



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

# **PROVA INDICIÁRIA SUFICIENTE NO PROCESSO PENAL**

**Aluno: Pedro Eularino Teixeira Simão (58859)**

**Orientador: Doutor Rui Soares Pereira**

**Curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica**

**Especialidade: Direito Penal e Ciências Criminais**

**Dissertação**

**2020**

## **Agradecimentos**

A elaboração da dissertação de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica na Universidade de Lisboa exige uma imensa dedicação do mestrando, não somente em razão da extensão e complexidade do trabalho, como também, pela necessidade de uma pesquisa aprofundada sobre o tema escolhido, o que dignifica ainda mais o árduo esforço empenhado ao longo da investigação.

É certo que, do início ao fim do trabalho, surgem obstáculos que, à primeira vista, parecem ser intransponíveis. Contudo, é justamente nos momentos difíceis desse tortuoso percurso, que a nossa fé em Deus impulsiona a busca diária e incessante pela conclusão exitosa da dissertação.

Reconheço ainda que, sozinho, não teria a tranquilidade necessária para prosseguir com perseverança até a finalização dessa dissertação. Por isso, agradeço a Deus, à minha família e ao meu professor orientador Doutor Rui Soares Pereira, que, além de ser uma referência para mim, sempre foi muito atencioso comigo.

## **Resumo:**

A dissertação tem por objeto o tema da prova indiciária suficiente no âmbito do processo penal. O problema jurídico a ser enfrentado refere-se ao método de valoração judicial da suficiência probatória da prova indiciária em um processo penal norteado pelo respeito integral aos direitos e garantias fundamentais vigentes em um Estado Democrático de Direito. Pretende-se demonstrar ao longo desta investigação, que diante do caráter naturalmente subjetivo da prova indiciária, é necessária a observância de algumas exigências processuais em sua aplicabilidade prática. Conseqüentemente, para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente, por si só, para fundamentar uma sentença penal condenatória, é imprescindível que o julgador realize uma compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável, devendo ainda, legitimar o seu veredicto através da explicitação de alguns requisitos específicos na fundamentação da sentença penal, de modo a esclarecer aos jurisdicionados e à sociedade os parâmetros que foram utilizados na formação do seu convencimento baseado exclusivamente na prova indiciária.

## **Palavras-chave:**

indícios; valoração da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal; princípio da presunção de inocência; *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável; requisitos específicos da prova indiciária suficiente para a fundamentação da sentença penal condenatória.

## **Abstract:**

*The purpose of the dissertation is the theme of sufficient circumstantial evidence in the context of criminal proceedings. The legal problem to be faced refers to the method of judicial valuation of the probative sufficiency of circumstantial evidence in a criminal process guided by full respect for the fundamental rights and guarantees in force in a Democratic State of Law. It is intended to demonstrate throughout this investigation, that given the naturally subjective character of the circumstantial evidence, it is necessary to observe some procedural requirements in its practical applicability. Consequently, for the circumstantial evidence to be considered sufficient, in itself, to support a condemnatory criminal sentence, it is essential for the judge make a compatibility between the principle of the presumption of innocence and the probative standard of proof beyond a reasonable doubt, and must also legitimize his verdict through the explanation of some specific requirements in the grounds of the criminal sentence, in order to clarify to the courts and society the parameters that were used in the formation of his conviction based exclusively on the circumstantial evidence.*

## **Keywords:**

*evidence; valuation of the probative sufficiency of the circumstantial evidence in the criminal proceedings; principle of the presumption of innocence; probative standard of proof beyond a reasonable doubt; specific requirements of the sufficient circumstantial evidence for the reasoning of the condemnatory criminal sentence.*

## Siglas e abreviaturas:

al.	-	Alínea
art.	-	Artigo
CPB	-	Código Penal do Brasil
CPP	-	Código de Processo Penal
CPPB	-	Código de Processo Penal do Brasil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
ed./eds.	-	Editor/Editores
<i>LEC</i>	-	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LECrím</i>	-	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
nº	-	Número
org./orgs.	-	Organizador/Organizadores
p.	-	Página
pp.	-	Páginas
vs.	-	<i>Versus</i>
STC	-	Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha
STF	-	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça de Portugal
STS	-	Sentença do Tribunal Supremo da Espanha
TC	-	Tribunal Constitucional de Portugal

## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>10</b>
1) O tema da prova indiciária e a sua relevância na atualidade.....	10
2) O problema.....	14
3) Razão de ordem.....	15
<b>Capítulo I – Aspectos gerais sobre a “verdade”, a prova, os indícios e a prova indiciária no processo penal.....</b>	<b>18</b>
<b>Subcapítulo I - A busca da “verdade” no processo penal.....</b>	<b>18</b>
1) Verdade e certeza.....	21
2) Certeza e probabilidade.....	23
<b>Subcapítulo II – A prova no processo penal.....</b>	<b>26</b>
1) Conceito e finalidade da prova.....	27
2) Limites à produção e valoração da prova.....	29
3) Sistemas tradicionais de apreciação da prova.....	33
4) Distinção entre prova direta e indireta.....	42
5) Há hierarquia entre prova direta e indireta?.....	46

<b>Subcapítulo III – Os indícios e a prova indiciária no processo penal.....</b>	<b>51</b>
1) Antecedentes históricos dos indícios.....	52
2) Origem etimológica do “indício”.....	54
3) Conceito de indício.....	55
4) Natureza jurídica do indício.....	57
5) Função do indício no processo penal.....	58
6) Classificação dos indícios.....	59
A) Quanto à extensão.....	60
B) Quanto à cronologia.....	61
C) Quanto à complexidade do raciocínio inferencial.....	61
D) Quanto à força probatória.....	63
7) Elementos integrantes da prova indiciária.....	65
A) <i>Factum probans e factum probandum</i> .....	66
B) Inferência lógica.....	67
a) Regras de experiência.....	67
b) Natureza do raciocínio inferencial.....	70
8) Indício e presunção.....	71
9) Indício e mera suspeita.....	74
<b>Capítulo II - Admissibilidade da prova indiciária em alguns sistemas jurídicos processuais penais.....</b>	<b>76</b>
1) Razão de ordem.....	76

2) Sistema jurídico português.....	77
3) Sistema jurídico espanhol.....	80
4) Sistema jurídico italiano.....	84
5) Sistema jurídico brasileiro.....	88
6) Sistema jurídico norte-americano.....	92

**Capítulo III – Valoração da prova indiciária no processo penal.....** 95

1) Valoração probatória e risco de erro de julgamento.....	95
2) <i>Standards</i> probatórios.....	98
A) Prova além de uma dúvida razoável ( <i>proof beyond a reasonable doubt</i> ).....	103
B) Mínima atividade probatória.....	107
3) Modelos de valoração probatória.....	110
4) Força probatória dos indícios no processo penal ( <i>weight of evidence</i> ).....	115

**Capítulo IV – Exigências da prova indiciária suficiente no processo penal.....** 119

1) A suficiência probatória da prova indiciária no processo penal.....	119
2) Pressupostos da prova indiciária suficiente.....	123
A) Princípio da presunção de inocência.....	126
B) <i>Standard</i> probatório da prova além de uma dúvida razoável ( <i>proof beyond a reasonable doubt</i> ).....	132

