

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –**  
**PROPPEC**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E**  
**PRODUÇÃO DO DIREITO**

**A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS MEIOS DE**  
**PROVA À NOVA REALIDADE CRIMINAL: NOVOS**  
**CENÁRIOS E NOVOS ATORES**

**ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR**

**Itajaí-SC março de 2016**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –**  
**PROPPEC**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E**  
**PRODUÇÃO DO DIREITO**

## **A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA À NOVA REALIDADE CRIMINAL: NOVOS CENÁRIOS E NOVOS ATORES**

**ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR**

Tese submetida ao Curso de Doutorado em  
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí  
– UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do  
título de Doutor em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa**

**Itajaí-SC março de 2016**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha esposa e filhos, pela paciência e compreensão nessa jornada, que somada a atividade como Diretor de Campus, Coordenador de Curso, Professor, Advogado, presidente ou integrante das mais diversas comissões e envolvido com outras dezenas de atividades, raramente são a prioridade.

À UNIVALI, que há muito já é meu sobrenome e por mais de duas décadas é a minha casa.

Aos muitos amigos da academia representados pelos professores Mário César dos Santos, José Roberto Provesi, Paulo Márcio Cruz e José Carlos Machado.

À minha inestimável amiga, grande colega de profissão e ideais, Helena Nastassya Paschoal Pítsica.

Aos meus amigos, e na maior parte do tempo meus “braços direitos”, Dirajaia, Milard, Tânia e Cleide.

Ao imprescindível Fernando Farias da Silva, exemplo de dedicação e competência.

À querida professora Aline Gostinski, pelo inestimável apoio desde o empréstimo de obras até a leitura crítica de boa parte deste trabalho.

Por fim, o maior agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa, que realmente orientou, sempre indicando o rumo certo que fez nascer esse trabalho. Trabalhou e incentivou sabendo que jamais conseguiria compensar-lhe por tamanha dedicação. Alma diferenciada que materializa e reflete competência, amizade e sabedoria.

## **DEDICATÓRIA**

À Nazaré, Nayara Priscilla, Raul Eduardo, Maria Eduarda e João Victor.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2016 .

**Alceu de Oliveira Pinto Junior**  
**Doutorando**

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	p.09
<b>ABSTRACT</b> .....	p.10
<b>RESUMEN</b> .....	p.11
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	p.12
<b>1 BASES TEÓRICAS DO PROCESSO PENAL</b> .....	p.16
1.1 LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO p.16	
1.2 TEORIA GERAL DO CRIME .....	p.20
1.2.1 Conceito de crime e os elementos de sua composição .....	p.20
1.2.1.1 A ação típica (tipicidade como elementar do crime) .....	p.30
1.2.1.2 A ação antijurídica (ilicitude como elementar do crime) .....	p.38
1.2.1.3 A ação culpável (culpabilidade como elementar do crime) .....	p.39
1.3 TEORIA DA PENA .....	p.41
1.3.1 A vingança como fundamento da pena .....	p.42
1.3.2 O declínio do conceito de vingança para a ascensão de um período humanitário e criminológico .....	p.47
1.3.3 O período contemporâneo .....	p.49
1.3.4 A finalidade da pena .....	p.50
1.3.5 A questão metodológica da dogmática jurídico-penal – o pensamento do problema e o pensamento do sistema .....	p.57
1.6 O processo penal como instrumento de garantia p.61	
<b>2 A PROVA COMO INSTRUMENTO DE CONVENCIMENTO NO PROCESSO PENAL</b> .....	p.71
2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO REFERENTE DE APLICABILIDADE .....	p.72
2.1.1 As Funções Principiológicas .....	p.74
2.1.2 Sistema acusatório x sistema inquisitório .....	p.76
2.1.3 Legalidade e Devido processo legal substancial .....	p.81
2.1.4 Presunção de Inocência .....	p.84
2.1.5 Exigência da dignidade da pessoa humana .....	p.87
2.2 A RESPONSABILIDADE PELA CONSTRUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO	

PENAL.....	p.90
2.3 AS POSSIBILIDADES TIPOLOGICAS DA PROVA.....	p.97
2.3.1 Possibilidade de Provas Diretas.....	p.100
2.3.1.1 Elemento objetivo: o fato (criminoso).....	p.101
2.3.1.2 Elemento subjetivo: a ação (criminoso).....	p.103
2.3.1.3 Elemento subjetivo: a intenção (criminoso).....	p.103
2.3.2 Prevalência das Provas Indiretas no processo penal.....	p.105
2.4 FORMAS DE CONSTRUÇÃO DE PROVA.....	p.111
2.4.1 Limites relativos à previsibilidade da forma de construção da prova.....	p.114
2.4.2 Limites relativos ao aproveitamento da prova emprestada p.117	
2.4.3 Limite relativo à licitude na proposição e construção da prova.....	p.120
2.3.2 Prevalência das Provas Indiretas no processo penal.....	p.101
<b>3 EVOLUÇÃO SOCIAL E TECNOLÓGICA E OS NOVOS RUMOS DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>p.131</b>
3.1 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA.....	p.131
3.2 A EVOLUÇÃO DOS ATORES CRIMINAIS E OS NOVOS CRIMES p.138	
3.2.1	Terrorismo
p.140	
3.2.2 Narcotráfico.....	p.143
3.2.3 Cibercrimes.....	p.144
3.3 A MODERNIZAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA.....	p.146
3.3.1 Prova Judicial Via Satélite e Interrogatório à Distância.....	p.150
3.3.2 Redes Sociais, Mensagens de Texto e E-mails.....	p.153
3.3.3 Banco de Perfis Genéticos.....	p.154
<b>4 ESTUDO DE CASO.....</b>	<b>p.159</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>p.179</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>p.183</b>



## RESUMO

A presente Tese de Doutorado está inserida na área de concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, e a linha de pesquisa é Princiologia Constitucional e Política do Direito. As mudanças, que são consequências da evolução científica e tecnológica, ocorrem no mundo jurídico na medida em que acompanha o aperfeiçoamento da capacidade de entendimento humano em relação ao seu próprio meio. A Sociedade evolui e o Estado deve acompanhar. No presente trabalho são analisados aspectos relativos às provas no processo penal, a necessidade de adequação dos meios de prova à nova realidade criminal, bem como os novos cenários e atores desta realidade esculpida através da evolução da ciência e da tecnologia, e, ainda, bem como seu impacto nas relações humanas, na criminalidade e no Direito. Demonstrando a necessidade de adequação dos meios de prova à nova realidade cultural, social, científica e tecnológica.

**Palavras-chave: Provas; Meios de Obtenção de Provas; Processo Penal.**

## **ABSTRACT**

The Doctoral Thesis This is within the area of Constitutionality concentration, Transnationality and Doctoral Course Law Production of Juridical Science, and the search line is Constitutional principles, and Law Policy. The changes, which are consequences of scientific and technological developments occur in the legal world as accompanying the improvement of human understanding capacity in relation to its own environment. Society evolves and the State must follow. In this paper we analyzed aspects relating to evidence in criminal proceedings, the need for adequacy of evidence to the new criminal reality as well as new scenarios and actors of this reality carved through the evolution of science and technology as well as its impact on human relations, crime and law. Demonstrating the need for adequacy of the evidence available to new cultural, social, scientific and technological reality.

**Keywords: Evidence; Evidence of means; Criminal Procedure.**

## RESUMEN

La Tesis Doctoral Esto está dentro del área de concentración de Constitucionalidad, la transnacionalidad y Curso de Doctorado Ley de producción de Ciencias Jurídicas, y la línea de búsqueda son los principios constitucionales y la política de derecho. Los cambios, que son consecuencias de los avances científicos y tecnológicos se producen en el mundo jurídico que acompaña a la mejora de la capacidad del entendimiento humano en relación con su propio entorno. La Sociedad evoluciona y el Estado debe seguir. En este trabajo se analizaron aspectos relativos a la prueba en el proceso penal, la necesidad de adecuación de las pruebas a la nueva realidad delictiva, así como nuevos escenarios y los actores de esta realidad tallado a través de la evolución de la ciencia y la tecnología, así como su impacto en las relaciones humanas, el crimen y la ley. Lo que demuestra la necesidad de adecuación de la evidencia disponible a la nueva realidad cultural, social, científica y tecnológica.

**Palabras clave: Prueba; Evidencia de medios; Procedimiento Penal.**

## INTRODUÇÃO

A presente Tese de Doutorado está inserida área de concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito do Curso, e a linha de pesquisa é Principiologia Constitucional e Política do Direito. O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é identificar os novos meios de obtenção de provas, bem como as novas possibilidades probatórias trazidas pelo desenvolvimento científico e tecnológico da atualidade. Com essa evolução o processo penal brasileiro pode se tornar mais ágil, justo e eficiente, promovendo um desfecho mais seguro para cada processo, com a utilização de provas mais confiáveis e modernas. O problema enfrentado pela presente pesquisa é: Por que o Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção delas no processo penal brasileiro?

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) O Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção delas no processo penal para se beneficiar das inovações científicas e tecnológicas, já que é obrigação do Estado utilizar todos os meios disponíveis de obtenção de provas.

b) O Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção delas no processo penal para garantir um processo penal cujo resultado respeite as garantias constitucionais, tendo em vista que existem novas tecnologias, não utilizadas ainda, mais precisas e confiáveis.

c) O Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção

delas no processo penal para se adequar aos novos crimes, considerando que os meios de prova utilizados até então não são capazes de fazer frente à evolução dos novos atores criminais e dos novos tipos de crimes.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese, de forma sintetizada, como segue.

A construção deste trabalho inicia no primeiro capítulo com um resgate teórico das bases do processo penal para a demonstração da importância da evolução da prova produzida ou a ser produzida para fins criminais. Assim apresenta-se normas jurídicas, que através da tipificação de condutas estabelece aquelas que constituem crimes e suas respectivas penas, além de determinar o âmbito de validade, a estrutura, os elementos e a aplicação e execução das penas, entre outras medidas relacionadas com a construção do conjunto probante no processo penal.

Parte-se do princípio que a legitimidade do poder punitivo funda-se na fixação de regras sociais para assegurar a estabilidade das relações. As condutas que potencialmente são as mais indesejadas restam taxadas como crimes e, conseqüentemente, impõem uma respectiva pena. A escolha da pena relacionada à conduta tem por fundamento a teoria geral do crime.

Pretende-se verificar a incidência da lei penal no caso concreto como sendo subordinada a determinadas comprovações. O fato deverá ser típico, ser ilícito, ter produzido resultado e praticado por sujeito culpável. Cada um desses elementos poderá ser objeto da prova penal.

Ao se perceber a teoria do crime, importará avançar sobre a teoria da pena representada pela sua dupla objetividade, no âmbito preventivo e repressivo. A análise dessa dupla característica aponta para a sua finalidade que não é dissociada de seu fundamento, pois pretende-se diferenciar se o foco da pena é o problema ou o próprio sistema jurídico penal.

Considerando-se o processo penal como o caminho entre o direito penal civilizatoriamente colocado e a pena aplicada conforme sua finalidade, a

prova penal irá destacar-se como principal conjunto para a formação do convencimento do magistrado.

A prova penal, então, passará a ser analisada no segundo capítulo como o instrumento de convencimento no processo penal. Proceder-se-a uma reflexão quanto aos referentes constitucionais tidos por indispensáveis de serem observados na construção da prova partindo-se do falso dilema entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, o necessário respeito à dignidade da pessoa humana, a exigência do devido processo legal substancial, e o reconhecimento da presunção de inocência.

Definida a orientação probatória, buscar-se-a um estudo sobre a questão de limitar a responsabilidade por sua construção no processo penal. Sendo o ônus da prova exclusivo da acusação, essa assume a responsabilidade e o risco de apresentar um argumento e demonstrar cabalmente a sua ocorrência ou de não conseguir sustentá-lo. A escolha do tipo de prova indicará o alcance da carga probante nele (processo) inserida.

A prova assume a pretensão de trazer ao processo o conhecimento aproximado de um fato histórico ou de uma circunstância, e, por consequência, convencer o julgador. Não é, quanto ao fato, a representação de sua existência, mas o reflexo de um acontecimento ou o conhecimento de uma qualidade ou circunstância. E é a relação da prova com o que se pretende provar que aponta para sua tipologia, quando ela se relaciona, direta ou indiretamente com seu objeto. O tipo da prova necessariamente vincula a forma de sua construção. O modo de construção do meio de prova passa por etapas distintas que são fundamentais para a sua validade, quais sejam, a proposição, a admissão e a produção propriamente dita. Segue-se, então, a análise, que resulta na valoração da prova.

A questão central, neste ponto, encontra-se na licitude da prova a ser analisada. As provas consideradas ilícitas, ou seja, aquelas propostas, admitidas ou, especialmente, quando produzidas de forma contrária ao ordenamento, não poderão gerar efeitos no convencimento do juiz pra fins de prolação e decreto condenatório. Assim, deverão ser observados os limites relativos à previsibilidade

da forma de construção da prova, bem como à prova emprestada e à licitude na proposição e construção da prova.

Toda a lógica das provas leva, portanto, ao terceiro capítulo que versará sobre a evolução social e tecnológica e os novos rumos do processo penal, explorando os avanços observados na sociedade, nos criminosos, nos crimes, no processo penal e nos meios de investigação e produção de provas. Não é o objetivo deste trabalho produzir uma análise criminológica dos novos atores criminais e dos novos cenários de crimes, mas apontá-los como decorrentes da própria evolução tecnológica.

Por fim, é feita uma breve análise de caso, à título exemplificativo, sobre a exigência de atenção aos novos cenários criminais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de adequação dos meios de prova à nova realidade criminal relacionadas aos novos cenários e novos atores.

O Método na fase de Investigação é o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados o Método Cartesiano e no Relatório da Pesquisa a base indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, são acionadas as Técnicas do Referente<sup>1</sup>, da Categoria<sup>2</sup>, do Conceito Operacional<sup>3</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “[...] **explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa**” (grifo no original). In. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 65.

<sup>2</sup> “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia**” (grifo no original). In. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 36.

<sup>3</sup> “[...] é uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. In. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 50.

Nesta Tese de Doutorado as categorias principais e seus conceitos operacionais são apresentadas no próprio texto e grafadas com a letra inicial em maiúscula.

---

<sup>4</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. *In*. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.p. 215.

## CAPÍTULO 1

### BASES TEÓRICAS DO PROCESSO PENAL

Este capítulo busca, num primeiro momento, resgatar teoricamente as bases do processo penal que tem como resultado a aplicação de uma pena. Considerando que a escolha da pena deve fundar-se na Teoria Geral do Crime, esta é apresentada na sequência. E, tendo o crime por resultado esperado a aplicação de uma pena, avança-se para a Teoria da Pena na sua dupla objetividade vingativa e preventiva.

#### 1.1 LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO

Para a compreensão da importância quanto a evolução da prova no processo penal, faz-se necessário verificar as bases teóricas do Direito Penal. Ele é formado pela apresentação das normas jurídicas, que através da tipificação de condutas estabelece aquelas que constituem crimes e suas respectivas penas, além de determinar o âmbito de validade, a estrutura, os elementos e a aplicação e execução das penas, entre outras medidas<sup>5</sup>.

O crime, que individualmente é o fato humano, com suas particulares contingências concretizado, como uma particular violação de um particular direito, pode ser considerado específica e genericamente: especificamente, em relação às suas condições essenciais, por aquele fator humano particular, uma determinada violação do direito; genericamente, em relação às condições essenciais, pelas quais aquele fato humano constitui, não esta ou aquela espécie de violação, mas uma violação do direito em geral.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 50.

<sup>6</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 11.

Rousseau<sup>7</sup> mostrou que a busca dos indivíduos em estabelecer regras sociais, objetivando uma maior e pretensamente perene estabilidade para as relações, gerou uma cessão de parcela da liberdade individual como garantia, originando o hipotético contrato social. Para a obediência às regras desse contrato, além das regras próprias de convivência e a regulação de relações pelo próprio Estado, o direito penal passou a ser um instrumento capaz de constranger os indivíduos a obedecerem às regras do pacto administrado pelo Estado. Tudo para garantir uma paz mais duradoura, tentar diminuir as guerras e dar mais segurança para os próprios integrantes da coletividade. Cessare Beccaria também segue esse raciocínio quando coloca que:

Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança.

A soma de todas essas porções de liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal. Mas não foi suficiente apenas estabelecer esse depósito; também foi necessário defendê-lo da usurpação de cada indivíduo, que sempre se empenhará para não apenas tomar da massa sua própria porção, mas também usurpar aquela de outros. Portanto, alguns motivos que agridem os sentidos necessitam ser criados para impedir que o despotismo individual mergulhasse a sociedade, novamente, em seu antigo caos. Esses motivos são as penas estabelecidas contra os infratores da lei.<sup>8</sup>

Ao vislumbrar a história da humanidade é possível perceber que aquelas condutas indesejadas, taxadas como crimes, sempre fizeram parte das relações humanas, ocorrendo variações no tempo e espaço do caráter atribuído às sanções aplicadas aos infratores das regras de convívio. Numa exposição linear de todas as condutas humanas possíveis sempre será percebido, de um lado, as condutas mais virtuosas e, de outro, aquelas ditas indesejáveis, do ponto de vista da Sociedade onde está conduta está inserida. Em regra, são as condutas que potencialmente apresentam-se como as mais indesejáveis é que são tipificadas como crimes. Em qualquer Sociedade existem condutas mais ou menos desejadas por parte dos seus

---

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 20-21.

<sup>8</sup> BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p.12

membros. Às mais graves são impostas sanções (no sentido de penas criminais). A finalidade dessa sanção sofreu variações conforme o contexto onde ocorria.

A pena é uma instituição muito antiga, cujo surgimento se registra nos primórdios da civilização, já que cada povo e todo período histórico sempre teve seu questionamento penal, inicialmente, como uma manifestação de simples reação natural do homem primitivo para a conservação de sua espécie, sua moral e sua integridade, após, como um meio de retribuição e intimidação, através das formas mais cruéis e sofisticadas de punição, até nossos dias, quando pretende-se afirmar como uma função terapêutica e recuperadora.<sup>9</sup>

Nas comunidades mais antigas o controle social tinha, também, uma conotação divina. Era necessário seguir as regras sociais relativas às condutas desejáveis sob pena de, numa interpretação contextualizada, aborrecer os deuses. Quem infringisse as normas seria castigado em nome dessas divindades como forma de vingança pelos atos praticados<sup>10</sup>. João José Leal ensina que:

É certo que, desde as origens, a sociedade humana esteve sujeita a um conjunto de normas de conduta e de organização. Nos primórdios, em consequência da simplicidade das relações individuais e coletivas e do misticismo que envolvia a mentalidade do homem primitivo, os preceitos da crença religiosa, seguidos com absoluto rigor e a força dos costumes, das tradições e das superstições, foram suficientes para manter a ordem social. Nesse sentido, é válida a opinião de Paul Roubier de que, 'nas sociedades antigas, a severidade dos costumes e a coação religiosa permitiam obter espontaneamente o que o direito só conseguiu mais tarde, com muito trabalho'.<sup>11</sup>

Ao passar do tempo, com a evolução da humanidade nos seus aspectos morais, culturais e científicos, as relações sociais foram se modificando, em maior ou menor grau, dependendo de fatores culturais e científicos, dando origem as primeiras civilizações. Cada uma dessas civilizações, considerando especialmente elementos metafísicos decorrentes de crenças e valores e os elementos científicos decorrentes do próprio progresso cultural, acabaram por definir os limites entre o direito, a moral, a religião e os costumes, bem como a influência de cada um dentro

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2ª ed. revista e ampliada. Florianópolis: Ed. UFSC. 1996. p. 21.

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 19.

<sup>11</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 35.

do seu ordenamento jurídico, fato que persiste até os dias de hoje.<sup>12</sup>

Modernamente, se o indivíduo age de forma contrária à lei, promovendo conduta proibida e com culpa, materializando desta forma a hipótese tipificada pela norma penal, ao Estado resta legitimado ao direito de punir através da aplicação da pena que a norma destina à hipótese. Como colocou Beccaria: “as penas são tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos”<sup>13</sup>.

Mas nem sempre essa lógica de soberania do Estado na aplicação da pena existiu durante a história da humanidade. As sanções apresentaram-se das mais diversas formas, ritos e finalidades. Vão desde a mais grave, como a morte, até trabalhos forçados, castigos físicos, privação da liberdade, imposição pecuniária, restrição ou supressão de determinados direitos, entre outras. Como mostra João José Leal:

Ao longo da história, praticou-se um interminável holocausto, marcado por execuções daqueles que violaram as leis do tabu, que proferiram blasfêmias e heresias, que foram considerados feiticeiros ou bruxos, ou que simplesmente manifestaram divergências de ordem política, filosófica ou religiosa. Outras condutas, também punidas até pouco tempo atrás com a morte do infrator, hoje são sancionadas com penas bem mais leves, numa demonstração segura do contínuo abrandamento do sistema punitivo.<sup>14</sup>

Importante destacar que o poder soberano citado por Rousseau e Beccaria se refere ao Estado no contexto atual. Foi o Estado que recebeu dos cidadãos esse poder e legitimidade para impor sanções. Porém, não se trata de um poder absoluto, haja vista a necessidade de se observar a lei.

Assim, tem-se acordado que ao Estado compete o direito de punir aqueles que apresentarem condutas proibidas pelo acordo social. Da mesma forma que o Estado se obriga a cumprir o disposto no contrato, ou no caso a lei, quando exercer o direito de punição. A modernidade das relações humanas e sociais impôs

---

<sup>12</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 36.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p.13.

<sup>14</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 313.

uma evolução na regulação das penalidades que exigem, constantemente, o estudo do crime não só sob a égide do controle social, mas como elemento regulador das relações humanas.

Mas tais penalidades, como visto, não são originárias ou causais. São decorrentes dos crimes previstos e consequenciais do reconhecimento da conduta criminosa. A pena imposta será, ou deverá ser, sempre, em decorrência da prática ou omissão de determinada conduta. As escolhas das condutas proibidas são apreciáveis na teoria geral do crime.

## **1.2 TEORIA GERAL DO CRIME**

### **1.2.1 Conceito de crime e os elementos de sua composição**

As infrações penais no Brasil são divididas em crimes e contravenções, integrando a categoria dos delitos em geral. O Decreto-lei n. 3.914 de 9 de dezembro de 1941<sup>15</sup> descreve a distinção entre eles. Para alguns doutrinadores, como Cezar Bitencourt<sup>16</sup>, ontologicamente não há diferença entre crimes e contravenções, pois estas apresentam menor gravidade em relação aos crimes e forma distinta na execução das penas. Logo, o fundamento da distinção é puramente político-criminal. Certamente há muito mais semelhanças do que diferenças, pois nos dois casos trata-se de um fato típico e antijurídico, de maior ou menor potencial lesivo para a Sociedade.

Sem uma diferença substancial entre crimes e contravenções, não é possível indicar um elemento de ordem ontológica que represente uma característica particular de um ou de outro, sendo distinguidos apenas pelo procedimento adotado, pelas penas impostas e pela forma de cumprimento em cada caso. Neste sentido, Nucci explana que: “o direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e

---

<sup>15</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.

contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial, situando-se, tão somente, no campo da pena”<sup>17</sup>.

Para efeitos deste trabalho será tratado o gênero delito como sinônimo de infração penal e as espécies como crimes e contravenções, ambas devidamente definidas em lei.

As principais diferenças entre os dois tipos de infração penal residem em alguns elementos que lhes são próprios. Na contravenção a ação penal é pública incondicionada (art. 17, Lei de Contravenções Penais - LCP<sup>18</sup>); a competência é exclusiva da Justiça Estadual, com a exceção no caso de ter o acusado foro por prerrogativa de função na Justiça Federal, objetivamente aos Juizados Especiais Criminais, nos termos dos arts. 60 e 61, da Lei 9.099/95<sup>19</sup>; a Lei brasileira não alcança contravenções ocorridas no exterior (art. 2º, LCP); a tentativa de contravenção não é punível (art. 4º, LCP); a pena privativa de liberdade que incide nos casos de contravenção é de prisão simples (art. 6º, LCP); 5 anos (art. 10, LCP) é o limite de tempo da pena; e, o prazo de suspensão condicional da pena é de 1 a 3 anos (art. 11, LCP).

Nos crimes, diferentemente das contravenções, a ação penal pode ser pública ou privada (art. 100, do Código Penal - CP<sup>20</sup>); a competência pode ser da justiça estadual ou da justiça federal; as tentativas são puníveis (art. 14, parágrafo único, CP); é possível a extraterritorialidade (art. 7º, CP); as penas privativas de liberdade que incidem são a reclusão ou a detenção (art. 33, CP); o limite máximo de tempo de pena é de 30 anos (art. 75, CP); e, o prazo de suspensão condicional da pena é de 2 a 4 anos (art. 77, CP).

No Brasil, portanto, mesmo considerando doutrinariamente que o delito

---

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Lei n. 3.688/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm#art72](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm#art72). Acesso em 8 de janeiro de 2015.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei n. 9.099/95. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em 8 de janeiro de 2015.

<sup>20</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848/40. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 8 de janeiro de 2015.

(ou infração penal) é gênero do qual o crime e a contravenção são espécies, tratar-se da teoria geral do delito ou da teoria geral do crime engloba a mesma dimensão de análise. Especificamente, então, o vocábulo delito, assim como o vocábulo crime acabam por incorporar as condutas contravencionais neste momento de buscar o conceito e os elementos constitutivos do ilícito.

Diversamente do Brasil, em outros países como Espanha, Rússia, França e Alemanha, o crime, o delito e a contravenção correspondem a infrações diferentes, de acordo com a gravidade do fato, neste sentido leciona Francisco Muñoz Conde: *“Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave; son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve”*<sup>21</sup>.

Prado aponta que a origem dessa teoria tripartida das infrações (delito, crime e contravenção) deu-se no Código Penal da França em 1791, que naquela época considera infrações que lesavam direitos naturais como crimes; as infrações que violavam os direitos originários do contrato social seriam os delitos; e se a infração ofendesse disposições e regulamentos de polícia seria considerada uma contravenção.<sup>22</sup>

Essa forma tripartida não foi recepcionada ou acompanhada na legislação brasileira, que adotou uma teoria bipartida, separando, somente, crimes de contravenções, considerando, esses, os delitos cujas consequências são menores quando comparadas com as condutas definidas como crimes.

O vocábulo crime vem do latim *“criminis”*, significando queixa, injúria, erro, enfim, uma acepção semântica relacionada com a ideia de “mal”. Franz von Liszt conceitua crime como “o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trata de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao direito”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24-25.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 9 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 248.

<sup>23</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>24</sup> determinou, no artigo 5º, inciso XXXIX que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal princípio da anterioridade garante que somente os atos definidos como crime na lei poderão ser objeto de punição por parte do Estado, sendo que essa punição deverá da mesma forma observar o que a lei prevê.

Do ponto de vista formal, o crime representa a descrição de uma conduta reprovável expressa em lei, ou seja, só é crime se a lei considerar como tal. Segundo Teles: “o crime, do ponto de vista formal, é o comportamento humano proibido pela normal penal, ou, simplesmente, a violação desta norma”<sup>25</sup>.

João José Leal nos ensina que:

Segundo a concepção formal, crime é a conduta proibida e sancionada pela lei penal. É exatamente esse caráter de pura contrariedade formal ao Direito, que é acentuado nessa definição: crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena. É como se a nocividade, a perversidade, a imoralidade ou o caráter antissocial da conduta ilícita surgisse com a promulgação da norma incriminadora ou fosse pura criação desta.<sup>26</sup>

O conceito formal de crime sofrerá variações de acordo com a sociedade e sua legislação onde está sendo apreciado, pois cada povo adotará uma legislação específica que conterà as definições das condutas puníveis.<sup>27</sup>

Assim, no conceito formal, crime seria uma contradição entre a lei penal e o fato praticado pelo agente. Nas palavras de Giuseppe Maggiore: “Crime é qualquer ação punível”<sup>28</sup>, já Manoel Pedro Pimentel afirma que “Crime é uma conduta (ação

---

de Janeiro: Editora F. Briguret & C., 1899, p. 183.

<sup>24</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5º, inciso XXXVII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

<sup>25</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral: artigos 1º ao 120. V. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 152.

<sup>26</sup> LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 181.

<sup>27</sup> TORRES, Douglas Dias. A evolução da culpabilidade no direito penal e a possibilidade de quesitação pelo júri das causas supraleais de sua exclusão. 2001, p.01. Artigo disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11563-11563-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 de out. de 2014.

<sup>28</sup> MAGGIORE, Giuseppe. **Direito Penale**. v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951, p. 189.

ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui pena”<sup>29</sup>.

Do ponto de vista material, o crime é a violação de um bem jurídico penalmente protegido. Constitui uma ação ou omissão que contraria os valores ou interesses da Sociedade e que tem na ameaça de pena não só uma retribuição pelo mal causado, mas também a intenção de intimidar os indivíduos a não cometer crimes, bem como intimidar a própria Sociedade pela eminência da pena no caso da prática da conduta proibida. O crime sob a análise material, nas palavras de Fragoso é: “a ação ou omissão, que a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir que seja proibida sob ameaça de pena”<sup>30</sup>.

Materialmente o crime é concebido a partir do caráter de nocividade, de lesividade, de imoralidade e de periculosidade da conduta em relação à Sociedade. São essas características que tornam a conduta indesejada ao ponto de buscar-se na lei penal o elemento de intimidação pretensamente hábil a obstar a prática das condutas típicas.

Noronha propõe um conceito material de crime como sendo “a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”<sup>31</sup>. Leal considera-o uma “conduta ofensiva a determinados bens fundamentais para a coexistência social: a vida, a honra, o patrimônio, o meio ambiente, a liberdade individual, etc”<sup>32</sup>.

É o fato humano que lesa, ofende ou expõe a perigo bens juridicamente protegidos aos quais se impõe uma pena. Neste sentido leciona Aníbal Bruno como sendo “um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social, e por isso protegido pelo Estado sob ameaça de uma pena”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2.

<sup>30</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 145.

<sup>31</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 410.

<sup>32</sup> LEAL, José João. *Direito Penal Geral*. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 182.

<sup>33</sup> Bruno, Aníbal. **Direito Penal, parte geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.285.

Assim, verifica-se que se o bem ofendido não for protegido pelo Estado não será possível configurá-lo como crime. Conforme a lavra de Jiménez de Asúa, o “Crime é a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão e perigosidade social.”<sup>34</sup>

Mesmo à vista dos conceitos formal e material, a definição de crime ainda resta insuficiente. Não basta apenas o ato ser uma conduta descrita em lei ou que ofenda um bem jurídico penalmente tutelado. Uma nova formulação conceitual, chamada de analítica ou dogmática, buscou enquadrar o ato na perspectiva de que todos os elementos essenciais devem estar presentes para caracterizar a sua configuração.

Neste sentido, Bitencourt preconiza que os conceitos formal e material são “insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime”<sup>35</sup>.

Essa ótica, porém, não apresenta consenso entre os doutrinadores, originando uma série de teorias que objetivam conceituar o crime e seus elementos essenciais. Luiz Régis Prado mostra a evolução histórica desses elementos:

A ação, como primeiro requisito do delito, só aparecera com Berner em 1857, sendo que a idéia de ilicitude, desenvolvida por Rudolf von Lhering em 1867 para área civil, fora introduzida no Direito Penal por obra de Franz von Liszt e Beling em 1881, e a culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolvera-se pelos estudos de Binding em 1877. Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling em 1906, surgira a ideia de tipicidade.<sup>36</sup>

Só existe o Direito Penal porque existe um acordo de conduta social por vezes não cumprido por unidade ou parcela deste grupo social que estabeleceu o acordo. Esse descumprimento de regras sociais enseja uma reação da coletividade

---

<sup>34</sup> ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. v. 3. Buenos Aires: Losada. 1951, p. 61.

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 210.

<sup>36</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120-10. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.

que entende estar cumprindo sua parte no acordo. O acordo social determina inicialmente quais condutas seriam mais gravemente refutadas para serem tratadas como crimes. O estudo dessa determinação originou a teoria do crime, que representa a base do Direito Penal. Tal teoria elenca os elementos e requisitos para que se reconheça que foi praticado uma determinada conduta definida como crime.

Segundo Francisco Muñoz Conde, a teoria geral do delito deve inicialmente conceituar o crime, determinando quais as características comuns que deve possuir um fato para ser considerado como uma infração à norma penal, com a conseqüentemente atribuição de uma pena. Esse raciocínio é decorrente do princípio *nullum crimen sine lege*.<sup>37</sup>

São duas as principais correntes que vigoram no Brasil quanto à teoria do crime.

A primeira corrente é a bipartida, cujos principais representantes são Damásio de Jesus, Flavio Augusto Monteiro de Barros, José Frederico Marques, Renato Nalini Fabbrini, Maggiore, Cleber Masson, Fernando Capez, Celso Delmanto, Renê Ariel Dotti, Julio Fabbrini Mirabete, entre outros. Segundo esta corrente o conceito de crime representaria um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade considerada muito mais um pressuposto da pena do que um elemento do crime. Esse entendimento é decorrente do fato de que o crime pode existir sem a culpabilidade. Diferentemente do que ocorre com a ausência de ilicitude, pois não existirá crime se não existir a ilicitude do fato.<sup>38</sup>

Para Barros: “a teoria bipartida é a que melhor soluciona os problemas da ciência penal, pois, com a predominância do finalismo, o dolo e a culpa deixam de pertencer à culpabilidade”<sup>39</sup>. Neste sentido aponta que a culpabilidade estaria a

---

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2001, p. 01.

<sup>38</sup> CHAVES, Talyta de Lima. **Bipartida ou tripartida?** Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3997, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28195>>. Acesso em: 8 out. 2014.

<sup>39</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**: v. I. 5 ed. rev.e atual. 2006, p 119.

conduta, e arremata: “esvaziou-se, destarte, a culpabilidade que, por isso, deve ser tratada como pressuposto da pena e não mais como elemento do delito”<sup>40</sup>.

A segunda corrente principal é a tripartida, que tem como principais defensores Luis Regis Prado, Cezar Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Edgard Magalhães Noronha, Rogério Greco, Heleno Fragoso, Frederico Marques, Paulo José da Costa Júnior, Aníbal Bruno, Néelson Hungria, Guilherme Nucci, Fernando Galvão, Juarez Tavares, entre outros.

Esta concepção tende a ser majoritária, conforme define Assis Toledo<sup>41</sup>:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).

Além de ser a corrente majoritária, a percepção tripartida do crime é também a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro.

A Teoria Naturalista ou Causal, mais conhecida como Teoria Clássica, concebida por Franz von Liszt, a qual teve em Ernest von Beling um de seus maiores defensores, dominou todo o século XIX, fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Para ela, o fato típico resultava de mera comparação entre a conduta objetivamente realizada e a descrição legal do crime, sem analisar qualquer aspecto de ordem interna, subjetiva. Sustentava que o dolo e a culpa sediavam-se na culpabilidade e não pertenciam ao tipo. Para os seus defensores, crime só pode ser fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável, uma vez que, sendo o dolo e a culpa imprescindíveis para a sua existência e estando ambos na culpabilidade, por óbvio esta última se tornava necessária para integrar o conceito de infração penal.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*: v. I. 5 ed. rev.e atual. 2006, p 119.

<sup>41</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999, p. 30.

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral: (arts. 1º a 120) 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

A Teoria Tripartida era, portanto, a base da Teoria Clássica. Essa corrente considera o crime um fato típico, antijurídico e culpável. Ou seja, se qualquer um desses elementos estiver ausente não há possibilidade de entender a conduta praticada como um crime. Trata-se dos casos em que o fato não é ilícito ou está enquadrado em uma das hipóteses de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Leal aponta que Ernst von Beling inseriu um novo elemento ao reformular o conceito analítico de crime afirmando que “o crime passou a ser definido, do ponto de vista dogmático, como a conduta humana, típica, antijurídica e culpável. Este conceito passou a ser entendido como o mais adequado para definir o crime do ponto de vista técnico jurídico”. E finaliza indicando que “a infração penal é decomposta em seus três elementos técnico jurídicos ou doutrinários: ações típicas, antijurídicas e culpáveis”<sup>43</sup>.

Para esta segunda corrente crime é então um fato típico, ilícito e culpável, e conforme discorre Dotti:

a conduta é representada por uma ação ou omissão humana dirigida a um fim; a tipicidade é a adequação, objetiva e subjetiva, dessa conduta a uma a uma norma legal; a ilicitude é a qualidade de um comportamento não autorizado pelo Direito e a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta do sujeito que tem ou pode ter a consciência da ilicitude e de atuar segundo as normas jurídico-penais.<sup>44</sup>

Luís Augusto Freire Teotônio traz o mesmo raciocínio:

Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> LEAL, José João. Direito Penal Geral. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 184.

<sup>44</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300-301.

<sup>45</sup> TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais**. Campinas – SP: ed. Minelli. 2002, p. 120.

Destaca-se a definição de Winfried Hassemer sob a perspectiva analítica do crime nessa corrente tripartida, que seria: “*La definicion según la cual el hecho punible es la acción típica, antijurídica y culpable*”<sup>46</sup>.

As duas correntes apresentadas acima, bipartida e tripartida, como já dito, são as principais, no entanto existem outros entendimentos.

Um deles é o da teoria quadripartida ou tetrapartida. Essa teoria defende que o crime, sob o aspecto analítico, é um fato típico, antijurídico, culpável e punível. Essa corrente não possui uma representação considerável no Brasil, sendo defendida por Basileu Garcia.

Toledo critica na sua doutrina essa teoria afirmando que a “pena criminal, como sanção específica do direito penal ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito de crime. Ao contrário, pressupõe um crime já aperfeiçoado”<sup>47</sup>.

Também Noronha segue a mesma lógica quando afirma que: “A pena, então, não integra o delito, por ser este seu pressuposto. Realmente, tê-la como constitutiva do crime é considerar como elemento da causa o efeito”<sup>48</sup>.

Segundo Fernando Galvão e Rogério Greco, internacionalmente essa teoria é defendida pelo professor Claus Roxin, da Universidade de Munich, posto que: “Considerando que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídico penal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do crime”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: casa editorial Boch – Urgel, 51 bis. 1984, p. 255.

<sup>47</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.81.

<sup>48</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal; Introdução e Parte Geral*. Vol. I, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 102.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal y Estructura del Delito**, Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal. Barcelona: PPU, 1992. p. 62 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p.49.

A teoria pentapartida do crime foi vislumbrada por Francesco Carnelutti, que adotou em seu estudo qualitativo do delito conceitos sistemáticos peculiares ao negócio jurídico, sem o diferenciar ontologicamente do delito, como: “da capacidade, da legitimação, da causa, da vontade e da forma”<sup>50</sup>.

Analisados os três aspectos de conceitualização do crime, vislumbra-se a necessidade de discorrer sobre seus pressupostos. Como já mencionado anteriormente, no Brasil para que uma conduta seja considerada crime é necessária a presença de três pressupostos, que lhes são elementar: o fato precisa ser típico, antijurídico e culpável. Importante salientar que o crime é um fato único, não pode ser dividido, mas para facilitar a compreensão adota-se essas três etapas. Impossível seria saber o momento exato em que o agente ultrapassa os limites entre o fato típico e a ilicitude, e da mesma forma da ilicitude para a culpabilidade, tudo isso ocorre em conjunto.

Para incidir a lei penal no caso concreto, há que se comprovar se o fato é típico, se possui ilicitude, se produziu resultado e, se o sujeito é culpável. A análise de cada um desses elementos revela-se importante posto que cada um poderá ser objeto da prova penal.

#### **1.2.1.1 A ação típica (tipicidade como elementar do crime)**

O primeiro elemento do crime a ser analisado é a tipicidade do fato. Essa tipicidade corresponde à conduta considerada crime pela lei que expõe detalhadamente seus elementos. Para Noronha Fato Típico é: "a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime"<sup>51</sup>.

