleta e a valoração da prova**. A prova direta e indireta Revista Jus Navigandi,. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3515, 14 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23713>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- SACCOL, Luís Felipe Leão. **Uma análise do ativismo judicial à luz da crítica hermenêutica do direito e seus desdobramentos sobre o artigo 315, §2º, do código de Processo Penal**. 2021.
- TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior**. 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373.
- Vade Mecum Penal / organizadores Ana Cristina Mendonça e Cristiane Dupret. – 6. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2019.
- VIEIRA, Christian G. **Asseguração de prova. (Coleção direito e processo)**. Editora Saraiva, 2011. E-book. ISBN 9788502143036. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502143036/>. Acesso em: 15 nov. 2022.