3) Requisitos específicos da prova indiciária suficiente.....	136
A) Índícios plenamente comprovados.....	144
B) Pluralidade de indícios.....	148
C) Gravidade dos indícios.....	153
D) Precisão dos indícios.....	154
E) Concordância dos indícios.....	155
F) Convergência dos indícios.....	157
G) Inexistência de contraíndícios com capacidade neutralizadora da força probatória dos indícios acusatórios.....	159
H) Motivação específica com a explicitação do raciocínio inferencial utilizado pelo julgador na fundamentação da sentença penal.....	163
<b>Considerações finais.....</b>	<b>168</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>175</b>
<b>Referências legislativas e jurisprudenciais.....</b>	<b>188</b>

# Introdução

---

## 1) O tema da prova indiciária e a sua relevância na atualidade

A prova indiciária ou circunstancial<sup>1</sup> ostentou por muito tempo um certo preconceito em sua admissão e valoração no âmbito do processo penal. Aqueles que negavam ou consideravam menor a força probatória dessa espécie de prova indireta se baseavam primordialmente em três fatores: o protagonismo que a prova indiciária assumiu no sistema da prova legal ou “tarifada”, no qual a tortura era considerada um meio legítimo de obtenção da confissão do acusado; a falta de compreensão do verdadeiro significado da prova indiciária, que muitas vezes era confundido com o de mera suspeita ou conjectura; e a necessidade de uma motivação mais robusta na sentença penal fundamentada exclusivamente com base na prova indiciária, com a explicitação do raciocínio lógico que conduziu o julgador à formação de sua convicção.<sup>2</sup>

No Brasil, alguma doutrina chegou a classificar a prova indiciária como “a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica de todas as provas”. Segundo Rosa, “o indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes”. Nesse sentido, afirmava que “com os indícios se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo”.<sup>3</sup>

Em Portugal, Ferreira sustentava que a prova indiciária é “enganadora”, por ser passível de graves erros em sua valoração judicial. Isso porque, na sua opinião, a

---

<sup>1</sup> A prova indiciária é uma prova indireta por ser constituída de indícios periféricos ao crime (fato principal), sendo também conhecida como “prova circunstancial” (*circumstantial evidence*). Tal nomenclatura é oriunda do sistema jurídico norte-americano. Ressaltamos que utilizaremos ambas expressões ao longo desta dissertação, indistintamente, para designar a mesma espécie probatória.

<sup>2</sup> (Simões: 2007, p. 205)

<sup>3</sup> (Rosa: 1975, p. 131)

convicção do julgador estaria baseada em raciocínios inferenciais que ligam o indício ao fato presumido, que se pretende comprovar. Dessa forma, a impossibilidade de verificação direta da prova pelo julgador denotaria o carácter falível desses raciocínios revelando o “evidente perigo de erro, ou a relativa fragilidade da prova em si mesma”.<sup>4</sup>

Embora o preconceito em relação a essa espécie de prova indireta tenha ocorrido no passado, atualmente, a prova indiciária vem desempenhando um papel de protagonismo e máxima relevância no processo penal, sobretudo, no tocante à prevenção e combate às organizações criminosas, que vêm atuando, cada vez mais, com extrema perspicácia e dinamismo no cometimento de delitos de alta complexidade.<sup>5</sup>

Aliás, não somente o crime organizado, como também, qualquer delinquente tem a finalidade de ocultar os delitos perpetrados, sendo por este motivo, comum a ausência de provas diretas no processo penal.<sup>6</sup> Diante disso, alguma doutrina sublinha que é “frequente” que o processo penal careça de prova direta da participação do acusado na prática do fato delituoso, a menos que este manifeste espontaneamente o desejo de confessar o delito.<sup>7</sup>

Consequentemente, as máfias, as milícias, os grupos de extermínio, o tráfico de drogas e outras ramificações do crime organizado, sempre buscarão a ocultação

---

<sup>4</sup> (Ferreira: 1970, pp. 308-309)

<sup>5</sup> Tal perspicácia dos criminosos é bem delineada por Ferri, pois, “num século de civilização aumentam paralelamente a sagacidade e as manhas dos criminosos, a ponto de, para descobrir e poder acusar, já não basta apenas o senso comum, que, no entanto, não é tão comum como certas pessoas julgam, mas ser necessária toda a lógica, que, por isso, se tornou uma faculdade habitual de exercício judiciário. (...) Estes crimes são tecnicamente concebidos, tecnicamente preparados e tecnicamente ocultados. Porque, o mais importante destes crimes, é a sua ocultação posterior, não só para evitar a condenação, o que é a preocupação geral, de todos os criminosos, mas, sobretudo, para assegurar o gozo do produto do crime”. (Ferri: 1978, pp. 166-167)

<sup>6</sup> De fato, todo criminoso busca se esquivar da responsabilidade penal. Nesse sentido, Ruço alerta que os autores de crimes somente agem na presença de testemunhas se não os puder “levar a cabo furtivamente, pois existe uma tendência natural para o homem ocultar as ações que ele sabe serem desonrosas ou socialmente desvaliosas, as quais, por essa razão, desvalorizam também socialmente o respectivo autor”. (Ruço: 2013, p. 21)

<sup>7</sup> Mata-Mouros destaca a importância da prova indiciária no processo penal, uma vez que “a própria intenção criminosa, a vontade e o conhecimento de se estar a praticar um acto punível como crime pela lei (conhecimento e vontade que os juristas chamam de ‘dolo’), dificilmente se configura como sendo susceptível de verificação por prova directa, a menos que o arguido confesse os factos. Nestes casos adquire enorme importância a chamada ‘prova indirecta’, circunstancial ou por indícios, isto é, aquela que se destina a convencer o órgão decisor da verdade ou certeza de factos que, não sendo embora integradores do crime, permitem fazer deduzir, pelas regras da lógica e da experiência, a verificação do delito ou da participação do arguido no mesmo”. (Mata-Mouros: 2007, p. 70)

e destruição das provas do crime, principalmente, daquelas que se relacionam diretamente com o fato delituoso. Seja pela imposição da “lei do silêncio” que impera nas localidades dominadas pelo crime organizado, seja pela “queima de arquivo” que, por vezes, vitimiza fatalmente as testemunhas oculares do fato ou quem possuía algum conhecimento sobre o esquema criminoso.

Não se pode ignorar também, o fato de que as organizações criminosas vêm utilizando variadas técnicas com o objetivo de frustrar a investigação de crimes de alta complexidade. Tais manobras evidenciam ainda mais a dificuldade que os órgãos de persecução penal enfrentam atualmente na colheita de provas do delito, culminando em uma progressiva esterilidade do uso dos métodos comuns e específicos de investigação utilizados pelo Estado.