O fato típico, no entendimento de Bitencourt, é:

um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem

---

<sup>50</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria General del Delito**, p. 56-256 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999, p.48.

<sup>51</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal; Introdução e Parte Geral**. Vol. I, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 96.

uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que lhes corresponda perfeitamente.<sup>52</sup>

Segundo Teles, "a primeira característica do crime é ser um fato típico, descrito, como tal, numa lei penal. Um acontecimento da vida que corresponde exatamente a um modelo de fato contido numa forma penal incriminadora" e complementa, como condição de exigibilidade, "para que determinado fato da vida seja considerado típico, é preciso que todos os seus componentes, todos os seus elementos estruturais sejam, igualmente típicos"<sup>53</sup>.

O fato típico é formado por grupos de elementos objetivos, subjetivos e normativos. Os elementos objetivos estão relacionados à concretude da descrição e de acordo com Nucci, "são os componentes do tipo passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial (sentidos humanos)"<sup>54</sup>. Já os elementos subjetivos referem-se ao propósito, a motivação pessoal do agente. Para Damásio, são aqueles "concernentes ao estado anímico ou psicológico do agente"<sup>55</sup>.

Os elementos normativos correspondem aos componentes passíveis de valoração moral personalíssima, o que dificulta consideravelmente qualquer tipo de conceituação unânime. Como explica Greco, os "Elementos Normativos são aqueles criados e traduzidos por uma norma ou que, para sua efetiva compreensão, necessitam de uma valoração por parte do intérprete"<sup>56</sup>.

Para que determinada conduta seja considerada típica ela deve atender a quatro características estruturais: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade penal. A conduta refere-se a uma ação ou omissão convertida para um objetivo. Noronha compreende ação como o "movimento do corpo, quer por meio dos membros

---

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258.

<sup>53</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral: artigos 1º ao 120º. V. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 165.

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

<sup>55</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. I, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 272.

<sup>56</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 171.

locomotores, quer por meio de músculos, como se dá com a palavra e o olhar"<sup>57</sup>.

A omissão ocorrerá, necessariamente, sempre que a conduta analisada não for uma ação, ou seja, se não houver nem uma, nem outra (ação ou omissão), também não haverá crime. Diferente da citação de Noronha acima proferida, a omissão é a abstenção de qualquer movimento do corpo pelo indivíduo. Neste prisma, leciona Nucci: "omissão é a conduta negativa, voluntária e consciente, implicando em um não fazer, voltado a uma finalidade"<sup>58</sup>.

Para Greco:

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).<sup>59</sup>

Trata-se do brocardo *nullum crimen sine actione*. Se houver crime haverá uma conduta (positiva ou negativa), a ação ou omissão é um pré-requisito do crime. Ao exteriorizar a sua vontade, o indivíduo de forma comissiva ou omissiva, o faz de forma espontânea e com consciência, culposa ou dolosamente, buscando uma finalidade específica, isso representa o crime de forma prática.

A doutrina apresenta uma série de teorias tendentes a elucidar a ação delitiva dentro do fato típico. É possível destacar três conjuntos teóricos, quais sejam, a teoria causalista, a teoria finalista, e a teoria social da ação.

A teoria Causalista (ou Naturalista) foca na voluntariedade da ação delituosa, independentemente do desfecho pretendido ter sido alcançado ou não. O autor original desta teoria foi Franz von Liszt e teve como seus maiores defensores Ernest von Beling e Radbruch. Também contribuíram decisivamente na construção teórica Battaglini, Pietro Nuvolone e Luiz Juménez Assúa. No Brasil destacam-se Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Baliseu Garcia, Nelson Hungria, Frederico

---

<sup>57</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: Introdução e Parte Geral. Vol. I, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 95.

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

<sup>59</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 148.

Marques, e Costa e Silva.

José Salgado Martins ilustra bem o que propõe os adeptos desta teoria quando leciona que:

Segundo a concepção naturalista ou puramente causal da ação, só se considerava o efeito da vontade e não o seu conteúdo: via-se o que a vontade produziria no mundo exterior e não o que ela havia querido ou somente o que pudera prever. O conteúdo subjetivo da vontade não assume significação, o conteúdo de consciência é eliminado, conseqüentemente a ação aparece inteiramente neutra quanto aos fins e tão-somente considerada como força modificadora do mundo exterior.<sup>60</sup>

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, para os causalistas a conduta ou ação pode ser definida como a “causação de modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário, hoje conhecido como modelo clássico de ação”<sup>61</sup>.

A definição causal-naturalista da ação reveladora da conduta que se pretende típica estabelece os limites de abrangência da esfera penal. Por ela são excluídos desde logo os comportamentos irrelevantes como aqueles causados por animais, quando não são utilizados como instrumento para a prática de alguma ação tendente à realização criminosa. No mesmo sentido são desconsiderados os simples pensamentos ou atitudes internas, como os atos reflexos, os movimentos compulsivos, as ações decorrentes de delírios ou mesmo o sonambulismo. Esses exemplos não são levados em consideração para o direito penal porque não estão subordinados ao comando consciente ou sob responsabilidade do ser humano.

No entanto, Figueiredo Dias afirma que:

perante esta multiplicidade de funções que importa cumprir simultaneamente, um puro conceito causal-naturalístico de ação está desde logo fora de questão e dele pode se afirmar já não ser hoje defendido por ninguém.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> MARTINS, José Salgado. **Direito Penal**. Introdução. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 137.

<sup>61</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3ª edição. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 12.

<sup>62</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São

Desta forma, não é possível afirmar que o conceito causal-naturalista tenha a competência para abranger todos os comportamentos que podem ser previstos pela lei penal. A limitação teórica pode ser declarada, por exemplo, nos comportamentos omissivos culposos, onde não existe a vontade do indivíduo. Outra crítica importante a esse conceito reside no fato de não ser um conceito “pré-típico adequado, pelo fato de incorporar em si o comportamento omissivo, antecipando sempre o elemento da tipicidade. Não há como desvincular a omissão de um parâmetro típico; só o tipo pode caracterizar um ato como omissivo”<sup>63</sup>.

A teoria finalista da conduta considera o motivo pelo qual o indivíduo praticou o delito, ao contrário da teoria causalista da ação, que se contenta em apenas ver a relação de causa e efeito do ato delituoso. A teoria finalista se preocupa com o conteúdo da conduta e da lei.

Tanto a teoria causalista da ação quanto a teoria finalista da ação defendem a mesma estrutura tripartida do crime (como fato típico, antijurídico e culpável), residindo na questão da vontade a primordial diferença entre elas, já que na primeira localiza-se na culpabilidade e na segunda na tipicidade.

A Teoria Finalista da Ação, originada em 1939, na Alemanha, formou-se pela concepção de Hans Welzel. Ela ausenta a culpabilidade do conceito de crime. Apresentou-se como um avanço sobre a Teoria Causalista da Ação, propondo que o dolo e a culpa encontravam-se na conduta e não na culpabilidade. Demonstra que o fato típico apresenta uma dimensão objetiva traduzida pela conduta, pelo nexos de causalidade, pelo resultado naturalístico e pela adequação típica. Na dimensão subjetiva carrega os pressupostos do dolo e da culpa. Portanto, nessa concepção, o crime só é afastado se o fato for atípico ou se sobre ele incidir alguma das excludentes de ilicitude.<sup>64</sup>

---

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

<sup>63</sup> VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **O sistema clássico da teoria do delito - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1692](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1692);Open>. Acesso em dez 2014.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. **Finalismo**: um balanço entre seus méritos e deficiências (Trad. Marina Pinhão Coelho). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 15, n. 65, mar-abr 2007, p. 20.

Segundo a teoria finalista, para se considerar um fato como ação, não basta dar causa ao resultado e a conseqüente modificação do mundo exterior. É necessária uma análise da vontade do agente, ou seja, se o fato foi finalisticamente pretendido e dirigido pelo agente. Por isso a conduta deve ser voluntária, consciente e dirigida a um propósito. Assim, esta teoria insere no tipo elementos subjetivos, deixando de ser o tipo meramente descritivo-objetivo como o era para os causalistas.

A teoria finalista da ação foi adotada pelo Código Penal brasileiro e implica que será típico o fato praticado pelo agente se este agiu com dolo ou culpa na sua conduta. Ausentes tais elementos, não poderá o fato ser considerado típico, e uma conduta atípica não é crime. Logo, a vontade do agente está intimamente ligada a sua conduta, devendo-se fazer uma análise de imediato no “animus” do agente para fins de tipicidade. Em suma, para a teoria finalista, importa saber se o agente atuou com dolo ou culpa, não estando presente tais elementos, sua conduta será atípica.

A terceira teoria da ação é a chamada a teoria social da ação. Prega um conceito normativo de ação sem uma necessária correspondência com o ser, confronta a normalidade do fato para a sociedade produzindo, ao mesmo tempo, danos ou prejuízos a essa mesma coletividade, concluindo que, mesmo que formalmente enquadrável a um tipo previsto na norma penal, exclui-se como tipo.

Neste sentido Zaffaroni e Pierangelli nos mostram que:

A chamada “teoria social da ação” pretendeu ser uma ponte ou posição intermediária entre as teorias causal e final. Baseia-se na afirmação de que não é qualquer ação que pode ser matéria proibida pelo direito penal, mas somente aquelas que têm sentido social, isto é, que transcendem a terceiros, fazendo parte do interacionar humano; apenas as ações que formam parte desta interação podem interessar ao direito penal, e não aquelas que não transcendem o âmbito individual.<sup>65</sup>

Segundo o entendimento de Hans-Heinrich Jescheck, que foi um dos

---

<sup>65</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 427-428.

principais defensores dessa teoria, a ação seria um comportamento humano socialmente relevante. Do seu ponto de vista, a noção finalista da conduta é insuficiente, porque não leva em conta o aspecto social do comportamento humano:

*... ha de buscarse en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Éste es el sentido del concepto social de acción: acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante. Se entiende aquí por comportamiento toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad. Socialmente relevante será sólo un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias... El concepto social de acción abarca, así, a todas las formas de comportamiento humano que resultan de algún modo relevantes en orden al juicio de imputación.<sup>66</sup>*

A teoria social concilia as teorias finalista e causal da ação. Recebe importante crítica pelo fato de ampliar em excesso o sistema penal, pois não há uma definição devidamente limitada do que seja socialmente relevante. Há diversas outras críticas à teoria social, entre elas a de que se fosse adotada majoritariamente a linha lógica defendida, deixaria nas mãos dos julgadores um poder extremo.

Ante a análise até agora procedida em relação ao primeiro elemento do fato típico, qual seja, a conduta, cumpre, agora, a análise do segundo elemento: o resultado. De maneira geral a ação que é considerada crime tem um resultado, salvo nos crimes de mera conduta. Nestes apenas a conduta em si já é crime. A mesma ressalva é feita no caso de crimes formais, onde o resultado pode existir, mas não é requisito para a configuração do crime.

Para Capez, resultado é a “modificação no mundo exterior provocada pela conduta”<sup>67</sup>. O resultado é a consequência material da conduta delituosa, o efeito da ação do agente. Se a conduta não for humana e voluntária, o fato não será considerado típico. Neste caso será considerado apenas um evento, um acontecimento qualquer.

<sup>66</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada – Espana: editorial Comares. 1993. p. 182.

<sup>67</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154.

O resultado pode ser classificado como naturalístico ou jurídico, sendo que no Brasil a teoria adotada é a do resultado naturalístico. De acordo com esta, o resultado reflete uma consequência da conduta que traz a modificação do mundo exterior. Porém, nem todo crime possui resultado e, conseqüentemente, não produz um resultado naturalístico.

O terceiro elemento do fato típico é o nexo de causalidade. Para que se configure um crime, deverá ser identificado entre a conduta e o resultado um nexo lógico de ação e consequência. A exceção repousa nos crimes de mera conduta e nos crimes formais. “O elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”<sup>68</sup>.

Se o nexo causal se vincula apenas a uma relação de causa e efeito e, por isso não necessita para sua constatação, de qualquer apreciação jurídica sobre a existência de dolo ou culpa, a sua natureza estará sujeita apenas às leis da física. Porém, para que se identifique o nexo normativo, a configuração do nexo causal não é suficiente, sendo necessário a existência de dolo ou culpa do agente para que haja o fato típico.

A causa, então, não é entendida como jurídica, mas assume um raciocínio com base na lógica. Causa é a ligação que existe numa determinada sucessão de eventos que podem ser percebidos como decorrentes uns dos outros.

Toda causa que interferir direta ou indiretamente na execução do resultado é relevante ao nexo causal. A causa é a conduta humana e a concausa é a causa efetiva, humana ou natural, que de fato causou o resultado.

As causas efetivas podem ser absolutamente independentes quando a conduta humana e a causa efetiva não possuem relação nenhuma e neste caso o agente da causa não responde pelo seu resultado. Ou relativamente independentes quando o agente da causa deve responder pelo resultado, da mesma forma que se fosse sua conduta a real causadora da consequência.

---

<sup>68</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

Com relação à momentaneidade da causa em relação a conduta humana ela pode ser preexistente. Neste caso a causa real ou efetiva do crime já se encontrava antes da conduta criminosa do agente. Pode, ainda, ser concomitante, quando a conduta humana e a causa acontecem ao mesmo tempo. Ou pode ser superveniente se a ação humana vem primeiro e a causa efetiva do delito vem depois. Nos resultados condicionados diretamente por Caso Fortuito ou Força Maior, ou seja, que um destes elementos se configura como causa efetiva, a pessoa responsável pela causa indireta só será punida se sua conduta anterior for considerada crime.

Com essas considerações acerca do fato típico, a próxima análise será quanto a antijuridicidade, enquanto pressuposto do crime.

#### **1.2.1.2 A ação antijurídica (ilicitude como elementar do crime)**

A expressão antijuridicidade é tratada pela lei penal como ilicitude. Esta terminologia - antijuridicidade - é utilizada de modo amplamente majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Tem-se por antijurídico todo comportamento humano que descumpre, desrespeita, infringe uma lei penal e, conseqüentemente, fere o interesse social protegido pela norma jurídica. A antijuridicidade é o componente de uma conduta injusta que afronta o senso comum. A reprovabilidade é a reação natural dos membros da Sociedade quando diante desta conduta.

Greco leciona que:

A tipicidade, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, que prevalece entre os doutrinadores, exerce uma função indiciária da ilicitude. Segundo essa teoria, quando o fato for típico, provavelmente também será antijurídico (...). A regra, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, é a de que quase sempre o fato típico também será antijurídico, somente se concluído pela licitude da conduta típica

quando o agente atuar amparado por uma causa de justificação.<sup>69</sup>

Neste sentido, todas as condutas previstas em lei são, como regra geral, antijurídicas. No entanto, havendo a presença de alguma excludente de antijuridicidade, esta conduta deixa de ser criminosa. As causas de exclusão de ilicitude são consideradas justificativas e, nesta hipótese, o agente pode ser absolvido do crime que cometeu. No Código Penal brasileiro, o artigo 23 preocupou-se em elencar as causas de justificação<sup>70</sup>, cuidando, também, do chamado excesso punível. No artigo 24 explicitou o estado de necessidade, e no artigo 25 apresentou a definição de legítima defesa.

De acordo com Assis Toledo, a ilicitude seria “A relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”<sup>71</sup>.

Resta um pressuposto do crime a ser analisado que é o da culpabilidade.

### 1.2.1.3 A ação culpável (culpabilidade como elementar do crime)

Nas palavras de Capez, Culpabilidade “É a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal”<sup>72</sup>.

Na teoria de crime encontra-se a questão da culpabilidade cercada de uma polêmica decorrente de sua não conceituação na lei penal. O principal problema dessa lacuna é a integração, ou a falta de integração, da culpabilidade, como elemento do crime, numa sistemática penal. A discussão orbita na hipótese da culpabilidade integrar o conceito do crime e neste sentido definir a sua função. A falta de coerência doutrinária e jurisprudencial no trato da culpabilidade, e mesmo o entendimento de sua aceitação no sistema, acarreta uma séria dificuldade para o

---

<sup>69</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 336.

<sup>70</sup> Estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

<sup>71</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p..

<sup>72</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2006, p. 297.

operador do direito no que tange ao limite de responsabilização do agente.

Na antiguidade, a questão da culpa e da pena sempre esteve submetida a um direito cujo fundamento repousava principalmente na moral, nas crenças, magias e temores do que era desconhecido. Tudo estava embasado na vingança de caráter objetivo que exigia apenas a tênue existência do nexo causal entre conduta e resultado. Atualmente a culpabilidade vem de encontro à possível reprovação daquele que, tendo praticado um fato punível, poderia e deveria escolher outra forma de agir. É a censura relativa a um resultado que podia ser evitado.

Luiz Regis Prado<sup>73</sup> conceitua culpabilidade como sendo:

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

Nesse sentido asseveram Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que “esse conceito é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”<sup>74</sup>.

A culpabilidade é um juízo valorativo, de censura, de reprovação social, que recai sobre o fato e seu autor. Ela surge quando o agente é imputável e atua com consciência potencial da ilicitude, bem como tem a possibilidade e a exigibilidade de atuar de maneira diferente.<sup>75</sup>

Importante contextualizar no sentido de que a culpabilidade refere-se a um fato praticado, típico e antijurídico, e não a um modo de ser ou agir, afastando-se, de logo, o chamado Direito Penal do Autor e a criação aristotélica da “culpabilidade pela conduta de vida”, segundo a qual tanto o vício quanto a virtude

---

<sup>73</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.

<sup>74</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1: parte geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 517.

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 281.

são voluntários, devendo ser censurado o indivíduo que se afasta da primeira.

São estas considerações que situam o trabalho na área de interesse introduzindo os assuntos de forma a construir uma base sólida para ao final resolver o problema proposto. Uma percepção da teoria do crime exige um avanço sobre a sua esperada consequência, qual seja, a teoria da pena.

### 1.3 TEORIA DA PENA

A pena, enquanto sanção a ser imposta pela prática de um crime, representa para o Estado um mecanismo de dupla objetividade. Se por um lado remonta à origem da repressão pela aflição de uma reprimenda, modernamente assume, também, um carácter de prevenção da violência e da criminalidade, no entanto, sem perder o seu originário carácter eminentemente punitivo. Embora com sua legitimidade sempre discutível, sua legalidade deve ser inerente ao seu conceito.

Reprise-se que as sanções sempre fizeram parte da Sociedade. O Direito Penal emergiu junto com o homem e o acompanhou ao longo da evolução.<sup>76</sup> O traços característicos da cada época da civilização ainda são percebidos no conjunto da legislação penal e da história da penalização. Mesmo com a evolução da humanidade e das relações sociais e com a discussão criminológica da necessidade de um tipo de pena para a repressão e prevenção de determinadas condutas, a pena ainda integra uma carga vingativa.<sup>77</sup>

A contextualização da pena na Sociedade e na legislação não afastou-se, por óbvio, da evolução social humana. Porém, as várias fases da justificação da necessidade de uma punição não são absolutamente estanques ou limitadamente cronológicas. O império temporal de um determinado fundamento para a pena,

---

<sup>76</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

<sup>77</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

embora nomeie a fase indicada, não limita suas características ao próprio tempo de aplicação majoritária. Algumas particularidades de cada fases da pena se apresentam até os dias atuais.

### 1.3.1 A vingança como fundamento da pena

Por origem, a pena era a retribuição pelo mal causado. Sua dimensão era o espectro de sentimento e força da vítima, fosse ela o indivíduo ou a comunidade. A primeira evolução desse conceito de mera força retributiva como fundamento para a pena a ser imposta foi a demarcação de limites para a vingança privada<sup>78</sup>. Se ofendido ou sua comunidade repelia ou revidava a agressão sofrida segundo sua própria medida, impondo uma supremacia do mais como forte.

Esse período de vingança privada, também chamado de sentimental pois era o sentimento que provocava a reação, pode ser subdividido em cinco outros pelos seus distintos elementos. Um primeiro período destacava uma vingança individual, a forma mais remota de manifestação da pena, revelada como a pura retribuição instintiva. Num segundo momento, com o início da organização social, essa vingança passava a ser coletiva ante o espírito de solidariedade e interesse comum na proteção do grupo de pertencimento. Concomitantemente, o terceiro período proponha a vingança que objetivava a paz social, representando uma tentativa de manutenção da convivência dentro do próprio grupo, social ou familiar, expulsando do grupo ou da família aquele cuja conduta colocava em risco a convivência. Como quarto, a chamada vingança de sangue que colocava em lados opostos grupos sociais ou familiares, independente da conduta originalmente praticada mas que revelava a retaliação ao grupo opositor pelo conduta praticada por um dos membros, levando à recíproca retaliação. Por fim, o período da vingança limitada com a limitação da punição que buscou um equilíbrio nas próprias relações entre os indivíduos e entre as diversas comunidades em busca de um controle do excesso.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 23.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. Prisão: um paradoxo social. 2 ed. revista e ampliada. Florianópolis : Ed. UFSC. 1996. p. 22-23.

Odete de Oliveira destaca, ainda no período da vingança privada, o surgimento da composição:

Com o passar dos tempos e a evolução dos povos apareceu uma forma moderada de pena, a composição. O delinquente poderia comprar a impunidade do ofendido, ou de seus parentes, com dinheiro, armas, ou utensílios e gado, não havendo, então, sofrimento físico, pessoal, mas uma recuperação material proporcionalmente correspondente. O sentimento e a vingança impulsionavam a justiça e determinavam que a mesma fosse realizada.<sup>80</sup>

Mas a percepção do poder da vingança (ou da pena) para o controle social ou pelo simples poder que tal controle representava, levou ao indicativo de que essa vingança somente poderia originar-se em poderes supra-humanos, ou divinos. Passou-se a impor que aquele que não produzisse um comportamento segundo as regras impostas sob o argumento do controle pela fé, estaria desagradando a própria divindade, razão última do comportamento social.

Era a proposital confusão entre crime e pecado ou direito e moral que ainda perdura. Esse poder exercido pela divindade e que era reportado por aqueles que detinham a autoridade para dizer qual era a vontade divina, levou o poder e o controle para quem possuía o controle das religiões. O controle social ou o poder de indicar as condutas puníveis ficava nas mãos dos correspondentes das divindades.

A organização do Estado e a própria disputa de poder entre Estado e Igreja geraram uma nova fase, que passou a ser chamada de vingança pública, qual seja, onde o príncipe, o soberano, como representante do Estado passou a deter o poder da punição. O indivíduo que quebrassem essa confiança do grupo (cuja vontade era dita pelo Estado) seriam os destinatários da pena. O olhar para a punição não somente como uma forma de controle pelo mais forte, pela Igreja ou pelo Estado somente diminuiu com o período humanitário, onde a atenção penal voltou-se também pra o indivíduo, enquanto destinatário das regras de comportamento e da consequente sanção pelo descumprimento dessas regras.

---

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2 ed. revista e ampliada. Florianópolis : Ed. UFSC. 1996. p. 24.

Assim, no início, a pena representava uma vingança privada do agredido contra a agressão sofrida pelo agressor, não havendo relação de proporcionalidade ou justiça, afinal, o homem primitivo era conduzido pelos instintos naturais. Aconteceu que essa falta de relação proporcional entre a ação e a reação terminou por gerar graves conflitos entre os grupos, ocasionando, por consequência, um problema de relações sociais e comunitárias que exigia uma proporcionalidade na vingança. A gênese da fundamentação da pena repousa, então, na necessária proporção entre o mal causado e a sanção a ser imposta.

É nesse contexto que surge o instituto consuetudinário do Talião, como alternativa àquela vingança privada descontrolada que exigia a limitação proporcional da pena.<sup>81</sup> O Talião buscava limitar a reação do agredido regrado uma sanção a ser imposta ao agressor idêntica ao dano causado. Embora a proporcionalidade aplicada pelo Talião fosse relativa, ele representou uma grande evolução para o direito penal<sup>82</sup>, pois os excessos eram tão absurdos que na maioria das vezes a vingança era desproporcionalmente fatal. Com o Talião, a Sociedade pretendeu uma limitação no abuso pela força, pela maioria, ou pela oportunidade<sup>83</sup>.

O surgimento das religiões como modernamente se apresentam criou um novo componente no controle social ou no controle do poder. A lógica das religiões representavam uma força social manipuladora que se legitimava através do poder divino. A vingança divina era a legitimação para a pena. As normas de conduta deveriam ser seguidas, sob pena da vingança dos deuses através dos castigos, legitimados pela ofensa à divindade. Estes castigos deveriam refletir a grandeza do divino, por isso apresentavam-se por vezes eram muito cruéis e desproporcionais. Efetivamente é um período que não representa uma evolução civilizatória na aplicação da pena, mas uma evolução social na percepção da importância do controle.

---

<sup>81</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

<sup>82</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. Bauru: Jalovj, 1980. p. 343.

<sup>83</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Icone, 2002. p. 25.

Para Falconi “foi o Código de Manú, na Índia, o primeiro desses diplomas. O fundamento filosófico desse código era que a pena tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do que ele poderia reencontrar a bem-aventurança”<sup>84</sup>.

O caráter religioso dominava a legislação das civilizações do Oriente antigo, como a Hebraica e o Código de Hamurabi<sup>85</sup>. Como já apontado, as características de cada fase não são estanques ao seu momento, posto que ainda hoje são percebidas algumas modalidades de vingança divina<sup>86</sup> resultantes da confusão conceitual do próprio crime como pecado. A percepção da força do controle pelo direito penal estabeleceu a titularidade da vingança pelo próprio Estado com vistas a garantir a integridade e a autoridade do soberano. Tornando mais forte a autoridade pública, fortaleceu-se o Estado e o próprio governante “com competência para sobrepor-se, chamando para si o exercício da pena, tirando da mão do ofendido e da vítima, ou de sua família, tal titularidade”<sup>87</sup>.

Tinha-se um novo momento chamado de vingança pública. A intimidação pela força do Estado, que se confundia com a figura do governante, deveria ser eficiente, logo, as penas impostas ainda primavam pela crueldade, com o objetivo de legitimação do soberano<sup>88</sup>.

Mesmo mantendo o caráter religioso da conduta e da punição na Grécia, seus filósofos e pensadores acabaram por influenciar a concepção do crime e da pena.

A ideia de culpabilidade, através do livre arbítrio de Aristóteles, deveria apresentar-se no campo jurídico, após firmar-se no terreno filosófico e ético. Já com Platão, nas ‘Leis’, se antevê a pena como meio de defesa social, pela intimidação – com seu rigor – aos outros, advertindo-os de não delinquirem. Dividiam os gregos o crime em público e privado, conforme a predominância do interesse do Estado ou do particular.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 24.

<sup>85</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21.

<sup>86</sup> Como, por exemplo, no Irã, pois trata-se de uma nação governada por religiosos.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2 ed. revista e ampliada. Florianópolis: Ed. UFSC. 1996. p. 33.

<sup>88</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 24-25.

<sup>89</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 22.

Em Roma para manter *pax romana* e a continuidade do Império, foi necessária a criação de um sistema jurídico complexo nas regiões dominadas. Essa necessidade de natureza socioeconômica e política gerou a obra jurídica romana com os atuais reflexos<sup>90</sup>.

O interesse público estava separado do interesse privado no tocante ao Direito Penal, tanto na Grécia, quanto em Roma. A pena continha um caráter retributivo, exemplar e preventivo, com distinção entre dolo e culpa do fato material. Os romanos ainda entendiam que doentes mentais e menores não possuíam capacidade de agir com culpabilidade.<sup>91</sup> Neste sentido, Mommsen diz:

*Pena era el mal que, em retribución por un delito cometido, se imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales, o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley. No había pena posible sino en virtud de sentencia pronunciada en nombre del Estado con relación a una determinada persona, aun cuando el modelo del orden jurídico del Estado en este respecto fue la sentencia doméstica, es decir, aquella resolución por la que se imponía un mal a las personas sometidas a la ptestad del jefe de familia. Tampoco se consideraba como pena en sentido jurídico el mal impuesto por los magistrados, no ya sometiéndose a preceptos legales sino en virtud de su discrecional arbitrio; para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera ena ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondientes.*<sup>92</sup>

No direito germânico o uso da força para resolver questões de Direito Penal era comum, admitindo-se esse uso da força inclusive nos meios de obtenção de prova. O foco era o elemento objetivo do crime, a culpa ou o dolo eram irrelevantes, o que importava era o dano causado<sup>93</sup>. O Direito Canônico por sua vez, focava nos elementos subjetivos do crime; e como não era admitida a pena de morte, essa percepção deu origem às penitenciárias<sup>94</sup>.

Previa a justa autodefesa e o erro de direito e de fato, o estado de necessidade e o estado de emergência (colisão de direitos), mas na categoria de puras circunstâncias. A situação de impunidade de

<sup>90</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 64.

<sup>91</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 65.

<sup>92</sup> MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Charlottenburgo (Berlim): [sem indicação de editora], 1898. p. 553.

<sup>93</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23.

<sup>94</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 29.

menores infratores estava ligada à sua maturidade, havendo grande preocupação na eclosão ou não da persecução penal. O limite de idade não era fixado de forma geral, mas observava-se principalmente a execução do fato e os deveres de ofício. Já se fazia distinção entre o crime consumado e o tentado, bem como entre o mandante, o cooperador e o partícipe.<sup>95</sup>

Durante toda a Idade Média o Direito Penal foi influenciado por essas três vertentes, o Direito Penal Germânico com o princípio individual, o Direito Penal Romano com o princípio social, e o Direito Canônico com o princípio da ordem moral, reflexo do Cristianismo. As primeiras bases do Direito Penal foram construídas tendo por norte esses três ordenamentos, sendo que o Direito Romano foi o mais importante.<sup>96</sup>

### 1.3.2 O declínio do conceito de vingança para a ascensão de um período humanitário e criminológico

O Direito Penal Humanitário, conhecido como período humanitário, encerrou as fases da vingança e surgiu na segunda metade do século XVII. Contrariando o absolutismo e a vingança pública, não admitia a frequência e o abuso dos castigos corporais, dos suplícios, dos trabalhos forçados e da pena de morte. Estudiosos como John Howard, Jeremias Bentham, e Paulo de Feuerbach, apoiaram a mudança.<sup>97</sup>

Os reformadores não pretendia somente abrandar as penas com o desaparecimento dos castigos aflitivos e infamantes, mas atacavam a corrupção que dominava a justiça, a qual, ainda, se apresentava lacunosa, irregular e contraditória, onde instâncias múltiplas a denegriam e a centralizavam ao superpoder monárquico.<sup>98</sup>

Cesare de Bonessana, através de seu livro *Dei delitti e delle pene* (1764), chamou a atenção para as vantagens sociais que devem ser igualmente

<sup>95</sup> COSTA, Álvaro Mayring da. **Direito penal: parte geral**. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 134.

<sup>96</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24.

<sup>97</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 68.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2 ed. revista e ampliada. Florianópolis : Ed. UFSC. 1996. p. 40.

distribuídas, baseando-se ainda no contrato social. Sustenta o Marquês de Beccaria que só as leis devem cominar penas e que só o legislador deve elaborá-las, reagindo a arbitrariedade do magistrado e às injustiças reinantes.<sup>99</sup>

A obra marca o período humanitário ao combater a obscuridade das leis, pedindo a publicidade dos julgamentos e mais seriedade com a questão das provas. Prega a moderação das penas e o banimento da pena de morte, que deve ser substituída pela prisão perpétua; defende o banimento e impugna o confisco e as penas infamantes. Ainda aconselha a proporção entre a pena e o delito e passa a examinar, em sucessivos capítulos, diversas figuras delituosas.

Segundo Leal, a partir das ideias de Beccaria, o Direito Penal passou por transformações substanciais, surgindo o que passou a ser denominado como Direito Penal clássico ou liberal, ou também burguês.<sup>100</sup>

Beccaria trata também da prevenção ao crime e a profilaxia social. Escreve sobre a ociosidade e o suicídio e fala sobre os delitos difíceis de provar, que em sua opinião o melhor seria não defini-los como crimes:

Não é meu desejo debilitar o justo horror que devem inspirar os delitos que viemos de enunciar. Eu pretendi indicar suas origens e imagino que me será dado tirar daí a consequência geral de que não é possível chamar exatamente justa ou necessária (o que vem a ser o mesmo) a punição de um crime que as leis não procuram prevenir com os melhores meios possíveis e conforme as circunstâncias em que se acha um país.<sup>101</sup>

Após tratar de fontes gerais de erros e injustiças nas legislações, do espírito de família, do espírito do fisco e dos meios de prevenir crimes, finaliza:

De tudo que fica exposto, pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco adaptado ao uso, que é o legislador comum dos países: É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta,

---

<sup>99</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

<sup>100</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 69.

<sup>101</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 83.

necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.<sup>102</sup>

As ideias do período humanitário oportunizaram uma nova visão sobre o crime e, especialmente, sobre o dito delinquente. O traço desses novos rumos para o Direito Penal possibilitou uma transformação na percepção do contexto de aplicação do Direito Penal não mais como um único instrumento de controle social ou de manutenção do poder, mas como área de estudo das relações sociais que passa a ocupar-se com o estudo do delinquente e do fenômeno criminal. Esse período dito criminológico, também chamado de Período Científico do Direito Penal<sup>103</sup>, tem como primeira expressão o médico Cesare Lombroso, criador da Antropologia Criminal.

Em seu livro *L'uomo delinquente* de 1876, Lombroso considera o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. A pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando ser individualizada e pressupondo conhecimento da personalidade daquele a quem será aplicada. Lombroso considerou o delito como um fenômeno biológico. Ao seu lado surgem Ferri, com a *Sociologia Criminal* e Garófalo, no campo técnico-jurídico, tratando da criminologia. Beccaria, Lombroso e Ferri são considerados os fundadores da Escola Positivista<sup>104</sup>.

Noronha afirma que, apesar de ter cometido exageros, Lombroso tem o mérito de ter iniciado o estudo da pessoa do delinquente. Ele e Beccaria, embora por caminhos diferentes, foram os dois césores no estudo do crime e da pena. Na frase incisiva de Hafler, o marquês de Milão proclamou ao mundo: 'Homem, conheça a Justiça!' – O médico de Verona diria: 'Justiça, conheça o Homem!'.<sup>105</sup>

### 1.3.3 O período contemporâneo

<sup>102</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 97.

<sup>103</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 69.

<sup>104</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27.

<sup>105</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27.

Atualmente, no ocidente, pratica-se um sistema repressivo neoclássico, que pode ser chamado de liberal-burguês. As principais ideias do Direito Penal contemporâneo originam-se no período clássico. Trata-se o crime como entidade jurídica; a culpabilidade decorrente da moral; a pena com função retributiva, de defesa social, de prevenção e recuperação; adota-se o princípio da legalidade; a pena de prisão em substituição à pena de morte e aos castigos corporais.<sup>106</sup>

Leal chama a atenção para o fato de que a prisão, como núcleo central do sistema punitivo dos dias atuais, não tem alcançado o objetivo de reparar moral e socialmente os condenados, sendo uma constante a reincidência nas infrações e o retorno ao cárcere. A pena, então, deve ser o último recurso punitivo, aplicável somente em casos extremos. Já se aplicam novas alternativas penais: restrição de direitos e penas pecuniárias, suspensão da pena, da condenação e do processo criminal. Ainda alerta:

Além disso, a complexidade da vida contemporânea levou o Direito Penal, com suas normas tentaculares, a estender exageradamente seu manto de tutela punitiva a diversas áreas do inter-relacionamento humano e social. Essa incursão punitiva em mares jamais navegados pelo sistema repressivo formal apresenta saldo positivo muito pobre. Na verdade, o Direito Penal não revelou ser o instrumento adequado e eficiente para controlar e reprimir uma série de comportamentos humanos que ofendem bens jurídicos periféricos aos tradicionais.<sup>107</sup>

Essa realidade retratada por Leal vai consolidando na doutrina moderna um movimento de ideias em favor do Direito Penal Mínimo, onde se professa a necessidade de reduzir a gama de tipos penais, para que o Direito Penal dedique-se somente à tutela dos valores fundamentais à convivência humana, passando por um processo de despenalização ou descriminalização de diversas condutas que já não representam uma ofensa mais grave aos bens jurídicos considerados fundamentais.

#### 1.3.4 A finalidade da pena

---

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 206

<sup>107</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 70-71.

A evolução da pena na história da humanidade atuou sobre fundamentos cuja análise somente pode ser feita contextualizando-se o período histórico correspondente. Sob este prisma, deve ser considerado que a pena assumiu e assume diversas funções justificadas por exigências de ordem religiosa, política, filosófica e/ou econômica, visando atender o interesse coletivo, comunitário ou classista.

Jorge de Figueiredo Dias leciona que, quando se discute a finalidade da pena, é no fundo toda a teoria do Direito Penal que está em discussão, e, com particular importância, as questões da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.<sup>108</sup>

Para a verificação desses fundamentos e das funções da pena, adotar-se-á a divisão proposta por Leal<sup>109</sup>, ou seja, que a aplicação da sanção de criminal sempre caracterizou-se por uma exigência do grupo social, fundamentada em justificativas de natureza mística, moral, política e/ou utilitária.

O primeiro fundamento da pena é o místico, posto que história da pena revele sua modelagem inicial por contornos metafísicos, imprimidos por totens e tabus, a quem era devida a sobrevivência individual e coletiva. A ofensa ao comportamento exigido pelas diversas divindades resultava em expressões cruéis de defesa e vingança, traduzidas por diversos castigos corporais até a morte, geralmente sob a forma de sacrifícios ou expulsão do grupo.

Sob essa natureza essencialmente mística, a pena objetivava restabelecer a proteção sacral, livrando o grupo dos castigos impostos pela entidade divina<sup>110</sup>. Para Mommsen:

*(...) toda pena pública, y especialmente la más grave de ellas, la de muert, única que se conocía en los tiempos primitivos, debe ser considerada como una expiación de la comunidad a causa de una culpa que pesaba sobre la misma, expiación que se verificaba por*

---

<sup>108</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

<sup>109</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 315-318.

<sup>110</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 372.

*medio de una ofrenda en honor de los dioses, y singularmente por medio de la ofrenda de mayor estima, o sea el sacrificio humano.*<sup>111</sup>

Assevera René Ariel Dotti<sup>112</sup> que a privação da liberdade, porém, não existia nas práticas antigas como expressão autônoma de sanção, embora o *encerro* e outras formas de isolamento fossem impostas por diversas razões. Objetivava a prisão assegurar a execução da penalidade que seria imposta, especialmente a morte, além de servir para a produção de prova mediante tortura. Assegura, ainda, que esta pena pública tinha caráter em alguns momentos de exercício de vingança coletiva, em outros de sacrifício expiatório.

Mesmo com a organização das religiões, a lei penal ainda caracterizava a vontade divina. Leal<sup>113</sup> exemplifica ordenamentos como os Dez Mandamentos, dos hebreus; o Código de Hamurabi, do babilônios; o Código de Manú, dos indús; e a Lei das Doze Tábuas, dos romanos; que materializavam a vontade dos deuses sobre os homens. Mas, neste momento, a pena passou a ter outra função: a de redimir o infrator perante a entidade divina ofendida. Este deveria arcar com as consequências do seu pecado, recebendo o merecido castigo de origem divina e reconciliando-se com a divindade.

A prisão, utilizada como instrumento espiritual de castigo, foi introduzida pelo Direito Canônico, sob o argumento que pelo sofrimento e na solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado. A Igreja via no delito a expressão do pecado e para dirimir a culpa o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus. Daí a origem de cumprir-se o internamento em prisões de conventos<sup>114</sup>.

No momento que o direito punitivo liberta-se de sua concepção essencialmente mística, passa-se a verificar um fundamento de ordem moral para a sanção criminal, que assume, então, uma função exclusivamente retributiva.

---

<sup>111</sup> MOMMSEN, **Teodoro**. **Derecho penal romano**. Charlottenburgo (Berlim): [sem indicação de editora], 1898, p. 558.

<sup>112</sup> DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

<sup>113</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 316.