Sobre essa potencial ineficiência da persecução penal Estatal na prevenção e combate às organizações criminosas, Dallagnol destaca que “a insuficiência dos meios de investigação do Estado diante desses crimes não significa um colapso do Estado, mas é reflexo da mudança da realidade, da evolução das tecnologias, da globalização, e da natural vantagem que os criminosos possuem quando cometem um crime com algum planejamento”, pois é natural que, antes, durante e após a prática do crime, o agente tome uma série de precauções para garantir a sua impunidade.<sup>8</sup>

Tendo em vista todos obstáculos impostos à efetividade da produção probatória no processo penal, exigir invariavelmente do julgador a existência de provas diretas do crime, para que o mesmo possa formar a sua convicção, resultaria na impunidade

---

<sup>8</sup> Interessante também, é a ilustração que o autor realiza ao mencionar três exemplos de práticas comumente utilizadas pelas organizações criminosas com o fim de ludibriar a investigação criminal. Dessa forma, “primeiro, verifica-se que as técnicas especiais de investigação não vêm mais apresentando a efetividade de outrora, diante das medidas de contrainteligência empregados atualmente pelas organizações criminosas. Contra as interceptações telefônicas, por exemplo, evidenciam-se os circuitos fechados de telefones, o emprego de códigos em conversas (linguagem cifrada), bem como o uso de novas tecnologias de comunicação como *Skype*, *whatsapp*, *viber* ou rádios. Documentos outrora passíveis de apreensão vêm sendo digitalizados e transferidos para servidores em locais de difícil detecção e alcance, em paraísos virtuais ou ainda em computação em nuvem (*cloud computing*). Em segundo lugar, há crimes que são simplesmente impossíveis de investigar em razão de sua complexidade e internacionalidade, bem como da existência de países que não colaboram (ou não colaboram de modo efetivo) com as investigações, formando-se, no mundo, verdadeiros ‘buracos-negros’ físicos (paraísos fiscais) e virtuais (paraíso virtuais), lugares onde toda evidência se esvai e desaparece. Em terceiro lugar, há crimes praticados em ambientes em que vige um forte acordo, ou mesmo uma lei, de silêncio. Aqui encontramos o crime de corrupção e os crimes praticados no âmbito de perigosas organizações criminosas”. (Dallagnol: 2015, pp.280-281)

do delito decorrente do inevitável fracasso da persecução penal.<sup>9</sup>

Com esse entendimento, a doutrina vem sedimentando a grande importância da prova indiciária ou circunstancial no âmbito do processo penal, pois nem sempre se tem à disposição a prova direta e, nesse caso, se faz necessária a utilização dos indícios, aliados a um “esforço intelectual lógico-jurídico”, com o fim de se alcançar a “verdade” dos fatos.<sup>10</sup>

Na mesma direção, caminham as jurisprudências portuguesa e espanhola que, diversamente da brasileira<sup>11</sup>, abordam o tema da prova indiciária de modo específico e detalhado. Exemplo vivo é o Tribunal Constitucional da Espanha, que há mais de trinta anos fixou o entendimento - até hoje consolidado - de que “prescindir da prova indiciária conduziria à impunidade de certos delitos, especialmente aqueles que são praticados com particular astúcia, o que provocaria um sentimento de impotência social”.<sup>12</sup>

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência de diversos países vêm se debruçando, cada vez mais, sobre o tratamento jurídico dispensado à prova indiciária, já que, em muitos casos criminais de alta complexidade, a prova circunstancial é a única prova existente no processo penal com força persuasiva suficiente para nortear o convencimento do julgador em direção à convicção.

---

<sup>9</sup> Pontua Asencio Mellado que a única forma de evitar o fracasso do processo penal nesta hipótese seria a inadmissível regressão aos ditames do sistema da prova tarifada, que preconizava a tortura como um meio legítimo de obtenção de prova com a confissão forçada do acusado. Diante disso, o autor sustenta que: *“quien comete un delito busca de propósito el secreto de su actuación por lo que, evidentemente, es frecuente la ausencia de pruebas directas. Pretender en todo caso la presencia de este tipo de pruebas comportaría el fracaso del proceso penal o, para evitar tal situación, habría de forzarse la confesión del imputado, lo cual, como es sabido, constituyó la característica más acusada del sistema de prueba tasada y su máximo exponente: el tormento”*. (Asencio Mellado: 1992, p.167)

<sup>10</sup> (Prieto-Castro; Gutiérrez de Cabiedes: 1982, p. 252)

<sup>11</sup> Pode-se dizer que as peculiaridades inerentes à suficiência probatória da prova indiciária são pouco exploradas pela jurisprudência brasileira. Ainda que sem a explicitação dos seus pressupostos e requisitos específicos na motivação da sentença penal, a prova circunstancial é admitida e valorada, mesmo quando é a única prova disponível no processo penal. Nesse sentido, no julgamento do caso que ficou conhecido no Brasil como “Mensalão”, a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que “em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua desconsideração, prima facie, além de contrária ao Direito positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais à ordem jurídica e à sociedade”. Ação Penal nº 470/2012 do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br> (Acesso em 29/01/2019)

<sup>12</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.hj.tribunalconstitucional.es>. A jurisprudência do Tribunal Constitucional também é adotada pelo Tribunal Supremo da Espanha, que nas STS nº 2976/87, de 28 de abril de 1987 e STS nº 866/05, de 30 de junho de 2005, firmou o mesmo posicionamento aduzindo que *“prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad, lo que provocaría una grave indefensión social”*. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 20/02/2019)

## 2) O problema

O problema jurídico proposto nesta dissertação reflete a seguinte questão: Pode a prova indiciária ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma condenação criminal, sem que haja violação ao princípio da presunção de inocência?

Caso a resposta seja afirmativa, será necessário definirmos qual é o método adequado de valoração da suficiência probatória da prova indiciária, através da explicitação dos seus pressupostos e requisitos específicos na fundamentação da sentença penal condenatória. Em regra, as legislações processuais penais não contemplam expressamente tais pressupostos e requisitos. Porém, as doutrinas e jurisprudências portuguesa e espanhola têm se debruçado sobre o tema.

O objetivo primordial deste trabalho é responder precisamente a questão acima referida e, se a resposta for afirmativa, indicar os pressupostos e requisitos específicos necessários para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente para uma condenação criminal.

Antes de avançarmos, impõe-se dois esclarecimentos.

Em primeiro lugar, entendemos por prova considerada “suficiente” aquela prova que possui uma integral capacidade para, por si só, fundamentar o livre convencimento do julgador, sem que seja necessária a sua complementação por qualquer outro elemento probatório. Essa prova pode ser: 1) direta, quando verse diretamente sobre o direito que se pretende comprovar; ou, 2) indireta, quando, partindo-se dos indícios, o julgador realiza uma inferência lógica para alcançar o fato principal que se deseja comprovar.<sup>13</sup>

Em segundo lugar, importa distinguir os “indícios de prova” da “prova indiciária”.<sup>14</sup> Indícios de prova são fatos dotados de verossimilhança (*fumus boni iuris*) que permitem ao julgador decidir baseando-se em um juízo de probabilidade, através de uma cognição sumária. Ou seja, o conceito nos remete à ideia de uma prova prematura ou em estágio inicial. Por isso, os indícios de prova não são capazes de

---

<sup>13</sup> Com esse mesmo entendimento, Gascón Abellán define a prova considerada “suficiente” como uma prova “plena”, isto é, “que tiene valor probatório suficiente para fundar por si sola la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar”. (Gascón Abellán: 2010, p. 87)

<sup>14</sup> (Mendonça: 2011, pp. 501-503)

comprovar plenamente o fato principal (*factum probandum*), viabilizando somente a prolação de decisões judiciais com caráter de provisoriedade. É o que sucede, por exemplo, com a decretação de prisão preventiva, entre outras medidas cautelares.

Já a prova indiciária é uma prova indireta, obtida por meio de um raciocínio inferencial que liga uma pluralidade de indícios à presunção judicial. Diversamente dos “indícios de prova”, a prova indiciária autoriza o julgador decidir fundamentando-se em um juízo de certeza probatória extraído de uma cognição exauriente norteada pelo contraditório e pela ampla defesa. Logo, a prova indiciária poderá ser capaz de, por si só, comprovar plenamente o fato principal (*factum probandum*), ensejando uma condenação criminal.<sup>15</sup>

### 3) Razão de ordem

Dividimos esta dissertação em quatro capítulos.

No capítulo I, vamos analisar em três subcapítulos os aspectos gerais sobre a “verdade”, a “prova”, os “indícios e a prova indiciária” no processo penal. Antes de ingressarmos em questões mais específicas sobre a prova indiciária, tais como, a sua admissibilidade e valoração judicial, optamos por uma abordagem prévia a respeito dos referidos assuntos com o objetivo de fornecer ao leitor uma visão ampla do tema.

Relativamente à “verdade”, porque não é possível compreendermos a questão da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, sem explicarmos

---

<sup>15</sup> De forma bastante esclarecedora, Mendonça explica as duas acepções jurídicas do termo indícios, aduzindo que “a palavra indícios é polissêmica e foi empregada pelo próprio legislador, no CPPB, de diversas maneiras diferentes, com sentidos variados em relação ao distinto momento processual em que é utilizada. Em um desses sentidos, o legislador faz menção aos ‘indícios de prova’, referindo-se a um conjunto de provas que permita um juízo de probabilidade. Assim, para o início das investigações, necessária a existência de indícios da prática delitiva. Na fase judicial, para o recebimento da denúncia, necessários indícios de autoria e prova da materialidade. Assim, também para a decretação de prisão preventiva e das medidas cautelares. Porém, veja que a expressão indícios, nesse sentido, deve ser interpretada não como prova indireta, mas sim como um conjunto de provas que demonstrem, razoavelmente, uma suspeita fundada, baseada em algum dado objetivo (...). Porém, estes ‘indícios de prova’ não podem ser confundidos com a ‘prova de indícios’, esta sim disciplinada no artigo 239 do CPPB, aqui considerada em sua ‘dimensão probatória’. A ‘prova de indícios’ é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato-base comprovado chega-se, por via de um raciocínio dedutivo, a um fato-consequência, que se quer provar. (...) Assim, ao contrário do que alguns afirmam, a prova indiciária pode (...) ser utilizada para embasar um decreto condenatório, pois permite uma cognição profunda no plano vertical, de sorte a permitir que o juízo forme sua cognição acima de qualquer dúvida razoável”. (Mendonça: 2011, pp. 501-503)

previamente o motivo pelo qual se entende que a verdade processual não é uma verdade “absoluta”, mas sim, uma verdade “aproximada” do fato principal que se pretende comprovar.<sup>16</sup> Diante disso, é importante acentuarmos logo no início do trabalho o papel desempenhado pela “certeza” e pela “probabilidade” na reconstrução da “verdade” dos fatos no processo penal.

Também reputamos essencial para a elucidação do tema tecermos algumas considerações gerais sobre a prova, especialmente, quanto à eventual existência de hierarquia entre provas diretas e indiretas. Isso porque, o enfrentamento desse ponto específico servirá de base para a construção da solução do problema jurídico proposto, através do sistema do livre convencimento motivado, que fornecerá ao julgador uma discricionariedade decisória atrelada ao arcabouço probatório produzido no processo penal.

Considerando ainda, que a prova indiciária será a espécie probatória investigada ao longo desta dissertação, evidencia-se a imprescindibilidade de uma abordagem completa sobre a mesma, com o fim de fornecer ao leitor todo substrato necessário para o aprofundamento do tema, a partir da compreensão da complexidade estrutural da prova circunstancial. Nesse diapasão, torna-se indispensável uma explicação minuciosa sobre os elementos integrantes da prova indiciária, bem como, sobre a distinção entre indício e presunção e a diferença entre indício e mera suspeita.

Posteriormente à análise dos referidos aspectos gerais, será abordada no capítulo II a admissibilidade da prova indiciária nos sistemas jurídicos português, espanhol, italiano, brasileiro e norte-americano, respectivamente. Tendo em vista que a valoração judicial de qualquer espécie probatória pressupõe a sua prévia admissibilidade no âmbito do processo penal, revela-se importante delimitarmos antes o tratamento jurídico conferido à prova indiciária nos sistemas jurídicos processuais que servirão de base para o desenvolvimento da solução do problema jurídico proposto.

---

<sup>16</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 44)

Logo em seguida, ingressaremos no capítulo III, que terá por objeto a valoração da prova indiciária no processo penal, por meio dos *standards* probatórios e modelos de valoração probatória. Neste capítulo, vamos elencar os critérios jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais, que são utilizados na apreciação judicial da prova indiciária e têm a finalidade de auxiliar o julgador na ponderação da força probatória dos indícios no processo penal.

Por fim, vamos indicar no capítulo IV o método de valoração da suficiência probatória da prova indiciária, que nos parece mais adequado, no âmbito do processo penal. Em nosso entendimento, esse método de apreciação probatória será sempre necessário quando a fundamentação da sentença penal condenatória se basear exclusivamente na prova indiciária suficiente.

Nesse sentido, especificaremos as exigências processuais da prova indiciária suficiente, através de uma análise detalhada a respeito dos seus pressupostos e requisitos específicos, buscando assim, elencar quais são os elementos imprescindíveis para que a prova circunstancial adquira a força probatória necessária para embasar a fundamentação de uma sentença penal condenatória.

Feito o percurso da investigação e antecipando conclusões, defenderemos ao longo desta dissertação que, se preenchidas tais exigências processuais, a prova indiciária poderá adquirir força probatória suficiente para, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória, sem que haja violação ao princípio da presunção de inocência.

# Capítulo I

---

## Aspectos gerais sobre a “verdade”, a prova, os indícios e a prova indiciária no processo penal

### Subcapítulo I - A busca da “verdade” no processo penal

A finalidade primordial do processo penal é a busca da “verdade” dos fatos, a fim de proporcionar ao acusado um julgamento adequado, seja no sentido da condenação, ou da absolvição.<sup>17</sup> Por isso, durante toda a instrução criminal, acusação e defesa desempenham uma intensa atividade probatória, com a pretensão de se alcançar um único objetivo: a persuasão racional do julgador.<sup>18</sup>

Esse propósito tão almejado pelas partes do processo penal é também conhecido como “certeza moral”, que foi definida expressamente pelo Código Canônico como a “persuasão produzida no ânimo do juiz, de acordo com o modo normal de agir das pessoas, que exclui qualquer dúvida prudente”.<sup>19</sup>

Nesse sentido, no ato de julgar, o juiz deve manter o seu espírito alinhado à realidade fática probatória contida nos autos<sup>20</sup>, motivo pelo qual, a doutrina alerta que

---

<sup>17</sup> Em relação à estreita ligação entre a “verdade” e a “justiça”, Guzmán pontua que, na realidade, o nexó entre ambos conceitos *“debería ser reinterpretado en el sentido de ‘verdad (de la hipótesis acusatoria) / justicia de la decisión (condenatoria)’*, es decir que sólo en presencia de la verdad de la hipótesis acusatoria puede justificarse una sentencia desfavorable para el imputado, puesto que cuando la sentencia es favorable a éste, ella puede estar justificada por valores diversos de la verdad y aun así conservar su valor no sólo de adecuación al derecho sino también de justicia”. (Guzmán: 2019, p. 75)

<sup>18</sup> De forma precisa, Barros acentua que a função de julgar deve ser exercida com cautela pois, “a finalidade principal do processo é a de produzir Justiça. E para que a Justiça seja efetivamente produzida é mister que o juiz se convença de que a verdade foi desvendada mediante a reconstituição formal dos fatos”. (Barros: 2011, p. 28)

<sup>19</sup> Código de Direito Canônico, tradução CNBB, 2ª edição. Brasília: Loyola, 1987, p. 689, nota ao cânone 1608, § 1º, que reproduz o artigo 1869 do *Códex Iuris Canonici* de 1917.