<sup>114</sup> Conforme DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

Caracteriza-se pela pura retribuição ao infrator pelo mal causado ao grupo social. É a chamada Teoria Absoluta.

A teoria absoluta, que, segundo Costa<sup>115</sup>, tem como seu mais destacado defensor Kant como o precursor das ideias que alicerçaram a Escola Clássica, já que era um filósofo, não um jurista. O fanatismo epistemológico foi que levou os “Clássicos” à desgraça, realçando, assim, o trabalho de Enrico Ferri. Kant funda-se numa exigência de justiça: o infrator é punido porque cometeu um crime. Não há qualquer outra finalidade para a pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. Ela é uma simples consequência do delito, é o mal justo oposto ao mal injusto do crime<sup>116</sup>.

O grande mérito dessa concepção está na adoção do princípio da culpabilidade, na rejeição da ideia de vingança e na introdução no sistema penal de medida limitadora ao poder do Estado, pois o tamanho da pena a ser aplicada deve guardar alguma proporção com a gravidade do crime cometido.

Essa teoria da pena, que prevaleceu por longo tempo e ainda possui adeptos retardatários, não obstante suas inegáveis virtudes, parte de uma concepção metafísica da pena, desconsiderando sua função social e aspectos utilitários. Assim, para essa corrente retributivista, a punição do crime não só constitui pressuposto do sistema penal como também e principalmente é uma exigência inarredável de sua legitimidade e da própria ideia de Justiça. Por isso não necessitaria de outra fundamentação.

É conhecida a afirmação de Kant segundo a qual, mesmo que os membros da Sociedade civil deliberassem um dia dissolver-se (por exemplo, se a população de uma ilha resolvesse abandoná-la e espalhar-se pelo mundo), ainda assim, antes que isso fosse feito, deveria ser executado o último assassino que se

---

<sup>115</sup> COSTA, Álvaro Mayring da. **Direito penal: parte geral**. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 262.

<sup>116</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 217.

encontrasse na prisão. Hegel resume esta teoria em poucas palavras: o delito é a negação de direito, a pena é a negação dessa negação<sup>117</sup>

Como a teoria absoluta desconsidera a função social da pena e os aspectos utilitários, surgiu a Teoria Relativa, que preconiza a pena como uma medida prática a fim de impedir o cometimento de crimes<sup>118</sup>. Criou-se, assim, o fundamento utilitário da pena.

A teoria relativa reconhece que a pena traduz-se num mal para quem a sofre. Porém, não se basta com essa característica, posto que é um instrumento político-criminal. Para justificar-se tem que usar deste mal objetivando alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente a prevenção ou profilaxia criminal<sup>119</sup>.

A crítica à teoria relativa, proveniente dos adeptos da teoria absoluta, segundo Dias, funda-se no seguinte argumento:

aplicando-se as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar um contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, dela se serviriam para a realização de finalidades heterônomas e, nesta medida, violariam a sua eminente dignidade. (...) Dito de outra forma, seria precisamente o seu caráter relativo que se ergueria como violação irremissível do absoluto da dignidade pessoal. Nesta medida acabando a razão a pertencer a Kant, ao definir a lei penal como imperativo categórico, bem como a Hegel, ao sustentar que uma pena finalista é como um pau com que se bate num cão.<sup>120</sup>

Ainda segundo Dias, admitindo-se razão a esta crítica, necessária a conclusão pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidades socialmente úteis, desde que a atuação de tais instrumentos limitasse direitos, liberdades e garantias da pessoa. Para o funcionamento da Sociedade, cada indivíduo terá que prescindir, na medida

---

<sup>117</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29.

<sup>118</sup> A Teoria Relativa surge com os fundadores da "Terza Scuola": Carnevalle, Alimena e Impallomeni. Daí surgiu uma variante na pessoa de Franz Von Liszt, com sua "Escola Moderna Alemã".

<sup>119</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

<sup>120</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 97-98.

indispensável, de direitos que lhe são conferidos em nome de sua eminente dignidade. Questão diversa é verificar se não a pena, mas a sua aplicação, é que deve ser feita de forma que respeite a dignidade humana.

A teoria relativa, então, tendo por finalidade a prevenção ou profilaxia criminal, atua em dois níveis. No plano abstrato, a pena exerce uma coação psicológica ante a ameaça de reprimenda, levando os membros do grupo social a absterem-se de praticar condutas delituosas. Não só o fato de determinadas condutas ensejarem previsão de apenamento, mas a efetiva aplicação da pena, agindo de modo exemplificativo, intimida e desestimula a eventual prática de crimes. Tal efeito é denominado prevenção geral. Já aquele indivíduo que sofre uma pena, vai estar desestimulado a praticar novos delitos. Este nível é tratado como prevenção especial ou específica<sup>121</sup>.

A prevenção geral é uma função educativa - que ocorre por meio da intimidação para possuir eficácia de abster todos em geral da futura ação delitiva. Evitar ou prevenir a criminalidade do mesmo infrator, a sua reincidência, é uma finalidade da prevenção especial. Esta ameaça, pelo próprio terror da pena, ou pelo exemplo por via de sua aplicação, garantiriam a defesa social<sup>122</sup>.

Atualmente, a prevenção especial assumiu um caráter reeducativo. O fim da pena projeta-se em evitar a futura prática criminosa pelo apenado, e, por isso, deve buscar sua ressocialização. Com isso trabalharia a prevenção futura de forma que sirva de exemplo aos demais, mediante a reinserção social e colocando o infrator em condições de não reincidir.

Não é demais ressaltar que qualquer crítica no sentido de que a pena não recupera o criminoso deve ser analisada verificando-se o sistema penitenciário. O problema da dificuldade de reinserção social não estaria somente na sanção criminal propriamente dita, mas, sim, no aparelho estatal destinado a recuperação e ressocialização do ser humano. Se hoje, para os cidadãos que não tem qualquer

---

<sup>121</sup> Conforme LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 317.

<sup>122</sup> Conforme COSTA, Álvaro Mayring da. **Direito penal: parte geral**. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 264.

envolvimento criminal, já é um problema a falta de oportunidades sociais, muito mais o é para aqueles que se encontram num verdadeiro depósito de marginalizados.

A Teoria Mista, ou Eclética, justifica a aplicação da pena fundamentando-a como de ordem moral, ante o seu caráter retributivo e de ordem utilitária, no viés relativo à abordagem reeducativa da prevenção especial, anteriormente exposto. Este fundamento misto é a posição adotada pelo atual Código Penal, conforme se denota, dentre outros dispositivos, do enunciado do artigo 59<sup>123</sup>, que alude às suas finalidades preventivas e repressivas<sup>124</sup>. Neste sentido é a opinião de Cernicchiaro<sup>125</sup>:

Ganha força, ultimamente, esta nova concepção da pena já latente na famosa aula inaugural de Franz von Liszt, na Universidade de Marburgo (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*) durante a qual o genial penalista fez a conhecida afirmação básica de seu programa: 'a pena correta, a pena justa, é a pena necessária'.

Cernicchiaro<sup>126</sup> dispõe ainda sobre o tema posicionando-se criticamente:

Em nossos dias, predominam as doutrinas ecléticas, que adotam as contribuições essenciais das correntes doutrinárias anteriores, afastando os seus aspectos contestáveis. Mas, sem dúvida, de tempos para cá, percebe-se o crescimento da preocupação com a prevenção (geral e especial), ante o beco sem saída a que nos tem conduzido um ordenamento penal predominantemente retributivista, com a pena de prisão profusamente cominada e aplicada, com os presídios abarrotados, milhares de mandados de prisão não cumpridos e os índices de criminalidade crescendo nos centros urbanos.

O artigo 1º da Lei de Execuções Penais, muito embora a palavra ressocialização não conste explicitamente, considera igualmente importante a preocupação com a reinserção social do condenado e o desejo de proteger a comunidade do cometimento de outros delitos. Da mesma forma a previsão legal,

<sup>123</sup> Art. 59. O juiz (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...). (BRASIL. **Código Penal**.)

<sup>124</sup> Conforme LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 318.

<sup>125</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29.

<sup>126</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29.

no Código Penal, do perdão judicial quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, realça a função retributiva das penas.

### **1.3.5 A questão metodológica da dogmática jurídico-penal – o pensamento do problema e o pensamento do sistema**

Oswaldo Ferreira de Melo<sup>127</sup> apontou que Antoine Thibaut, em 1814, publicou obra onde constatou que a necessidade de obter precisão na aplicação de normas então dispersas e às vezes conflitantes entre si, gerou um esforço de codificação do direito civil germânico. Savigny, contestando o trabalho de Thibaut, opunha-se à técnica da codificação, sob o argumento de que esta imobilizaria o direito, desprezando o necessário dinamismo, afastando-o de sua fonte legítima, que seria a consciência popular, ou seja, os costumes e convicções populares. Alerta Melo sobre uma ideia comum: a noção do direito como sistema. Esta noção de um sistema de conceitos e regras técnicas ofereceu ao mundo jurídico um modelo dogmático, sofisticando-se pela contribuição da Lógica, e dos princípios construídos pela Ciência do Direito.

Mais tarde, da observação de Jhering de que a interpretação não era a principal função do jurista, mas, sim, a construção de um sistema jurídico, nascia a base do que viria a chamar-se Dogmática Jurídica.

É possível verificar, portanto, duas vertentes teóricas que diferenciam o sistema dogmático da Ciência Geral do Direito. A primeira, diz respeito aos limites da soberania de um Estado, que influenciará na criação e alimentação de num determinado sistema dogmático, diferenciando-o de outros sistemas pelas suas peculiaridades, e:

---

<sup>127</sup> MELO, Oswaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1998, p. 66-70.

Em segundo lugar esse aspecto prático mencionado pelos autores citados, que se compadece diretamente com a atividade dos operadores do Direito, é característica suficiente para diferenciá-lo da natureza da Ciência Jurídica, cujos conceitos e princípios lhe dão a necessária armadura para descrever rigorosamente o seu objeto que é o direito positivo como uma realidade jurídica, segundo a conhecida lição de Kelsen.<sup>128</sup>

Em que pese sua inestimável e permanente tarefa de sustentar o Estado de Direito, o pensamento dogmático, pelo inflexível compromisso com o princípio da segurança jurídica, tem sofrido uma crítica cada vez mais perturbadora, em razão de pretender insistir na fonte normativa para a decisão sobre a norma. Isso significa tão só o estudo do Direito vigente, abstraindo-se de emitir juízos de valor, como se bastante fosse explicar e ampliar a norma sem justificá-la<sup>129</sup>.

A par das discussões apresentadas, a dogmática jurídica - entendida como um conjunto de princípios resultantes de paulatina consolidação das doutrinas representadas no sistema normativo<sup>130</sup> - tem como papel fundamental prover a segurança jurídica<sup>131</sup>, pilar central do Estado de Direito, representando fundamento legal para a aplicação da técnica jurídica, através das regras de direito positivo. Sob esse argumento não é possível confundir um Estado de Justiça com um Estado de Juízes.

Jorge de Figueiredo Dias<sup>132</sup> dispõe que a evolução da política criminal perante a dogmática jurídico-penal ocorreu quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império das regras de direito, cederam lugar ao que o autor português chama de Estado de

---

<sup>128</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1998, p. 66-70.

<sup>129</sup> Conforme MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1998, p. 68.

<sup>130</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1996, p. 40.

<sup>131</sup> É na função da dogmática jurídica que Melo encontra o ponto mais vulnerável de sua estrutura, quando, em nome do princípio da segurança jurídica, não só põe em segundo plano o princípio da justiça, mas sobretudo, pelas próprias razões da lógica, mascara as situações conflitantes com um discurso pretensamente neutro, mas que, na verdade, tem forte conteúdo ideológico. (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1998. p. 69-70)

<sup>132</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

Direito material contemporâneo. Sob esta designação compreende-se todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.

Esclarece que não pretende caracterizar que o Estado, fundamentalmente e na sua aceção social mais lata, como um *Estado de Justiça*, frisando que nunca poderá confundir-se este Estado de Justiça com um Estado de Juízes, democraticamente ilegítimo e socialmente execrável<sup>133</sup>.

Porém, é neste Estado de Direito material que a dogmática jurídico-penal se transforma profundamente, pois a questão metodológica volta a adquirir particular importância, principalmente quanto a estabelecer até onde o pensamento do problema pode introduzir-se ou sobrepor-se ao pensamento do sistema, até há pouco tempo dominante na dogmática jurídico-penal<sup>134</sup>.

Nesta questão Dias indaga se a dogmática jurídico-penal deve apresentar cunho estritamente normativo ou se, pelo contrário, deve considerar pré-determinada de forma absoluta pela estrutura ontológica dos conceitos que utiliza:

A matéria de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é 'previamente dada' através de princípios e estruturas de desenvolvimento ônticas – se se quiser, nesta aceção, através da 'natureza da coisa'. Mas como o reconhecer isso não fica resolvido o problema jurídico: importará sempre ainda escolher, de entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da resolução do problema jurídico-penal em causa. Assim se erige a valoração da dogmática jurídico-penal – pelo menos uma autonomia relativa,

---

<sup>133</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33

<sup>134</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

dentro das possibilidades que lhe são oferecidas pela predeterminação não jurídica do substrato – em momento essencial do pensamento jurídico-penal.<sup>135</sup>

Ao afrontar-se a questão do critério de valoração, não basta afirmar que o legislador o escolhe com inteira liberdade e que o intérprete só terá que ir buscá-lo na lei. A solução de um problema jurídico, segundo Dias, terá que ser adequada tanto como uma solução justa para o caso concreto, como adequada ao - ou comportável pelo – sistema jurídico-penal<sup>136</sup>.

Ressalte-se, discordando, em parte, de Dias<sup>137</sup>, que na dogmática jurídico-penal a lei é o limite e o fundamento, havendo, para efeitos de fundamentação ou de agravação da responsabilidade, momentos em que o princípio da legalidade (*nullum crime, nulla poena sine lege*) exige que o texto da lei constitua um limite absoluto de toda a tarefa de aplicação, pois só assim estaria desempenhando a função de garantia que lhe cabe no Estado de Direito.

Esclarece ainda, o autor português, que o destaque que dá ao pensamento do problema na dogmática jurídico-penal, não significa negligenciar ou minimizar o papel irrecusável que nela exerce o pensamento do sistema. E transcreve Claus Roxin: o sistema é um elemento irrenunciável do direito penal de um Estado de Direito. O trabalho com os casos jurídicos seria, sem ele, impraticável; não só por razões ligadas à segurança jurídica, mas, porque, fora do sistema ou independente dele, não haveria a garantia de ser encontrada a solução justa e adequada para um caso jurídico-penal.

Arremata afirmando que: por isso o pensamento do problema tem, no âmbito de que se trata, de coexistir forçosamente com o pensamento do sistema<sup>138</sup>, e conclui:

---

<sup>135</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

<sup>136</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 35.

<sup>137</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

<sup>138</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

(...) continua ainda hoje válida a asserção segundo a qual na dogmática jurídico-penal é do problematismo próprio de cada 'caso' que se tem de partir para a determinação da totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável. Foi Savigny que ensinou ser tarefa da dogmática jurídica 'estabelecer os princípios que subjazem a um direito positivo e explicitá-los sistematicamente'. Mas foi ele também quem afirmou que 'cada caso deve ser tomado como se fosse o ponto de partida de toda a ciência, a qual deveria ser forjada a partir dele'.<sup>139</sup>

Assim, afasta a existência de qualquer contradição, pois a dialética entre sistema e problema deve ter completa validade para a dogmática jurídico-penal.

A questão da prova processual está intimamente ligada com os próprios fundamentos da dogmática penal. A evolução histórica aponta para um sistema de garantias que não se limita à imposição da pena como consequência da prática do injusto, mas à própria construção de do caminho entre o fato definido como crime e a possível certeza para a imposição da pena. A sanção, por mais adequada que possa ser aos objetivos delineados pelo direito penal, perde sua legitimidade se construída sem a base sólida do processo legal.

## 1.6 O processo penal como instrumento de garantia

A percepção do processo penal como mera orientação procedimental descarta o contexto complexo que liga o fato à consequência. Toda a regra processual é movida por interesses públicos e particulares, mais ou menos perceptíveis, mas que certamente influenciam no resultado do conjunto. É o que Alexandre Morais da Rosa alerta como uma lógica do próprio processo, adotando a Teoria dos Jogos como parâmetro:

O jogo como categoria universal está presente no processo penal. Embora o processo penal exija racionalidade dos jogadores, o exercício do jogo mostra que as decisões são tomadas para além da racionalidade. Daí que a metáfora da teoria dos jogos pode ser invocada para modelar, de alguma maneira, a matriz teórica de como as decisões podem ser tomadas, partindo-se do estudo dos

---

<sup>139</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

comportamentos dos jogadores, julgadores e suas recompensas.<sup>140</sup>

De acordo com a doutrina de Mezger, “O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando o delito, como pressuposto, a pena como consequência”<sup>141</sup>.

O conhecimento desse conceito induz ao entendimento no sentido que o jus puniendi é do Estado. Isso se revela pela observação de que a maioria dos crimes previstos no Decreto-Lei nº 2.848/408 - Código Penal - são de ação pública. O Estado aceita a ação penal movida por interesse particular quando prevê a possibilidade de representação, requerimento ou queixa, mas trata essas hipóteses como exceções decorrentes do bem jurídico protegido, quando intimamente ou politicamente de interesse individual.

Outra exceção é para os crimes ditos de menor potencial ofensivo. Exceção essa muito mais ligada à capacidade administrativa do Estado de gerenciar a massa de condutas puníveis que afetam menos gravemente os bem jurídicos que se pretende proteger e, portanto, acabam sendo relegadas à um segundo plano penal tanto na apuração da conduta quanto na aplicação da pena. Não se trata de uma visão minimalista do direito penal, mas de uma opção de atuação do Estado.

Assim, como regra, cabe ao Estado por meio do seu órgão oficial competente, que é o Ministério Público, o oferecimento da denúncia, sendo esta, a peça exordial para o início da ação penal pública. Mas sem exceções, em se tratando de matéria penal, é do Estado a competência pelo processamento do feito.

No livro *Derecho Penal Aleman*, Hans Welzel, define o Direito Penal como “(...) *es aquella del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y lê impone penas o medidas de seguridad. La funcion ético-*

---

<sup>140</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 2 ed., ver, e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.18.

<sup>141</sup> MEZGER. **Tratado de Derecho Penal**, v. 1. p. 27-28 In Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt. *Elementos de Direito Penal, parte geral*. Coleção resumos n.º 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

*social del derecho penal es proteger los elementales de la vida en comunidad*"<sup>142</sup>.

A história do processo penal está relacionada diretamente com o poder mais primitivo: o poder punitivo. Se hoje a Constituição da República prevê o devido processo penal derivando deste as garantias do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes, da publicidade dos atos processuais, da licitude das provas, da proibição da tortura, da presunção de inocência, do julgamento por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, da proibição do tribunal de exceção, necessário lembrar que nem sempre foi assim.

É certo que, desde as origens, a sociedade humana esteve sujeita a um conjunto de normas de conduta e de organização. Nos primórdios, em consequência da simplicidade das relações individuais e coletivas e do misticismo que envolvia a mentalidade do homem primitivo, os preceitos da crença religiosa, seguidos com absoluto rigor e a força dos costumes, das tradições e das superstições, foram suficientes para manter a ordem social. Nesse sentido, é válida a opinião de Paul Roubier de que, 'nas sociedades antigas, a severidade dos costumes e a coação religiosa permitiam obter espontaneamente o que o direito só conseguiu mais tarde, com muito trabalho'.<sup>143</sup>

Antes do processo como garantia constitucional onde o Estado detém o monopólio da administração da justiça, da aplicação do direito e da prestação jurisdicional, outras formas de composição do litígio prevaleciam. Uma das formas bastante usual para a solução dos conflitos era a "autodefesa" ou "defesa privada" na qual o agredido ou o ofendido, através da coação particular e do emprego da força, resolvia - ou pelo menos pretendia resolver - o conflito. Tal solução muitas vezes resultava em injustiças já que nem sempre o ofendido era mais forte e poderoso do que o ofensor. A força era o meio de defesa. Outra forma de solução de conflitos era a auto composição, que em algumas situações e com as apropriadas transformações vigora ainda hoje na solução de alguns litígios.

A partir do momento em que o Estado pretendeu a abolição da vingança privada ou divina e assumiu o poder punitivo, surgiu a primeira estrutura de processo

---

<sup>142</sup> WELZEL, Hans. **Directo Penal Aleman**, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1993, p. 1.

<sup>143</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

penal como caminho juridicamente indispensável para a imposição da sanção penal. É neste momento que o Estado passou a ter o monopólio do jus puniendi (direito/poder de punir). A função do Estado na administração da sanção se reflete principalmente na forma de organizar o caminho entre o fato e a pena. O direito penal tem origem na percepção da Sociedade quanto as condutas desejadas e na imposição legislativa intencionada a atender a percepção social. Mas isso é inócuo se o caminho adotado não atender as garantias e à própria evolução da concepção da finalidade do direito penal. Esse caminho é onde se revela o efetivo controle social e de poder, que no caso é gerenciado pelo próprio Estado. De nada adianta um direito penal atento às garantias constitucionais se o processo legalmente devido para o encaminhamento da solução jurídica não atentar para a finalidade da pena.

Alexandre Morais da Rosa ressalta que “o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a *Inocência* como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias.<sup>144</sup>

No mesmo sentido Aury Lopes Leciona que:

"há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forme rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)".<sup>145</sup>

O poder do Estado na condução do caminho entre o fato e a pena é revestido, então, de formalidades que a lei torna imperativas, e é através do exercício da jurisdição que o Estado impõe a obediência às regras. Essa obediência não é só destinada aos jurisdicionados na persecução criminal, mas, especialmente, representa uma forma de autolimitação do próprio Estado:

Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter sua

---

<sup>144</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 2 ed., ver, e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.99.

<sup>145</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa.<sup>146</sup>

Neste sentido, verifica-se o processo penal como resultado de um avanço civilizatório resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado.

Correspondendo à instrumentalização do exercício da jurisdição, ou seja, da ação judiciária, em que se insere a ação das partes, apresenta-se o processo penal como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social.<sup>147</sup>

A necessidade do processo, com suas regras procedimentais para as relações jurídico-penais, é reconhecida pelo Estado como garantia de proteção dos cidadãos contra a possibilidade da prática de abusos no uso do poder.

E é porque todo o manejo do poder envolve a possibilidade de abusos que o próprio Estado reconheceu a necessidade de que a pena seja aplicada mediante um processo. Como diz CARNELUTTI, os três termos, delito pena e processo, são rigorosamente complementares; excluindo um, não podem subsistir os outros dois; não há delito sem pena e processo; nem pena sem delito e processo; nem processo penal senão para determinar o delito e executar a pena.<sup>148</sup>

O Estado impõe, na manifestação do seu poder punitivo, o respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade individual e o obediência aos pressupostos jurídico-penais materiais (*nullun crimen nulla poena sine lege*). Mas igualmente exige a aplicação da lei penal de acordo com as formalidades prescritas em lei e sempre através do órgão competente (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*) como fatores imprescindíveis nas relações jurídico-penais. Sendo as leis penais as que prescrevem as condutas típicas e respectivas sanções, é a lei processual penal que estabelece o procedimento que deve ser cumprido pelo

---

<sup>146</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um processo penal democrático. Revista de Processo. RePro 40/100. São Paulo : Revista dos Tribunais. Out-dez./1985, p. 25.

<sup>147</sup> TUCCI, Rogério Laura. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 32.

<sup>148</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 32.

próprio Estado, através de seu preposto, o juiz, para dizer o direito.<sup>149</sup>

A natureza jurídica do processo penal deve ser compreendida através da determinação dos vínculos que unem as partes (juiz, acusador e acusado). Para essa análise, Aury Lopes indica duas teorias acerca do assunto. Uma delas impõe a noção de processo como relação jurídica e foi proposta por Oskar von Bülow, bem como a oposição de James Goldschmidt que entendeu a o processo como situação jurídica.<sup>150</sup>

A teoria de Bülow rompe com a noção de processos como simples intervenção estatal mas uma verdadeira separação entre o direito e a ação, criando uma nova dimensão para o processo como uma relação jurídica entre os envolvidos. Essa relação origina um reciprocidade de direitos e obrigações, entendendo o processo como "uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material".<sup>151</sup>

Realmente, quem procura ver o processo intrinsecamente, pelo lado de dentro, há de convir que ali se entretetece um complexo de vínculos juridicamente relevantes e juridicamente regulados. Trata-se de uma relação jurídico-processual "unitária, complexa, progressiva e continuativa". Se de um lado encontramos o Estado-Administração, representado pelo Ministério Público, como titular de um direito subjetivo (direito de ação), do outro vamos encontrar o Estado-Juiz, como titular de uma obrigação jurídica, já que a prestação jurisdicional tem, inegavelmente, o caráter de obrigação jurídica.<sup>152</sup>

O acusado passa a ser visto não mais somente como um objeto do processo onde analisa a responsabilidade pena conduta e a existência do crime, mas passa a ser tratado como sujeito com direitos subjetivos próprios e que "pode exigir que o juiz preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição)", posto que o processo reveste-se de uma relação jurídica onde existem direitos e obrigações processuais recíprocas

---

<sup>149</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 33.

<sup>150</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 86.

<sup>151</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 88.

<sup>152</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 37.

entre o Estado (por seus funcionários) e o acusado, desenvolvendo-se gradualmente de forma contínua “numa sequência de atos concatenados”. Compõe, desta forma, a teoria dos pressupostos processuais, onde há a distinção entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídico-processual.<sup>153</sup>

Partindo-se dos fundamentos apontados por BÜLOW, aperfeiçoados por WACH e posteriormente por CHIOVENDA, pode-se afirmar que o processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem, entre a três partes, verdadeiros direitos e obrigações recíprocos. Somente assim estaremos admitindo que o acusado não é mero objeto no processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do *jus puniendi* estatal. O acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja estatal ou não) e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação.<sup>154</sup>

A teoria da relação jurídica sofreu oposição de Goldschmidt no sentido de que o processo é uma situação jurídica e não uma relação.

A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de BÜLOW, foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotavam da relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes<sup>155</sup>

Goldschmidt entendeu que o processo não se tratava de uma relação jurídica, mas de um conjunto de situações processuais onde os envolvidos atuam na direção de uma sentença definitiva favorável à própria pretensão. Neste sentido nega a existência de direitos e obrigações processuais para ressaltar o caráter dinâmico do processo.

As leis penais não têm qualquer aplicabilidade sem a estrutura do processo penal. Essa imprescindibilidade do processo é o que o caracteriza como dinâmico quando comparado com o Direito Penal, que, por sua vez, na dependência

---

<sup>153</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 88-89.

<sup>154</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 90.

<sup>155</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 90.

do processo penal, é estático.<sup>156</sup>

É nessa dinâmica do processo onde a certeza do direito material é substituída pela incerteza da atividade processual no conceito de um “estado de guerra”.

O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permite que a parte se libere de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. O processo, enquanto situação – em movimento – dá origem à expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas. Do aproveitamento ou não dessas chances surgem ônus ou bônus.<sup>157</sup>

As expectativas e possibilidades de uma decisão favorável dependerão da prática de ato processual anterior onde a parte deve liberar-se e determinada carga, que não se confunde com uma obrigação, pois se a parte não se desvencilhar da carga (prova, alegação, juntada de documento), deverá suportar o ônus resultante. Assim, não é sua obrigação a prova, mas uma carga a ser desincumbida durante uma determinada situação processual.

Mais do que uma situação jurídica, o processo representa uma atividade de risco, pressupondo a sentença como resultado de um convencimento, a falta de produção de elementos direcionados a captura do convencimento do juiz, pode potencializar o risco de uma sentença desfavorável. Partindo, então, do pressuposto que o ônus da prova é da acusação (como será verificado adiante), não há distribuição de cargas no processo penal, mas o risco de não aproveitamento de uma chance probatória, onde “coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa”.<sup>158</sup>

(...) o processo - assim como a guerra – está envolto em uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou a

---

<sup>156</sup> TIEDERMANN, Klaus. O Direito Processual Penal. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 146.

<sup>157</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 92.

<sup>158</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 93.

perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo. O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhe são inerentes.<sup>159</sup>

Adiante de caracterizar-se o processo penal como uma relação jurídica no sentido de que há mais do que uma intervenção estatal para aproximar-se de um equilíbrio onde se pretende uma segurança jurídica do procedimento, ou, de reconhecer o processo penal como uma situação processual muito mais próxima da Teoria do Jogos proposta por Alexandre Morais da Rosa<sup>160</sup>, onde é superada a visão linear do processo penal através de estratégias e táticas que apontam para expectativas de comportamento dependendo do momento processual e dos resultados esperados, a lógica do processo penal, sob a ótica constitucional, representa a busca de garantias de um procedimento previsível (em decorrência da lei), com limites próprios na busca da materialidade e da responsabilização pela autoria.

A natureza jurídica do processo penal não pode prescindir de uma noção de jurisdição através da imposição soberana do Estado quanto às regras propostas e, portanto, exigíveis. Essa jurisdição é provocada através do direito de ação por força constitucional, haja vista que o impedimento de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito<sup>161</sup>. Esse direito de ação é exercido através do processo penal onde, de um lado, está o Estado, com a sua pretensão punitiva e, de outro, está o acusado, com sua pretensão de liberdade.

E sendo esses interesses (punitivo e de liberdade) de alta relevância

---

<sup>159</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 95

<sup>160</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

<sup>161</sup> Conforme o artigo 5º, inciso XXXV: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. In BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5º, inciso XXXVII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10 de agosto de 2015.

social, nunca se deve sacrificar qualquer um deles sem a “garantia de um julgamento do Estado”, como enfatiza CALAMANDREI, ao sobrelevar a não-utilização do conceito de lide “como elemento distintivo da função jurisdicional”, no processo penal: “O processo penal não tem escopo de remover um desacordo existente entre o acusador e acusado a respeito da existência do crime ou da medida da pena, de sorte a perder sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente composto entre os dois ‘litigantes’; mas tem lugar porque, em nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado somente pode ocorrer mediante pronunciamento jurisdicional”.<sup>162</sup>

Pelo explanado e, principalmente, por razões humanitárias, é que no Estado de Direito não há abrigo para barbárie. A concepção de justiça como reclamo de demandas sociais é nebulada pelas circunstâncias de um contexto influenciado por percepções humanas e, assim, falíveis.

Os que se intitulam "justiceiros" e creem estarem fazendo "justiça" por conta própria são verdadeiros bárbaros, atrozes e inumanos, mas até mesmo estes merecem um julgamento justo com todas as garantias inerentes ao devido processo legal, pois no Estado de Direito não há lugar para vingança e, muito menos, para vandalismos, barbaridades e justiçamentos.

É no processo penal que se forma a convicção pela absolvição ou pela condenação e este deve ser o foco da aplicação de garantias decorrentes da própria evolução do Direito Penal. O cerne da formação desta convicção é a prova a ser produzida. Não só a produção probatória, mas a própria prova penal tem, então, o relevante papel de materializar a aplicação dos pressupostos de legalidade e pertinência na busca de uma solução adequada do conflito.

Sendo o processo penal o caminho entre o direito penal posto civilizatoriamente e a pena aplicada conforme a sua finalidade, a prova penal é o elemento principal na formação deste caminho de modo que atenda a finalidade da própria prova, qual seja, da formação do convencimento, certo e preciso, do magistrado, para a aplicação da pena modernamente adequada, devendo revelar-se, a pena, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme estabelece a própria legislação. Por essa razão, abre-se um novo capítulo

---

<sup>162</sup> TUCCI, Rogério Laura. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

para tratar da prova como instrumento de convencimento do magistrado no processo penal.

## CAPÍTULO 2

### A PROVA COMO INSTRUMENTO DE CONVENCIMENTO NO PROCESSO PENAL

O Processo Penal, visto como o conjunto organizado de procedimentos instituídos pela legislação e orientados pelas garantias constitucionais, não compreende somente a parte física, representada pelo caderno processual. Nele se desenvolve a construção de hipóteses fáticas de onde o juiz extrairá o convencimento, motivação e fundamentos para a prolação da sentença.

Um fato fez sua aparição no mundo: explicou sua existência de realidade no mundo exterior e desapareceu. Não é mais possível, atualmente, perceber todo o complexo íntegro dos elementos constitutivos daquele fato, mas é necessário averiguar de qualquer modo a realidade de sua existência passada, fazendo-o, direito assim, reviver aos olhos do espírito. Por que meio isso é possível?<sup>163</sup>

A notícia de fatos e a argumentação defensiva e acusatória no processo penal fundam-se - ou deveriam fundar-se - em elementos produzidos sob determinadas condições que possibilitam o entendimento do conflito penal onde se pretende uma intervenção estatal. Tais elementos, fundamentais para o convencimento necessário à solução da lide, são as provas.

Em primeiro lugar, todo fato, enquanto se explica por meio de outra realidade, todavia subsistente, pode ter deixado sobre ela vestígios mais ou menos patentes de sua passagem, vestígios reais e morais: são eles os grandes reveladores do fato que já não existe, sendo através deles que se costuma chegar à certeza desejada. É esta a rica fonte de provas.<sup>164</sup>

Sendo o eixo central do processo penal, as provas revelam-se instrumentos que possibilitam o conhecimento de situações fáticas passadas. Essa

---

<sup>163</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 279.

<sup>164</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 279.

interpretação fatos históricos são direcionadas a instruir uma decisão judicial, ou, no dizer de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Junior, busca a “a reconstituição (aproximativa e parcial) de um fato passado, histórico, para um juiz ‘ignorante’ (pois ignora os fatos)”<sup>165</sup>

O reconhecimento dos fatos levados ao juiz tem por objetivo conduzir seu convencimento a ser usado na construção da decisão. O instrumento utilizado para isso é a prova penal.

Tão importante elemento do processo é cercado de características que influenciam na sua validade. Orientadas por princípios constitucionais, as provas exigem um responsável para sustentar sua proposição, ou seja, aquele órgão ou sujeito que tem o ônus da prova. Da mesma forma apresentam-se de diversos tipos e tem sua forma de produção limitada no contexto que pretende probatório.

A distância temporal entre a base da atual legislação processual penal e das regras constitucionais em vigor não impedem, por óbvio, a obediência aos preceitos constitucionais. As reformas impostas na legislação devem seguir a lógica da orientação constitucional, especialmente quanto à materialização das garantias impostas.

## 2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO REFERENTE DE APLICABILIDADE

A análise da prova no processo penal brasileiro, como de qualquer outro instituto jurídico, deve ser desenvolvida dentro de um contexto legislativo constitucional.

Boa parte do texto processual penal foi editado sob a égide de outra matriz constitucional. A atual Constituição da República Federativa do Brasil aborda

---

<sup>165</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Rosa, Alexandre Morais. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.** <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em 16 de janeiro e 2015.

uma percepção que exige uma leitura garantista do Sistema de Controle Social<sup>166</sup>. Não se trata de simplesmente revogar as normas penais e processuais penais anteriormente postas, mas de compreendê-las (e aplica-las) no sentido da atual ordem constitucional. Não é possível a convivência, no mesmo universo jurídico, de um sistema acusatório numa escala legislativa e de um sistema inquisitório em outra.

Os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e positivação destes valores, deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento, sendo que os primeiros são espécie, e as segundas, gênero desta.<sup>167</sup>

A construção da prova penal e sua interpretação precisam do aporte dos princípios constitucionais vigentes para garantia de validade dentro do ordenamento.

A orientação principiológica constitucional é, portanto, imprescindível para a aplicabilidade dos institutos processuais penais. Tal constatação não pode ser rotulada como acadêmica ou doutrinária em contraposição à aplicabilidade prática ou jurisdicional, posto que a raiz constitucional é a garantidora dos direitos aplicados.

A interpretação sob o discurso do direito penal do inimigo é fruto de teorias totalitárias que vivem sob o argumento do estado de guerra, segundo Guinther Jakobs, que validaria medidas foram do eixo garantista constitucional.<sup>168</sup>

Legem Habemus, repetiria Evandro Lins e Silva, e é sob a atual ordem constitucional que devem ser apreciados (e aplicados) os preceitos processuais penais. Os princípios norteadores previstos no topo de pirâmide legislativa (Kelsen/Bobbio) impõem um viés garantista à legislação infraconstitucional.

É neste sentido de garantismo penal, conforme representação de Ferrajoli<sup>169</sup>, que torna-se exigível a apreciação principiológica das regras que

---

<sup>166</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 31.

<sup>167</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>168</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6ª edição. Niterói, RJ : Impetus, 2011. P. 23.

nortearam a prova penal, partindo-se do falso dilema entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, o necessário respeito à dignidade da pessoa humana, a exigência do devido processo legal substancial, e o reconhecimento da presunção de inocência.

### 2.1.1 As funções principiológicas

Lênio Streck indica que os princípios não são uma segunda via legal para resolver problemas decorrentes de lacuna legislativa. Apresentam-se (os princípios) como uma “dimensão normativa de base” e tanto as decisões judiciais quanto a produção de provas penais, somente serão constitucionalmente adequadas ao sustentarem-se sobre os princípios.<sup>170</sup>

Os princípios assumem um papel cada vez mais importante e vital para os ordenamentos jurídicos, segundo a doutrina contemporânea, principalmente se analisados sob a égide dos valores neles compreendidos. São eles que devem nortear, com o prestígio e destaque que lhes são peculiares, a interpretação, aplicação e mutação do Direito pelos tribunais.<sup>171</sup>

O processo de secularização<sup>172</sup> foi o responsável por uma minimização da intervenção do direito penal. Se nos modelos pré-seculares o direito penal poderia criminalizar e o processo penal penalizar a esfera da consciência, na estrutura proposta pelos pensadores iluministas tal ingerência é ilegítima. Com isso baliza-se uma política criminal de intervenção mínima.<sup>173</sup>

Tal política criminal, embora não implicitamente adotada na atual Constituição da República, é representada por princípios que induzem um absoluto

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 2002.

<sup>170</sup> STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isso – as garantias processuais penais?** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. P. 10-11.

<sup>171</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>172</sup> Segundo Salo de Carvalho, o termo de secularização é usado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mas especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s). (CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. Ampl. Porto Alegre : Lumen Juris, 2003. p. 5.)

<sup>173</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. Ampl. Porto Alegre : Lumen Juris, 2003. p. 10

controle da intervenção estatal e humana na seara criminal, de modo a garantir direitos fundamentais dos cidadãos. Diferentemente, Salo de Carvalho entende que o princípio da intervenção mínima está incorporado na Constituição, não sendo dedutível dos demais princípios, mas sendo o princípio do qual os demais são dedutíveis, especialmente frente a dignidade humana como fundamento constitucional.<sup>174</sup>

A processualística penal tem por base os princípios elencados na Carta Magna. Regulada que é na base infraconstitucional, a obediência principiológica não se esgota nos seus substratos, que, necessariamente, são derivados ou devem submeter-se àqueles postos constitucionalmente ou recepcionados pela legislação pátria.

No dizer de Cademartori<sup>175</sup>, os princípios de direito revelam-se como uma espécie do gênero norma jurídica, sendo fundamentais como parte do ordenamento jurídico. Ordenamento jurídico este entendido como o conjunto de normas que, num contexto de relações sociais, outorgam sentido às prescrições que o integram.

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.<sup>176</sup>

Os princípios, no contexto do ordenamento jurídico, compõem tanto a função sistêmica quanto a função normogenética. A primeira porque servem como balizas ou diretivas de organização do sistema. Essa função sistêmica tem efeito extunc, pois mesmo as normas de vigência anterior ao princípio relacionado obrigam-se a aplicar-se em conformidade com o princípio com o qual se relaciona. A segunda função, normogenética, o é por serem os princípios o fundamento do ordenamento

---

<sup>174</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. Ampl. Porto Alegre : Lumen Juris, 2003. p. 16.