<sup>20</sup> (Nascimento: 1991, p. 55)

os veredictos nem sempre refletem a “verdade”, mas somente avaliam as provas produzidas pelas partes no processo penal.<sup>21</sup>

É justamente a dificuldade de se alcançar uma “verdade plena” no processo penal que fez Mittermaier ponderar no século XVIII que “o talento investigador do magistrado deve saber encontrar uma mina fecunda para o descobrimento da verdade”, buscando por meio de um raciocínio lógico e coerente “iluminar” o seu entendimento, guiando-o até a realidade dos fatos.<sup>22</sup>

Daí surge a extrema relevância da busca da “verdade” no processo penal, uma vez que o Sistema Judicial só adquire legitimidade perante os jurisdicionados e à sociedade, se os seus veredictos forem precisos. Significa dizer, que é necessário potencializar a máxima redução do risco de erro de julgamento, pois uma Justiça Criminal que, frequentemente, condena inocentes e absolve culpados, deixa de conquistar o respeito e a obediência dos cidadãos, em decorrência da sua falta de credibilidade perante a sociedade.<sup>23</sup>

Por essa razão, torna-se essencial definirmos o que se entende por “verdade”, não apenas em virtude do próprio subjetivismo inerente ao termo, como também, porque esta compreensão é fundamental para a realização efetiva de Justiça no âmbito do processo penal. Com efeito, Guzmán sublinha que “a verdade não é um fim em si mesma, mas representa uma condição necessária para a aplicação de uma condenação, de acordo com um modelo garantista do processo penal”.<sup>24</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, Cafferata Nores e Cópola acentuam que “o critério da verdade constitui um requisito *sine qua non* quando se trata da imposição de uma pena pelo cometimento de um delito, só sendo legítimo penalizar o acusado

---

<sup>21</sup> Esse é o posicionamento de Chambers Jr. ao afirmar: “*Verdicts do not necessarily reflect truth; they reflect the evidence presented*”. (Chambers Jr.: 1998, p. 668)

<sup>22</sup> (Mittermaier: 1877, p. 427)

<sup>23</sup> Tal raciocínio também fundamenta o pensamento de Laudan, que compara o julgamento criminal com um “motor epistêmico”, isto é, uma ferramenta utilizada para o descobrimento da verdade. Desse modo, pontua o autor: “*public legitimacy, as much as justice, demands accuracy in verdicts. A criminal justice system that was frequently seen to convict the innocent and to acquit the guilty would fail to win the respect of, and obedience from, those it governed. It thus seems fair to say that, whatever else it is, a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators. To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth*”. (Laudan: 2006, p. 2)

<sup>24</sup> (Guzmán: 2008: pp. 31-33)

quando a verdade sobre a sua culpabilidade haja sido plenamente comprovada”.<sup>25</sup> Dessa forma, a descoberta da “verdade” é imprescindível para a persecução penal Estatal adquirir legitimidade e, conseqüentemente, refletir um veredicto adequado.

Frise-se, contudo, que por mais perfeccionistas que sejam os operadores do Direito na busca da “verdade”, esta nunca poderá ser alcançada de forma plena, porque a realidade do fato criminoso não voltará a acontecer novamente, ainda que haja uma reconstituição probatória minuciosa do acontecimento passado.

Assim, a noção de “verdade” no processo penal variará de acordo com o seu intérprete, tanto em razão da subjetividade inerente à terminologia, quanto em virtude da falibilidade humana. A união dessa dupla de fatores nos remete aos ensinamentos de Ferrajoli, no sentido de que “se uma Justiça Penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma Justiça Penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.<sup>26</sup> Seguindo esse entendimento, é possível afirmarmos que o processo penal não deve ter por objetivo a busca de uma verdade “absoluta”, mas sim, de uma verdade “aproximada” dos fatos.<sup>27</sup>

A esse sentir, Dias ressalta que o processo penal não deve ser analisado sob o ângulo da verdade formal, mas de acordo com a verdade material que, por sua vez, possui um duplo aspecto: o primeiro, no sentido de uma verdade isenta da influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; e o segundo, no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta, “há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”.<sup>28</sup>

Com base nas lições do referido jurista português, o Tribunal da Relação de Lisboa já teve a oportunidade de esclarecer que “a verdade a que se chega no processo não é a verdade ‘verdadíssima’, mas uma verdade judicial e prática, uma «verdade histórico-prática e, sobretudo, não é uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida». Trata-se de uma verdade aproximativa ou probabilística, como ocorre com toda a verdade empírica, submetida a limitações

---

<sup>25</sup> (Cafferata Nores; Cópola: 2000, pp. 11-12)

<sup>26</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 40)

<sup>27</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 44)

<sup>28</sup> (Dias: 2004, pp. 193-194)

inerentes ao conhecimento humano e adicionalmente condicionada por limites temporais, legais e constitucionais”.<sup>29</sup>

A nosso ver, a “verdade processualmente válida” é aquela que deve ser perseguida pelo Estado Democrático de Direito com a imposição de limites constitucionais na busca da realidade “aproximada” dos fatos. Consequentemente, a persecução penal deverá possuir como parâmetro norteador a observância da dignidade da pessoa humana, materializada em um pilar triplo inerente ao princípio do devido processo legal: o contraditório, a ampla defesa e a vedação de utilização de provas proibidas (ilícitas e ilegítimas).

No tocante à vedação de produção e valoração das provas proibidas na busca da verdade processual, Mendes adverte que “é como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - Não sucumbam ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios”.<sup>30</sup>

Portanto, a “verdade” no processo penal deve ser alcançada com a estrita observância aos direitos e garantias fundamentais, e representar uma verdade “aproximada” do real acontecimento dos fatos, de modo a refletir um juízo de certeza que habilite o julgador a proferir um julgamento adequado ao caso concreto.<sup>31</sup>

## 1) Verdade e certeza

Há muito tempo, o alcance do significado do termo “verdade” é intensamente debatido na Filosofia. Tal controvérsia advém desde a Idade Média, quando surgiu o entendimento de que para se realizar “Justiça”, era necessário definir previamente o que se entende por “verdade”.