<sup>175</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2008, p 80-83.

<sup>176</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

jurídico, portanto, ponto de partida para a produção de novas normas jurídicas. Esse é o ensinamento de Canotilho quando afirma que:

(...) os princípios têm uma função normogenética e uma função sistémica: são os fundamentos de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite 'ligar' ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional<sup>177</sup>.

Não se confundem, porém, os princípios gerais de direito com os princípios constitucionais. Aqueles são normas que devem atuar em caráter supletivo. Estes, por sua vez, são normas plenamente operantes na Constituição<sup>178</sup>.

A identificação do sistema regente do processo penal depende da identificação do princípio (ou princípios) que lhe orientam.

### **2.1.2 Sistema acusatório x sistema inquisitório**

A produção da prova no processo penal tem características oriundas nos sistemas acusatório e inquisitório.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho apresenta um entendimento da noção de sistemas:

(...) a partir da noção usual, calcada na noção etimológica grega (systema-atos), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.<sup>179</sup>

Os modelos contemporâneos contêm características tanto do sistema inquisitório quanto do sistema acusatório, sem no entanto, conforme alerta Alexandre Morais da Rosa, poderem ser referenciados como sistemas mistos. Misto,

<sup>177</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1089.

<sup>178</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, **Discrecionabilidade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p 80-83.

<sup>179</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 16-17.

ou sincrético, seria aquele que guarda elementos de ambos os sistemas. Isso não é possível a partir do conceito de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho por não cumprir a exigência da existência de um princípio unificador a orientar o sistema proposto.<sup>180</sup>

É neste sentido a possibilidade de identificar no sistema inquisitório um princípio inquisitivo e no sistema acusatório um princípio dispositivo. Importante, então, destacar, que “o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova”<sup>181</sup>.

No sistema inquisitório o juiz atua na iniciativa e produção da prova, enquanto que no sistema acusatório tal iniciativa e produção é das partes.

Embora a importância de identificação do sistema adotado possa parecer irrelevante ou, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa ser um “falso dilema”<sup>182</sup>, a busca por um princípio unificador (e portanto, por um sistema), caracterizaria a fundamentação para a gestão da prova no direito processual penal, com a definição do papel dos agentes (juiz, acusação e defesa).

O princípio da jurisdição considera a necessidade de um representante do Estado (o juiz) imparcial se sem interesse no processo. Para Tourinho Filho, o Estado, mesmo sendo o titular do direito de punir, delimitou seu poder punitivo atribuindo a órgãos jurisdicionais a função de julgar as contendas, buscando a pacificação dos conflitos através da aplicação da lei.<sup>183</sup>

Jurisdição, portanto, pode ser definida como uma das funções do Estado. Ada Pellegrini Grinover afirma que é uma função pela qual ocorre uma substituição pelo Estado dos titulares dos interesses em litígio, “para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”<sup>184</sup>. E posiciona-se Tourinho Filho:

---

<sup>180</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 54.

<sup>181</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 55.

<sup>182</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 54

<sup>183</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22-23.

<sup>184</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido

Não se pode admitir Juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse a imparcialidade do Juiz.<sup>185</sup>

No texto constitucional é direito fundamental a garantia que somente a autoridade competente poderá processar e julgar.<sup>186</sup> Também impõe a mesma Constituição da República Federativa do Brasil que não haverá juízo ou tribunal de exceção<sup>187</sup>.

Em busca dessa imparcialidade do Juiz, a Constituição da República estabeleceu garantias e vedações, dispostas no artigo 95<sup>188</sup>.

A mesma imparcialidade exige o equilíbrio das forças no processo, que, embora figurem em polos opostos, atuam num mesmo plano como consequência do princípio do contraditório<sup>189</sup>. Ainda segundo Tourinho Filho:

De nada valeria as partes acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, equidistantes do Juiz, órgão suprapartes, se o Estado não lhes proporcionasse equilíbrio de forças, dando-lhes os mesmos

Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 131.

<sup>185</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

<sup>186</sup> Art. 5º, inciso LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>187</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5º, inciso XXXVII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

<sup>188</sup> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>189</sup> Assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

instrumentos para a pugna judiciária.<sup>190</sup>

A orientação constitucional somada ao conceito de jurisdição, e a exigência de imparcialidade do juiz, cria um conjunto que serve para identificar o princípio unificador necessário à compreensão do sistema adotado sob a égide de uma constituição garantista, qual seja, o sistema acusatório.

Porém essa percepção não é pacífica. Alexandre Morais da Rosa alerta que a Constituição “não se trata de documento coeso e produto de um sujeito (coletivo) pensante”. Esclarece que buscar pela leitura isolada o reconhecimento de adoção de um dos sistemas não é tarefa simples posto que “há características de ambos os sistemas”, e apregoa:

O que se deve buscar, assim, é a diretriz global, cotejando os documentos internacionais, a jurisprudência das cortes internacionais. (...) A Constituição da República, embora se apresente como um documento único, apresenta-se como fusão de horizontes diversos. É o resultado histórico.<sup>191</sup>

Não é, portanto, a Constituição da República um documento cuja coerência aponte para um único sistema lógico, assim como não o é a legislação infraconstitucional. Embora a apregoada imparcialidade do juiz seja um norteador do processo penal, isso não ocorre quando se trata da produção de provas.

O artigo 155, do Código de Processo Penal<sup>192</sup>, exige que o juiz deverá formar seu convencimento através de uma compreensão não restritiva de toda a prova produzida sob determinadas condições. Essas condições importam na validade da prova e da oportunização do contraditório. No mesmo dispositivo, ao manter ampliado o limite do livre convencimento do magistrado, impede que a base de sua decisão, e conseqüente fundamento desta, se limite aos elementos

---

<sup>190</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

<sup>191</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 58.

<sup>192</sup> “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”. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

informativos. Por elemento informático tem-se os dados colhidos durante a investigação, ou seja, durante a fase pré-processual, aquela onde não está formada a relação com a defesa. Essa proibição aponta para a necessidade de que toda prova (inclusive aquela oriunda dos elementos informativos) seja polida no crivo do contraditório. A única ressalva da legislação é quanto às provas cautelarmente produzidas, aquelas que não podem ser repetidas e as cautelarmente formadas. Mesmo assim, tais elementos informativos que ganham significado de prova, deverão ser apresentadas, admitidas e validadas durante a instrução processual.

A livre apreciação da prova distorce os limites da imparcialidade, especialmente no contexto do artigo 209, do Código de Processo Penal<sup>193</sup>, que autoriza o juiz a ouvir outras testemunhas, além daquelas indicadas pelas partes. Neste momento ocorre aquela falta de coesão indicada por Alexandre Morais da Rosa<sup>194</sup>, que embora indique um sentido principiológico à estruturação da relação entre partes no processo penal, ainda é assombrada pela busca de uma senão impossível, pelo menos improvável, verdade no processo penal. Trata-se de uma real instrumentalização do juiz como parte interessada num determinado fim do processo, que não a única apreciação dos elementos nele constantes cuja inclusão são de responsabilidades das partes. Não é possível imaginar um “livre convencimento” quando, no caso, as testemunhas, são de origem diversa para a busca da compreensão do magistrado. Enquanto umas (testemunhas) são apresentadas pelas partes que tem interesse na condenação ou absolvição (acusação e defesa), outras seriam as indicadas pelo próprio magistrado que se pretende capturar psicologicamente.

Essa gestão do juiz na produção de provas somente é admitida num sistema inquisitório. O princípio unificador, portanto, não é suficientemente perceptível na legislação e, por isso, não é possível definir, com clareza, qual sistema é o adotado na legislação pátria.

---

<sup>193</sup> Art. 209 O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

<sup>194</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 58

Se não há clareza quanto a adoção de um princípio que possa definir o sistema de onde seja possível buscar as características específicas da gestão e produção da prova, existem princípios constitucionais que orientam a lógica da estrutura do processo penal, especialmente pelo referente constitucional.

### 2.1.3 Legalidade e Devido processo legal substancial

Esclarece Leal<sup>195</sup> que já a Constituição de 1824, influenciada pelas ideias do liberalismo e pelos postulados da Escola Clássica, adotou o princípio da reserva legal, qual seja, o de que ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita.

Também o Código Criminal de 1930 adotou a regra do *nullum crimem, nulla poena sine lege*. O atual Código Penal manteve a tradição brasileira, consagrando em seu primeiro artigo a regra de que: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. A Constituição da República transcreve (posto que posterior) o mesmo dispositivo (artigo 5º, inciso XXXIX), o que demonstra uma grande importância que ainda se atribui ao princípio da legalidade no contexto político-jurídico atual.

O princípio da legalidade assegura a prerrogativa de repelir as injunções que possam ser impostas por outra via que não seja a lei. É possível estabelecer como princípio da legalidade geral, o fato de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei, conforme denota-se do inciso II<sup>196</sup>, do artigo 5º, do texto constitucional. Este, por si só, justificaria a garantia da reserva legal.

Em matéria penal, o princípio da legalidade não guarda relação exclusiva à necessária previsão expressa do crime (fato típico), mas também impõe a exigência da previsão da pena. Torna-se indispensável a vigência legal prévia ao fato (agora típico), tanto no momento de ingresso da conduta como delitiva no sistema jurídico,

---

<sup>195</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 97.

<sup>196</sup> ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;

quanto na anterioridade de cominação da pena (princípio da anterioridade da lei penal)<sup>197</sup>.

Para que o cidadão possa gozar de suas liberdades no limite da lei, é necessário que previamente a conheça. Por anterioridade corresponde a ideia de uma norma incriminadora que, para ser aplicada a um fato, deve estar em plena vigência antes da ocorrência do delito<sup>198</sup>.

Salo de Carvalho aponta o princípio da legalidade (penal) como lapidar pois objetiva estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos pela exigência de lei prévia e pública, condicionando e limitando o poder de interferência ilegítima.<sup>199</sup>

Porém, a força do princípio da legalidade não é suficiente para garantir a interferência legítima. Essa interferência, para atender os princípios garantidores que regem o direito, deverá obedecer ao devido processo legal substancial. É de Alexandre Morais da Rosa:

Na Constituição estão representados os direitos reciprocamente reconhecidos e os procedimentos eleitos para justificar a intervenção na esfera privada por imposição pública. Assim é que a função do Direito de estabilizar expectativas de comportamento somente acontece mediante o devido o processo legal substancial.<sup>200</sup>

Coroado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso LIV, a exigência de que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>201</sup>, tal princípio não constava das Constituições precedentes.

---

<sup>197</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 35.

<sup>198</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 54.

<sup>199</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. Ampl. Porto Alegre : Lumen Juris, 2003. p. 21

<sup>200</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 58.

<sup>201</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 16 de janeiro de 2015.

Enquanto nova no ordenamento constitucional pátrio, a questão do devido processo legal é há muito discutida, “pelo menos desde a Inglaterra de João Sem Terra (1215)”, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa. E alerta que, embora histórica e tradicional, “é preciso certa tolerância para que se perceba a dimensão da cláusula do devido processo legal, especialmente o qualificado substantivo, construída em mais de 800 anos”.<sup>202</sup> Embora sem a expressa previsão legal antes de 1988, sempre se observou o princípio do *due processo of law*<sup>203</sup>.

Como bem diz Redenti, em síntese magnífica, o princípio se resume em se assegurar à pessoa a defesa em juízo, ou “em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei”.<sup>204</sup>

Não se trata o dispositivo de mero procedimento sob o aspecto formal, pois “Cuida-se da ampliação da tutela da vida, propriedade e liberdade modulados a partir do Garantismo (Lição 2) e vinculados à tradição democrática”<sup>205</sup>.

A amplitude de aplicação do princípio do devido processo legal apresenta-se destacada no âmbito do direito constitucional, posto que traduz uma série de garantias orientadoras do ordenamento infraconstitucional, conforme a lição de Ada Pellegrini Grinover:

O moderno processo penal, de índole marcadamente acusatória, é todo banhado pela cláusula do devido processo legal (...) vista não apenas no enfoque individualista de tutela dos direitos subjetivos das partes, mas também e sobretudo com conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Entre outras garantias, defesa contraditório, igualdade e par condicio – guardando íntima relação entre si – colocam-se à base da regularidade do processo e da justiça da decisão, fechando o círculo

---

<sup>202</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 60.

<sup>203</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 84.

<sup>204</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 84.

<sup>205</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. P. 63.

de instrumentos constitucionais-processuais de proteção das partes e da jurisdição, os quais servem, em última análise, à própria imparcialidade do juiz.<sup>206</sup>

É neste sentido a amplitude da aplicação principiológica que traduz uma série de outras garantias constitucionais, sendo comum fazer-se uma referência a garantia do contraditório e da ampla defesa ou do juiz natural, referindo-se, lato senso, à garantia do devido processo legal.

Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito de não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito de não ser preso senão por ordem de autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.<sup>207</sup>

O mandamento constitucional, portanto, traduz-se no direito de não ser privado de sua liberdade ou de seu patrimônio sem a garantia da tramitação de um processo desenvolvido na estrita obediência ao que anteriormente foi legalmente estabelecido.

#### **2.1.4 Presunção de Inocência**

Conhecido no ambiente forense como o princípio da presunção de inocência, a regra da Presunção de Inocência reflete a garantia de que será o indivíduo mantido no estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso implica - ou deveria implicar - em diversas consequências no tratamento do réu no processo penal, inclusive no ônus da prova – que é carga da acusação – e na obrigatoriedade de que tanto a constatação do delito, quanto a aplicação da pena será por meio de um processo revestido de todas as garantias e somente operacionalizado através da sentença.

---

<sup>206</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini. **Prova emprestada.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

<sup>207</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, p. 639.

É estampado na Constituição de República por meio do inciso LVII, do artigo 5<sup>a</sup>: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*<sup>208</sup>

O princípio da não culpabilidade originou-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e em 1948 foi adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. XI destaca:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a 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.<sup>209</sup>

A relevância dessa presunção de não culpabilidade alcançou o Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Tratado de Roma e recepcionado na legislação brasileira pelo Decreto n. 4.388, de 22 de setembro de 2002. No artigo 66 é construída a forma de aplicação do princípio ao afirmar que:

1- Toda pessoa se presume inocente até a prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2- Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3 – Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.<sup>210</sup>

Nas palavras de Tourinho Filho, trata-se do coroamento do *due process of law*:

É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, como bem o disse A. Castanheira (Sumários de processo penal, Coimbra, 1967, p. 26). Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto à liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia (Antônio Ferreira Gomes, A sociedade e o trabalho: democracia, sindicalismo, justiça e paz, in

---

<sup>208</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5<sup>o</sup>, inciso XXXVII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

<sup>209</sup> Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 11 de janeiro de 2015.

<sup>210</sup> BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388/02. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

Direito e Justiça, Coimbra, 1980, v.1, n. 1, p. 7).<sup>211</sup>

Sob essa orientação constitucional é que deve refletir-se a lógica das provas no processo penal. No dizer de Alexandre Morais da Rosa, “o acusado inicia o jogo absolvido”<sup>212</sup>, porquanto presumivelmente inocente. Não se trata de descartar a função do processo penal (prova do alcance da autoria e materialidade) destituindo-o de instrumentos aplicáveis para as necessárias apurações (busca e apreensão e prisão cautelar), mas de impor que o uso desses instrumentos deverá ser sopesado posto que aplicados contra o acusado que, naquele momento, é, sob o prisma garantidor e regente da relação processual penal, constitucionalmente inocente.

A interpretação literal do comando constitucional não representa seu alcance. A inocência, ou a não-culpabilidade, não isenta o acusado da devida apuração da conduta, mas evita que uma forma de pena possa ser aplicada em antecipação à uma sentença. Tal sentença condenatória (posto que uma medida com os mesmos efeitos e defeitos de uma pena é aplicada) não se materializou enquanto não concluído o devido processo legal. No mesmo norte que as garantias constitucionais impõe um processo conforme previsto em lei. Qualquer medida cautelar somente é possível se há séria perturbação no andamento do processo. Neste caso a segregação cautelar do acusado não lhe retira a presunção de inocência, mas guarda o andamento regular do processo para que, ao final, a possibilidade de pena possa ser concretizada.

A lógica constitucional da não-culpabilidade alcançou o Código de Processo Penal. Embora tenha demorado vinte anos para isso, a revogação do artigo 594, pela Lei n. 11.719/2008, que deixou de exigir o recolhimento do sentenciado à prisão para recorrer, é um exemplo da supremacia dos princípios constitucionais ante a lei reguladora do processo penal. Mesmo sentenciado, a presunção de inocência se impõe até o trânsito em julgado da sentença

---

<sup>211</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 89.

<sup>212</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed.. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013, p. 70.

condenatória, razão pela qual a vigência do antigo artigo 594 não cumpria o mandamento constitucional.

Se o réu não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, por que prendê-lo antes de confirmada a sentença pela superior instância? O nerônico art. 594 do CPP não podia, a toda evidência, subsistir tal como estava. Tampouco o art. 59 da nova Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343/2006) e o § 3º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Felizmente, essa nódoa foi eliminada. Em caso de condenação, eventual prisão deverá ser fundamentada e, ainda que ocorra, cumprindo ou não o mandado de prisão, havendo recurso de apelação, terá ele seu processamento normal.<sup>213</sup>

A lógica da presunção de inocência tem por base o próprio estado de garantias do ser humano constitucionalmente protegido. A acusação e o próprio processo não alteram essa condição. A constatação da não-culpabilidade deve permanecer até o trânsito em julgado da sentença que entendeu pela aplicação de uma pena. E os limites da perda da condição de não culpado são extremados pela própria sentença com a pena legalmente prevista e pela condição maior de dignidade que deverá ser mantida.

### 2.1.5 Exigência da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil destaca, como fundamento, a dignidade da pessoa humana e esta dignidade se manifesta especialmente na “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”<sup>214</sup>.

Nessa visão Kantiana, a dignidade assume posição imprescindível em qualquer ordenamento jurídico. Não é possível renunciar à dignidade posto que seja uma qualidade do ser humano. Sua existência independe do reconhecimento,

---

<sup>213</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245.

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

tornando-a, na construção de Gabriel Real Ferrer, um verdadeiro “Direito Esférico”<sup>215</sup>, no sentido que a garantia da dignidade é superior à própria legislação.

Destarte, a previsão constitucional, ao promover e proteger a dignidade da pessoa humana, não prescinde de ações concretas que torne a dignidade real e efetiva como integrante da vida de todo e qualquer indivíduo. Considerando a dignidade uma essência da pessoa humana, ela “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”<sup>216</sup>. Tal princípio integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Não é possível a desconsideração da dignidade; até mesmo para aquele criminoso “que pode ter atentado, da forma mais grave e insuportável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade”<sup>217</sup>.

A subordinação jurídica à Constituição da República impõe aos diplomas penal e processual penal, bem como à legislação correlata, o padrão garantidor de direitos fundamentais. A partir da prática de uma conduta antissocial e penalmente tipificada materializa-se o jus puniendi estatal. Este direito-dever não é ilimitado, tendo em vista que deve servir fielmente às normas postas e tem por fronteira os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana e o respeito à ela, não pode perder-se na burocracia processual, na construção da prova ou no intra-muros do cárcere. Durante a apuração da materialidade e da autoria de determinado fato tido como delituoso, através do devido processo legal, a dignidade deve ser preservada tendo por escopo o tratamento do acusado como o presumivelmente inocente. Neste sentido a aflição de um tratamento desrespeitoso, por si só, já é indigno, quanto o mais a inversão da prova fazendo que o acusado tenha que atuar no sentido de

---

<sup>215</sup> Expressão utilizada por Gabriel Real Ferrer no seminário “*Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad*”. Universidade de Alicante, Espanha. Junho de 2011. Para Gabriel Real, “*El Derecho Ambiental ha sido el motor de un cambio revolucionario en la misma concepción del Derecho. De la pirámide de Kelsen hemos pasado al Derecho Esférico.*”

<sup>216</sup> MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 16.

<sup>217</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

demonstrar aquele que seria o seu estado original, que é o de inocente. É função do acusador provar a culpa. E ainda, a garantia constitucional da preservação da dignidade não se extingue com a sentença condenatória transitada em julgado, posto que também é revelada na Lei de Execuções Penais<sup>218</sup>, onde é imprescindível a adaptação de vários dos atuais estabelecimentos, bem como a construção de novos e modernização de serviços penais.

A execução da pena adota o modelo jurisdicional, cujo objetivo é assegurar aos presos seus direitos fundamentais. Ou seja, mesmo perdendo a liberdade, perdendo a presunção de inocência naquela conduta típica que restou condenado, o direito fundamental à dignidade permanece. Destarte as previsões constitucionais, a prática no sistema carcerário brasileiro beira ao descaso. Após a condenação resta ao preso expiar sua culpa, normalmente em condições desprovidas de dignidade. Perdendo a presunção de inocência, a regra é que também perde a dignidade.

Classificado como um direito penal moderno, vigora, no atual sistema penal, o princípio da humanidade, segundo o qual, consoante os ensinamentos de Zaffaroni<sup>219</sup>, o acusado trata-se, antes de ser estereotipado de qualquer forma, de um ser humano, tendo inerente a essa qualidade o direito a ser tratado de forma digna.

O tratamento digno é o tratamento constitucional. No âmbito do processo revela-se no momento em que as regras constitucionais são aplicadas, pois o resultado de um processo pode revelar-se na aplicação do mais grave dos castigos representado pela perda da liberdade. A acusação, portanto, não se trata de mero procedimento que antecede a aplicação de uma pena. Revela-se como o momento de maior fragilidade do ser humano frente ao poder do Estado e sujeito à maior intervenção legalmente prevista que pode ser aplicada sob a forma da lei, que é a punição penal.

---

<sup>218</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210/84. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

<sup>219</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001, p. 141.

Se a acusação deve pautar-se nesse cuidado com o destinatário da pena, o mesmo cuidado deve estar presente no caminho de uma possível condenação, que é a instrução do processo. Sem a supremacia das garantias constitucionais, esvai-se a legitimidade de todo e qualquer procedimento judicial.

Estando a instrução do processo alicerçada nas provas que serão produzidas, a responsabilidade sobre elas não deve ser calibrada por buscar-se um possível infrator de regras sociais e penais, mas por ter o acusado, enquanto destinatário da decisão penal, a manutenção de suas garantias, mesmo durante o processo. Neste sentido o olhar garantidor dos preceitos constitucionais permanece válido por todo o caminho. A intervenção estatal em todo momento, especialmente quando na alegação da autoria, será contra aquele presumivelmente inocente e que deve ser tratado com dignidade.

## **2.2 A RESPONSABILIDADE PELA CONSTRUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

A prova é um elemento produzido sob determinadas condições que possibilita o entendimento, parcial ou como parte de um contexto do conflito com características penais onde se pretende uma intervenção estatal. É fundamental para (e deve ter por objetivo) o convencimento necessário à solução da lide.

No dizer de Carnelutti, a prova é “a demonstração da verdade de um fato realizada por meios legais”<sup>220</sup>. Não se trata da busca da verdade no seu sentido formal, mas de uma probabilidade tal que se transforma em certeza da ocorrência do fato imputado. A próprio Carnelutti, relendo sua obra, em artigo intitulado *Verità, dubbio e certezza*, na tradução de Miranda Coutinho, rechaça a possibilidade de uma verdade formal:

A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade

---

<sup>220</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 72

jamais pode ser alcançada pelo homem. (...) Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza.<sup>221</sup>

A pretensão probatória é, portanto, uma reconstrução aproximativa com vistas a uma atividade recognoscitiva do julgador para resgatar um fato sob uma perspectiva histórica que não necessariamente reflete um fato real.<sup>222</sup> Não se trata de buscar a verdade, mas da busca da maior probabilidade, a mais aproximada da certeza possível e necessária para gerar o efeito pretendido. É o que o clássico de Mittermayer aponta como “verdade lógica”, ou seja, aquela que, ao contrário de uma verdade material, chega-se através do raciocínio e que é decorrente dos fatos estarem em harmonia com a possível realidade e classificada como “crível e possível logicamente”<sup>223</sup>.

Sob esse argumento de sua contextualização e objetivo é que a prova reveste-se, então, da mais alta importância no jogo processual (Alexandre Morais da Rosa). Essa importância exige o cumprimento de determinadas condições. A prova pode ser de diversos tipos e tem sua forma de produção limitada no contexto que pretende probatório. Parte-se do pressuposto que a prova é produzida contra aquele que, por princípio constitucional, é presumivelmente inocente e deve ser tratado com dignidade. Por isso, exige um responsável para sustentar sua proposição. Ela é um “instrumento de demonstração da veracidade de afirmações feitas à propósito da ocorrência ou da inoocorrência de fatos, em que alegadamente fundamentada uma pretensão exposta no processo”<sup>224</sup>. Essa pretensão acusatória impõe a responsabilidade pela prova sobre quem alega uma circunstância, recaindo-lhe a incumbência de demonstrar a veracidade sobre os fatos que pretende fazer derivar:

---

<sup>221</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 7 de setembro de 2015.

<sup>222</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 535.

<sup>223</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro : Livraria do Editor, 1871. p. 99. Disponível em [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=61682](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61682). Acesso em 12 de setembro de 2015.

<sup>224</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCrim. 35/55. Jul-set./2001.

Assim, exigidas a certeza da ocorrência dos fatos configuradores da infração penal e a certeza de ter o réu praticado, para que seja pronunciada a procedência do pedido, será sobre o autor da ação penal condenatória que irá recair o ônus de cuidar para que sejam produzidas provas indúvidas de tais fatos, de modo a afastar qualquer dúvida, de modo que não subsista a mais leve hipótese de poderem ter esses se passado de forma diferente.<sup>225</sup>

Malatesta afirma que, de princípio, o espírito humano encontra-se “naquele seu estado negativo e tenebroso que se chama ignorância”. Tal ignorância antecede ao momento que chama de “escala ascendente do conhecimento”, percussora da dúvida, da probabilidade e da certeza relativa ao conhecimento de um fato.<sup>226</sup>

Ante a regra da inocência e a busca da responsabilidade penal, a acusação somente pode prosperar depois de percorrer a escada ascendente do conhecimento.

A ignorância e a dúvida não são elementos aceitáveis para o convencimento no processo penal. A probabilidade é o que se discute e a certeza resultante é o elemento imprescindível para a sentença. Quanto maior a probabilidade de um fato, maior valor terá a prova para participar da seleção e eleição das hipóteses históricas levantadas.<sup>227</sup>

No afã de demonstrar a probabilidade de um fato quanto a sua existência real ou histórica, a prova aponta para o que Aury Lopes apresenta como “função persuasiva”<sup>228</sup>. Essa função visa capturar psiquicamente o julgador que está diante da “irremovível incerteza”<sup>229</sup> sobre um determinado fato relevante para o julgamento da pretensão punitiva proposta pela acusação.

---

<sup>225</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 35/55. Jul-set./2001.

<sup>226</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 131.

<sup>227</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá : Temis. 2000. p. 3.

<sup>228</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 537.

<sup>229</sup> SILVA JARDIM, Afrânio. **O ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista de Processo. RePro 47. Jul-set/1987. p 259.

Nessa função persuasiva a prova tem por objetivo, além de teoricamente demonstrar um fato histórico, criar uma credibilidade no sentido de que o processo penal possa demonstrar, ao final, uma (discutível) “verdade” (ou certeza, segundo Carnelutti), legitimando-o perante os destinatários da prevenção geral. Mesmo que dito fato não corresponda a “verdade”, servirá essa credibilidade para o convencimento do julgador, no sentido dado por Alonso<sup>230</sup> de que a prova é uma atividade direcionada a formar o convencimento psicológico do juiz.

Para que a credibilidade possa ombrear a possibilidade, é necessário um raciocínio específico na construção da credibilidade da prova. Malatesta invoca uma presunção genérica que seria a percussora das presunções específicas e particulares.

Observando que uma coisa se verifica no maior número de casos, o espírito humano, não conhecendo se ela se verifica ou não no caso particular, inclina-se, por um juízo de probabilidade, a crê-la verificada, sendo mais crível que em particular seja verificado aquilo que ordinariamente acontece e não o que acontece extraordinariamente. O ordinário se presume: eis a presunção mãe, a árvore genealógica das presunções.<sup>231</sup>

É neste sentido que se pode apontar que o ordinário se presume, mas o extraordinário deve ser provado.

Eis o princípio supremo para o ônus da prova; princípio supremo que chamamos ontológico, enquanto encontra seu fundamento imediato no modo natural de ver as coisas. (...) Que afirma, ao contrário, o que está fora do curso ordinário dos acontecimentos, tem contra si a voz universal das coisas, afirmada pela experiência universal das pessoas; tem a obrigação, portanto, de sustentar com prova particular sua asserção: o extraordinário deve ser provado.<sup>232</sup>

A imputação de um fato delituoso é sempre contra alguém presumivelmente inocente, segundo o viés constitucional. Assim, não lhe cabe a

<sup>230</sup> ALONSO. Pedro Aragoneses. **Instituciones de Derecho Processual Penal**. 5ª ed. Madri : Editorial Rubi Artes Gráficas, 1984. P. 251.

<sup>231</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 132.

<sup>232</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 132.

prova da inocência, que é por princípio reconhecida. A presunção da não-culpabilidade deverá ser desconstruída pelo acusador numa atribuição exclusiva.

Neste contexto o dever da acusação é de imputar o fato (e todas as suas circunstâncias, conforme exige o artigo 41 do Diploma Processual Penal<sup>233</sup>), descobrindo e apresentando as hipóteses e provas que militam contra o acusado, revelando o fato que reclama a apreciação judicial. A mesma obrigação não é imposta ao acusado que tem o direito (e não o dever) de refutá-las.<sup>234</sup>

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas porque o réu está protegido pela presunção de inocência.<sup>235</sup>

Não é possível manter uma leitura do artigo 156<sup>236</sup>, do Código de Processo Penal, sob a ótica do direito civil. Deve-se superar a teoria da relação jurídica (Büllo), alcançando-se a teoria da situação processual (Goldschmidt) e a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari):

Não se pode imaginar ainda que tenhamos vasos comunicantes entre as cargas probatórias, dado que no processo penal somente cabe a prova da conduta ao órgão ministerial, desprovida de sentido, portanto, as inversões, verdadeiras regras de bolso, no sentido de demitir a acusação de sua obrigação.<sup>237</sup>

<sup>233</sup> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. in BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

<sup>234</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 2002. p 152.

<sup>235</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 549.

<sup>236</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

<sup>237</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Além daquele princípio ontológico citado (ordinário se presume, mas o extraordinário deve ser provado), originário da observação exterior da prova, subordina-se o princípio lógico, originário da forma de produzir-se a prova.

Para Malatesta, a presunção parte de fatos positivos ou negativos. O fato positivo, aquele fato que ocorreu, pode ser provado tanto diretamente quanto indiretamente. Já o fato negativo, o fato que não ocorreu, somente admite prova indireta. Não se pode, portanto, provar diretamente, “por sua percepção direta”, aquilo que não existiu. O fato negativo somente admite provas indiretas.<sup>238</sup>

Não se trata de atribuir obrigação probante à defesa, posto que essa obrigação é da acusação. A defesa não manifesta, no processo penal, uma verdadeira pretensão. A única pretensão do processo penal é a acusatória e essa deve ser provada. A defesa apenas pode opor-se a uma pretensão punitiva da acusação. Há negação por parte da defesa quando refuta o fato principal ou suas circunstâncias. A alegação de fatos é somente da acusação. Eventual alegação da defesa será tão somente aparente, posto que é mera negação dos fatos imputados pela acusação.<sup>239</sup>

Labora em equívoco quem, para combater esse princípio por nós chamado lógico, pretenda deduzir o ônus da prova para quem afirma o fato positivo, da impossibilidade de provar o negativo. Não, o fato negativo se pode provar mas unicamente por meios indiretos; o fato positivo pode ser provado, ao contrário, com meios diretos e indiretos. Essa maior facilidade de prova que tem, geralmente, o fato positivo, obriga quem o afirma a apresentar provas, de preferência a quem o nega e tem, por isso, meios mais limitados para provar.<sup>240</sup>

A validade desse princípio lógico estende-se, exclusivamente, às afirmações e às verdadeiras negativas. As negações formais, aquelas que por negativa apresentam somente a forma, tem por conteúdo um fato positivo. As verdadeiras negações são substanciais posto que não tem somente a forma, mas a substância negativa, não se limitando a uma afirmação positiva.

---

<sup>238</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 133

<sup>239</sup> SILVA JARDIM, Afrânio. **O ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista de Processo. RePro 47. Jul-set/1987. p 259.

<sup>240</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 132.

É importante destacar que não se pode confundir essas negações com uma obrigatoriedade de inversão do ônus da prova, ônus esse originário da acusação. Não se trata do fato de a defesa negar a acusação, mas da acusação apontar uma conduta negativa. A negação da conduta feita pela defesa não cria nova obrigação. A negação da conduta proposta pela defesa não retira da acusação a sua obrigação de provar a conduta imputada.

O fato de a defesa negar a acusação sob determinado argumento (quando o acusado, por exemplo, informa que não estava no local que se relaciona com a prática do crime) pode gerar uma falsa obrigação de provar o que alega. Neste momento ocorre o perigo da captura psíquica do julgador. Trata-se de uma postura psicológica chamada de dissonância cognitiva, conforme aponta Aury Lopes Jr:

Em linhas introdutórias, a teoria da ‘dissonância cognitiva’ desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas.<sup>241</sup>

Assim, não é correta a afirmação de que cabe a defesa a prova de uma alegada excludente. A prova continua sendo ônus do acusador para demonstrar os elementos que constituem a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, que somente se materializam ante a inexistência de excludentes ou causas de justificação.

Esse raciocínio retorna a regra geral de que o princípio lógico subordina-se ao princípio ontológico, ou seja, o que deve ser provado é o fato extraordinário ante o fato dito ordinário.

---

<sup>241</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 7 de setembro de 2015.

Presunção de inocência, ou de não culpabilidade, não é garantia de bondade humana, mas é a garantia, pelo princípio ontológico, que o ônus da prova cabe à acusação, partindo-se do entendimento que a conduta criminal é extraordinária no ser humano.

Há de se diferenciar, ainda, o ônus probante do dever probante. A acusação não está obrigada a fazer prova do que alega, mas submete-se ao ônus de demonstrar aquilo que foi alegado. O ônus probante não se traduz em dever jurídico da parte, não cabendo sanção pelo não cumprimento. O que ocorre é simplesmente, segundo o ensinamento de Alcalá-Zamora, exposto por Tourinho Filho, um risco ou um prejuízo. As alegações das partes, quando não provadas, “no podrían ser tomadas em cuenta como base para lá decisión”.<sup>242</sup>

Assim, a acusação assume o risco de, no sentido de buscar a captura psíquica do julgador, não alcançar seu mister no argumento que, embora lógico, não restou provado.

Sendo o ônus da prova exclusivo da acusação, esta assume o risco de apresentar um argumento e demonstrar cabalmente a sua ocorrência (ou inoocorrência, conforme o caso) ou de não conseguir sustentá-lo. A escolha do tipo de prova indica o alcance da carga probante nele inserida.

### 2.3 AS POSSIBILIDADES TIPOLÓGICAS DA PROVA

A prova pretende trazer ao processo, e, por consequência, convencer o julgador, do conhecimento aproximado de um fato histórico ou de uma circunstância. Trata-se de um canal entre o julgador e o que pode ter acontecido preteritamente ou o que se apresenta como condição no momento de sua verificação. Não é, portanto, quanto ao fato, a representação de sua existência, mas o reflexo de um acontecimento. Quando a prova for relacionada à uma condição ou qualidade, não se trata de uma representação da realidade, mas de um conhecimento de tal

---

<sup>242</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245.

qualidade ou circunstância. A relação da prova com o que se pretende provar ou, no dizer de Malatesta, com a coisa provada<sup>243</sup>, é o conteúdo ou objeto da prova. Essa substância probatória revela a sua natureza objetiva.

A substância da prova tem relação direta com o fato ou condição que se pretende verificar e a utilidade a ser dada a essa verificação. É nisso que se funda o seu critério objetivo.

No procedimento criminal a relação dos fatos ou circunstâncias que se pretende provar é o relativo à responsabilidade penal do acusado e não a sua inocência (não culpabilidade), visto que isso é pressuposto geral de origem constitucional.

O juízo penal só se instaura quando existe a fé de poder chegar à verificação da criminalidade, para que se faça justiça. A verdade, pois, a cuja verificação tende o juízo criminal, é o delito e a crítica criminal visa precisamente encontrara as regras lógicas para que a certeza do delito seja, o mais possível isenta de erro, mas correspondente à verdade objetiva e todos os grandes problemas da crítica criminal não tem por objetivo senão as provas e verificação da criminalidade.<sup>244</sup>

Assim, examinar e ponderar a prova quanto ao conteúdo tem relação direta com o delito que se tenta verificar a ocorrência e responsabilizar o acusado, através do processo, caracterizando a natureza objetiva da prova.

Tendo a prova relação direta com o delito, mesmo que referente à parcela de seus elementos ou quando se refere ao próprio crime, trata-se de prova direta. No sentido inverso, quando a prova versa sobre elemento que não está diretamente relacionado com o crime, trata-se de prova indireta. Essa divisão é importante na classificação da prova pois a relação da prova com o objeto a ser provado revela a natureza subjetiva da prova, ou seja, “sua natureza pessoal ou real”<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2005. p. 147.

<sup>244</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2005. p. 148.

<sup>245</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 148.

A natureza subjetiva pessoal da prova se refere à revelação conhecimento pessoal do cometimento de um crime ou de elementos que podem levar a essa verificação. A natureza subjetiva real consiste na introdução ao processo de elemento que caracterize o crime ou suas circunstâncias, mesmo que não relacionado diretamente à conduta criminosa.

(...) a prova pode referir-se, como objeto imediato, ao delito, mesmo em um de seus mínimos elementos, ou consistir no próprio elemento delituoso, sendo chamada, agora, de prova direta. Pode, ao contrário, a prova, como ao objeto imediato, referir-se à uma coisa diversa do delito, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito, referindo-se assim, a esse mediadamente ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa, sendo chamado agora de prova indireta.<sup>246</sup>

Não há um conceito exato e definitivo para separar o que sejam as provas diretas, como aquelas que indicam diretamente a ocorrência e a responsabilidade pelo crime, e as provas indiretas que somente apontam por via transversa a existência do crime e sua responsabilidade.

Essa classificação de provas diretas e indiretas, ainda, não é pacífica. Parte-se, por princípio, da constatação que todas as provas produzidas no processo penal são indiretas. Essa reconstrução para a captura recognitiva do juiz refere-se à fatos pretéritos e, portanto, a produção de provas realizadas em audiência é indireta. A essa construção Cordero ensina que as provas consistem em “signos de um suposto fato”<sup>247</sup>, servindo (como indiretas), através daquilo que a semiótica denomina equivalentes sensíveis, para reconstruir algo que não pode ser percebido diretamente, posto que não ocorreu na sala de audiências.<sup>248</sup>

A instrução processual, e o próprio processo, é uma “máquina retrospectiva”<sup>249</sup> que busca perceber se algo aconteceu, como aconteceu e quem são os seus protagonistas. Ante as hipóteses levantadas pela acusação e pela

---

<sup>246</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 148.

<sup>247</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá : Temis. 2000. p. 3.

<sup>248</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá : Temis. 2000. p. 11.

<sup>249</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá : Temis. 2000. p. 7.

defesa, caberá ao julgador escolher aquelas que certamente ocorreram, à luz da comprovação realizada através das provas.<sup>250</sup>

A par disso, a divisão (provas diretas e indiretas) resta importante, especialmente para apontar o fato, o autor e a intencionalidade, bem como o grau de subjetividade, decorrente da presunção e do indício.