---

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 679/06.0GDTVD.L1-3, julgado em 04/07/2012. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 10/12/2018)

<sup>30</sup> (Mendes: 2015, pp. 182-183)

<sup>31</sup> Segundo Nucci, a verdade no processo penal é aquela “atingível” ou ‘possível’ (*probable truth*), do Direito norte-americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”. (Nucci: 2011, p. 392)

Mais precisamente no século XII, a célebre e inesquecível frase “é melhor absolver mil culpados do que condenar à morte um único inocente” foi atribuída a Maimônides. A genialidade do filósofo naquele período da Antiguidade fez com que a mesma ideia tenha sido reproduzida até os dias atuais por juristas, estudiosos e, até mesmo, ícones da História.<sup>32</sup>

Esse pensamento representa exatamente a dificuldade existente no ato de julgar o próximo. A complexidade da atividade intelectual desempenhada pelo magistrado no momento do julgamento fez Carnelutti qualificá-la como um “dilema do julgador”, aduzindo que “ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo”.<sup>33</sup>

Tendo em vista esse cenário nebuloso, diante da constatação da impossibilidade de se alcançar uma verdade “absoluta” no processo penal, os termos “verdade” e “certeza” – que à primeira vista parecem ser sinônimos – são diferenciados pela doutrina, por possuírem sentidos completamente diversos.

Nesse diapasão, Malatesta observa que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva”.<sup>34</sup>

Esclarece ainda, o referido jurista italiano que, “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros”.<sup>35</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, Taruffo<sup>36</sup> pondera que enquanto a verdade é objetiva e dependente do real acontecimento dos fatos, a certeza é um “estado

---

<sup>32</sup> (Laudan: 2006, p. 63). O autor aponta que a autoria da frase “*it is better... to acquit a thousand guilty persons than to put a single innocent man to death*” foi atribuída a Maimônides. No entanto, diversos filósofos também reproduziram a mesma ideia posteriormente. Entre eles, Matthew Hale (1678), o filósofo iluminista Voltaire (1749) e Benjamin Franklin (1785).

<sup>33</sup> (Carnelutti: 1998, pp. 606-609)

<sup>34</sup> (Malatesta: 1927, p. 21)

<sup>35</sup> (Malatesta: 1927, p. 21)

<sup>36</sup> (Taruffo: 2010, pp. 102-103)

subjetivo psicológico”, correspondente a um altíssimo grau de convicção no espírito do julgador. Dessa maneira, a certeza representa a intensidade do convencimento do julgador sobre a veracidade de um enunciado fático.<sup>37</sup>

Reputamos correta a diferenciação terminológica realizada pela doutrina, pois conforme pontuamos acima, o julgador nunca terá o conhecimento pleno do fato criminoso em si, bem como, das circunstâncias subjetivas periféricas ao cometimento do delito, dentre as quais, podemos citar a real motivação do crime, a menos que o acusado realize uma confissão total e irrestrita.

Conseqüentemente, em razão da verdade plena ser inatingível, o livre convencimento motivado deverá ser alicerçado na “certeza” formada subjetivamente na mente do julgador, que no momento do julgamento optará por “uma das verdades” ou versões antagônicas alegadas pelas partes no processo penal.<sup>38</sup>

## 2) Certeza e probabilidade

Considerando que a verdade plena se configura inalcançável, todo julgamento refletirá uma certeza amparada na crença do juiz de que os fatos alegados pelas partes ocorreram de uma determinada maneira. É importante ressaltar que essa crença não representa uma “certeza absoluta”, mas sim, uma “certeza relativa suficiente à formação da convicção do julgador”.<sup>39</sup>

Esse ponto de vista se justifica, pois, inevitavelmente, a certeza sempre carregará consigo alguma dúvida originada naturalmente no interior da mente de qualquer julgador quando se depara com o caso concreto. Talvez por isso, em meados do século XX, o filósofo austríaco Wittgenstein alertava que “quem quisesse duvidar

---

<sup>37</sup> Com relação à definição de certeza, Dellepiane possui posicionamento semelhante ao de Taruffo e Malatesta, sustentando que “é possível chegar a uma certeza, ou seja, a crença no seu grau sumo, a crença em sua plenitude e perfeição, isto é, um estado psicológico caracterizado pela adesão firme sem resquício algum de dúvida àquilo que se conhece”. (Dellepiane: 2004, p. 48)

<sup>38</sup> Garraud explica que, a rigor, a verdade possui um caráter absoluto. Contudo, quando a mesma é visualizada sob o ponto de vista de nossas percepções, se converte automaticamente na certeza, que possui caráter relativo. Segundo o autor, “para o homem, o equivalente da verdade é a certeza, que resulta do reconhecimento subjetivo por ele efetuado”. (Garraud: 1907, p. 475)

<sup>39</sup> (Greco Filho: 1989, p. 174)

de tudo, também não chegaria a duvidar. O próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza”.<sup>40</sup>

Tal raciocínio tem levado parcela da doutrina a sustentar que na realidade, a finalidade precípua do processo penal é a busca de uma verdade processual norteada por uma probabilidade lógica, pois qualquer decisão judicial possuirá, ainda que minimamente, um certo grau de dúvida latente na mente do julgador, em razão da impossibilidade de se alcançar uma verdade plena.<sup>41</sup>

Em razão disso, Mata-Mouros acentua que existe na atualidade uma corrente doutrinária que defende a incompatibilidade do princípio da presunção de inocência com a escolha da verdade como objetivo principal do processo penal. Assim, o objetivo precípua do processo penal seria a “prevenção do risco de punição arbitrária”.<sup>42</sup>

Induvidosamente, certeza e probabilidade são conceitos que se interligam em virtude da necessidade de se descobrir qual é o grau de convicção que o julgador deverá possuir para ser capaz de fundamentar uma sentença penal proferida “com certeza”. Significa dizer, que diante da impossibilidade de definir exatamente a “verdade”, o juiz deverá formar o seu convencimento baseando-se em um nível elevadíssimo de probabilidade de ocorrência do fato principal, em conformidade com a alegação de uma das partes, motivando a sua convicção em um “grau de suficiência probatória preciso” que reflita a certeza.<sup>43</sup>

É exatamente esse “grau de suficiência probatória” que o presente trabalho pretenderá analisar em momento oportuno, especialmente nas situações concretas de alta complexidade probatória, nas quais a prova indiciária é o único meio de prova disponível e capaz de gerar a “certeza” do julgador no bojo do processo penal.

---

<sup>40</sup> “*Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifels selbst setzt schon die Gewissheit voraus*”. (Wittgenstein: 2013, p. 153)

<sup>41</sup> Nesse sentido, Mata-Mouros acentua que a “meta do processo penal continua a ser, segundo uma opinião alargada, investigar a verdade a respeito do facto punível e castigar o seu autor. Todavia, em face dos vários limites e obstáculos opostos à descoberta da verdade, muitos autores têm vindo a recorrer a outras formulações, aumentando o número daqueles que hoje se contentam em definir o fim do processo penal como a mera busca da probabilidade lógica ou indutiva no respeito pelos valores constitucionais. (Mata-Mouros: 2007, p. 113)

<sup>42</sup> (Mata-Mouros: 2007, p. 113)

<sup>43</sup> (López Barja de Quiroga: 2001, p. 252)

Destarte, a convicção do julgador deverá representar, necessariamente, um juízo de certeza de altíssima probabilidade de comprovação do fato principal, de acordo com as alegações trazidas ao processo penal pelas partes. Dessa maneira, o magistrado avaliará, na realidade, se tais argumentos são verossímeis ou não, e qual deles possui o maior grau de certeza.<sup>44</sup>

Logo, a estreita relação entre certeza e probabilidade atinge o seu ápice durante a formação do livre convencimento no interior da mente do julgador, quando este elege a alegação de uma das partes como a mais provável, no momento de proferir a sentença penal. Assim, quanto mais provável for alguma das versões do fato criminoso, maior será o seu grau de certeza probatória.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> (Taruffo: 2002, p. 186)

<sup>45</sup> Hume resume bem a relação entre certeza e probabilidade no momento da prolação da sentença, sublinhando que “há, certamente, uma probabilidade que resulta de uma superioridade de possibilidades a favor de uma das partes e, à medida que esta superioridade aumenta, excedendo as possibilidades opostas, a probabilidade recebe um aumento proporcional, gerando maior grau de crença ou assentimento à parte em que descobrimos a superioridade”. (Hume: 2006, p. 55)

## Subcapítulo II – A prova no processo penal

Se “provar algo” significa demonstrar a veracidade de uma proposição afirmada por uma das partes no processo, a “prova” é a comprovação da verdade dessa alegação.<sup>46</sup> Antes de ingressarmos a fundo na prova indiciária, reputamos necessário tratar previamente sobre aspectos gerais referentes à prova judicial, não somente em virtude da relevância do Direito Probatório no âmbito do processo penal, mas também, porque os tópicos deste subcapítulo servirão de base para construção da solução do problema jurídico proposto nesta dissertação.<sup>47</sup>

A importância do tema da prova resume-se na célebre frase de Bentham, que sustentava que “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”.<sup>48</sup> Corroborando esse entendimento, Devis Echandía observa que “a administração da Justiça seria impossível sem a prova”, já que a sua ausência no ordenamento jurídico processual resultaria na ineficácia dos direitos subjetivos alegados pelas partes no processo, transformando-os em “simples aparências, sem nenhuma solidez”.<sup>49</sup>

Por outro viés, no que tange à valoração judicial das provas, frise-se que o princípio do devido processo legal impõe que qualquer decisão judicial seja fundamentada, devendo a motivação possuir como pressuposto uma análise pormenorizada do arcabouço probatório contido no bojo do processo penal, com o fim de gerar o livre convencimento do julgador baseado em uma firme convicção a respeito do *thema probandum* no caso concreto.<sup>50</sup>

Esse juízo de certeza manifestado na sentença penal demonstra expressamente o poder persuasivo das provas, que na visão de Malatesta, “ou geram o convencimento, e têm a eficácia e a verdadeira natureza de prova, ou não chegam

---

<sup>46</sup> (Carnelutti: 1982, pp. 38-43)

<sup>47</sup> Sobre a relevância do tema probatório no âmbito do Direito Processual, Florián observa: “*Como fácilmente puede apreciarse, esta materia es de suma importancia por constituir una parte importantísima del proceso, si no se quiere decir la esencial, la vital y la más apasionante*”. (Florián: 1934, p. 306)

<sup>48</sup> (Bentham: 1825, p. 4)

<sup>49</sup> Devis Echandía conclui o seu posicionamento a respeito da imprescindibilidade da prova na administração da Justiça ponderando que se o sistema jurídico processual carecesse dela “*el Derecho se encontraría expuesto a su irreparable violación y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para asegurar la armonía social*”. (Devis Echandía: 2002, pp. 4-5)

<sup>50</sup> Nesse sentido, Mendes defende que “a prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção que certa alegação singular é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”. (Mendes: 1961, p. 741)

a gerar o convencimento, e não merecem o nome de prova, não tendo a eficácia, nem a verdadeira natureza persuasiva”.<sup>51</sup>

Nesse contexto, destaca-se a interessante compatibilização entre a prova e o processo, realizada por Rosa quando afirma que “a prova constitui o centro vital do processo; ela está, para os demais institutos do Direito Judiciário, na mesma relação em que o sol está para com os astros componentes do sistema sideral de que faz parte o nosso planeta”. Por isso, torna-se impossível não dispensar uma parte desse trabalho ao estudo geral da prova.<sup>52</sup>

Diante do exposto, é útil para o entendimento lógico e progressivo do tema desta dissertação, a abordagem de alguns aspectos referentes à prova, como o seu conceito e finalidade, os limites à sua produção e valoração, os sistemas tradicionais de apreciação das provas e a distinção entre prova direta e indireta, desmistificando a controvérsia sobre a existência de uma eventual hierarquia entre as referidas espécies probatórias.

## 1) Conceito e finalidade da prova

Tanto o conceito, quanto à finalidade da prova, são assuntos que se interligam intimamente, motivo pelo qual, analisaremos ambos em um mesmo tópico. Prova é qualquer elemento contido no processo, com aptidão para gerar o convencimento do julgador.<sup>53</sup>

Dessa forma, a doutrina aponta que a prova não possui “cunho moral ou filosófico”, mas por outro lado, é dotada de uma finalidade “prática” no processo penal, qual seja, persuadir o juiz.<sup>54</sup> Em outras palavras, a prova exige que o magistrado desenvolva uma atividade intelectual com a finalidade imediata de alcançar um juízo de certeza que se reflita na fundamentação da decisão judicial.<sup>55</sup> Essa convicção é

---

<sup>51</sup> (Malatesta: 1927, p. 92)

<sup>52</sup> (Rosa: 1942, p. 381)

<sup>53</sup> Nesse sentido, Mittermaier define a prova como a “soma dos motivos geradores da certeza”. (Mittermaier: 1877, p. 71). Entendimento semelhante ao de Devis Echandía, que observa que prova é “todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar o juiz ao convencimento ou a certeza sobre os fatos”. (Devis Echandía: 1970, p. 34)

<sup>54</sup> (Greco Filho: 1999, p. 196)

<sup>55</sup> (Manzini: 1954, p. 42)

concretizada através da valoração dos meios de prova produzidos pelas partes no processo penal, que, por sua vez, poderão ser de caráter testemunhal, documental, pericial ou qualquer outro meio que não seja proibido pela lei.<sup>56</sup>

Nesse sentido, Bentham explica que o sentido de maior amplitude que se pode conferir à palavra “prova” é aquele que a considera um “fato supostamente verdadeiro” retratado no processo penal, que mediante a utilização da presunção poderá se revestir de credibilidade, a ponto de comprovar a existência de outro fato.<sup>57</sup>

Consequentemente, é possível concluir que qualquer prova possui uma dupla vertente fática: uma chamada de fato principal, que se refere à pretensão de comprovação pelas partes de um fato alegado; e outra denominada fato probatório, que consiste na afirmação ou negação do fato que se deseja comprovar.<sup>58</sup>

Essa dúplici acepção jurídica relativa à prova é visualizada por outro ângulo por Asencio Mellado, ao asseverar que no processo penal moderno, norteador pelo sistema acusatório, a prova não pode ser entendida como uma mera atividade processual que objetiva unicamente convencer o julgador da existência dos direitos alegados pelas partes no processo.<sup>59</sup>