No dizer de Malatesta, a prova tem um sujeito e um objeto. O sujeito da prova é a pessoa ou coisa que afirma e o objeto é a coisa ou circunstância afirmada (demonstrada). Por essa condição, ambos, sujeito e objeto, necessitam de uma avaliação. Sendo a prova o caminho para o convencimento da existência de um fato ou circunstância, impõe-se quantificar e qualificar a credibilidade subjetiva da prova, inclusive quanto à relação do sujeito com o objeto. Essa avaliação é a síntese do processo à cargo do julgador.<sup>251</sup>

### 2.3.1 Possibilidade de Provas Diretas

Na análise das provas diretas, ou seja, aquelas que tem por objeto imediato a coisa ou circunstância que se quer verificar, tendo por conteúdo imediato o delito imputado, vale a classificação de Malatesta, relacionando-as ao fato criminoso, à ação criminosa e à intenção criminosa. A intenção, ainda, deve ser analisada sob os prismas da inteligência e da vontade.<sup>252</sup>

Para a concreta caracterização de um fato criminoso e sua responsabilidade, tendo-o como certo e definido, é necessária a existência de uma objetividade criminosa, de uma subjetividade exterior criminosa e de uma subjetividade interior criminosa. A criminalidade do fato apurado (decorrente de uma conduta materializada) prescinde desses três fatores, concomitantemente.

---

<sup>250</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 537.

<sup>251</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 152-153.

<sup>252</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 160-176.

A objetividade criminosa é traduzida na existência de um fato típico e suas características. Ante a inexistência de intencionalidade criminosa vinculada a ação propriamente dita resta um fato histórico, mas não um fato típico.

Da mesma forma deve existir a subjetividade exterior criminosa, que é a responsabilização pessoal pela ação que causou o evento criminoso. Sem a indicação de ação resultante de uma participação humana e sem que o fato gere qualquer consequência, não há possibilidade de apreciação no âmbito criminal. Seria como admitir-se um crime sem a existência de autoria.

Por fim, busca-se averiguar a subjetividade interior criminosa, qual seja, que a ação descrita tenha sido precedida pela vontade ou responsabilidade criminosa. Sem a intenção dolosa ou sem a responsabilização culposa da ação ou omissão, não é possível imputar o caráter criminoso à ação.

A prova desses três elementos em conjunto elevam a probabilidade do crime ao estado de percepção (ou de convencimento) que se assemelha a certeza do seu cometimento. Quanto falta um deles somente se pode supor hipoteticamente a existência do crime.

De tudo isso, resulta uma observação importante, que não se deve esquecer, que a prova tomada singularmente de um desses elementos não se apresenta senão hipoteticamente com prova direta de elemento criminoso e não aparece efetivamente como prova direta criminosa, senão quando acrescida à prova, suficientemente completa, dos três elementos constitutivos do delito.<sup>253</sup>

A configuração do crime, portanto, requer a prova de ocorrência do elemento objetivo, que é o fato, somado aos elementos subjetivos, qual sejam, a ação e a intenção. Todos devem ser igualmente certos para a configuração do delito. A prova que tem por conteúdo imediato, total ou parcialmente, o fato, a ação ou a intenção, é prova direta.

---

<sup>253</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 160.

### 2.3.1.1 Elemento objetivo: o fato (criminoso)

O delito se materializa como de um fato externo violador do direito. É neste sentido que se exige do delito um objeto (material) como sendo a coisa ou pessoa sobre quem recai a ação e um objeto (jurídico) que é o direito que foi atingido.

O fato material é o efeito físico da ação criminosa. Porém, a prova de tal efeito não é suficiente para caracterizar-se como criminoso. É necessário que este objeto material esteja relacionado com um objeto jurídico, que é o direito violado. O direito não pode ser objeto de violação senão quando efetivamente utilizado por uma pessoa. Existem direitos que não precisam ser provados porque inerentes do ser humano ou de sua condição como membro de uma sociedade ou direitos relacionados a própria sociedade como tal. Para a prova particular do direito, necessária para a prova do crime, não se refere a esses direitos inerentes ao ser humano ou à sociedade, mas daqueles decorrentes de relações particulares entre pessoas ou entre a pessoa e a coisa. São, segundo Malatesta, direitos adquiridos, onde é preciso a existência de uma relação particular geradora do direito.<sup>254</sup> Trata-se da prova do direito da pessoa sobre a coisa ou a condição (fato ideal ou jurídico) que foi objeto do delito. A coisa ou condição não é vítima de crime, mas a pessoa (ou a sociedade) que detém a coisa ou a condição.

É primordial não perder de vista que o delito é um ente jurídico composto de materialidade e de idealidade. Tanto uma como outra são constitutivas do delito e, por isso, são o delito. Assim, a prova imediata do fato material, como a do fato ideal, são provas imediatas, ou diretas, se assim se quer dizer, do delito. A prova imediata do direito alheio de outrem sobre a coisa é, tanto como a prova imediata do seu apossamento, uma prova direta do furto: é a prova direta daquele elemento criminoso que consiste no direito violado ou, se o preferirem, na violação do direito. A prova imediata do direito matrimonial à fidelidade, assim como a prova imediata do comércio sexual com pessoa diversa da que não seja o cônjuge, é uma prova direta do adultério. É a prova direta do elemento criminoso consistente no direito violado.

---

<sup>254</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 163.

O delito é, então, um ente jurídico que tem, na sua constituição, materialidade e juridicidade traduzida na ação criminosa (física) sobre a pessoa, coisa ou condição que revela o fato (material) e a relação da coisa ou condição com alguém (portador desse direito). As provas imediatas que se revestem do sentido de demonstrar essa relação, são as provas diretas.

### **2.3.1.2 Elemento subjetivo: a ação (criminosa)**

A ação que tem por objetivo um resultado criminoso pode materializar-se como o movimento (ou a omissão dele) direcionado a esse resultado ou através da simples vontade que colabore para a intenção à exteriorização do fato criminoso. A ação criminosa não se traduz por elementos preparatórios ou indiferentes, mas por atos que efetivamente levam ao fato criminoso. São nesses atos que podem ser encontrados a execução e a consumação do crime. Os atos preparatórios ou atos indiferentes somente poderão ser percebidos através da prova indireta e não da prova ora em comento, que é a direta. Os atos preparatórios e indiferentes podem ser confundidos com atos inocentes, ou, sem relevância criminal, podendo funcionar como elementos para a constituição de futuras provas, mas não como provas.<sup>255</sup>

A atividade da pessoa física com intenção criminosa não precisa agir sobre o objeto do crime, mas atuar sobre meios para o fim destinado. Esses meios utilizados não integram o fato criminoso, mas a ação criminosa propriamente dita. Sobre esses meios, reveladores da ação, é que deve recair a prova. Assim, a prova direta da ação pode ser considerada uma prova indireta do fato ou da intenção criminosa.

A ação, objeto da prova direta, é o meio que liga o fato à intenção criminosa. Essa mesma ligação pode ser feita pela omissão.

### **2.3.1.3 Elemento subjetivo: a intenção (criminosa)**

---

<sup>255</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 165-166.

A intenção criminosa deve ser vista sob dois prismas. Num primeiro como a vontade livre e consciente do resultado danoso e, num segundo, na responsabilidade pelo resultado danoso não intencional mas ainda assim criminalmente relevante.

A intenção difere do fato criminosos e da ação criminosa no sentido de que esses se sucedem imediatamente posto que conjugados. Isso não ocorre com a intenção criminosa.

A intenção pode nascer na consciência num tempo muito anterior à ação e afirmar-se de modo indeterminado e destacado da ação. Ora, a intenção por si só, considerada na consciência, como destacada da ação, não é elemento do crime.<sup>256</sup>

Isoladamente, a intencionalidade não representa elemento de crime. Sua relevância criminal somente se destaca quando precedente ao fato e à ação criminosa, reveladora ou não da vontade do acusado.

O crime apresenta-se exteriormente no sentido físico e interiormente no sentido moral. Essa interioridade moral é a intenção quando voltada para a ação que resulta no fato criminoso. A ligação entre a intencionalidade e a ação é revelada pelo que Malatesta chama de “inteligência” como primeiro elemento da interioridade moral. Tal inteligência é a percepção consequencial da ação ou omissão direcionada ao resultado - no caso, ao fato criminoso.

A inteligência de que a consequência de uma ação pode resultar num fato criminoso, em si, não é suficiente para completar o elemento subjetivo interno afeto à intenção. A intenção somente pode ser percebida criminalmente se essa inteligência somar-se à vontade do acusado de perpetrar uma ação (ou omissão) tendente ao fato criminoso. A prova direta tem por objetivo, portanto, a demonstração da participação da inteligência e da vontade do acusado na ação direcionada ao fato criminoso. Já a vontade deve ser demonstrada pela previsibilidade do resultado, determinando ou não o dolo existente para um fim

---

<sup>256</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 169.

específico, cujo resultado seja típico. A tendência da vontade determinará a natureza do dolo, objeto de estudo da teoria da imputação.<sup>257</sup>

Ocorre que inteligência e vontade não estão disponíveis a percepção direta humana, salvo no caso de uma confissão. Por isso não é possível chegar ao elemento intencional senão por provas indiretas, deduzindo sua existência através de outros elementos.

A prova da existência da inteligência e da vontade é imprescindível para a caracterização do dolo na conduta.

Portanto, tomando-se o fato, a ação e a intenção como os três elementos constitutivos do crime, e considerando-se que a prova a ser produzida tem por conteúdo imediato, total ou parcialmente um desses elementos, trata-se de prova direta.

### **2.3.2 Prevalência das Provas Indiretas no processo penal**

Como apontado anteriormente, são poucos (ou nenhum) os fatos de percepção direta. A imensa maioria do conhecimento dos acontecimentos se tem indiretamente quanto ao tempo e o espaço. Mesmo assim, o conhecimento não é pleno, pois a totalidade dos acontecimentos não pode ser percebida direta ou indiretamente. Todo conhecimento é parcial.

O conhecimento de determinados fatos se dá, portanto, na imensa maioria das vezes, por via indireta. Essa via relaciona fatos, ações e intenções possíveis com a realidade através do raciocínio que tem por base a experiência externa (conhecimento do mundo físico) e interna (conhecimento do mundo moral).

Para uma classificação das provas indiretas, é preciso conhecer a natureza lógica deste raciocínio, mais precisamente, a natureza lógica do argumento probatório indireto que é a dedução.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 170-174.

Não é possível, na esfera criminal utilizar-se da dedução pura, onde de uma generalidade percebida pode-se deduzir uma condição ou circunstância particular. Mas é cabível, a dedução que Malatesta chama de experimental, resultando na forma lógica do raciocínio probatório indireto.

A observação de fenômenos do mundo físico que estão em conformidade com o maior número de casos leva a conclusão do que constitui o ordinário físico. Trata-se da experiência externa. Já a experiência interna leva a um conceito de moral ordinária, que é a regra geral de pensar e agir dos homens.<sup>259</sup>

Some-se à dedução experimental, ainda, uma forma ontológica de raciocínio representada por dois princípios básicos. O princípio da identidade (o que é, é) onde se assenta a presunção; e o princípio da causalidade (todo acontecimento pressupõe uma causa) de onde se origina o indício.<sup>260</sup>

O raciocínio como argumento probatório indireto, que do ponto de vista lógico só pode ser, como visto anteriormente, unicamente experimental, do ponto de vista ontológico pode ser, como depois se viu, de duas espécies: argumento probatório com relação à identidade, argumento probatório com relação à causalidade.<sup>261</sup>

A presunção é uma espécie de prova indireta. Quanto, através da presunção, se afirmar a existência de uma qualidade ou condição ao acusado (ou à coisa), tal qualidade é deduzida e não diretamente conhecida pois pertence à espécie e não ao indivíduo propriamente. A presunção parte da ideia do que é ordinário e não do que é uma constante, assumindo característica essencial na valoração da prova que a torna (a presunção) uma probabilidade.

Enquanto a presunção percorre o trajeto do conhecido ao desconhecido utilizando-se do princípio da identidade (o que é, é), o indício percorre o mesmo caminho, porém utilizando-se do princípio da causalidade (todo acontecimento

---

<sup>258</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 178.

<sup>259</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 180.

<sup>260</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 181.

<sup>261</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 182.

pressupõe uma causa). É, portanto, uma das formas da prova indireta, junto com a presunção.

Porém, vale uma distinção importante. Para tratar da categoria “indício” é necessário, não só para fins semânticos, diferenciá-la de vestígios e evidências.

Vestígio, evidência e indício, nas lides forenses, por vezes são tratados como significantes de um mesmo significado. Certamente os significados se relacionam, mas não tem o mesmo alcance. Segundo Dias Filho, “Enquanto o vestígio abrange, a evidência restringe e o indício circunstancia”<sup>262</sup>.

Definir uma situação como vestígio é informar que ela tem sua gênese num agente ou num evento que a promoveu. O vestígio se apresenta, assim, conforme Dias Filho, como “o produto de um agente ou evento provocador”. Seria a presunção de que alguém ou algo é o responsável por (ou contribuiu para) uma modificação no estado das coisas que alterou a localização e/ou o posicionamento de um corpo no espaço. Essa alteração é relativa pois sua constatação é decorrente da observação de uma ou mais referências externas ao corpo indicado. A análise deste contexto poderá informar a relação do vestígio apontado com uma determinada conduta criminosa ou cenário de um crime. Existindo essa relação, o vestígio assume a condição de evidência.<sup>263</sup>

A evidência é, portanto, o vestígio ou o conjunto de vestígios analisados e contextualizados numa situação específica e relacionados a um determinado evento.

As evidências, ao terem como origem aquilo que anteriormente eram necessariamente vestígios, são elementos materiais de prova, tendo, portanto, natureza puramente objetiva<sup>264</sup>. Assim, a evidência é um vestígio que passou por um

---

<sup>262</sup> DIAS FLHO, Claudemir. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. Revista do Tribunais. RT 883/436. Maio/2009. Edição Especial RT 100 anos. V. III. Processo Penal II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 397.

<sup>263</sup> DIAS FLHO, Claudemir. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. Revista do Tribunais. RT 883/436. Maio/2009. Edição Especial RT 100 anos. V. III. Processo Penal II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 398.

<sup>264</sup> MALLMITH, Décio de Moura. **Local de Crime**. Departamento de Criminalística do Instituto Geral de Perícias /RS. Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2007. p. 9.

processo de avaliação de cunho objetivo onde o resultado foi a demonstração de uma vinculação certa (no sentido de certeza) e direta com o evento criminoso.

Não é possível rotular a evidência, ou o conjunto de evidências, como prova da verdade ou mesmo como elemento que proporcione a certeza no processo penal. Trata-se da conclusão de um raciocínio que leva a uma possibilidade real no sentido da busca da aproximação da certeza necessária à captura psicológica do julgador. A evidência, embora com papel relevante no conjunto probatório, não é a prova da realidade (posto que esta, em tese, não existe), mas o elemento de formação de convicção apurado por uma análise e contextualização anterior que lhe dá validade para ser apreciada como prova do fato ou da circunstância que se imputa ao acusado.

Em inglês, todavia, tal palavra [evidência] é utilizada para referir-se à própria prova. Evidência é o conjunto de elementos probatórios. É a certeza processual que decorre desse conjunto, *beyond a reasonable doubt*. E tanto é assim que o juiz da *common law* não está preocupado com a inalcançável verdade. Ao término do julgamento ele não profere algo como “fez-se justiça”, ou “descobriu-se a verdade”, ou “chegou-se à certeza”, mas simplesmente, em atitude solene, decide: “*case closed*”.<sup>265</sup>

Na lide forense, embora não exista uma definição na legislação, essa evidência é chamada de prova material. Esta prova material é que suporta a tentativa de validade da existência ou da autoria de um crime como indício suficiente de sua realidade.

A categoria indício tem, como dito, significado diferente de evidência (que é decorrente de um vestígio analisado e relacionado com o crime). Mazzilli afirma que indício é aquilo que indica<sup>266</sup>. O Código de Processo Penal, em seu artigo 239<sup>267</sup>, traz o que pretende ser a definição legal de indício como a circunstância

---

<sup>265</sup> SUANNES, Adauto. **Provas eticamente inadmissíveis no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim. 31/75. Jul-set. /2000. p. 122.

<sup>266</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **O papel dos indícios na investigação do ministério público**. Disponível em <http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/642-o-papel-dos-indicios-na-investigacao-do-ministerio-publico-dr-hugo-nigro-mazzilli>. Acesso em 20/09/2015

<sup>267</sup> Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias

conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Segundo Mittermayer:

Indicio é um facto em relação tão precisa com outro facto, que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja dois factos, um verificado e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido. Aplicado ao processo criminal, o indicio é o facto, circunstancia accessoria que se prende ao crime principal, e que por isso concorre para chegar à conclusão, ou de ter sido commettido o crime, ou de ter nelle tomado parte um individuo determinado, ou de ter sido um crime consummado deste ou daquelle modo.<sup>268</sup>

A origem da palavra é o vocábulo latino *indicium* que deriva de *index*, ao significado de dar a saber, manifestar, anunciar, divulgar, marcar, fixar, indicar. Porém esse não é um entendimento unânime.<sup>269</sup>

Assim sendo, podemos deduzir que a evidência é o vestígio que, mediante pormenorizados exames, análises e interpretações pertinentes, se enquadra inequívoca e objetivamente na circunscrição do fato delituoso. Ao mesmo tempo, infere-se que toda evidência é um indício, porém, ao contrário nem sempre é verdadeiro, pois o segundo incorpora, além do primeiro, elementos outros de ordem subjetiva.<sup>270</sup>

Retomando a questão que presunção e indícios são formas de prova indireta, o indício é resultado do princípio que todo acontecimento pressupõe causa (princípio da causalidade), e assim se diferencia da presunção que, por sua vez, decorre do princípio da identidade (o que é, é). A causa só pode provar seu efeito no campo da probabilidade, sem aproximar-se da certeza com a mesma potência da presunção, pois as causas não necessariamente produzem um só efeito. As causas depende de determinadas condições, extrínsecas e intrínsecas, para produzir efeitos. A totalidade dessas condições não são invariavelmente percebidas. Desta

<sup>268</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro : Livraria do Editor, 1871. p. 220. Disponível em [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=61682](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61682). Acesso em 12 de setembro de 2015.

<sup>269</sup> MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 4

<sup>270</sup> DIAS FLHO, Claudemir. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. Revista do Tribunais. RT 883/436. Maio/2009. Edição Especial RT 100 anos. V. III. Processo Penal II. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 399-400.

forma, uma determinada causa produz um determinado efeito no maior número de casos, mas não em todos, pois não é possível afirmar essa constante. A relação de causa e efeito é ordinária mas não obviamente constante, gerando, na análise, uma maior ou menor carga probatória (valor probatório no sentido do convencimento do julgador) decorrente do indício.<sup>271</sup>

Indício é um fato provado que permite, por raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de um fato. O indício é um ponto de partida, do qual o juiz realiza um processo mental que permite concluir pela existência de outro fato.<sup>272</sup>

Com referência a sua natureza subjetiva, a valoração do indício necessita de uma avaliação objetiva e uma avaliação subjetiva. A avaliação subjetiva tem por finalidade fortalecer o fato indicante, ou seja, a subjetividade da prova. Já a avaliação objetiva tem por fim fortificar o fato indicado, ou seja, o conteúdo da prova. O indício caracteriza-se como uma coisa conhecida (fato indicante) que serve para indicar uma desconhecida (fato indicado). Ainda, o indício deve ser provado por fato conhecido, não podendo ser resultante de outros indícios. Quanto à natureza objetiva, tem-se que a força probante do indício está diretamente ligada na frequência do fato indicado, mas não à multiplicidade de indícios. A singularidade do fato indicante somente suporta um fato indicado.<sup>273</sup>

Ao indício é inerente uma carga subjetiva porque surge num momento processual quando fatos apurados (seja no inquérito, seja no processo) foram agregados à evidências. Desta forma, toda informação relevante relacionada ao crime em análise é um indício. Se o indício não tem sua origem na prova pericial, maior carga subjetiva comportará.<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 204.

<sup>272</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 65/175. Mar.-abr./2007. p. 256.

<sup>273</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 2005. p. 220-221.

<sup>274</sup> DIAS FLHO, Claudemir. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. Revista do Tribunais. RT 883/436. Maio/2009. Edição Especial RT 100 anos. V. III. Processo Penal II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 399.

A prova da acusação, seja direta ou indireta, busca informar uma realidade ou uma circunstância com o escopo de convencer o julgador. O cabimento de diversas formas de busca da realidade ou a constatação de uma circunstância impede uma valoração comum à todas as provas constantes do processo criminal, posto que de origem diversas e, especialmente, propostas por diferentes meios. Esses meios, por terem características próprias, também possuem diferentes valores decorrentes de sua gênese ou de sua construção hábil à levar à captura psicológica do julgador.

## 2.4 FORMAS DE CONSTRUÇÃO DE PROVA

As provas, no processo penal, produzidas sob determinadas condições, são os elementos essenciais para o convencimento do Juiz no sentido da solução da lide. É a partir delas que são reconstruídos fatos históricos, ainda que fragilmente pois essa reconstrução é parcial e aproximativa<sup>275</sup>.

A forma de construção, ou o meio a ser utilizado para a apresentação da prova, é materializado através da constatação da narração um fato ou de uma circunstância, da apresentação ou construção de um documento, ou da constatação de uma alegação. Sempre com o objetivo de levar um conhecimento (informação) ao processo.<sup>276</sup>

O meio de prova não se confunde com o sujeito ou com o objeto da informação produzida como prova. A testemunha é o sujeito e o seu depoimento, tomado e reproduzido sob determinadas condições, é o meio de prova. O local é o objeto, enquanto a sua inspeção e o laudo produzido em decorrência dessa verificação, é o meio de prova. Meio, portanto é o instrumento que será utilizado no processo penal para o reconhecimento da prova.

---

<sup>275</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Rosa, Alexandre Morais. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.** <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em 16 de janeiro e 2015.

<sup>276</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 8 Ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 276.

O modo de construção do meio de prova passa por etapas distintas que são fundamentais para a sua validade<sup>277</sup>. São elas, a proposição (ou protesto), a admissão e a produção da prova.

Embora se possa elencar mais uma etapa, qual seja, a análise<sup>278</sup>, esta já faz parte da valoração da prova e, portanto, somente ocorre depois da prova constituída.

A primeira etapa é a proposição da prova. Trata-se do momento em que determinada prova ou meio pelo qual a prova possa ser produzida é proposta no processo penal. Em seguida ocorre a etapa da admissão, pelo julgador, da produção da prova proposta ou da integração aos autos de prova pré-existente. Essa admissão deve levar em consideração que a prova proposta ou anteriormente produzida é necessária para a confirmação da tese esposada pela parte que a propôs. No caso de prova produzida antes da fase judicial, sua admissibilidade deverá levar em consideração a forma de sua gênese e a impossibilidade de que a (re)produção ocorra no próprio processo. A etapa da admissão ocorre após a proposição, ou mesmo após o cotejo, ou o contraditório, que a prova deverá necessariamente ser submetida. Uma terceira etapa caracteriza-se pela produção, onde ocorrerá o ato ou procedimento que construirá e apresentará a prova no processo, integrando-a aos autos. No caso da prova produzida anteriormente, e já admitida, esta etapa se caracteriza pela sua integração ao conjunto probatório. Não há, no momento da produção ou reprodução da prova, uma valoração da mesma quanto ao que se propõe.<sup>279</sup>

Após a produção ou reprodução da prova e devidamente integrada aos autos, poderá a mesma passar por novo juízo de admissibilidade. Os requisitos para admissão da prova no processo levam em conta a sua relevância, possibilidade e

---

<sup>277</sup> SUANNES, Adauto. **Provas eticamente inadmissíveis no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 31/75. Jul-set./2000. p. 113.

<sup>278</sup> Suannes indica esta outra etapa que é a de avaliação (ou análise) da prova feita pelo julgador tendente ao seu convencimento. Para fins desse trabalho entende-se que a prova está formada no momento que termina de ser produzida, sendo a etapa de análise um momento posterior que só pode ser operacionalizado sobre a prova e não no contexto dela. Em caso de vício na produção da prova, retorna a etapa de admissão para desconsiderá-la e, portanto, descartada a análise para fins de convencimento do julgador na decisão.

<sup>279</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo : Saraiva. 2011. p. 353.

oportunidade de contribuir para a pretensa reconstrução dos fatos. Mas a admissão de sua permanência no processo considerará não só condições iniciais (relevância, possibilidade e oportunidade de contribuição para a comprovação dos fatos) mas a forma como foi produzida e sua validade.

Ultrapassadas essas etapas e considerados os meios de prova lícitos (reanálise de admissibilidade), ou seja, reconhecidos como aqueles cuja forma de proposição, admissão e produção são capazes de produzir provas admitidas pelo ordenamento jurídico, surge o momento de análise da prova produzida ou integrada.

Esta análise ocorre tanto pelas partes, acusação e defesa, quanto, pelo julgador (em duas oportunidades – anterior à prova para autorizar sua produção e posterior à prova para autorizar sua permanência no processo), que irá considerar a prova, em uma primeira observação quanto à sua validade, porquanto, repita-se, produzida através de meio legal e legítimo, e também quanto ao fato ou circunstância que a mesma pretende demonstrar para o seu convencimento, interligando-a ou não com os demais elementos dos autos. Essa análise habilitará o julgador a proferir a decisão que necessariamente deverá ser lastreada nas provas regularmente produzidas ou integradas aos autos.

Como dito, o momento de produção da prova pode ocorrer antes da fase processual, mas as etapas seguem as mesmas. A propositura, neste caso, não é para a construção da prova propriamente dita, mas para que aquele procedimento anteriormente existente possa ser admitido no processo penal. Essa prova anterior será, então, integrada na fase processual para que possa ser analisada. Uma primeira análise de admissibilidade oportunizará que a prova anterior passe pelo crivo do contraditório das partes e receba a confirmação de sua existência e validade em juízo.

A questão central encontra-se na licitude da prova a ser analisada. As provas consideradas ilícitas, ou seja, aquelas propostas, admitidas ou, especialmente, quando produzidas de forma contrária ao ordenamento, não poderão gerar efeitos no convencimento do juiz para fins de prolação e decreto condenatório.

Os meios ilícitos não se restringem àqueles cuja proposição, admissão ou produção seja expressamente proibidos na legislação, mas também aqueles que em qualquer etapa da formação do meio de prova são imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes.<sup>280</sup>

O espectro de validade do meio de prova, portanto, importa, no dizer de Aury Lopes, em “limites à atividade probatória”<sup>281</sup> cuja transposição macula a possibilidade de análise isenta de vícios e conseqüentemente a própria decisão judicial, tornando imprestável para o fim a que se destina o meio de prova cuja proposição, admissão ou produção ultrapassou os limites definidos. Esses limites podem ser relativos à previsibilidade do meio de prova ou podem ser relativos à própria licitude na produção do meio de prova.

#### **2.4.1 Limites relativos à previsibilidade da forma de construção da prova**

A taxatividade dos meios de prova é a regra a ser observada, porquanto a relação de provas admitidas em direito depende de previsão expressa na legislação penal e processual penal. Porém, tal taxatividade não é absoluta. Além dessas hipóteses, ditas “provas nominadas” (exame de corpo de delito, perícias, interrogatório, confissão, testemunhas, documentos, acareações, reconhecimentos e interceptações telefônicas e de dados), emergem novas construções para meios de prova que são aquelas ditas inominadas.

Admite-se, então, a construção de provas através de meios não disciplinados em lei, desde que obedecidas determinadas restrições. É o que Vicente Greco leciona, ressaltando que a admissão é possível “desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”<sup>282</sup>. É neste sentido o posicionamento

---

<sup>280</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini Grinover. **Liberdades públicas e processo penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 1982. p. 98.

<sup>281</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 580.

<sup>282</sup> GRECO FILHO, Rogério. **Manual de processo penal**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

de Tourinho Filho ressaltando que “o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais”<sup>283</sup>.

O primeiro limite à prova é o limite extrapenal expresso no parágrafo único<sup>284</sup>, do artigo 155, do Código de Processo Penal. Tal dispositivo exige a observância de restrições da lei civil quanto ao estado das pessoas. A limitação alcança a prova de parentesco, matrimônio, registro civil e a própria morte. São circunstâncias que não podem ser provadas, por exemplo, através do meio testemunhal. Com a falta do documento civil correspondente, mesmo que pretensamente suprido por outro meio, não é possível fazer prova de parentesco, como no caso da agravante no crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Não é possível, igualmente, a extinção da punibilidade pela prescrição sem a prova registral do evento morte.

Além desta restrição, a limitação quanto às provas cujos meios de apresentação (seja na proposição, admissão ou produção) não estão previstos na legislação é tratado relativamente. A regra, portanto, é que somente os meios de prova legalmente previstos são possíveis. As exceções, quando existentes, tem como primeira condição de validade a não violação das garantias constitucionais. Assim é o entendimento de Aury Lopes:

(...) somente as provas previstas no CPP podem ser admitidas no processo penal? O rol é taxativo? Como regra, sim, é taxativo. Entendemos que, excepcionalmente e com determinados cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no CPP. Mas, atente-se: com todo cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova.<sup>285</sup>

À partir dessa premissa (de que a regra geral são as provas nominadas) é possível, em situações excepcionais, a admissão de outros meios de prova não

---

<sup>283</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume III. 33. ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 228.

<sup>284</sup> Art. 155 (...) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

<sup>285</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 581.

previstos expressamente na legislação, ditos inominados, desde que não vedados. Os outros meios são admissíveis com a inarredável condição de verificar-se que, sendo útil ao “juízo histórico”<sup>286</sup> a sua proposição, admissão ou produção não afronte proibições explícitas ou mesmo aquelas proibições decorrentes do sistema de garantias.<sup>287</sup>

Esse entendimento possibilita a utilização dos mais diversos meios de prova que cumpram as condições anteriormente apontadas. As diversas e imagináveis provas inominadas decorrem não só da modernidade de produção, mas, também, da possibilidade de formas de observação dos diversos cenários possíveis com novas técnicas empregadas na plausibilidade da reconstrução histórica para a captura psíquica do magistrado e seu conseqüente convencimento.

Esses novos cenários não estavam previstos ou disponíveis para o legislador originário do Código de Processo penal, em sua gênese. O reconhecimento de novas possibilidades, novas ciências ou disciplinas e novas técnicas de aproximação da realidade histórica, gerou um novo rol de metodologias probantes inominadas que se renovam a cada dia na presença de novas tecnologias e novos entendimentos da conduta humana.

Porém, os amplo espectro de possibilidades de produção de provas inominadas não autoriza malabarismos semânticos para os meios legalmente previstos e que não foram propostos, admitidos ou, especialmente, produzidos, sem o cumprimento das formalidades legais. A construção dessas novas provas inominadas obedece as garantias já existentes cuja observação é imprescindível.

A excepcionalidade das provas inominadas, além de absorverem as condições de produção dentro do sistema de garantias, serão sempre supletivas àquelas nominadas na legislação penal e processual penal e sua existência decorre da impossibilidade de buscar-se o fato histórico através dos meios já previstos. As provas inominadas não são uma opção de prova, mas uma alternativa à

---

<sup>286</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá : Temis. 2000. p. 44.

<sup>287</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 582.

impossibilidade ou inexistência da prova nominada na reconstrução pretendida, sempre sob o signo da lei, guardando “estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal”<sup>288</sup>.

#### **2.4.2 Limites relativos ao aproveitamento da prova emprestada**

A prova emprestada é aquela cujo meio foi proposto e admitido num determinado processo, porém sua produção (ou reprodução) ocorreu em outro, num tempo anterior. Não se trata de reproduzir um meio de prova que se originou da apuração do crime e que não pode ser repetida em juízo, mas emprestar aquilo que foi produzido fora do contexto da apuração que será objeto de análise pelo juízo com relação ao fato e ao acusado que se pretende objeto da resposta penal.

O método de proposição, admissão e, especialmente, produção da prova exige o amparo e um formalismo inatacável, restringindo o campo onde atuam as partes e o próprio julgador.

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência técnica a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova (...) assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado. (...) as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.<sup>289</sup>

Os limites relativos à prova emprestada são diversos dependendo do meio de prova que se pretende utilizar. Quando se trata de prova documental, a limitação é relativa, pois a produção no processo em análise ou em outro processo,

---

<sup>288</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 582.

<sup>289</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

guardam condições muito próximas. Não há vício quando trata-se da simples cópia de documento que encontrava-se originalmente em outro processo. Guarda, nesta condição, as mesmas características de um documento trazido de sua origem que só adquire a condição de prova emprestada porque já utilizado em procedimento distinto. Note-se que a prova, nesta situação, traz as suas características materiais, quais sejam, de relatar uma condição, um fato ou circunstância, mas, também, carrega suas características formais. Se a produção original da prova tinha características próprias, essas não se perdem com sua transferência para outro processo. Tratando-se de meio de prova cuja produção e utilização guardem características especiais como o sigilo (extratos bancários ou documentos fiscais), essa característica impedirá sua utilização fora do contexto de proposição e admissão onde foi gerado. A admissão da quebra de um sigilo legal não se transfere para outra proposição e admissão, devendo, portanto, ser novamente, proposta e sob outro cenário, porquanto outro processo, ser novamente analisada a sua admissão, sob as regras e possibilidades legais, para somente então ser novamente produzida. O simples traslado de documento com essas características especiais macula a prova pelo desvio de sua finalidade.<sup>290</sup>

Essas considerações quanto à prova documental emprestada de outros autos não podem ombrear a análise quando se trata de prova testemunhal ou prova técnica. Neste caso, não há de se falar expressamente em limites, mas, sim, em impossibilidade.

Na hipótese da existência de algum limite para a transferência de prova testemunhal ou pericial de um processo para outro, ele só pode ser relativo ao interesse probatório. Ocorre que o interesse probatório, quando legítimo, impõe a conexão probatória dos próprios processos, conforme se denota do artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal, que aponta a competência por conexão “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”<sup>291</sup>. Assim, a solução legalmente correta para essa situação

---

<sup>290</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 583

<sup>291</sup> BRASIL. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

é a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Se não ocorre tal reunião, então a prova não tem importância comum.<sup>292</sup>

O argumento de admissibilidade da prova emprestada quando produzida em processo que teve as mesmas partes<sup>293</sup> e o mesmo juiz<sup>294</sup> também resta superado pelos mesmos argumentos. Em sendo as mesmas partes e o mesmo juiz, a solução seria a conexão dos autos. Por óbvio, em se tratado das mesmas partes e do mesmo juiz no processo antecessor e sucessor, sem que tenha havido a conexão, o fato tratado é diverso e sua apreciação, portanto, não pode ser contaminada pela prova produzida com outra finalidade.

Não sendo o caso de conexão probatória, a impossibilidade de aproveitamento da prova testemunhal ou pericial se impõe, em primeiro lugar, ante a inviabilidade do contraditório exigível na produção originária da prova.

De extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas a constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação do seu convencimento.<sup>295</sup>

E em segundo lugar, porque a prova foi produzida com objetivo diferente. Como um mesmo fato, produzido por um mesmo réu, não pode ser objeto de processos penais distintos, a transferência desprezará o contexto fático que a prova se propõe a reconstruir.

O diálogo que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar. Logo, diferentes diálogos são estabelecidos com uma mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos é uma relação semiótica completamente diversa. A prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo

---

<sup>292</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 584.

<sup>293</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José de. **Da prova no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 188.

<sup>294</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

<sup>295</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

penal.<sup>296</sup>

Essa relação da prova diretamente com o processo onde foi produzida gera o que Malatesta (tratando especificamente da prova oral) chama de irreproduzibilidade que apresenta sob três espécies: uma irreproduzibilidade lógica, uma irreproduzibilidade material e uma irreproduzibilidade legal. A mesma divisão pode ser aplicada à noção de emprestabilidade da prova. Na divisão de Malatesta, apresenta a irreproduzibilidade lógica como aquela que se opõe à reprodução quando o objeto para o qual foram produzidas era diverso, ou seja, que foi produzida para um devido fim que não pode ser emprestado à outro. A material no sentido genérico, como aquela prova que não pode ser reproduzida pela mudança de condições pessoais ou reais do momento que a prova foi produzida e que já não se encontra mais nas mesmas condições. E a irreproduzibilidade legal, como aquela decorrente da atribuição de uma tal fé para determinados escritos oriundos de uma oralidade que não permite a reprodução do que foi contextualizado oralmente numa prova documental.<sup>297</sup>

Ainda quanto a irreproduzibilidade legal, mesmo considerando a modernidade de gravação de depoimentos, ainda não guardam as mesmas características de quando foi originalmente produzido. Qualquer alteração (que efetivamente existirá) no ambiente, nos participantes e no tempo da coleta da prova, poderá influenciar para o seu entendimento e cabimento, sendo suficiente para invalidar o empréstimo ou a repetição descontextualizada.

Desta forma, embora cabível a prova emprestada que tenha caráter eminentemente documental, não é possível admitir-se a emprestabilidade da prova técnica ou testemunhal. Estas deverão ser construídas, pelos argumentos já elencados, dentro do processo a que se destinam.

---

<sup>296</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 584.

<sup>297</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2005. p. 310.

### 2.4.3 Limite relativo à licitude na proposição e construção da prova

Tendo a prova o objetivo de fazer a captura psíquica do juiz para que o convencimento seja no sentido do resultado pretendido, as etapas de proposição, admissão e produção dos meios de prova devem obedecer à formalidade de determinados atos que apresentam-se como garantia da licitude.

A formalidade dos atos é uma limitação ao poder estatal na busca pela punição, mas, também, funciona como lógica de conduta que ampara a etapa de análise. Não é o fim a que se destina a justificativa para a não observância das garantias legais expressas pela determinação de procedimento conducentes à produção dos meios de prova admissíveis.

Portanto, desde logo, em que pesem as diversas manifestações do senso comum teórico e jurisprudencial, devem ser repelidas as noções de prejuízo e finalidade que tem conduzido os tribunais brasileiros a absurdos níveis de relativização das nulidades (e, portanto, das próprias regras e garantias do devido processo).<sup>298</sup>

A licitude de uma prova é verificada quando produzida conforme as formalidades impostas e, como consequência, seja admitida. É de Cordero a afirmação de que “uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”<sup>299</sup>. A produção e validade da prova depende de um duplo grau de valoração. O primeiro quanto à sua admissibilidade e o segundo quanto à sua produção. Assim, somente pode ser produzida a prova que for admitida e somente pode ser admitida a prova que puder ser produzida. A inobservância dessa lógica gera a nulidade da prova, posto que uma prova ilícitamente admitida contamina a prova regularmente produzida haja vista que nasceu inválida.<sup>300</sup>

A obtenção ilícita da prova torna-a, segundo a expressão constitucional, inadmissível<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 592.

<sup>299</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá: Temis. 2000. p. 44

<sup>300</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá: Temis. 2000. p. 49.

<sup>301</sup> Art. 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. BRASIL,

Trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante da violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção.<sup>302</sup>

A inadmissibilidade da prova, antes de uma etapa processual, é uma opção legislativa. Trata-se de uma valoração prévia feita pelo legislador, que tem por objetivo impedir que tenham ingresso no processo penal elementos cuja origem remonta a fontes espúrias, ou por meio de prova considerado inidôneo, impedindo, desta forma, a consideração desses elementos pelo julgador. Dessa postura origina-se a “habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, ‘exclusionary rules’”.<sup>303</sup>

Essa inadmissibilidade, como categoria constitucional, não se refere à etapa processual anteriormente apontada onde o julgador, em análise à proposição de meios de prova, verifica o cabimento dos mesmos para a reconstrução fática, histórica ou circunstancial pretendida, autorizando a sua produção. A expressão, aqui, deve ser entendida como suportável no mundo jurídico.

Após admitida (como etapa processual) a proposição de produzir-se um determinado meio de prova, a construção ilícita desta prova não torna a admissibilidade da proposição inválida, mas vicia a própria prova. Esta poderá ser repetida caso seja possível ser (re)construída segundo os limites legais. Diferentemente da admissão ilícita da prova que contamina a sua produção, mesmo que regular.

É importante distinguir, neste momento, a prova tida como ilegal nas suas dimensões de ilegitimidade ou ilicitude. Segundo Adauto Suannes, a prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a ilícita.<sup>304</sup>

---

**Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 5º, inciso XXXVII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

<sup>302</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993. p. 216.

<sup>303</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT. 1997. p. 95.

<sup>304</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª

Revela notar que o tema das provas produzidas fora do contraditório guarda analogia, mas não se confunde, com o das provas obtidas por meios ilícitos. Estas são as colhidas com infringência a normas de natureza material, que tutelam os bens da vida como a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das correspondências, etc. A elas se reserva a denominação de provas ilícitas, sendo objeto de garantia prevista no art. 5º, LVI, da CF. Já por provas ilegítimas entende-se as produzidas contra normas de índole processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso das provas produzidas fora do contraditório.<sup>305</sup>

A prova deverá ser considerada ilegítima quando a sua produção violou alguma regra de direito processual. A ilegitimidade é reconhecida exclusivamente pela falha procedimental que a torna imprestável por não ter obedecido as regras de validade dentro do próprio processo. A ilegitimidade, portanto, é do procedimento que contamina a validade da prova, posto que atinge à lógica e os interesses do processo. A ilegitimidade procedimental da prova não a extingue, podendo ser repetida, quando possível, obedecendo as regras de procedimento, e passando, então, a ter validade no processo.

Já a prova tida como ilícita é assim caracterizada quando viola regra no momento da sua produção que não uma regra processual. A regra violada é relativa ao indivíduo, independente do processo. Essa regra pode ser de direito material ou constitucional<sup>306</sup> e a ilicitude da prova vicia a própria prova, não sendo possível a sua utilização.

Quando a prova, proposta e admitida, é corretamente introduzida no processo, possuindo a legitimidade necessária, mas carrega uma ilicitude porque a sua produção violou norma de direito material ou constitucional, não pode servir de base para convencimento do juiz quando do julgamento.

---

edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 593.

<sup>305</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

<sup>306</sup> Aury Lopes esclareceu que as limitações constitucionais ao direito à prova podem ser indicadas no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil como: direito à intimidade (inciso X), inviolabilidade do domicílio (inciso XI), inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII), além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI). LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 592.

Embora, como alerta Aury Lopes<sup>307</sup>, a redação do artigo 157<sup>308</sup> do Código de Processo Penal seja confusa ao definir as provas ilícitas, considerando que não esclarece se a referência é às normas de direito material ou processuais, a regra certamente é válida para as provas ilícitas. A prova ilegítima caso erroneamente admitida no processo, igualmente deverá ser desentranhada. Essa é a primeira e irrefutável consequência do reconhecimento da ilicitude da prova, a sua exclusão dos autos do processo.

A exclusão da prova ilegítima ou ilícita do processo alcançará várias finalidades. Servirá para evitar diligências (como a busca e apreensão) que não tenham razões sólidas para serem efetuadas; anunciam que os tribunais não podem compactuar com uma deliberada infringência ao mandamento constitucional; apontará aos jurisdicionados que a própria administração da justiça não pode obter vantagem com base em uma atividade ilegal; mas, principalmente, a finalidade da exclusão da prova ilícita do processo tem relevância para “evitar influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador”.<sup>309</sup>

Não há de se confundir, porém, inadmissibilidade com nulidade. Qualquer ato que não atenda aos pressupostos materiais ou processuais devem ser tidos por irregulares, compreendendo como tais os atos anuláveis, nulos ou inexistentes. No sistema de nulidades brasileiro tais somente são verificadas após a sua proposição ou, mais especificamente, após a sua produção ou reprodução no processo. A admissão da prova necessariamente vem depois de sua proposição e, após construída a prova pretendida, novo juízo de admissibilidade deverá ser operacionalizado no caso de dúvida quanto a sua legitimidade ou licitude. Não há, portanto, um impedimento prévio da introdução de uma prova eivada de algum vício no processo, se tal vício não for, ou não tiver sido, percebido no momento de sua propositura ou produção. E enquanto não for declarada ilegítima ou ilícita, continua a produzir efeitos no processo penal.

---

<sup>307</sup> SUANNES, Adauto. **Provas eticamente inadmissíveis no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 31/75. Jul-set./2000. p. 112.

<sup>308</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>309</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT. 1997. p. 95.

Nesta linha, considerando que a nulidade pode ser absoluta ou relativa, é possível que o juízo de admissibilidade que conclua pela irregularidade (ilegitimidade) da construção da prova não gere efeitos, posto que o reconhecimento de nulidade relativa que não foi arguida tempestivamente e não causou qualquer prejuízo mantém sua eficácia. Ressalte-se que, se na etapa da admissão da propositura da prova é reconhecida a ilegitimidade ou sua ilicitude desta, sequer poderá ingressar na lide.

O limite de utilização da prova ilegítima é, por regra, absoluto. Se não atendeu aos procedimentos previstos na legislação, ou esses não foram supridos pela repetição regular do procedimento, não poderá gerar efeitos na etapa de análise para o convencimento do julgador. Isso não impede, porém, a sua repetição, atendendo às exigências procedimentais para validade (legitimidade).

No caso das provas ilícitas, porém, o seus limites de admissibilidade não são tão claros, dependendo de determinadas circunstâncias.

Não é possível admitir, como tese já vencida na doutrina e na jurisprudência pátria, que uma prova ilícita pudesse ser utilizada no processo penal, respondendo o responsável, em outro processo, pela violação da norma.

A norma constitucional que proíbe (dizendo inadmissíveis) no processo as provas obtidas por meio ilícitos, aponta para uma inadmissibilidade absoluta. Não sendo possível, numa primeira análise, uma relativização da orientação constitucional.

Essa “absolutização” da vedação é criticada partindo-se da interpretação que o próprio direito constitucional impõe a negativa do caráter absoluto de regras e de direitos, posto que seria absurda a pretensão de ter a regra constitucional uma “razão universal e universalizante” ao ponto de não considerar que as situações assumem tal grau de complexidade que exige uma ponderação ao analisar-se cada caso concreto.<sup>310</sup>

---

<sup>310</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 595.

Sob esse argumento, há a defesa da admissibilidade da prova ilícita tendo em vista a “relevância do interesse público a ser preservado e protegido”<sup>311</sup>. A relativização da absolutização deveria ocorrer quando a proposição, admissão e produção de determinadas provas reconhecidamente ilícitas fosse consideradas a única formas possível e razoável para proteger valores fundamentais evitando resultados absolutamente injustos. O problema não poderia limitar-se a preservação do interesse público, ante a abrangência conceitual dessa posição. Mas ele se torna relevante quando tal relativização da inadmissibilidade da prova ilícita fosse revelada em favor do acusado.<sup>312</sup>

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado.<sup>313</sup>

Neste caso, a relativização colocaria o direito de liberdade de um inocente frente ao reconhecimento de fato, história ou circunstância obtido através de prova ilícita. É neste momento que a admissibilidade da prova ilícita pode ser tratada como uma isolada, porém plausível, exceção. A regra de que a prova ilícita é inadmissível no processo penal não se aplicaria quando tem o objetivo e a capacidade de comprovar a inocência de um acusado. Isso tem fundamento no princípio da proporcionalidade, posto que na colisão entre a inocência e a proibição do uso da prova ilícita, deve preponderar a primeira.<sup>314</sup>

O limite da licitude da prova, portanto, não é absoluto, devendo ser sopesado quanto ao seu efeito. A regra é a inadmissibilidade absoluta da prova

---

<sup>311</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 595

<sup>312</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597,

<sup>313</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993. p. 228.

<sup>314</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 136-137.

ilícita e a exceção ocorre quando o limite é ultrapassado com a única e restrita possibilidade de beneficiar o réu.

A ilicitude, como visto, é originária da própria construção da prova. Se é ilegítima por estar em desacordo com a regras processuais, é ilícita quando afronta o direito material ou os próprios mandamentos constitucionais.

Ao perceber-se a prova ilícita, a solução consequente é a sua inadmissibilidade (enquanto etapa da sua construção) ou a sua desconsideração na formação da decisão. Porém, outro efeito pode ser gerado pela existência da prova ilícita, que é a contaminação de outras provas do processo, criando provas ilícitas por derivação ou contaminando, até mesmo, a própria sentença.

As provas ilícitas são nulas e tal nulidade, uma vez declarada, causará, também, a nulidade de outras provas que da ilícita diretamente dependam ou que são consequências. Essa é a regra do § 1º, do artigo 573, do Código de Processo Penal<sup>315</sup>.

A questão da contaminação das provas restou delimitada pela Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 157<sup>316</sup>, do Código de Processo Penal. Essa vedação processual era a forma encontrada pelas cortes constitucionais, e que foi adotada pelo legislador, para a proteção de determinados direitos e garantias fundamentais, “que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas”<sup>317</sup>. Mostra-se, assim, como uma forma especial de tutela com o objetivo de assegurar a efetividade de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>315</sup> A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

<sup>316</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

<sup>317</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCrim. 04/60. Dez./1993. p. 218.

É da alteração ao artigo 157, do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei n. 11.690/2008 onde, segundo Aury Lopes<sup>318</sup>, podem ser extraídas as regras disciplinadoras do alcance da ilicitude derivada.

A primeira regra indica o princípio da contaminação ao considerar inadmissível a prova derivada. A segunda regra informa que não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade. A terceira regra excetua da contaminação a prova que puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita. Por fim, verificada a contaminação, torna-se obrigatório o desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita, para que nenhum efeito gere na análise a ser procedida pelo julgador quando da prolação da decisão.

Cada regra tem características próprias.

A primeira, ao indicar o princípio da contaminação, tem sua origem na Suprema Corte Americana, onde foi cunhada a expressão “fruto da árvore envenenada”. A lógica é que qualquer prova derivada de outra prova, considerada ilícita, estará contaminada e, por isso, imprestável por derivação. Não há de se falar em prova mais ilícita, porque nasceu de uma ilegalidade, e prova menos ilícita porque simplesmente derivada daquela. A contaminação derivada gera o mesmo grau de ilicitude de todas as provas, originais ou decorrentes. Assim “devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve”<sup>319</sup>.

Mais problemática é a segunda regra, ao informar que não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade, posto que sem a clara demonstração de uma relação de causa e efeito entre a prova ilícita e outra, resta certa dificuldade de aplicar-se o princípio da contaminação pela falta da conexão entre elas ou porque tal conexão pode apresentar-se frágil.

---

<sup>318</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 599.

<sup>319</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 601.

A mesma fragilidade é encontrada na terceira regra que excetua da contaminação a prova que puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita.

O primeiro problema desta regra está na expressão “puderem ser obtidas”. Essa redação remete à falsa percepção de que bastando a possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito, seria o suficiente para afastar a contaminação já ocorrida pela ilegalidade inicial. No caso da fonte independente a prova que está sendo questionada tem fundamentalmente a possibilidade de ser construída de duas formas: uma lícita e outra ilícita. Assim, ainda que descartada a construção ilegal, ainda restaria uma outra construção que pode ser validamente utilizada.<sup>320</sup>

Ou seja, mesmo havendo uma relação entre a prova ilícita e outra prova, essa segunda, se obtida independentemente da primeira não carrega a ilicitude da primeira. Em exceção tem-se a questão da descoberta inevitável, na qual considera-se que a nova prova seria por qualquer outra forma e, portanto, é considerada válida.

Desta forma a descoberta inevitável é a situação onde a construção da prova está, efetivamente, eivada de ilicitude, mas as condições específicas de um caso concreto possibilitam a consideração, por mera hipótese, que tal construção seria inevitavelmente realizada de forma lícita, mesmo que desconsiderada a fonte ilícita. Essa análise hipotética descarta o sentido pretendido de garantia de inadmissibilidade da prova ilícita.<sup>321</sup>

Mas a questão que se acrescenta, tanto no caso da fonte independente quanto no caso da descoberta inevitável, é que o ônus desta condição (de independente ou inevitável) passa a integrar o ônus da acusação. A responsabilidade transcende a prova produzida para alcançar a necessidade de confirmar-se a condição de existência (novamente, independente ou inevitável) da

---

<sup>320</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.** In Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim. 04/60. Dez./1993, p. 224.

<sup>321</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.** In Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim. 04/60. Dez./1993, p. 225.

própria prova. Apesar da lógica clara, sua apreciação “depende da casuística e da subjetividade do julgador na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (...) e geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial”<sup>322</sup>.

A regra principal, portanto, é a da contaminação, e as exceções são as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável. Essas exceções tem por base o nexo causal afastando da ilicitude aquelas provas que não clara e exclusivamente ligadas a prova ilícita originária.

Toda a lógica das provas, como visto até aqui, trata da busca pelo convencimento do juiz e justificação da decisão tomada por ele no processo penal. Não obstante, com a evolução da sociedade e das tecnologias principalmente, a problemática das provas representa atualmente um elemento complexo e mais obscuro do que nunca no processo penal brasileiro.

No próximo capítulo será analisada a evolução científica e tecnológica e seus reflexos na sociedade, no crime e nos novos métodos de obtenção de provas.

---

<sup>322</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603.

## **CAPÍTULO 3**

### **EVOLUÇÃO SOCIAL E TECNOLÓGICA E OS NOVOS RUMOS DO PROCESSO PENAL**

#### **3.1 Evolução Tecnológica**

Nos últimos 50 anos ocorreram tantos avanços tecnológicos que foi impossível se preparar para lidar com eles. O surgimento da televisão é um bom exemplo para demonstrar a velocidade destes avanços, inicialmente em preto e branco, com tubos enormes, a televisão em poucos anos passou por evoluções gradativas até chegar nas telas 4k em curva, tão finas quanto um quadro de arte, que se pode comprar atualmente. Trata-se de uma evolução crescente das tecnologias, que chega numa velocidade tão brutal que acaba “atropelando” a todos, sem chances de adaptação.

Quando, na Grécia arcaica, as mudanças eram lentas e diziam respeito, conforme as circunstâncias, a poucos aspectos da vida social, Heráclito podia dizer que “é na mudança que as coisas encontram repouso”. Mas hoje quem poderia ostentar tal

tranquilidade?<sup>323</sup>

Harari mostra que há aproximadamente 13,5 bilhões de anos o Big Bang deu origem a matéria, a energia, ao espaço e ao tempo; há 3,8 bilhões de anos surgiram os primeiros organismos vivos na Terra; a cultura surgiu com o Homo Sapiens há apenas 70 mil anos. O autor aponta que a humanidade passou por três grandiosas revoluções que mudaram o curso da história: a Revolução Cognitiva, a Revolução Agrícola e agora a “Revolução científica, que começou há apenas 500 anos, pode muito bem colocar um fim à história e dar início a algo completamente diferente”.<sup>324</sup>

A tecnologia sempre existiu, inclusive confundindo-se com a própria história da humanidade e sendo parte de cada momento do cotidiano. Atualmente, a tecnologia tem uma imagem totalmente artificial, algo dissociado da natureza. Talvez pela proporção gigantesca que tomou, porém, qualquer ferramenta, desde a pedra lascada, já é uma forma de tecnologia.

Segundo Kevin Kelly, a tecnologia precede a humanidade. Para o autor, outros animais já usavam ferramentas milhões de anos antes dos humanos:

Os chimpanzés criavam (e, claro, ainda criam) ferramentas de caça, usando gravetos para extrair cupins da terra e pedras para quebrar nozes. Os próprios cupins constroem vastas torres de lama que transformam em seus lares. As formigas têm rebanhos de afídeos e cultivam fungos em jardins. Os pássaros produzem tecidos complexos e cheios de folhas e pedaços de madeira para construir seus ninhos. E alguns polvos procuram conchas para carregarem como lares portáteis. A estratégia de alterar o ambiente para usá-lo como se fosse parte do próprio corpo é um truque de pelo menos meio bilhão de anos.<sup>325</sup>

Ao mesmo tempo em que a tecnologia dá saltos gigantescos e equipara sua força a um fenômeno da natureza, ela acaba se tornando algo tão comum e corriqueiro que já não se percebe sua presença. Mas basta parar por um momento e

---

<sup>323</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 711.

<sup>324</sup> HARARI, Yuval Noah. Sapien – Uma breve história da humanidade. Tradução: Janaína Marcoantonio. 5ª Ed. Porto Alegre: L & PM, 2015, p. 11.

<sup>325</sup> KELLY, Kevin. Para onde nos leva a tecnologia. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 27.

olhar em volta para ter certeza que a humanidade ingressou em um caminho sem volta.

Evolução. Esta talvez seja a palavra mais adequada para explicarmos a única saída que restou à humanidade a fim de que ela possa viver com conforto e com recursos que permitam a cada um de nós resolvermos os problemas que parecem surgir a cada momento. Voltando no tempo, segundo pesquisas de uma equipe de diversas universidades, incluindo a Universidade Hebraica de Jerusalém, foram encontradas, em escavações, pedras carbonizadas, comprovando que o homem já usava o fogo para se proteger do frio, iluminar o ambiente em que vivia com sua família e preparar seu alimento há cerca de um milhão de anos. Está presente em muitos segmentos industriais – na siderurgia, na indústria automobilística, nos motores a explosão e em tantas outras atividades.<sup>326</sup>

Para Domenico De Masi, a história da humanidade aponta um rodízio de períodos de esforços concentrados no progresso tecnológico e períodos de esforços na criatividade humanística. O autor salienta que a área do fértil do rio Nilo reuniu as condições perfeitas para um dos maiores saltos tecnológicos da humanidade, depois de uma pré-história pouco produtiva deste ponto de vista.<sup>327</sup>

De Masi aponta que tais saltos tecnológicos são decorrentes da constatação da necessidade com a oportunidade e relembra diversos avanços de cada época como a agricultura, a pecuária, a canalização de água, o comércio de bens e serviços, além de diversas invenções como a escrita, o barco, a cerveja, os tijolos, a cerâmica, o torno, a roda da carroça e o vidro, tornando o trabalho humano, além de sua sobrevivência, mais produtivo, eficiente e fácil.<sup>328</sup>

Em apenas 50 mil anos – arco de tempo breve em relação aos longuíssimos tempos pré-históricos – foram aperfeiçoadas e difundidas novidades fundamentais, como os tijolos, a fusão do cobre e depois do bronze, a domesticação do cavalo e do asno, o jugo para os bois, as ligas metálicas, os instrumentos para transmitir o saber, a propriedade privada da terra, a balança, o calendário, as medidas, a moeda e o sistema monetário, o lucro, a astronomia, a aritmética, a

---

<sup>326</sup> TAURION, Cezar. Tecnologias emergentes: criando diferenciais competitivos. São Paulo: Évora, 2014, p. 19.

<sup>327</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 262 – 263.

<sup>328</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 262 – 263.

geometria, a astrologia, a geometria, a cuidadosa combinação entre economia pública e economia de mercado, uma nova ordem social com suas leis e costumes, suas hierarquias, suas classes, sua servidão seus conflitos e suas instituições.<sup>329</sup>

No entanto, não foram apenas avanços positivos que a evolução tecnológica trouxe. A natureza humana, como citado anteriormente, carrega em sua história o direito penal e o crime. Para cada avanço tecnológico há uma possibilidade criminal agregada. Com os barcos, além do salutar comércio e transporte marítimo, surgiu também a escravidão em escala industrial. Além disso, com a tecnologia veio outra grande mazela que assombra a humanidade até hoje, a guerra. Se em um momento os investimentos em defesa possibilitaram o desenvolvimento de tecnologias úteis para a vivência urbana e convivência civilizatória, com as inovações tecnológicas foi possível desenvolver armas de destruição que através das guerras potencializaram os efeitos negativos das tecnologias.<sup>330</sup>

A tecnologia abarca não apenas as técnicas, mas também seu estudo. Ela busca oportunizar a produção de bens e serviços de forma mais acessível, menos extenuante e mais eficiente, utilizando para tal uma gama de princípios, métodos, instrumentos e processos cientificamente determinados, para obter resultados melhores do que os obtidos anteriormente sem o emprego dela.<sup>331</sup>

A cada descoberta tecnológica a sociedade evoluiu em escala geométrica. Mesmo as mais simples invenções, como o relógio, mudaram a organização social e a vida prática das pessoas, refletindo também no progresso

---

<sup>329</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 262 – 263.

<sup>330</sup> KELLY, Kevin. Para onde nos leva a tecnologia. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 43 – 44.

<sup>331</sup> LIMA, Marco Antonio Martins; MENDES, José Piragibe Figueiredo. Inovação na gestão organizacional e tecnológica: conceitos, evolução histórica e implicações para as micro, pequenas e médias empresas no Brasil. Revista Produção On Line. ISSN 1676 - 1901 / Vol. 3/ Num. 2/ Junho de 2003, p. 9. Disponível em: [www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660](http://www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660), Acesso em: 15 dez 2015.

moral da sociedade, alterando sua forma de pensar. Além disso desenvolveu-se ainda inúmeras ferramentas mentais de comunicação, legislação e educação.<sup>332</sup>

As primeiras ferramentas não parecem grande coisa, nada que se compare ao cálculo infinitesimal ou ao método científico. São as ferramentas fundamentais da troca de ideias, que nos acompanham há tanto tempo que tendemos a esquecer que nem sempre fizeram parte da nossa formação mental. Mas, para o progresso ocorrer, tivemos de esperar pelo advento de profissões que lidassem com a procura de ideias, e não com a busca de alimentos; pela invenção da escrita, para que o conhecimento fosse preservado e intercambiado; pela criação da matemática, que se tornaria a linguagem da ciência; e, finalmente, pela invenção do conceito de lei. Tão épicos e transformadores à sua maneira quanto a chamada revolução científica do século XVII, esses desenvolvimentos surgiram não tanto como produtos de indivíduos heroicos, com grandes raciocínios, mas como produtos colaterais gradativos da vida nas primeiras cidades.<sup>333</sup>

O encontro da ciência com a tecnologia teve várias fases, mas a ciência quase sempre esteve presente no desenvolvimento tecnológico, o que não quer dizer que uma dependa da outra. A ciência, a grosso modo, “é um processo de apropriação teórica da natureza”, enquanto que a tecnologia é “um processo de apropriação material da natureza”. Enquanto a ciência busca produzir conhecimento criando invenções e teorias, a tecnologia busca aplica-lo dando vida a inovações e difundindo-as.<sup>334</sup>

No início do século XVII, com Francis Bacon, a relação entre ciência e tecnologia foi estreitada, essa aproximação foi sendo ampliada e no século XIX a conexão entre elas se tornou tão intensa que hoje em dia tende-se a confundi-las<sup>335</sup>

Essa tese frutificou sobretudo no século XIX, quando os grandes inventores se inspiraram em ideias de vários cientistas. Thomas Alva Edison (1847-1931) desenvolveu os sistemas de iluminação elétrica

<sup>332</sup> KELLY, Kevin. Para onde nos leva a tecnologia. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 44 – 45.

<sup>333</sup> MLODINOW, Leonard. De primatas a astronautas: a jornada do homem em busca do conhecimento. Tradução: Claudio Carina. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 53.

<sup>334</sup> LIMA, Marco Antonio Martins; MENDES, José Piragibe Figueiredo. Inovação na gestão organizacional e tecnológica: conceitos, evolução histórica e implicações para as micro, pequenas e médias empresas no Brasil. Revista Produção On Line. ISSN 1676 - 1901 / Vol. 3/ Num. 2/ Junho de 2003, p. 9 - 10. Disponível em: [www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660](http://www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660). Acesso em: 15 dez 2015.

<sup>335</sup> HARARI, Yuval Noah. Sapien – Uma breve história da humanidade. Tradução: Janaína Marcoantonio. 5ª Ed. Porto Alegre: L & PM, 2015, p. 270.

a partir dos trabalhos de Michael Faraday (1791-1867) e Joseph Henry (1797-1878); Alexander Graham Bell (1847-1922) inventou o telefone, com base em Hermann von Helmholtz (1821-1894) e Guglielmo Marconi (1874-1937), construiu seu primeiro sistema de telegrafia sem fio baseado nas pesquisas de Heinrich Rudolf Hertz (1857-1894) e James Clerk Maxwell (1831-1879).<sup>336</sup>

Kelly lembra que a “evolução da ciência e tecnologia formam um paralelo com a evolução da natureza”, pois a natureza se transforma seguindo o ritmo ditado pelas inovações científicas e tecnológicas, passando de um nível para outro de organização.<sup>337</sup>

Foi com a revolução industrial que a tecnologia apresentou os progressos mais significativos e assumiu um caráter material semelhante ao atual. Com a criação da máquina a vapor, a oferta de energia oportunizou o alcance de avanços e inovações que contribuíram para a melhoria significativa da qualidade de vida das pessoas. Por outro lado, a poluição ambiental, e as armas nucleares e químicas foram o preço pago pelos benefícios trazidos pela tecnologia.<sup>338</sup>

Em qualquer estudo histórico dessa evolução se torna inquestionável a existência de um elemento progressivo na tecnologia que, em geral, evolui de forma cumulativa ou mesmo descontínua, à medida que cada nova geração herda da anterior um estoque de técnicas sobre o qual trabalhará, se sentir necessidade e se as condições sociais permitirem. Embora isso seja verificado no passado e também na atualidade, não é, porém, intrínseco, à natureza da tecnologia, que tal processo de acumulação deva ocorrer, e nem sempre assim se dá a evolução. O fato de muitas sociedades terem permanecido estagnadas por longos períodos, mesmo quando se encontravam em estágios relativamente avançados da evolução tecnológica, e de algumas terem chegado a regredir e a perder técnicas que receberam e acumularam, demonstra a natureza ambígua da tecnologia e do seu progresso, e a importância e necessidade de relacioná-la a outros fatores sociais e culturais.<sup>339</sup>

---

<sup>336</sup> LIMA, Marco Antonio Martins; MENDES, José Piragibe Figueiredo. Inovação na gestão organizacional e tecnológica: conceitos, evolução histórica e implicações para as micro, pequenas e médias empresas no Brasil. Revista Produção On Line. ISSN 1676 - 1901 / Vol. 3/ Num. 2/ Junho de 2003, p. 10. Disponível em: [www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660](http://www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660). Acesso em: 15 dez 2015.

<sup>337</sup> KELLY, Kevin. Para onde nos leva a tecnologia. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 49 – 51.

<sup>338</sup> MOSLEY, Michel; LYNCH, John. Uma história da ciência: experiência, poder e paixão. Tradução: Ivan Weisz Kuck. Revisão técnica: José Claudio Reis. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 145 – 169.

<sup>339</sup> LIMA, Marco Antonio Martins; MENDES, José Piragibe Figueiredo. Inovação na gestão

Atualmente vive-se na sociedade da informação, o mundo tornou-se um lugar acessível para quase todos, as fronteiras estão desaparecendo, assim como as culturas locais. A cada *click* o mundo fica menor, a cultura fica mais universal e as necessidades também.<sup>340</sup> Segundo Bauman, o “tempo instantâneo e sem substância do mundo do software é também um tempo sem consequências”<sup>341</sup>; as tecnologias se superam quase que instantaneamente e “mesmo a tecnologia mais avançada, armada de processadores cada vez mais poderosos, ainda tem muito caminho pela frente até atingir a genuína “instantaneidade””<sup>342</sup>.

A evolução da tecnologia revela, a cada momento de sua história, uma profunda interação entre os incentivos e oportunidades que favorecem as inovações tecnológicas e as condições socioculturais do grupo humano no qual elas ocorrem. Pode-se dizer que há três pontos principais que determinam a adoção e divulgação de uma inovação: a necessidade social, os recursos sociais e um ambiente social favorável. A necessidade social determina que as pessoas desejem destinar recursos à aquisição de um objeto e não de outra coisa. O objeto da necessidade pode ser uma ferramenta de corte mais eficiente, um dispositivo capaz de elevar pesos maiores, um novo meio de utilizar combustíveis ou fontes de energia, ou ainda, já que as necessidades militares sempre serviram de estímulo à inovação tecnológica, pode tomar a forma de armas mais potentes. Na moderna sociedade de consumo, muitas necessidades são geradas artificialmente pela publicidade e pelo desejo de ostentação. Seja qual for a fonte da necessidade social, contudo, é essencial a existência de uma quantidade suficiente de pessoas que a manifestem, criando-se assim mercado para o produto desejado.<sup>343</sup>

O desafio está lançado. Cabe agora à indústria da tecnologia, corresponder aos anseios por novas tecnologias e atender as necessidades que surgem diariamente por essa nova sociedade sedenta e pronta para novas

---

organizacional e tecnológica: conceitos, evolução histórica e implicações para as micro, pequenas e médias empresas no Brasil. Revista Produção On Line. ISSN 1676 - 1901 / Vol. 3/ Num. 2/ Junho de 2003, p. 11. Disponível em: [www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660](http://www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660), Acesso em: 15 dez 2015.

<sup>340</sup> BAUMAN, Zygmunt. A cultura no mundo líquido moderno. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

<sup>341</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 150.

<sup>342</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 151.

<sup>343</sup> LIMA, Marco Antonio Martins; MENDES, José Piragibe Figueiredo. Inovação na gestão organizacional e tecnológica: conceitos, evolução histórica e implicações para as micro, pequenas e médias empresas no Brasil. Revista Produção On Line. ISSN 1676 - 1901 / Vol. 3/ Num. 2/ Junho de 2003, p. 10. Disponível em: [www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660](http://www.producaoonline.org.br/rpo/article/download/622/660), Acesso em: 15 dez 2015.

experiências tecnológicas; mais sedenta ainda pela difusão e compartilhamento de conhecimentos e informações.

Com a evolução das tecnologias de informação e comunicação muitas áreas do conhecimento foram beneficiadas, o que facilitou muito a construção de novos saberes, as pesquisas e compartilhamento dos conhecimentos. Agora a informação se move instantaneamente e de forma flexível através da rede virtual. Esses fatos representaram uma mudança drástica para o Direito, onde as novas tecnologias oportunizaram, e oportunizam, o cometimento de novos tipos de crimes; onde as ferramentas utilizadas para a execução daquelas nominadas condutas antissociais também evoluíram, e o perfil dos criminosos da mesma forma.

No próximo item será feita a análise da evolução dos atores criminais e dos novos tipos de crimes, demonstrando a necessidade de evolução dos meios de provas para fazer frente a essas situações e para tornar o processo penal menos sujeito a falhas, evitando assim o encarceramento de inocentes ou mesmo a impunidade.

### **3.2 A EVOLUÇÃO DOS ATORES CRIMINAIS E OS NOVOS CRIMES**

Percebe-se que a violência, tanto física como psicológica, sempre fez parte da história humana. A violência era justificada na maioria das vezes pela conquista e manutenção do poder, ou por uma ideologia, ou para enfrentar os inimigos, e até pela convicção confessional.

“(…) Quando a estrutura social experimenta mudanças profundas e radicais, as antigas fórmulas jurídicas, em vez de atuar a justiça, convertem-se em instrumento de substancial injustiça; e então é necessário a coragem de uma ação revolucionária para suprimi-las e criar os novos instrumentos jurídicos que a vida renovada requer. Estes são os momentos em que se determina inevitavelmente a crise; e a adaptação das normas jurídicas às novas exigências já não pode acontecer, nem sequer nos povos mais sábios, de forma gradual. Ao chegar a certo ponto, a justiça dos tempos novos deve abrir caminho, infringindo a ordem jurídica já constituída, a qual não

deve ser objeto de feitiçismo, a partir do momento em que este não é mais do que um meio para atuar uma idéia da justiça...<sup>344</sup>

Importante destacar, como apontado na introdução, que não há a pretensão de adentrar no campo da criminologia. Para este estudo interessa apenas uma análise das modificações ocorridas nos métodos utilizados para cometer os crimes e também nas novas modalidades criminosas frente aos avanços tecnológicos e aliados a eles.

Como já colocado anteriormente, a evolução social e tecnológica propiciou o surgimento de novos facilitadores para o cometimento de crimes, isto aliado a fragilidade das investigações policiais é a fórmula perfeita para equívocos e injustiças.

Em Alagoas, o grupo de trabalho do Enasp<sup>(345)</sup> descobriu o sumiço de mil dos 4.180 inquéritos instaurados entre 1990 e 2007 para apurar homicídios dolosos. No Rio Grande do Sul, o Relatório de Controle Externo da Atividade Policial, encaminhado à cúpula da Secretaria de Segurança Pública, constatou que delitos com “repercussão na imprensa” têm preferência nas delegacias da grande Porto Alegre, enquanto os demais permanecem parados. Em 2008, apenas 16% dos inquéritos tornavam-se processos judiciais em Porto Alegre. O restante era devolvido ou arquivado pelo Ministério Público por insuficiência de provas técnicas para denunciar os réus.<sup>346</sup>

Diante desta realidade tecnológica e globalizada, que neste trabalho é definido como cenário, surgem novos sujeitos processuais, ora definidos como atores do crime, que adaptaram seu *modus operandi* aproveitando-se das inovações científicas e tecnológicas para tornar suas ações mais eficientes, melhorando os resultados dos crimes, dificultando as ações da polícia e órgãos de repressão e até mesmo criando novas oportunidades delitivas. É importante destacar que o cenário pode significar qualquer ambiente, desde que adaptado às novas tecnologias, como

---

<sup>344</sup> CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte, 2003, p. 110.

<sup>345</sup> Enasp - Estratégia Nacional de Segurança Pública - é um sistema do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que tem o objetivo de promover a articulação dos órgãos responsáveis pela segurança pública, reunir e coordenar as ações de combate à violência e traçar políticas nacionais na área (nota do autor).

<sup>346</sup> VIOTTO, Décio. No Brasil, só 8% de homicídios são solucionados e 63% da população não confia na polícia. Disponível em: <http://comunicatudo.blogspot.com.br/2012/06/no-brasil-so-8-de-homicidios-sao.html> Acesso em 12 out 2015.

qualquer processo ou procedimento desenvolvido pelo ser humano que tenha por escopo a utilização de novas tecnologias na perpetração de condutas criminosas.

Esse cenário da evolução tecnologia em paralelo com a evolução da própria sociedade e a mudança das relações entre indivíduos e comunidades gerou, então, o surgimento de novas questões criminais.

Algumas, embora de longa percepção na história, assumem novas características. A seguir serão abordados três casos específicos que sofreram esta grande influência: o terrorismo, o narcotráfico e os cibercrimes.

### 3.2.1 Terrorismo

A existência de grupos organizados interessados em disseminar o medo e o terror não é algo moderno<sup>347</sup>, porém no último século o terror adquiriu *status* de ação política e está se tornando algo corriqueiro como pode ser visto nos noticiários. Esses grupos justificam suas ações estratégicas agindo em nome de uma crença religiosa ou de alguma ideologia, seja de vida ou política.<sup>348</sup>

Se no século XIX o terrorismo era marcado pelo ideal político revolucionário, no século XX alguns Estados totalitários foram os principais agentes do terror como forma de repressão interna, fácil lembrar exemplos: a URSS de Stalin e a Alemanha nazista de Hitler.<sup>349</sup>

No século XXI o terrorismo se difundiu depois da segunda guerra mundial e a onda que começou principalmente como estratégia de libertação de países pelas revoluções, acabou tomando a forma de terrorismo internacional, voltado principalmente ao ataque de países mais industrializados.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> VISACRO, Alessandro. Guerra Irregular. Terrorismo, Guerrilha e Movimentos de Resistência ao Longo da História. São Paulo: Contexto, 2009, p. 279.

<sup>348</sup> SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As Diversas Faces do Terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003, p. 1.

<sup>349</sup> SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As Diversas Faces do Terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003, p. 3.

<sup>350</sup> VISACRO, Alessandro. Guerra Irregular. Terrorismo, Guerrilha e Movimentos de Resistência ao Longo da História. São Paulo: Contexto, 2009, p. 280.

Com o intuito de ganhar publicidade para divulgar suas reivindicações, nos anos 70, os terroristas começaram a sequestrar aviões. Essa era uma das estratégias de divulgação das convicções do grupo.<sup>351</sup>

“Grande parte da atividade terrorista recente tem as suas origens no Médio Oriente, na luta dos palestinos pela autodeterminação e nos seus próprio conflitos internos sobre estratégias, na hostilidade entre vários grupos islâmicos em relação às forças de poder e no renascimento do fundamentalismo islâmico.”<sup>352</sup>

Com o fim da Guerra Fria, os Estados que até então patrocinavam certos grupos terroristas mudaram de tática, levando à mercantilização do terror, onde para se manterem, os terroristas profissionalizaram-se e passaram a atuar por remuneração, pela melhor proposta. Assim surge a ligação entre os terroristas e o crime organizado, sendo essa associação uma característica marcante do terrorismo transnacional.<sup>353</sup>

Essa ligação propiciou um grande avanço do terror que agora conta com financiamento quase que ilimitado, possibilidade de recrutamento de mão de obra qualificada e acesso a equipamentos, armas e matérias primas necessárias às suas ações.

Hobsbawn já afirmava que é possível observar cinco tipos diferentes de terrorismo: o Terrorismo de Guerra, o Terrorismo Político, o Terrorismo Cultural, o Terrorismo Religioso, e o Ciberterrorismo, que é a forma mais fácil, barata e acessível de terror atualmente, pois utiliza a internet para promover os ataques.<sup>354</sup>

Como enfatizado no início do capítulo, a tecnologia da informação é uma ferramenta poderosa, que se bem utilizada pode trazer benefícios imensuráveis; porém, quando empregada de forma ilegal pode ser inimaginavelmente destrutiva. A mesma conectividade que encurta as distâncias e favorece a troca de conhecimento também serve para que terroristas desenvolvam suas atividades. A internet serve

---

<sup>351</sup> MINGST, Karen A. *Princípios de Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213.

<sup>352</sup> MINGST, Karen A. *Princípios de Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213.

<sup>353</sup> MINGST, Karen A. *Princípios de Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213.

<sup>354</sup> HOBBSAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 130 – 131.

para praticamente todas as fases do terror, desde o recrutamento de pessoas pelo mundo todo até a implementação dos ataques.<sup>355</sup>

Com a globalização e a internet as ameaças que antes eram locais transformaram-se em ameaças globais, o terrorismo agora é transnacional. Não é mais necessário um território definido para os grupos. Atualmente é através das redes de comunicação que as atividades terroristas se desenvolvem. E não apenas como meio de organização, mas também como arma potencialmente letal, tendo em vista a dependência cada vez maior das ligações pela internet.<sup>356</sup>

Como os países desenvolvidos dependem cada vez mais de sua própria ligação com a internet – quase todos os sistemas que temos estão, de alguma forma, conectados a uma rede virtual -, estamos profundamente vulneráveis ao Ciberterrorismo em suas diversas formas. Isso se aplica, é claro, até mesmo a lugares menos conectados, onde hoje ocorre a maioria dos ataques terroristas. As habilidades técnicas de extremistas violentos aumentarão conforme desenvolverem estratégias de recrutamento, treinamento e execução no mundo virtual, com a plena noção de que seus ataques estarão mais em evidência do que nunca, graças ao alcance crescente das redes globais.<sup>357</sup>

Ainda na década de 80, Barry Collin utilizou o conceito de ciberterrorismo referindo-se à ligação do ciberespaço e com terrorismo, no entanto, foi com os ataques de 11 de setembro que o termo ficou conhecido mundialmente e que a sociedade mundial começou a sentir mais drasticamente os prejuízos e o potencial de tais ataques.<sup>358</sup>

As opções de destruição são infinitas, todos os sistemas conectados à rede mundial de computadores estão sujeitos a ataques deste tipo, que podem ser

---

<sup>355</sup> SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Tradução: Ana Beatriz Rodrigues e Rogério Durst. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013, p. 159.

<sup>356</sup> SPADANO, Lucas Eduardo Freitas do Amaral. A complexidade do terrorismo transnacional contemporâneo. *Fronteira*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 63-81, jun. 2004, p. 73.

<sup>357</sup> SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Tradução: Ana Beatriz Rodrigues e Rogério Durst. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013, p. 159.

<sup>358</sup> RIBEIRO, Gonçalo Batista Carlos; AMARAL, Feliciano. Ciberterrorismo: a nova forma de crime do séc.XXI como combatê-la? *Proelium – Revista da Academia Militar*, p. 33. Disponível em: <http://www.academiamilitar.pt/proelium-n.o-1/ciberterrorismo.html>. Acesso em: 18 dez 2015.

operacionalizados desde cortes no abastecimento de água, até mesmo choques de aeronaves através de invasão ao sistema de controle de tráfego.

Essas novas possibilidades, cenários e atores estão à frente dos sistemas investigativos. Para cada alcance e tecnologia de captação de estratégias terroristas, uma nova modalidade, antes ligada somente à atividades formais, para a ser adotada para a atividade ilegal. Há um sério descompasso entre a iniciativa criminal e a resposta investigativa e probatória no âmbito do processo penal.

### **3.2.2 Narcotráfico**

Para o narcotráfico, a tecnologia representou um fôlego novo. As inovações empregadas em toda a cadeia do tráfico de drogas são tantas que englobam todo o processo, do plantio À entrega ao consumidor final.

A modernização das técnicas de plantio da maconha e outras drogas é decorrente da aplicação de novas tecnologias agrícolas. O mesmo desenvolvimento científico aplicado a melhoria da produção de alimentos foi utilizado pelos narcotraficantes na produção dos insumos necessários ao melhor rendimento das plantações de maconha e coca, alcançando melhores índices de pureza, produtividade e resistência às pragas. Como alertado anteriormente, não foi a pesquisa científica para a melhoria do perfil genético das drogas a intensão evolutiva, mas a utilização desses conhecimentos e dessa tecnologia que foi utilizada para fins objetivamente ilícitos.

A mesma tecnologia desviada para produção de drogas foi utilizada para o controle das plantações. Os narcotraficantes socorre-se da monitoração por vídeo das plantações, evitando a perda de capital humano qualificado quando das incursões das forças de segurança nas áreas utilizadas para esse fim. Mesmo a utilização de drones já foi noticiada para a vigilância e o controle das plantações. A

tecnologia desenvolvida para melhorar e facilitar a produção e o controle das plantações lícitas, foi rapidamente incorporada às plantações ilegais.

A mesma lógica foi incorporada à logística de transportes das drogas. Desde a segurança do transporte até a organização de redes de distribuição, mapeamento de rotas e análise de riscos por demanda, atividades comuns na área comercial convencional, é instrumento usado em larga escala por narcotraficantes para poder abastecer os mercados consumidores. Trata-se de uma indústria nos mesmos moldes das mais modernas indústrias formais, porém, com a ciência e a tecnologia aplicada para fins ilícitos.

Também os meios de comunicação entre os narcotraficantes e usuários evoluíram na mesma velocidade da tecnologia. O traficante usualmente detido pela polícia leva a alcunha de “tráfico formiguinha” e é normalmente associado às camadas mais pobres da população. Os principais narcotraficantes utilizam-se de modernas tecnologias de comunicação com o usuário final, valendo-se desde as redes sociais, até equipamentos de rádio em frequências que dificilmente são detectadas pelas forças de segurança. O uso da tecnologia não se esgota no pontuado acima. A utilização de programas de computador para administrar toda a cadeia de produção e comercialização e até mesmo a criação de novos tipos de drogas são comuns com o aparato tecnológico existente.

As novas tecnologias propiciaram em escala global não só o desenvolvimento da indústria das drogas, mas facilitaram o acesso massificando seu consumo. Através de programas de computador já é possível obter informações na internet, inclusive de bancos de dados oficiais, para o desenvolvimento e fabricação de vários tipos de drogas sintéticas.<sup>359</sup>

O narcotráfico é, então, uma das principais atividades ilícitas que assume novo cenário, e comporta novos atores, frente à utilização da ciência e da tecnologia em favor de atividades criminosas. A incursão nas plantações, as barreiras nas estradas e a apreensão do narcotraficante “formiguinha”, não é mais a melhor

---

<sup>359</sup> Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1998, p. 33.

estratégia de segurança pública para combater o tráfico nacional e internacional de entorpecentes. A investigação criminal e mesmo o processo penal não tem mais a mesma capacidade probante para fazer frente ao novo cenário, se continuar a utilizar os meios de prova atuais.

### 3.2.3 Cibercrimes

A rede mundial de computadores pode ser tanto o palco para crimes tradicionais como calúnia, injúria, difamação, racismo, apologia ao crime, incitação à violência, estelionato, plágio e pedofilia, onde os criminosos se utilizam da internet como um meio para praticá-los; como também pode ser o vetor de novos crimes como acesso indevido a banco de dados, violação de sistemas de segurança e sequestro de páginas da Web.

No início da era da informática os crimes cometidos através do computador não eram muito divulgados, pois se tratava de uma tecnologia restrita a poucos usuários particulares e a grandes corporações que mantinham arquivos de dados e redes locais de compartilhamento. Com o avanço da informática e a chegada da rede mundial de computadores essa realidade se modificou surgindo a necessidade de regulamentação desse novo cenário na tentativa de evitar os abusos praticados.<sup>360</sup>

Neste sentido, as primeiras invasões, manipulação e sabotagem em sistemas de computadores ocorreram na década de 1960, dando início a história dos crimes de informática na época sem uma denominação específica. Na década seguinte os crimes se aprimoraram, assim como os computadores, ocorrendo também invasões de sistemas e furtos de softwares. Assim surge a figura, hoje muito conhecida, do hacker. Nos anos 1980 cresceram ainda mais os crimes virtuais, ampliando o leque de opções e abarcando além dos já citados, a pirataria, a propagação de vírus (especialmente aqueles com a finalidade de furto ou

---

<sup>360</sup> ATHENIENSE, Alexandre. Crimes virtuais, soluções vigentes e projetos de lei. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/4352-4346-1-PB.htm> Acesso em 22 dez 2015.

apropriação de dados) e o incremento das redes de pedofilia. Isso ensejou a necessidade de investimentos em segurança virtual numa tentativa de identificar e, conseqüentemente, punir os transgressores que podem estar em qualquer lugar do planeta.<sup>361</sup>

Entende-se por crime virtual qualquer ação em que o computador seja o instrumento ou o objeto do delito, ou então, qualquer delito ligado ao tratamento automático de dados. Distinguem-se os crimes virtuais entre delitos informáticos impuros, aqueles que podem ser cometidos também fora do universo do computador, encontrando já definição no sistema punitivo atual, e os delitos informáticos puros, ou seja, aqueles que só podem ser concebidos em face de um sistema informático, ainda não tipificado na legislação brasileiro.<sup>362</sup>

Para Sergio Marcos Roque, “toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou consistir em seu objeto material”<sup>363</sup> representa crime de informática. A doutrina não é pacífica na conceituação, no entanto em todos os casos o instrumento utilizado para praticar o crime será o computador e o meio será a internet. Esse ponto é pacífico.

Ferreira sugere a seguinte classificação dos crimes virtuais:

Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial.<sup>364</sup>

Com isso os chamados cibercrimes passam a integrar o rol de principais novos crimes da contemporaneidade, tanto no viés tecnológico quanto na percepção

---

<sup>361</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529) Acesso em: 18 dez 2015.

<sup>362</sup> ATHENIENSE, Alexandre. Crimes virtuais, soluções vigentes e projetos de lei. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/4352-4346-1-PB.htm> Acesso em 22 dez 2015.

<sup>363</sup> ROQUE, Sérgio Roque. *Criminalidade Informática – Crimes e Criminosos do Computador*. 1ª ed. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007, p. 25.

<sup>364</sup> FERREIRA, Ivette Senise. *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.261.

de seu ineditismo. Esse novo cenário e seus atores bem específicos, com habilidades e percepções diferenciadas, levam uma grande defasagem de controle na esfera penal. À cada novo avanço na investigação ou na persecução criminal dos crimes virtuais, uma nova estratégia delitiva apresenta-se para modificar esse cenário dinâmico que é o ambiente dos crimes virtuais.

### 3.3 A MODERNIZAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

É inegável que os métodos tradicionais de investigação criminal ou de atividade processual penal probatória, como visto nos itens anteriores deste capítulo, já não conseguem dar uma resposta eficiente frente aos novos cenários e novos atores desta nova criminalidade. Tal realidade pode resultar em erros judiciais irreparáveis, como será apreciado no estudo de caso do capítulo quatro.

"...sofreremos com as consequências inesperadas da mudança porque não teremos compreendido esta nova tecnologia, e como ela difere das anteriores. Ao negligenciar a capacidade singular de informatização das novas tecnologias e ignorar a necessidade de uma nova visão do trabalho e da organização, teremos perdido os grandes benefícios que ela poderá oferecer."<sup>365</sup>

Quando surgiu a datilografia, a desconfiança com essa nova tecnologia também foi grande, e necessitou de estudo e mudança de postura do poder judiciário para sua aceitação. Até então, o processo judicial dependia do esforço humano empregado na escrita manual para se desenvolver. Segundo Edgard Costa, a chegada da datilografia representou um grande avanço para a justiça, pois poupava tempo e esforço na decifração dos garranchos forenses, contribuindo também com a segurança processual<sup>366</sup>.

Outro avanço significativo no processo judicial foi a utilização da microfilmagem, que se destinava à preservação dos documentos. Em 1968, através

---

<sup>365</sup> ZUBOFF, S. In *The Age of The Smart Machine: The Future of Work and Power*. 1ª Edição. Nova York: Basic Books, 1988, p. 12.

<sup>366</sup> COSTA, Edgard. *Efemérides judiciárias*. Rio de Janeiro. Instituto Nacional do Livro, 1961, p. 649.

da Lei Federal nº 5.433<sup>367</sup> a microfilmagem foi autorizada e em 1969 foi regulamentada pelo Decreto nº 64.398<sup>368</sup>.

Já na década de 1970 foi possível observar a chegada da informática no Poder Judiciário. Naquela época deu-se o início às atividades tendentes à criação da base de dados da jurisprudência dos tribunais superiores. A evolução continuou e na década seguinte, em 1984, já era possível acessar o andamento dos processos em vários tribunais através da Rede Nacional de Pacotes da Embratel, pois somente em 1996 começou a criação dos sites dos tribunais como vê-se atualmente.<sup>369</sup>

Em 1996 também foi utilizado pela primeira vez o interrogatório por videoconferência, que será pormenorizado no item seguinte; e através da Lei nº 9.800 de 1999 foi permitido às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais<sup>370</sup>.

Hoje, chegou-se em um ponto onde novamente é possível perceber que os tradicionais meios e técnicas utilizados no processo penal não conseguem mais dar uma resposta eficiente na busca pela justiça. Já não são suficientes para acompanhar a evolução da sociedade e dos problemas causados pela criminalidade, evidenciando a falta de atualização das normas penais.

Sin embargo, esta deseada modernización de processo penal, al contrario de lo que piensan muchos, no es incompatible con el establecimiento de um Derecho procesal penal marcado por el respeto a las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es un punto muy importante a tener en cuenta, em la medida en que presenciamos actualmente un proceso penal de índole garantista.<sup>371</sup>

Como a lei não consegue acompanhar os avanços tecnológicos que surgem quase que diariamente, o processo penal enfrenta um grande e grave problema com o surgimento de novos meios de provas derivados deste progresso e

<sup>367</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Leis/L5433.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L5433.htm). Acesso em 12 out 2015.

<sup>368</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D64398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D64398.htm). Acesso em 12 out 2015.

<sup>369</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 6, p.317-323, jan./mar. 1991.

<sup>370</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm). Acesso em 12 out 2015.

<sup>371</sup> CARDOSO PEREIRA, Flávio. Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios. – 1ª ed. – Córdoba: Lerner Editora, 2012, p. 34.

sem disciplinamento legal para sua utilização.

Segundo De Masi, apesar de ainda existir um número considerável de indivíduos que vive conforme a cultura industrial e até rural - pessoas que o autor chama de “analógicos”-, a cada dia cresce mais o número de indivíduos “digitais”, que se adaptaram à cultura pós-moderna.<sup>372</sup>

No Direito pode-se perceber ainda muitos sujeitos “analógicos”, que acabam por influenciar a forma com que as novas tecnologias são tratadas no processo. Nas palavras do referido autor:

“...os “analógicos” são mais velhos que os digitais e irão demograficamente desaparecer nos próximos decênios. Não tem facilidade com a informática, tendem a ser pessimistas acerca das consequências das novidades tecnológicas e consideram o progresso como um incontrolável cataclismo, culpado pelo desemprego e pelo consumismo.”<sup>373</sup>

O salto tecnológico é gigantesco. É possível fazer uma comparação simples, para ilustrar de forma mais prática, analisando como era feita a identificação e cadastro dos presos. Ainda é possível ver, em algumas delegacias de polícia, a clássica cena onde o preso é identificado através da foto preto e branco e coleta de suas impressões digitais com tinta e papel.

Esse precário banco de dados ficava restrito à delegacia local e era praticamente impossível compartilhar as informações com as outras delegacias. Hoje, na maioria dos órgãos públicos, o banco de dados é informatizado, as fotos são de alta resolução, não é mais necessário “sujar” a mão do preso para colher suas impressões digitais, e tudo pode ser compartilhado em tempo real não apenas com as delegacias do país todo, como também com outros órgãos, internacionais inclusive.

Raras vezes, na história humana, mudaram simultaneamente os termos fundamentais do trabalho, da riqueza, do poder e do saber. E, cada vez, ocorreram rupturas históricas no caminho da humanidade.

---

<sup>372</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 549.

<sup>373</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 549.

O início da agricultura, o nascimento da cidade, a invenção da escrita na Mesopotâmia, a organização da democracia e a elaboração do saber humanístico na Grécia, as grandes descobertas científicas realizadas entre os séculos XII e XVII, o advento da sociedade industrial no século XIX representam outros tantos saltos históricos que desorientaram gerações inteiras.<sup>374</sup>

Todos os dias, novos meios de prova apresentam possibilidades de figurar nos processos judiciais, muito relevantes sobretudo nos processos penais. Tendo em vista os bens jurídicos tutelados, qualquer prova que seja capaz de dar mais segurança ao alcance da justiça deve ser considerada.

“(...) a velocidade das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas desatualiza rapidamente o saber e as informações. Nenhuma empresa ou instituição pública pode-se considerar atualizada, a não ser por alguns momentos: assim todas deverão lutar contra parte de seu passado e contra o obsoletismo para inovar e se transformar”.<sup>375</sup>

Dentre as novidades trazidas pela tecnologia, e relevantes para a evolução da justiça e dos processos judiciais, pode-se citar a prova judicial via satélite, o uso de *drones*, as redes sociais, mensagens de texto e e-mails, interrogatórios pela internet, banco de dados genéticos, dentre muitas outras alternativas.<sup>376</sup> Algumas serão analisadas na sequência a fim de demonstrar os potenciais benefícios de seu uso nos processos judiciais.

### 3.3.1 Prova Judicial Via Satélite e Interrogatório à Distância

Prática utilizada em diversos países como Portugal, Cingapura, Inglaterra e Chile, o interrogatório à distância vem ampliando seu espaço de utilização e de adeptos.<sup>377</sup> A tecnologia de satélites representa na prática a quebra das distâncias, proporcionando uma comunicação instantânea dentro das cidades, entre estados e

<sup>374</sup> DE MASI, Domenico. O Futuro Chegou. Tradução: Marcelo Costa Sievers. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 711.

<sup>375</sup> MOTTA, Paulo Roberto. Transformação organizacional: a teoria e a prática de inovar. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 2001, p. XIV.

<sup>376</sup> CALHAU, Lélío Braga. O direito à prova, as provas ilícitas e as novas tecnologias. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov.1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/818>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>377</sup> ARAS, Vladimir. O Tele-interrogatório no Brasil. Jus Navigandi - Doutrina. Piauí. Disponível em [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+3632](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+3632). Acesso em: 15 out. 2015, p.12 a 15.

até mesmo entre países, e tudo em tempo real.

“... não pode o jurista ficar alheio à evolução da sociedade e das técnicas que, dia após dia surgem e se inserem no cotidiano das pessoas. O Direito sempre evolui com o avanço da sociedade, e isto não depende, necessariamente de alteração, legislativa. Os conceitos e as interpretações também podem se modificar, para ler novas normas no mesmo texto de lei já gasto pelo tempo. É, 23 inegavelmente, o uso dos computadores e dos meios de comunicação por meio da Internet está se multiplicando intensamente, de modo que o Direito, o quanto antes deve estar pronto para absorver estes novos fatos sociais.”<sup>378</sup>

Conforme determina o artigo 185 do Código de Processo Penal: “O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado”. Este é o momento em que será feita a identificação do réu, ele será qualificado de acordo com o disposto no artigo 188 do Código de Processo Penal, e tomará conhecimento da acusação que é imputada a ele, podendo falar sobre os fatos. Ainda no interrogatório são mencionadas as provas colhidas e diversas informações que podem levar a elucidação do crime.<sup>379</sup>

O interrogatório é o um ato da instrução criminal, previsto para ser o último antes das derradeiras alegações e, embora com previsão legislativa diversa, normalmente é realizado na sala de audiências, compondo a cena o Juiz, um auxiliar, o representante do Ministério Público, o acusado, o Advogado do réu ou um Defensor Público.

O interrogatório guarda algumas características marcantes, como: a oralidade e a formalidade conforme exige o artigo 185 e seguintes do CPP. Trata-se de um meio de defesa do acusado, é um ato personalíssimo e judicial pois deve ser figurado pessoalmente pelo acusado e um juiz. Precisa de publicidade, quando a lei não impor o sigilo ou o segredo, sendo para tanto previamente estabelecido o lugar em que acontecerá. Representa uma das oportunidades do réu conhecer e se

---

<sup>378</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Fórum Arquivos e documentos eletrônicos. Documento Eletrônico Como Meio de Prova. Rio de Janeiro. 06 a 08 de junho de 2001. Centro Cultural Justiça Federal, p. 14.

<sup>379</sup> JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado, São Paulo. Editora Saraiva, 1990, p. 135.

comunicar diretamente com quem julgará o processo.

“É pelo interrogatório que o juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário, porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena. E o legislador quer que o julgador ouça o acusado não só para que se tenha certeza de que ele é, realmente, a pessoa contra quem se propôs à ação penal, como também para que o juiz conheça sua personalidade, ouvindo-lhe a confissão, suas escusas etc”<sup>380</sup>

O § 3º, do artigo 185, do diploma processual penal, estabelece que “Excepcionalmente, o juiz, (...) poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência (...). Essa excepcionalidade legislativa revela a fragilidade na utilização dos mais modernos sistemas junto às atividades judiciais. A possibilidade de utilização da vídeo conferência evitaria o deslocamento do réu preso e mesmo de maiores custos para o réu solto, na condição de participar dos atos processuais diretamente (sem as cartas precatórias), na sede de comarca mais próxima. Porém, outras questões ainda ficam pendentes, como a possibilidade do réu entrevistar-se reservadamente com seu defensor, quando utilizado o sistema de videoconferência.

Desde o ano de 1996 o sistema de videoconferência já vem sendo utilizado no país de forma extraoficial, e a principal crítica feita a utilização deste meio é a falta do contato pessoal entre o acusado e o julgador, o que não ocorre quando se trata do depoimento por vídeo das testemunhas e vítimas, e também da sustentação on-line para os Promotores e Advogados.

A comunicação por vídeo através da rede de computadores é uma realidade do cotidiano das pessoas. A tecnologia da comunicação empregada no processo penal pode representar um avanço significativo na busca da justiça e da celeridade processual.

“Quem defende a medida não enxerga qualquer obstáculo à sua implantação no sistema de garantias processuais, pois a tecnologia

---

<sup>380</sup> D'URSO, Luiz Flavio Borges. O interrogatório on-line: uma desagradável justiça virtual. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n. 804, p. 489-492, out. 2002, p. 490.

dá resposta a tudo. Se alguém diz que o réu pode estar sofrendo coação, rapidamente respondem que a câmara fornece ao juiz uma visão completa do ambiente em que o réu se encontra e qualquer irregularidade será vista: a liberdade de manifestação está garantida; é um sistema seguro, eficiente e barato.”<sup>381</sup>

De todo modo, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou sobre o tema ainda na década de 1990, no julgamento do Recurso de Habeas Corpus n. 6.272/SP, julgado em 03 de abril de 1997, pela 5ª Turma, tendo como Relator o Ministro Felix Ficher. Não considerando que houve prejuízos para a defesa na utilização do interrogatório por videoconferência naquele caso.

Hoje a videoconferência, especialmente para o interrogatório de réu solto na Justiça Federal, quando nas capitais, já é uma realidade. Mas muito ainda há de ser investido para que alcance a prestação jurisdicional necessária.

### 3.3.2 Redes Sociais, Mensagens de Texto e E-mails

Já se apresentam alguns tribunais no Brasil que consideram legítimas as provas originadas das redes sociais, mesmo ainda não existindo uma lei específica que discipline sua utilização.<sup>382</sup>

Trata-se dos *prints*, ou capturas de telas, que funcionam como uma cópia autenticada das postagens, fotos, ligações, conversas; que podem servir para comprovar crimes como ameaça, calúnia, difamação, injúria racial, entre outros.

Também os órgãos de segurança tem utilizado as redes sociais para auxiliar nas investigações em determinados casos, com a devida autorização judicial, passando-se por outra pessoa para conseguir evidências em crimes sexuais contra a criança e o adolescente.<sup>383</sup>

---

<sup>381</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. A falácia dos interrogatórios virtuais. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n. 120, nov. 2002.

<sup>382</sup> Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/segurada-posta-foto-feliz-no-facebook/> Acesso 18 nov 2015.

<sup>383</sup> Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/486183-CAMARA-APROVA-INFILTRACAO-DE-POLICIAL-NA-INTERNET-PARA-INVESTIGAR-PEDOFILIA.html>

Outras decisões em diversas áreas do Direito têm se pautado nas provas produzidas a partir de redes sociais, como o Facebook e o Instagram, para comprovar desde a situação financeira nos pedidos de assistência judiciária gratuita, até para servir como evidência do estado psíquico de trabalhadores afastados por depressão.<sup>384</sup>

Recentemente, nos Estados Unidos, ocorreu a prisão de um jovem de 26 anos que descumpriu uma decisão em um caso de *cyberstalking* que determinava a restrição do contato de pessoas não apenas fisicamente, mas via internet também.<sup>385</sup>

As novas tecnologias e seus desdobramentos beneficiam não apenas a produção de provas como também o andamento dos processos.<sup>386</sup> Em alguns casos extremos, como ocorreu no Mato Grosso onde um juiz da vara do trabalho utilizou o aplicativo WhatsApp para citar um réu três vezes, em processos diferentes, após a falha na utilização dos meios tradicionais para citação.<sup>387</sup>

A confirmação da citação foi possível devido a tecnologia do aplicativo que confirma o recebimento e leitura das mensagens, e por este fato seu uso está sendo cada vez maior no judiciário. No caso em questão, quando as setas do aplicativo ficaram azuis, foi tirada uma foto da tela do aparelho celular utilizado para enviar a mensagem que continha uma foto da ata de audiência onde era determinada a citação, e juntou-se ao processo, garantindo a efetividade da citação.<sup>388</sup>

O aparelho celular, especialmente o smartphone, qual seja, aquele que possui função de acesso à internet, se tornou algo inerente ao ser humano urbano

---

<sup>384</sup> Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/segurada-posta-foto-feliz-no-facebook/> Acesso 18 nov 2015.

<sup>385</sup> Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/clicar-22-vezes-seguidas-no-facebook-configura-stalking-os-perseguidores-mais-do-que-virtuais-por-danielle-mariel-heil/> Acesso 29 out 2015.

<sup>386</sup> Vide: <http://emporiododireito.com.br/juiz-utiliza-whatsapp-para-notificar-partes/> Acesso em 14 de nov 2015.

<sup>387</sup> Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juiz-de-mato-grosso-utiliza-whatsapp-para-citacao/> Acesso em 17 nov 2015.

<sup>388</sup> Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=80747:vara-do-trabalho-de-lucas-do-rio-verde-faz-citacao-pelo-whatsapp&catid=814:judiciario&Itemid=4641&acm=8703\\_7634](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=80747:vara-do-trabalho-de-lucas-do-rio-verde-faz-citacao-pelo-whatsapp&catid=814:judiciario&Itemid=4641&acm=8703_7634) Acesso em 17 nov 2015.

atual. Ignorar este fato não contribui em nada para a evolução da justiça. Muito mais do que um meio de comunicação, o celular é capaz de determinar a localização das pessoas, os trajetos feitos por elas, e como visto acima, se leram ou não a citação judicial, quando qualquer outro meio tradicional não restar exitoso. Certamente uma mensagem no celular do indivíduo será lida mais facilmente do que a citação por edital, promovendo, assim, efetivamente, a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

### 3.3.3 Banco de Perfis Genéticos

A identificação do perfil genético das pessoas é um novo instrumento no combate aos erros judiciais, ao alto índice de impunidade e a crescente criminalidade no Brasil. A identificação do indivíduo através do DNA é uma técnica muito superior em relação as utilizadas anteriormente e representa uma grande evolução da medicina forense, pois qualquer fluído ou tecido do corpo humano possui DNA.<sup>389</sup>

Segundo dados do 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública<sup>390</sup> o volume de homicídios dolosos no Brasil em 2014 foi de 51.035, vitimando 53.240 pessoas; se somados outros crimes como latrocínio, lesão corporal seguida de morte e intervenção policial o número de ocorrências chega a assustadores 58.497 casos. Os crimes sexuais representaram 47.676 registros em 2014, porém a cifra negra<sup>391</sup> neste tipo de crime ainda é enorme, acredita-se que esse número reflita apenas 35% dos casos.

Mais chocante ainda é o dado de que apenas cerca de 10% dos crimes de homicídio são elucidados no país, ou seja, cerca de 90% dos criminosos

---

<sup>389</sup> Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal. JusBrasil. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em: 04 out. 2015.

<sup>390</sup> Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica> Acesso em 18 nov de 2015.

<sup>391</sup> Cifra negra é a diferença entre os fatos criminais ocorridos e os fatos criminais que chegam ao conhecimento das autoridades (nota do autor).

homicidas saem impunes. Isso ocorre devido, principalmente, à falta de provas materiais que acabam por determinar o arquivamento dos inquéritos.<sup>392</sup>

Foi na Inglaterra que surgiu o primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos, no entanto o banco de dados mais importante foi criado pelo FBI - Federal Bureau Investigation, nos Estados Unidos. O Sistema de Índice de DNA Combinado (*CODIS - Combined DNA Index System*) iniciou em 1990 e a partir de 1994, através do *DNA Identification Act*, o FBI conseguiu implantar um banco de dados nacional para uso em investigações criminais.<sup>393</sup>

De acordo com o site do FBI, o Índice DNA Nacional (NDIS) possui mais de 12.113.810 perfis de agressores. Trata-se de uma ferramenta muito útil para ajudar a resolver crimes; apenas para ilustrar a importância desta tecnologia, em dezembro de 2015 o *Combined DNA Index System* foi utilizado mais de 315.410 vezes, auxiliando em mais de 303.201 investigações.<sup>394</sup>

No Brasil, em 2009, foi assinado o Termo de Compromisso para utilização do software *Combined DNA Index System* referido acima. E já em 2010, foi feita a instalação do programa no país, contemplando 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, além dos bancos nacionais; contando tanto com a versão do programa voltada ao auxílio de investigações criminais, o CODIS 5.7.4, quanto com a versão voltada para auxiliar na busca de pessoas desaparecidas, o CODIS 6.1.<sup>395</sup>

O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 formalizou a criação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos no Brasil, que representa a estrutura de laboratórios e bancos, iniciativa resultante da parceria entre o Ministério da

---

<sup>392</sup> AGUIAR, S. M. Et al. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: Congresso Brasileiro de Genética Forense, 3., 2011, Porto Alegre. Disponível em: [http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf). Acesso: 28 out. 2015.

<sup>393</sup> Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal. JusBrasil. Disponível em: <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>394</sup> Disponível em: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics> Acesso 28 out 2015.

<sup>395</sup> AGUIAR, S. M. Et al. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: Congresso Brasileiro de Genética Forense, 3., 2011, Porto Alegre. Disponível em: [http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf). Acesso: 28 out. 2015.

Justiça e as Secretarias de Segurança Pública Estaduais. Com o objetivo de formar um banco de dados para consultas de perfis genéticos de interesse da Justiça, a Rede busca dar subsídios para a apuração de crimes e a identificação de pessoas desaparecidas.<sup>396</sup>

As amostras biológicas, como sangue, cabelos, digitais, que os criminosos acabam deixando nas cenas dos crimes, ou mesmo nas vítimas, tem seu perfil genético inserido no banco de dados e servem para comparar com os resultados de vestígios encontrados em novos crimes e também em crimes que já ocorreram, identificando possíveis reiteraões criminosas ou suspeitos que na ocasião não puderam ser identificados.

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012<sup>397</sup> regulamenta o cadastramento dos condenados e dos identificados criminalmente,

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º .....

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

<sup>396</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm) Acesso em 29 nov 2015.

<sup>397</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm) Acesso em 29 nov 2015.

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

De acordo com o relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, de 01 a 28 de novembro de 2014, 71 investigações foram auxiliadas confirmando 38 perfis genéticos.<sup>398</sup>

Para que o número de inquéritos arquivados caia drasticamente, é necessário que as investigações sejam suficientes e completas, garantindo um suporte documental, testemunhal ou pericial robusto que aponte o crime e os suspeitos com vestígios de prova ou indícios relevantes. Para tanto se faz necessário, de acordo com o relatório da Enasp (anteriormente citado), contratar mais peritos e também equipamentos para os órgãos periciais, especialmente de algumas regiões, haja vista que a distribuição de recursos e experiências é bastante desigual, de acordo com a capacidade financeira e as prioridades políticas de cada Estado do país.<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> Disponível em: [http://www.justica.gov.br/noticias/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras-e-ja-auxiliou-71-investigacoes-no-brasil/relatorio\\_ribpg\\_nov\\_2014.pdf](http://www.justica.gov.br/noticias/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras-e-ja-auxiliou-71-investigacoes-no-brasil/relatorio_ribpg_nov_2014.pdf) Acesso em 12 Jan 2016.

<sup>399</sup> Disponível em: [http://www.cnmp.gov.br/porta1\\_2015/](http://www.cnmp.gov.br/porta1_2015/) Acesso 11 nov 2015.

## **CAPÍTULO 4**

### **ESTUDO DE CASO**

Para demonstrar de forma prática a necessidade de a investigação brasileira se adaptar em novas metodologias e avanços científicos que garantem o interesse público de apuração e punição do crime e impede a responsabilização de inocentes; dado o anacronismo do Código de Processo Penal e a criminalidade organizada e transacional; segue um breve estudo sobre um réu que foi condenado pela prática do crime de estupro em 1995 e teve sua inocência reconhecida somente em 2006 após utilização de um método mais moderno de prova.

Manoel Ramires ficou preso por quatro anos e nove meses cumprindo parcialmente uma pena de oito anos de reclusão, resultado de uma condenação por estupro de uma mulher de 24 anos com problemas mentais.

Na época a vítima apontou Manoel como autor do fato, que resultou inclusive em uma gravidez de gêmeos. Os pais da vítima moveram ação contra

Manoel que para se defender das acusações solicitou o exame de DNA das crianças. No entanto, a tecnologia utilizada na época para comprovar a paternidade era o GSE: Grupo Sanguíneo Eritrocitário, que resultou em 60,15 % de chance de Manoel ser o pai das crianças.

Dos oito anos fixados na sentença, Manoel cumpriu praticamente 5 anos. A remição, decorrente da prestação de serviços durante o cárcere, possibilitou a progressão da pena e a sua liberdade, embora condicionada, no ano 2000.

No ano seguinte a defesa de Manoel propôs ação de justificação judicial, solicitando a realização do exame de DNA. O resultado comprovou tecnicamente que Manoel não era o responsável pela gravidez, teoricamente resultante do estupro da vítima.

Em sede de revisão criminal teve sua inocência reconhecida por sentença que o absolveu, reformando o anterior decreto condenatório e a pena decorrente.

Saliente-se que o exame de DNA para determinar a paternidade já era realizado no Brasil desde o ano de 1988 pelo Laboratório Gene – Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais. No ano de 1990, também pioneiramente no Brasil, a tecnologia do exame evoluiu ainda mais para a técnica da PCR.

Este caso é emblemático pela sua temporalidade, haja vista ser um dos que poderia ter resultado, e consequências, diverso, caso a utilização de novas tecnologias fossem desde logo aplicadas ao processo penal. Mesmo assim é apenas um dos inúmeros casos que assombram o judiciário brasileiro, que insiste em resistir, ideológica ou em decorrência da própria organização e atualização, em não lançar mão de todos os meios de provas para assegurar a apuração correta dos fatos e a construção probatória baseada em novas tecnologias.

As inovações científicas e tecnológicas são uma realidade latente no dia a dia da sociedade, seja para objetivos obscuros como visto no item que abordou a criminalidade e os novos crimes, seja para beneficiar a todos como visto no item que trouxe novas opções de provas para o processo penal.

Se a condução do processo optasse pela necessidade de adotar métodos tecnologicamente mais avançados de prova, indubitavelmente o citado Manoel não teria sofrido por mais de dez anos de sua vida vendo-se processado e cumprindo pena por um crime que não cometeu. O prejuízo não é só temporal e de dignidade de Manoel, mas contamina o próprio Estado, primeiro pelo tempo e recursos dispendidos na apuração infrutífera ante os métodos empregados, mas também na responsabilidade de arcar com indenizações pelo erro cometido.

Na sequência, reportagem do jornal 'O Globo' de 12 de junho de 1988 relata que o Laboratório Gene já realizava o exame de DNA desde o ano de 1988.<sup>400</sup>

---

<sup>400</sup> Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/colunas/deriva-genetica/a-revolucao-dos-testes-de-dna>. Acesso em 08 dez 2015.

O GLOBO, 12/06/1988

# Brasil já usa código genético para determinar paternidade

**BELO HORIZONTE.** — Através de um sistema revolucionário de identificação denominado "impressões digitais de DNA", o Brasil alcançou o mais elevado padrão internacional de determinação de paternidade. O novo sistema baseado no código genético de DNA, com testes realizados por métodos de sequenciamento, é preciso, rápido e econômico. A tecnologia de DNA, desenvolvida nos Estados Unidos, chegou ao Brasil em maio de 1982, e Gene-MG faz há cerca de três anos exames genéticos para a determinação da paternidade e, através de outros métodos, já conseguiu probabilidade de acerto de 99,99 por cento nos casos de paternidade em litígio.

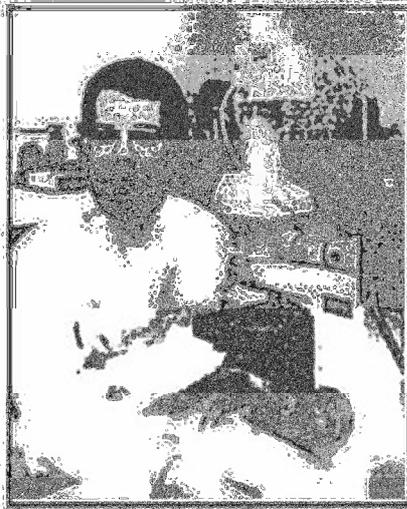
A determinação da paternidade pela Engenharia Genética parte do princípio de que cada ser humano é geneticamente único, de modo que a identificação genética pode ser feita com segurança. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

— Ao analisar o DNA, que está dentro dos cromossomos no núcleo das células, são compostos de duas "fitas" que se encaixam como um zíper. Em outros pontos, existe uma complementaridade genética entre as duas fitas, o que permite um alinhamento preciso e específico.

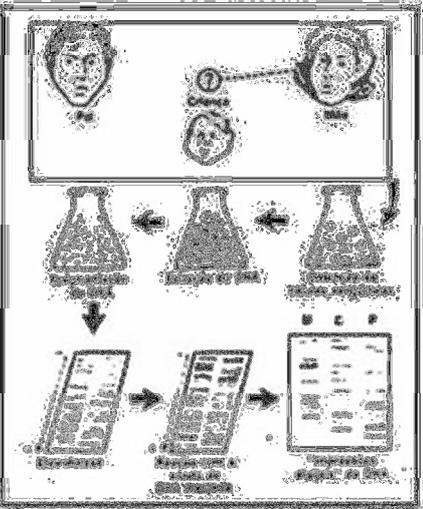
A sequência específica dos "dentões" do zíper, de acordo com Danilo Pena, diretor geral da empresa que realiza o teste em código genético. E são justamente os milhares de genes existentes em nossas células que determinam as características únicas de cada indivíduo.

— Cada complementaridade entre quaisquer fitas de DNA, a sequência precisa e alinhamento dos milhares de genes que formam o código genético de cada indivíduo, determinam o código de cada "impressão digital de DNA".

— Para o teste das "impressões digitais de DNA", é necessário uma



O teste de paternidade é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.



O teste de paternidade é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

amostra de sangue ou urina e os resultados de teste podem ser feitos com alta precisão. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

— Como há milhares de fragmentos no DNA, aqueles que nos interessam por conter os "dentões" não podem ser identificados. Para isso, são necessários as sondas, que são marcadas no laboratório com uma molécula especial — explica Pena.

As sondas são segmentos de DNA de fita única preparados por técnicos de Engenharia Genética, que se liam sobre um suporte específico de "membranas", e são usadas para identificar as sequências de DNA. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

— Para o teste das "impressões digitais de DNA", é necessário uma amostra de sangue ou urina e os resultados de teste podem ser feitos com alta precisão. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

## Cara do pai nem sempre é identificação garantida

**A** situação comum das pessoas diante de um recém-nascido, de que o bebê é a cara do pai, ainda tem servido de fundamento para muita gente determinar a paternidade de uma criança. Aparentemente simples, a situação poderia se complicar, por exemplo, se a criança fosse de uma mulher que durante a gravidez tivesse relações sexuais com vários homens.

Como, num caso como este, identificar o verdadeiro pai? Até há pouco tempo, seria uma indagação de difícil resposta. Atualmente, porém, com o emprego da genética, é possível descobrir se um homem é ou não o pai de uma criança. Isso se faz através de um teste de DNA, que analisa a sequência específica dos milhares de genes existentes em nossas células que determinam as características únicas de cada indivíduo.

— Para o teste das "impressões digitais de DNA", é necessário uma amostra de sangue ou urina e os resultados de teste podem ser feitos com alta precisão. O teste de DNA é realizado em amostras de sangue, saliva ou urina.

qualquer pai não pode ser determinado através do teste de "impressões digitais de DNA", pelo estudo de seus irmãos, pais ou outros filhos.

A determinação de paternidade com confiabilidade absoluta não é o único avanço conseguido pela engenharia genética com essa metodologia. É possível, por exemplo, descobrir se uma pessoa estuprou uma mulher a partir de amostras de sêmen deixadas na vagina, como ocorreu no início do ano na Inglaterra, onde ficou provado que um homem tinha de fato estuproado uma mulher.

Aqui no Brasil, pelo mesmo método, que foi desenvolvido no Reino Unido, já foram realizados testes de paternidade em casos de estupro e em casos de paternidade em litígio.

— É um método revolucionário de identificação, com alta precisão e rapidez — afirma Danilo Pena, que ao apresentar, com o teste de paternidade, também o teste de paternidade em litígio.

Segue abaixo a íntegra da decisão<sup>401</sup> para pormenorizar os detalhes do caso<sup>402</sup>, com as observações de análise pertinentes.

**REVISÃO CRIMINAL. PROVA NOVA. EXCLUSÃO DE PATERNIDADE. SUA APTIDÃO PARA DESCONSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO POR ESTUPRO. PENA JÁ CUMPRIDA. DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR.**

**Ainda que, em princípio, a exclusão de paternidade das crianças (gêmeos) a que deu à luz a vítima não implique automático afastamento de autoria de estupro imputado ao réu, visto que, por óbvio, dessa infração não resulta, necessariamente, gravidez, o fato é que, nas circunstâncias, desde a denúncia, vinculada a ação tida como delituosa à dita gravidez. Daí é que resultou afirmação, pela sentença condenatória, da honestidade da vítima, razão de se lhe ter emprestado crédito, moça com 24 anos e com problemas físicos e mentais. Prova nova, assim, consistente no teste de DNA que afastou paternidade, com aptidão para desconstituir os alicerces da condenação.**

**Revisão acolhida, para proclamação de desconstituição da condenação e afirmação do dever do Estado de indenizar.**

A ementa do voto contextualiza a base da prova, que era a crença na afirmação da vítima no sentido de que a gravidez foi resultante da conduta típica do estupro. Alerta, por óbvio, que o crime de estupro não precisa ter a relação lógica e direta da gravidez, podendo esta ser consequência do ato delituoso ou de outro não típico. No caso, o convencimento inicial partiu da alegada coerência do fato narrado pela vítima e o resultado (estupro) confirmado pela consequência indireta (gravidez). E continua:

---

<sup>401</sup> Disponível em: <http://evteste.hospedagemdesites.ws/noticia-4866-exame-dna-corrige-erro-judiciario-justica-gaucha-que-manteve-homem-presos-durante-cinco-anos>. Acesso em: 08 dez 2015.

<sup>402</sup> Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-ago-31/condenado\\_estupro\\_inocentado\\_cinco\\_anos\\_preso](http://www.conjur.com.br/2006-ago-31/condenado_estupro_inocentado_cinco_anos_preso). Acesso em: 08 dez 2015.

REVISÃO CRIMINAL: QUARTO GRUPO CRIMINAL

Nº 70012499000: COMARCA DE ROSÁRIO DO SUL

ADÃO MANOEL RAMIRES: REQUERENTE

MINISTÉRIO PÚBLICO: REQUERIDO

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em julgar procedente a ação para proclamar a absolvição do requerente, com reconhecimento do direito à indenização, cuja liquidação haverá de se dar perante o juízo cível, vencidos a Relatora, o Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira e o Desembargador Luís Carlos Avila de Carvalho Leite. Lavrará o acórdão o Desembargador Marcelo Bandeira Pereira.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DES. ALFREDO FOERSTER, DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, DES. SYLVIO BAPTISTA NETO, DES. LUÍS CARLOS AVILA DE CARVALHO LEITE E DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI.**

Porto Alegre, 28 de abril de 2006.

**DESA. FABIANNE BRETON BAISCH,  
RELATORA VENCIDA.**

**DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA,  
PRESIDENTE, REVISOR E REDATOR P/ O ACÓRDÃO.  
RELATÓRIO**

**Desa. Fabianne Breton Baisch (RELATORA VENCIDA)**

O Acórdão esclarece que a decisão não foi unânime - o que será tratado à frente - mas resultou na captura psíquica da maioria dos julgadores para considerar procedente o pedido de Revisão Criminal, no sentido de absolver o Requerente, reconhecendo, inclusive o pleito de reconhecimento do direito indenizatório e indicando os votos vencidos.

Passou-se, então, ao relatório do caso:

**ADÃO MANOEL RAMIRES**, através de defensor, propôs a presente REVISÃO CRIIMINAL, em face da sentença que o condenou como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 224, alínea "b", ambos do Código Penal, à pena de 8 anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Importante esclarecer a conduta típica ora analisada passou por sérias e profundas mudanças com a edição da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revogou a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que tratava de corrupção de menores.

Com isso, não há coincidência de conduta, pena e regime com a legislação atualmente em vigor. Segue o Relatório:

Em suas razões, busca, inicialmente, a reforma da decisão, com a absolvição do réu, com fundamento no art. 386, IV e VI do CPP, sustentando a existência de nova prova, produzida através de justificação judicial, a demonstrar a inocência do acusado.

Neste momento o Relatório aponta o requerimento apresentado em sede de revisão cuja nova prova foi produzida fora dos autos, através de justificação judicial, instrumento hábil para a construção probatória nesta etapa processual, qual seja, após o trânsito em julgado da decisão combatida. Continua:

Durante toda a instrução processual o requerente afirmou a inocência e requereu a realização do exame de DNA, sendo que outro exame foi feito, pelo método GSE, e o acusado

acabou condenado. Após o cumprimento da pena, ajuizou justificação judicial, postulando a realização do exame, pois acreditava que, com a prova técnica-pericial, obteria a certeza jurídica de que não tinha engravidado a vítima. Realizado o exame de DNA, a conclusão foi no sentido de afastar a paternidade, premissa básica da denúncia e da sentença condenatória. Assim, o autor conseguiu produzir prova conclusiva de sua inocência e do erro judiciário cometido pelo Estado, que ensejou o injusto cumprimento da pena, razão pela qual se impõe a revisão criminal e a condenação do Estado do Rio Grande do Sul, ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados, estimada em 3.000 (três mil) salários mínimos. Juntou documentos (fls. 07/88).

Fica esclarecido que o argumento defensivo não era novo, mas reiterado no sentido de que a prova fosse construída sob a égide da nova tecnologia apontada, o exame de DNA. Porém, o exame realizado baseou-se naquilo que ordinariamente estava disponível, qual seja, o método tecnicamente denominado GSE, sem atentar-se para a evolução científica na identificação da responsabilidade discutida e na probabilidade de construção de prova mais segura para a decisão. Como de praxe, o Relatório se encerra e aponta a concordância do Representante do Ministério Público pelo cabimento da via eleita e sua procedência

Requisitados os autos originais (fl. 90), foram eles apensados.

O Dr. Procurador de Justiça, Tassel Francisco Selistre, em parecer exarado às fls. 102/104, opinou pela procedência da revisional. Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Na sequência são expostos os votos colhidos:

## **VOTOS**

### **Desa. Fabianne Breton Baisch (RELATORA VENCIDA)**

Trata-se de **REVISÃO CRIMINAL** proposta por **ADÃO MANOEL RAMIRES**, através de defensor, visando à reforma

da decisão definitiva que o condenou pela prática do crime de estupro, mediante violência presumida, porque praticado contra vítima portadora de deficiência mental, à pena de 8 anos de reclusão, em regime integral fechado.

Pretende o requerente o reexame da decisão condenatória, buscando, num primeiro momento, a solução absolutória, sob o fundamento da existência de nova prova da inocência do acusado; e, num segundo momento, a fixação de indenização por erro Judiciário, em face dos prejuízos causados pela condenação e o cumprimento integral da pena.

Improcede o pleito revisional.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que a prova nova a ensejar a procedência da ação revisional deve ser aquela capaz de, por si só, assegurar pronunciamento judicial favorável ao réu, sendo concludente quanto à inocência do mesmo.

Nesse sentido, a lição de Julio Fabbrini Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, 11ª edição, Ed. Atlas, SP, 2003, pág. 1623, **in verbis**:

*“... Surgindo novas provas que indiquem que o condenado deveria ser absolvido, ou de existirem circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena não cogitadas, ou não estarem presentes circunstâncias agravantes, qualificadoras ou causas de aumento de pena indevidamente reconhecidas, deve ser deferido o pedido revisional. **A revisão, porém, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo, pois, que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação. Há na verdade, uma inversão do ônus da prova, e os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastante aquelas que apenas debilitam**”*

**a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores” (...)** (grifado)

Em reforço ao entendimento ora esposado, vale transcrever o seguinte precedente, extraído da obra supracitada:

*“Revisão. Pretensão à desconstituição de sentença condenatória transitada em julgado. Inexistência de novas provas que possam ilidir o comportamento criminoso do condenado e de circunstâncias atenuantes que autorizem a diminuição da pena. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 621 do CPP (...). **Em sede de revisão criminal, para a desconstituição de sentença condenatória, transitada em julgado, é necessária a apresentação de novas provas que possam ilidir o comportamento criminoso do condenado, bem como a comprovação da existência de circunstâncias atenuantes que autorizem a diminuição da pena que lhe foi imposta, conforme inteligência do art. 621 do CPP**”. (TJGO, RT 750/680).*

Essa não é, contudo, a hipótese versada nos autos.

Cumprido esclarecer, inicialmente, que a realização de exame hematólogo foi determinada pelo juízo, com a concordância do Ministério Público e da defesa, no curso da instrução do processo, ante a negativa de autoria do réu (fl. 53v, em apenso).

Requisitada a perícia a este Tribunal de Justiça, restou designada a realização de exame pelo método GSE, que concluiu pela probabilidade positiva de paternidade de 60,15%, ressaltando a necessidade, para decisão final, de serem considerados outros elementos, além da prova técnica (fls. 60 e 65/67, em apenso).

Oportunizada às partes a manifestação acerca do laudo pericial, a defesa limitou-se a impugnar a conclusão dos experts, referindo que “...o laudo de fls. 35 a 37 não apresentou um resultado que forneça elementos certos que garantam e

que possam afirmar ser o mesmo pai do menor CRISTIAN DA SILVA SANTOS, uma vez que na própria Conclusão de fls. 36 indica uma probabilidade positiva de apenas 60,15% e uma probabilidade negativa de 39,85%”, afirmando que “...tal resultado do Laudo Pericial não tem elementos probatórios suficientes e inequívocos para ensejar uma condenação” (fl. 72), sem manifestar, porém, qualquer irresignação quanto a não-realização do exame de DNA, o que também não foi postulado nos prazos do art. 499 e 500 do CPP (fls. 73v e 80), transitando em julgado a sentença condenatória em 1º.09.1995, conforme certificado à fl. 94 dos autos originais.

Ao que parece, a questão somente foi suscitada em sede de revisão criminal anteriormente proposta, que não foi conhecida pelo 2º Grupo Criminal desta Corte, à unanimidade, em julgamento proferido em 15.12.1995, ocasião em que restou aventado que a pretensão de realização da prova poderia ser viabilizada através de justificação judicial (fls. 101/103, em apenso).

Aliás, chama a atenção o fato de que, mesmo após a decisão supra referida e do início do cumprimento da pena, e apesar de os novos defensores constituídos pelo condenado, ao menos em duas oportunidades, terem tido vista dos autos, inclusive retirando-os em carga, em meados de julho de 1996 e 1997, não tenham adotado qualquer providência, o que somente foi efetivado em 22.05.2001, quando interposto pedido de justificação judicial, onde acabou sendo realizado o exame de DNA.

De qualquer sorte, decai de importância para o deslinde da questão que o exame de DNA, realizado em sede de justificação, tenha concluído que o réu não é pai do filho da vítima.

Isso porque, para a configuração do delito de estupro, imprescindível apenas a prova de que o agente tenha constrangido a vítima à conjunção carnal, mediante violência

ou grave ameaça. A gravidez é consequência do estupro, podendo consistir em indicação material de sua ocorrência, mas não elementar do tipo. Justamente por isso é que se tem decidido na jurisprudência, inclusive, pela desnecessidade de realização de exame pericial, por não constituir prova fundamental para apuração dos fatos, sem que com isso se vislumbre cerceamento de defesa.

A propósito, há decisão da 8ª Câmara Criminal, integrante deste Órgão Julgador:

*“APELAÇÃO-CRIME. DELITO CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. 1. PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. Para a tipificação do delito de estupro subsumido no art. 213 do CP imprescindível é que a conjunção carnal ocorra mediante violência ou grave ameaça, sendo irrelevante a geração de prole entre a ofendida e o seu agressor. Assim, não há falar em cerceamento de defesa, porquanto impertinente para o deslinde do feito a realização da perícia requerida. 2. ABSOLVIÇÃO. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IMPROVIMENTO. A narrativa coerente, harmônica e uniforme da vítima, subjugada física e moralmente a manter conjunção carnal contra a sua vontade, corroborada pelo conjunto probatório coligido ensejam com segurança a manutenção do juízo condenatório. À unanimidade, negaram provimento ao apelo. (APELAÇÃO CRIME Nº 70007834815, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ROQUE MIGUEL FANK, JULGADO EM 10/03/2004).*

Por outro lado, cabe destacar que o magistrado singular, ao prolatar a sentença condenatória, não fundamentou sua decisão, em relação à autoria delitiva, unicamente, no fato de que, do estupro, teria resultado a gravidez da vítima, conforme alegado na exordial. Pelo contrário, da análise da fundamentação do decisum, observa-se que o julgador, inclusive, destacou que o resultado da perícia hematológica,

por si só, não teria o condão de apontar o réu como pai do filho da ofendida e, conseqüentemente, como sendo o autor do delito descrito na denúncia. Apesar disso, entendeu que os demais elementos de prova, considerados em conjunto, eram suficientes a amparar a emissão de veredicto condenatório, destacando a relevância da palavra da vítima, que, em ambas as etapas de ausculta, afirmou o abuso sexual sofrido e apontou o acusado como agente do delito, a qual restou corroborada pelos depoimentos de seus pais e da testemunha Nelson Soares da Silva, arrolada pela acusação.

Quanto a este aspecto, a título elucidativo, vale a reprodução de alguns trechos do ato sentencial (fls. 82/89 dos autos em apenso):

*“(...) Inicialmente, cumpre ressaltar que, nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a emissão de um juízo condenatório. Pois bem: a vítima Ivonete, apesar da deficiência física e psíquica, não hesitou, em nenhum momento, em apontar o réu como autor do estupro. Ouvida na fase inquisitorial, contou, com detalhes, o delito praticado contra si (fl. 09). Em juízo ratificou as declarações prestadas na polícia, dizendo, após ter sido advertida pelo Magistrado acerca da gravidade da acusação, confirmou sem pestanejar: “Foi ele”.*

*A testemunha Nelson Soares da Silva, em depoimento prestado à fl. 53 e v., ratifica toda a versão exarada pelo órgão ministerial, ao aduzir que “em certa oportunidade, viu o réu beijar a vítima. Que a vítima estava indo em direção à sua residência, quando o réu, meio tonto, agarrou-lhe e deu um beijo. Que gritou com o réu. Que o réu largou a vítima...Que na zona há uma voz corrente de que o réu mexe com gurias e mulheres”.*

*Ora, a narração desse fato pela testemunha antes declinada denota, sem a menor sombra de dúvida, que havia entre réu e*

*vítima uma intimidade anterior capaz de levar este Julgador à convicção de que Adão Manoel Ramires foi o autor do estupro praticado contra Ivonete. [...]*

*Foi determinada a realização de exame pericial no réu, vítima e seu filho, que seria resultado do estupro. Restou, como conclusão, que a probabilidade positiva de paternidade é de 60,15%, não se podendo excluir o acusado da paternidade que lhe é atribuída. O laudo também assevera que, para decisão final, devem ser considerados outros elementos, além desses testes (fl. 66).*

***Embora cedico que o resultado da perícia hematológica, de forma isolada, no caso em tela, não tem o condão de apontar o réu como pai do filho da vítima, e, por suporte, autor do crime de estupro, tenho que a palavra da vítima, uma mulher honesta e de bons costumes, além de ser deficiente psíquica e física, têm relevante valor probatório, aliado ao depoimento de seus pais, e, principalmente, da testemunha Nelson Soares da Silva, que não tem nenhuma ligação com autor e vítima, sendo sua versão totalmente independente e desacompanhada de paixão.(...)” (grifado)***

O julgador, ainda, afastou a argumentação defensiva, lançada em alegações finais, de que as declarações da vítima seriam contraditórias, porque, em juízo, teria afirmado ter sido ameaçada com uma faca, circunstância não referida na fase policial, aduzindo que “...Ora, não se pode qualificar de contraditório um depoimento apenas por esse fato. O pânico sofrido pela vítima, deficiente, como já referido, quando do ataque provocado pelo réu, com certeza tornou-se empecilho para a percepção desse tipo de detalhe. Ademais, estar o réu portando uma faca, ou não estando, é de somenos importância para o desate da questão posta em julgamento, mesmo porque a violência, face à debilidade da vítima, é presumida” (fls. 85/86 dos autos em apenso).

Assim, resta evidenciada, em verdade, a inconformidade do autor com a solução condenatória, buscando, através de via imprópria, o reexame das provas, incabível no âmbito da ação revisional, restrito àquelas hipóteses do art. 621 do CPP.

Destarte, não logrando o requerente a comprovar a existência de novas provas irrefutáveis da inocência do réu, a improcedência da súplica revisional é medida de rigor.

Via de conseqüência, não prospera, igualmente, o pleito alternativo de indenização, por erro Judiciário.

Por todo o exposto, **VOTO** no sentido de **JULGAR IMPROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL**.

O voto acima, da lavra da Desembargadora Fabianne Breton Baisch, Relatora da Ação Revisional, e que restou vencido, transita por diferentes institutos. Em primeiro lugar o convencimento de que em ação revisional o ônus da prova deve ser invertido. Este posicionamento foi suficientemente analisado no segundo capítulo, com a demonstração da fragilidade probatória por que passa o réu nos processos criminais.

Num segundo momento o voto transita pela argumentação da perda da oportunidade e do pré-questionamento, matérias de origem do processo civil e que, no processo penal deve ser utilizado com a devida cautela, especialmente quando se trata de prova nova. Em sendo nova, não há de se falar de pré-questionamento. Por óbvio, não é possível questionar o que antes não existia. Restou ao Réu o argumento.

O voto entendeu que tratava-se de reexame de prova. Isso ocorre quando se disputa nova análise sobre prova já existente, o que não é o caso dos autos.

Por fim, o voto busca apoiar-se na argumentação de que o exame realizado não foi a única prova da conduta típica, socorrendo-se nas percepções e depoimentos (institutos também tratados no segundo capítulo deste trabalho) que orbitavam ao fato denunciado. Alega a Desembargadora que o conjunto probatório era suficiente, porém, considerou a prova testemunhal mais importante que a prova

técnica. Neste sentido entendeu pela improcedência do pedido revisional, optando pela manutenção da condenação.

Seguiu-se, então, o voto do Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, que, na condição de revisor e redator, optou por diferente entendimento, conforme vê-se:

**Des. Marcelo Bandeira Pereira (REVISOR E REDATOR)**

Com a vênia da eminente Relator, ousou dissentir de seu respeitável voto.

A questão que se põe é complexa.

Partindo-se de prova nova, exame de DNA, que, modo categórico, afastou paternidade de gêmeos a que deu a luz a vítima, cuida-se de se saber se aí presente elemento suficiente à desconstituição da condenação por estupro, cuja pena até cumprida já foi.

Rememorando, a imputação é de estupro cometido pelo réu contra a vítima, moça de 24 anos, mas com problemas mentais e físicos, cuja idade mental, estimada por sua mãe, não iria além de 5 ou 6 anos. Tudo emergiu quando da descoberta de sua gravidez. Aí é que, auscultada, atribuiu paternidade ao apelante.

O requerente, desde sempre, com ênfase, negou paternidade. Tanto que não hesitou em pedir exame de paternidade no curso da ação penal. Porque não tinha condições financeiras para arcar com exame mais custoso, tudo se resumiu à realização daquele que este Tribunal patrocinava, que, não excluindo paternidade, ofereceu percentual que também não indicava decisivamente a paternidade. A isso se agregou a confirmação, pela vítima, da imputação que ensejara o oferecimento da denúncia, com relatos de seus pais, que dela ouviram os acontecimentos, e de um vizinho, que presenciou cena também descrita na denúncia, que a teve como tentativa

de estupro (beijo roubado que o réu, na via pública, teria dado na vítima), do qual resultou absolvição.

De posse desses elementos, o digno magistrado sentenciante proferiu sentença condenatória, estruturada no seguinte: palavras da vítima, que haveriam de ser acreditadas, porque “mulher honesta e de bons costumes”, as quais, outrossim, se viam confortadas por probabilidade de paternidade de 60,15%, aliadas aos depoimentos dos pais e da testemunha insuspeita Nelson, que presenciou o beijo antes referido. Na fixação da pena, outrossim, modo coerente, o julgador teve como consequências da infração a gestação dos gêmeos.

Como se vê, ainda que a prática do estupro não guarde necessária relação direta com a gravidez, o fato é que, no caso, a denúncia, na sua descrição, fez essa ligação (“... a vítima foi submetida a exame de conjunção carnal, quando foi constatado, inclusive, estar em gestação...” – fl. 03), atraindo idêntica postura da sentença, que inclusive considerou a circunstância como consequência do crime.

Diante de tais comemorativos, não há como negar que a prova nova, que afastou cabalmente a paternidade, causou profundo e inafastável abalo nas bases do veredicto condenatório, de tal modo que a condenação, mesmo nesta sede revisional, com todos os limites cognitivos daí decorrentes, não tem como ser sustentada.

Demais disso, reforçando essa conclusão, agora tornando à análise do que constou dos autos da ação penal, impulsionado pela formidável revelação advinda com a peça inicial desta demanda, observo que as palavras da vítima, em juízo, longe estão de revelar coerência. Basta ver que, no início, se disse estuprada em duas oportunidades. Logo após, contou que o vizinho teria impedido a realização do segundo estupro!

Mais, devotando especial apreço à imediação, pela importância em termos de formação de convencimento que resulta do

contato direto e pessoal do magistrado com a prova que se produz na sua presença, ressalto que o eminente prolator da sentença não foi aquele que tomou o depoimento da vítima. Todavia, não passa despercebido o detalhe de que, durante a inquirição da vítima, o magistrado que presidia o ato, seguramente inspirado por algo que estava observando (quicá, mesmo, insegurança ou falta de naturalidade própria das deficiências mentais da depoente), não se contentando com o que ela lhe contara e que estava já registrado no termo, depois de ouvir dela a afirmação de que "...tem certeza que foi o réu quem lhe estuprou", advertiu-a da gravidade da acusação, provocando confirmação, com os seguintes dizeres: "foi ele".

Não parece, assim, tenha sido muito convincente a vítima. De qualquer sorte, repito, coerência absoluta, ao menos, não guardou (o detalhe do segundo estupro).

Ainda que não tenha sido indagada diretamente a respeito de algum envolvimento com outro homem, com quem pudesse ter praticado relações sexuais, o que passa do relato da vítima e de tudo o que cercou os fatos, inclusive modo como os seus pais depuseram em juízo, é a idéia de que tivesse sido o réu o único homem com quem teria se relacionado. Por isso, de resto, sua (do requerente) associação com a paternidade dos gêmeos.

Na melhor das hipóteses, a ofendida omitiu a existência de terceiro, pai de seus filhos.

Deste modo, a base outra da sentença, que era a credibilidade que as palavras da vítima, porque mulher honesta (honestidade, aqui, com conotação de ordem sexual) e de bons costumes, estariam a merecer, também acaba, bem se vê, se esmaecendo.

A esta altura, seria de se indagar acerca das razões que teriam embalado a vítima a dirigir a acusação contra o acusado. O propósito de esconder o nome do pai dos seus filhos

naturalmente provocaria imputação injusta contra alguém. Se não o requerente, contra qualquer outro. Mas, contra o requerente, a verossimilhança da imputação talvez fosse maior, quiçá até provocada por quem lhe indagou a respeito (embora, é óbvio, sem o desiderato de conduzi-la à imputação). Afinal de contas, ele era tido como alguém que costumava mexer com meninas, como contaram os que depuseram nos autos e como revelou no comportamento de beijar a ofendida, registrado na denúncia. Conveniente, também, presenciado este fato por testemunha isenta, associar o seu autor ao relacionamento sexual que já teria acontecido e do qual resultou a gravidez.

Nessas condições, como disse ao início, não vejo como sustentar a condenação.

Como consequência lógica, emerge o dever do Estado de reparar o mal causado pela condenação e prisão. Muito mais, ainda, quando se considere que, desde sempre, protestou o requerente, despido de condições econômicas, pela produção de prova que afastasse a paternidade que lhe era atribuído, para o que o Estado lhe ofereceu exame de menor alcance, que deixou no ar o fator visado provar, inclusive sugerindo sua improcedência.

Ante o exposto, julgo procedente a revisão, para proclamar a absolvição, com reconhecimento do dever do Estado de indenizar, valores que haverão de ser definidos na seara cível.

Esse voto partiu de outros pressupostos. Mesmo reconhecendo a limitação probatória da Revisão Criminal, retornou à análise da prova feita pelo juiz originário. Essa reanálise foi decorrente da dúvida suficiente implantada pelo novo exame, de base tecnológica bem mais avançada.

Esclareceu o voto que o exame anterior era aquele disponibilizado pelo Estado e que o então Réu não tinha condições de arcar com o método mais moderno. Trata-se de uma comum discriminação do processo penal. Aqueles que tem condições financeiras de arcar com as provas cujo custo não é suportado pelo

Estado, tem melhores condições de instrumentalizar a persecução criminal e, por consequência, o convencimento do Magistrado.

Reitere-se o já tratado ônus da prova. A prova da culpa é de responsabilidade do acusador e deve ser a mais certa ou provável possível de ser realizada. A distância que o Estado guarda das novas tecnologias, especialmente na área d processo penal, impôs ao acusado uma inversão do ônus da prova, exigindo o que não é exigível, qual seja, a prova da inocência, quando a Carta Constitucional aponta que essa é a natural, ou seja, a inocência se presume e a culpa é que há de ser provada.

Agora, com a nova prova realizada, todo o conjunto probatório passa a ruir. Se o magistrado originário argumentou que o convencimento não foi unicamente realizado no exame, mas nos depoimentos firmes da vítima, de seus pais e das testemunhas, a mesma análise, sob a luz do novo exame, agora é inversamente realizado. A releitura dos autos revelou, neste voto, a fragilidade do conjunto probatório, desde o exame anterior que dava um pouco mais de metade de certeza, até a própria versão da vítima que, antes tido como suficiente, agora é verificado como inconsistente.

Os votos seguintes se dividem entre Relatora e Revisor/redator:

**Des. Alfredo Foerster** - DE ACORDO COM O REDATOR.

**Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira** - DE ACORDO COM A RELATORA.

**Des. Sylvio Baptista Neto** - DE ACORDO COM O REDATOR.

**Des. Luís Carlos Avila de Carvalho Leite** - DE ACORDO COM A RELATORA.

**Des. Nereu José Giacomolli** - DE ACORDO COM O REDATOR.

Julgador(a) de 1º Grau: AFIF JORGE SIMÕES NETO

Com a colheita dos votos, ante a divergência entre Relatora e Revisor/Redator, o resultado acabou em quatro votos pela procedência da revisão e três votos pela improcedência.

A apertada diferença revela a dificuldade da decisão em duas frentes. Na primeira em reconhecer a possibilidade de revisão sobre prova nova, arguindo o pré-questionamento como base. Repita-se que essa contaminação de institutos do processo civil não deve ser bem recepcionada no processo penal, posto que objetos completamente diferentes, bem como consequências absolutamente distintas.

Num segundo momento a decisão revela a fragilidade de um conjunto probatório que não aplica as novas tecnologias. E evolução da ciência na área demorou para ser considerada. Se levamos em conta que a demora foi, em comparação com a evolução histórica relativamente rápida (cerca de oito anos), a sua consequência foi imediata e irreversível: uma condenação e o cumprimento da pena.

Um terceiro elemento extrai-se da análise procedida. Por não ter utilizado, desde o início da apuração, a nova tecnologia, o verdadeiro responsável pela gravidez (que não necessariamente é decorrente de um estupro), acabou por não reconhecido. A primeira resposta do Estado, ao imputar a responsabilidade penal ao Acusado Manoel, pareceu suficiente para encerrar a questão, tornando popularmente verdadeira a afirmação enganosa da própria vítima, corroborada pela percepção dos pais (que somente repetiram o relato da vítima) e da testemunha que avistou parcela de comportamento à concluir pela conduta típica punida.

Essa decisão, escolhida pela sua incidência temporal reveladora da fragilidade probatória do exame disponível anteriormente pelo Estado e as novas tecnologias ao alcance da persecução criminal, é só uma entre tantas outras, reformadas ou não, que impõe a necessidade de reconhecer os novos cenários derivados das novas tecnologias, bem como a existência de novos atores criminais em tantas outras práticas antissociais, sejam já classificadas como delituosas ou não, que emergem da modernidade.

## CONCLUSÕES

A percepção dos novos atores e dos novos cenários impõe uma adequação dos meios de provas, particularmente, da aplicabilidade dessas novas modalidades frente a realidade trazida pela tecnologia.

Na presente Tese objetivou-se identificar alguns dos novos meios de obtenção de provas e relacionar as novas possibilidades probatórias possíveis através do desenvolvimento científico e tecnológico. Ficou claro que a evolução do processo penal brasileiro é urgente para tornar mais ágil, justo e eficiente a apuração criminal, promovendo uma percepção mais segura em cada processo, com a utilização de provas mais confiáveis e modernas. A questão inicial da pesquisa era: Por que o Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção delas no processo penal brasileiro?

Para a análise da questão levantada, iniciou-se com um resgate teórico das bases do processo penal. Isso foi importante para a demonstração da evolução da prova produzida ou a ser produzida para fins criminais. Através da constatação

das normas jurídicas, decorrentes da tipificação de condutas, são estabelecidas aquelas que constituem crimes e suas respectivas penas. Com isso é possível determinar o âmbito de validade, a estrutura, os elementos e a aplicação e execução das penas, entre outras medidas relacionadas com a construção do conjunto probante no processo penal.

Atualizando a própria história do direito penal, constatou-se que a legitimidade do poder punitivo se funda na fixação de regras sociais para assegurar a estabilidade das relações. As condutas que potencialmente são as mais indesejadas restam taxadas como crimes e, conseqüentemente, carregam em si um castigo, qual seja, a pena respectiva. A escolha da pena respectiva tem por fundamento a teoria geral do crime. Neste sentido buscou-se a verificação sobre a incidência da lei penal no caso concreto como sendo subordinada a determinadas comprovações. Imprescindível a conclusão de que o fato deverá, então, ser típico, ser ilícito, ter produzido resultado e praticado por sujeito culpável. A prova penal necessariamente orbitará em cada um desses elementos.

Mas a percepção da teoria do crime exigiu adentrar na teoria da pena representada pela sua dupla objetividade, como castigo e como instrumento de prevenção. A análise dessa dupla característica apontou para a sua finalidade que não é dissociada de seu fundamento, pois o foco da pena por vezes é o problema e, neste caso, pode ser o próprio sistema jurídico penal.

Foi considerado, então, o processo penal como o caminho entre o direito penal civilizatoriamente colocado e a pena aplicada conforme sua finalidade. A prova penal destacou-se como principal conjunto para a formação do convencimento do magistrado.

A prova penal, passou a ser analisada no segundo capítulo como o instrumento de convencimento no processo penal. Procedeu-se uma necessária reflexão quanto aos referentes constitucionais indispensáveis a serem observados na construção da prova partindo-se do falso dilema entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, o necessário respeito à dignidade da pessoa humana, a exigência do devido processo legal substancial, e o reconhecimento da presunção

de inocência. Esses referentes orientam, ou, pelo menos deveriam orientar a produção da prova no processo penal, e para isso é necessário limitar a responsabilidade pela construção probatória. Importante ressaltar que o ônus da prova é exclusivo da acusação, e assim essa assume a responsabilidade e o risco de apresentar um argumento e demonstrar cabalmente a sua ocorrência ou de não conseguir sustentá-lo. A escolha do tipo de prova indica o alcance da carga probante nele inserida e a modernidade tem direta influência tanto no tipo de prova, quanto na sua produção.

Fica claro que a prova assume a pretensão de trazer ao processo o conhecimento aproximado de um fato histórico ou de uma circunstância, e, por consequência, convencer o julgador. Não é, quanto ao fato, a representação de sua existência, mas o reflexo de um acontecimento ou o conhecimento de uma qualidade ou circunstância.

Existe uma relação direta da prova com o que se pretende provar, especialmente entre os novos cenários e os novos atores criminais. Essa relação aponta para sua tipologia, quando ela se relaciona, direta ou indiretamente com o que pretende provar. O tipo da prova vincula a forma de sua construção. O modo de construção do meio de prova passa por etapas distintas que são fundamentais para a sua validade, quais sejam, a proposição, a admissão e a produção propriamente dita. Uma outra etapa, a de análise, já não faz parte da construção da prova, mas da sua valoração, somente ocorrendo após a prova estar constituída. Com isso ficou claramente percebido que a parte da construção da nova prova criminal, ante a modernidade das relações científicas, humanas e tecnológicas é o ponto principal que deve ser explorado no processo penal.

Destaca-se que mesmo com o escopo de atingir os novos cenários e novos atores criminais, para evitar a ocorrência de crimes, um dos pontos principais de conclusão desta Tese é que deverão ser observados os limites relativos à previsibilidade da forma de construção da prova, bem como à prova emprestada e à licitude na proposição e construção da prova.

Toda a lógica das provas encontra, então, um novo cenário de novas

tecnologias e novas relações humanas que resultam, também, em novos atores. A evolução social e tecnológica e os novos rumos do processo penal, exigem a exploração dos avanços observados na sociedade, nos atores, nos crimes, no processo penal e nos meios de investigação e produção de provas. Tal contexto é demonstrado, à título exemplificativo, mas com relevância contextual, com uma breve análise de caso que revela a imperiosa atenção aos novos cenários criminais

Por fim, dentre as hipóteses levantadas, verificou-se que o Estado deve rever a questão das provas e dos meios de obtenção destas no processo penal para se beneficiar das inovações científicas e tecnológicas, bem como para garantir um processo penal com os resultados atendendo às garantias constitucionais.

As novas tecnologias ainda não são utilizadas mesmo sendo mais precisas e confiáveis. Assim, a necessária revisão exigida ao Estado, busca adequar a persecução criminal aos novos cenários e novos atores para se adequar aos novos crimes. Outra conclusão é que os meios de prova utilizados até então utilizados pelo Estado não são capazes de fazer frente à evolução dos novos atores criminais e dos novos tipos de crimes descritos, pela falta de aproximação às novas tecnologias.

A Conclusão da Tese é de que urge reconhecer os novos cenários e novos atores para a construção de um processo penal onde a prova possa ser produzida e apresentada, mas sem afastar-se das garantias constitucionais já consolidadas, de forma a buscar maiores garantias de resultados.

Por fim, resta clara a necessidade e oportunidade da continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de adequação dos meios de prova à nova realidade criminal relacionadas aos novos cenários e novos atores, especialmente com a identificação de outros cenários e atores que surgem em paralelo à própria e diária evolução tecnológica.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

\_\_\_\_\_. The nature of legal philosophy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.

ALONSO, Pedro Aragonese. **Instituciones de Derecho Processual Penal**. 5ª ed. Madri: Editorial Rubi Artes Gráficas, 1984.

ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. v. 3. Buenos Aires: Losada. 1951. p. 61 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 65/175. Mar.-abr./2007.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral: v. I. 5 ed. rev.e atual. 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro:

Revan, 1990. p. 50.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dos delitos e das penas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. v. I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 16 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689/41. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388/02. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em 11 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210/84. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em 04 de janeiro de 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José de. **Da prova no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral: (arts. 1º a 120)** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Franceso. **Teoria General del Delito**, p. 56-256 In Fernando Galvão e Rogério Greco, **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Ed. Ampl. Porto Alegre: Lumen Juris, 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 29.

CHAVES, Talyta de Lima. **Bipartida ou tripartida?** Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3997, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28195>>. Acesso em: 8 out. 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 131.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerreiro. V. 2. Bogotá: Temis. 2000.

COSTA, Álvaro Mayring da. **Direito penal**: parte geral. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”**, de Francesco Carnelutti. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 7 de setembro de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS FILHO, Claudemir. **Cadeia de custódia**: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Revista do Tribunais. RT 883/436. Maio/2009. Edição Especial RT 100 anos. V. III. Processo Penal II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro Forense, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 23.

FELTRIN, Liziane M. **Respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da humanização da pena na execução penal**. Monografia. Itajaí: UNIVALI. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim.

04/60. Dez./1993.

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo : RT. 1997.

GRECO FILHO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 6ª edição. Niterói, RJ : Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal.** 9ª edição. São Paulo : Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Liberdades públicas e processo penal.** 2 ed. São Paulo: RT, 1982.

\_\_\_\_\_. FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. **Prova emprestada.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 04/60. Dez./1993.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal.** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: casa editorial Boch – Urgel, 51 bis. 1984.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral.** Vol. I, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LANDIN, Lanker V. B. Silva. **Teoria geral do crime.** 03/2013. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Teoria-Geral-Do-Crime/671086.html>>. Acesso em: 22 ago 2014.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal geral.** São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998.

Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguret & C., 1899.

MAGGIORE, Giuseppe. **Direito Penale.** v. I, 5ª ed. Bolonha: Nicola Zanelli. 1951.

MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARTINS, José Salgado. **Direito Penal. Introdução.** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal.** V. 1, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S. A, 2001.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal: parte geral.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal; Introdução e Parte Geral.** Vol. I, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Resumo de direito penal, parte geral**. 4. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2 In Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 – 10. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 30.
- TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais**. Campinas – SP: ed. Minelli. 2002. p. 120.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.81.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: artigos 1º ao 120º**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2004.
- TORRES, Douglas Dias. **A evolução da culpabilidade no direito penal e a possibilidade de quesitação pelo júri das causas supraleais de sua exclusão**. 2001, p.01. Artigo disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11563-11563-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 de out. de 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3 ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 12.
- VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **O sistema clássico da teoria do delito** - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1692;Open](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1692;Open)>. Acesso em dez 2014.
- VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **O sistema clássico da teoria do delito** - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1692;Open](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1692;Open)>. Acesso em dez 2014.
- ROUSSEAU, Jean- Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antonio de Pádua

Danesi. São Paulo: Martins Fontes. 1989.

ROXIN, Claus. **Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências.**

Tradução: Marina Pinhão Coelho. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 15, n. 65, mar-abr 2007, p. 20.

JESCHECK, Hans-Heinrich.

PIERANGELI, José Henrique. Escritos jurídico-penais. Bauru: Jalovi, 1980. p. 343.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 25.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 24.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21.

Como, por exemplo, no Irã, pois trata-se de uma nação governada por religiosos.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 24-25.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 22.

LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 64.

LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 65.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Charlottenburgo (Berlim): [sem indicação de editora], 1898. p. 553.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. p. 29.

COSTA, Álvaro Mayring da. Direito penal: parte geral. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 134.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 27.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Charlottenburgo (Berlim): [sem indicação de editora], 1898. p. 558.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 217.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

COSTA, Álvaro Mayring da. Direito penal: parte geral. vol. I, Tomo II – Parte Geral atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. I, Tomo II. p. 264.

Art. 59. O juiz (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...). (BRASIL. Código Penal.)

Conforme LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998. São Paulo: Atlas, 1998. p. 318.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Estrutura do direito penal. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 29.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de política do direito. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1998. p. 66-70.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de direito político. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1996.

BRASIL. Lei nº 9.987, de 07 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: [http://www.in.gov.br/mp\\_leis/,asp?id=LEI%209887](http://www.in.gov.br/mp_leis/,asp?id=LEI%209887). Acesso em: 22 dez. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal**. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 6 de dezembro de 1994. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

GOÉS, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. *In:* BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.113-150.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In:* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. Tradução de: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p.127-190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim. 35/55. Jul-set./2001.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Rosa, Alexandre Morais. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em 16 de janeiro e 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia->

cognitiva-imparcialidade-juiz. Acesso em 7 de setembro de 2015.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2005.

MALLMITH, Décio de Moura. **Local de Crime**. Departamento de Criminalística do Instituto Geral de Perícias /RS. Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O papel dos indícios na investigação do ministério público**. Disponível em <http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/642-o-papel-dos-indicios-na-investigacao-do-ministerio-publico-dr-hugo-nigro-mazzilli>. Acesso em 20/09/2015.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871. p. 99. Disponível em [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=61682](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61682). Acesso em 12 de setembro de 2015.

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 16.

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

PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_; KHALED JR, Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal**. Barcelona: PPU, 1992. p. 62 In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA JARDIM, Afrânio. **O ônus da prova na ação penal condenatória**. In Revista de Processo. RePro 47. Jul-set/1987.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isso – as garantias**

processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUANNES, Adauto. **Provas eticamente inadmissíveis no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 31/75. Jul-set./2000.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8 Ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume III. 33. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.