Diante disso, a prova deverá, acima de tudo, ser produzida e valorada em conformidade com os direitos fundamentais, para que seja garantida a realização efetiva de um processo penal equânime com a eliminação de toda e qualquer arbitrariedade. Logo, a superação do princípio da presunção de inocência

---

<sup>56</sup> Alguns estudiosos mesclam o conceito de prova com o de meios de prova. É o exemplo de Martínez Silva, que ao definir prova, entende ser essa “*los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad*”. (Martínez Silva, 1947, p. 21)

<sup>57</sup> Ao refletir sobre a extensão do significado de prova, Bentham afirma que “*en el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho*”. (Bentham: 1827, p. 23)

<sup>58</sup> No tocante à dupla acepção jurídica da prova, Bentham acentua que “*toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro*”. (Bentham: 1827, p. 23)

<sup>59</sup> Asencio Mellado destaca ainda que, à primeira vista, pode-se destacar dois aspectos inteiramente distintos da prova, isto é, “*la prueba como medio o actividad y la prueba como resultado o fruto de la valoración psicológica que sobre la anterior realiza el órgano jurisdiccional a efectos de obtener una conclusión determinada*”. (Asencio Mellado: 1989, p. 15)

somente ocorrerá quando a prova judicial conferir plena eficácia aos direitos supramencionados.<sup>60</sup>

Enfim, se a prova judicial pudesse ser definida através de uma comparação metafórica, pensamos que a mesma seria como se fosse a “lenha”, que por meio da “combustão” (raciocínio lógico do julgador), objetiva produzir a “chama latente”, isto é, a convicção do julgador.

## 2) Limites à produção e valoração da prova

O Direito Processual Penal, nada mais é, do que um ramo do “Direito Constitucional aplicado”.<sup>61</sup> Em razão disso, Dias acentua o caráter dúplice do processo penal no ordenamento jurídico: enquanto de um lado, os fundamentos do Direito Processual Penal representam os “alicerces” do Estado Democrático de Direito; por outro viés, a positivação das normas processuais penais deverá observar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos nos sistemas jurídicos vigentes.<sup>62</sup>

Quando o tema em debate é a prova penal, devemos nos perguntar, preliminarmente, se a mesma foi produzida e valorada no processo penal, em conformidade com os ditames constitucionais. Essa indagação nos remete diretamente aos ensinamentos de Mendes, que alerta os órgãos de persecução penal

---

<sup>60</sup> Com base na doutrina e jurisprudência espanhola Asencio Mellado cita a “mínima atividade probatória”, que é o *standard* de prova utilizado pelos tribunais espanhóis para que a barreira da presunção de inocência possa ser rompida através de uma condenação criminal. Pondera o autor que *“el derecho constitucional a la presunción de inocencia requiere para su desvirtuación la existencia en el proceso de una mínima actividad probatoria de cargo, actividad probatoria que en función del lugar preferente que ocupan en el ordenamiento jurídico los llamados derechos fundamentales ha de ser obtenida respetando la eficacia de tales derechos”*. (Asencio Mellado: 1989, p. 16)

<sup>61</sup> (Dias: 2004, p. 74)

<sup>62</sup> Fundamentando o seu posicionamento nas lições de Henkel, Dias pondera que “o Direito Processual Penal é, como exprime H. Henkel, verdadeiro Direito Constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do Direito Processual Penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”. (Dias: 2004, p. 74)

Estatual sobre os perigos do “canto da sereia” na busca incessante da verdade processual, “a qualquer preço”.<sup>63</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, Miranda observa que apesar do Direito estar intimamente relacionado à noção de segurança, esta nunca poderá prevalecer sobre aquele, uma vez que “os direitos fundamentais, ou são indivisíveis, ou não são direitos fundamentais”.<sup>64</sup>

Dessa maneira, toda e qualquer prova produzida no bojo do processo penal deverá respeitar os direitos fundamentais do indivíduo, notadamente, no que diz respeito à vedação de produção e valoração das provas proibidas. Trata-se de um mandamento positivado em diversas Constituições e tratados internacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, preceitua em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Frise-se que, embora não haja menção expressa na CRFB, é certo que a prova proibida engloba duas espécies, quais sejam, a prova ilícita e a ilegítima.

Ambas as espécies são inadmissíveis, mas o fator que as distingue é que enquanto a prova ilícita é aquela obtida com infringência ao Direito Material (como por exemplo, a confissão obtida mediante tortura), a prova ilegítima seria aquela obtida com desrespeito ao Direito Processual (como por exemplo, a prova obtida por uma interceptação telefônica clandestina).<sup>65</sup>

Da mesma forma, quando a Constituição da República Portuguesa regulamenta as “garantias do processo criminal”, dispõe em seu artigo 32, nº 8, que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

---

<sup>63</sup> Relembrando o “canto da sereia” que, segundo Mendes, tem o condão de tornar nula a prova penal, o autor pondera que “é como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - Não sucumbam ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios. Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrastes a arma do crime, então, é como se tivésseis destruído essa prova material”. (Mendes: 2004, p. 142)

<sup>64</sup> (Miranda: 2006, pp. 173-185)

<sup>65</sup> (Moraes: 2003, p. 96)

Sobre as proibições de prova no Direito português, Mendes aponta que são subdivididas em “proibição de produção de prova” e “proibição de valoração de prova”. A consequência lógica da violação do mandamento estampado expressamente na Constituição da República Portuguesa é a declaração da invalidade do ato processual, além da nulidade dos atos subsequentes, resultantes daquele (efeito à distância).<sup>66</sup>

Isso porque, a nulidade dos atos processuais subsequentes à prova proibida resulta do acolhimento da teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree theory*). Significa dizer, que toda prova (fruto) decorrente de uma prova proibida (árvore envenenada) também deverá ser declarada nula, em virtude do “efeito extensivo” da prova produzida em desconformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.<sup>67</sup>

Nesse sentido, considera-se nula de pleno direito, a prova obtida por meio de tortura, quando o acusado por um delito patrimonial confessa a exata localização do bem subtraído, sendo a *res furtiva* recuperada unicamente em razão das informações fornecidas pelo imputado, mediante coação psicológica exercida sobre o mesmo.<sup>68</sup> Assim, é vedado ao julgador condenar o arguido com base exclusivamente nesta espécie de prova.<sup>69</sup>

As proibições de produção de prova no Direito português podem se referir “ao tema, aos meios e aos métodos de prova proibidos”.<sup>70</sup> No tocante ao tema proibido, um exemplo seria a vedação de inquirição de testemunhas sobre fatos abrangidos pelo segredo de Estado, nos moldes do artigo 137 do CPP português.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> (Mendes: 2015, p. 177)

<sup>67</sup> (Cordón Aguilar: 2011, p. 90)

<sup>68</sup> Exemplificando o “efeito à distância” de uma prova nula que contamina as demais, Asencio Mellado cita “*el caso en que una persona interrogada mediante la aplicación de métodos prohibidos (como tortura o coacción), confiesa el lugar donde esconde el botín del robo perpetrado, el que es recuperado por la Policía; con posterioridad, el tribunal que conoce de la causa pronuncia sentencia de condena no con fundamento en la valoración de aquella declaración, sino, en cambio, llegando a la conclusión de que el incoado es autor del delito sobre la base del indicio que comporta el objeto material encontrado*”. (Asencio Mellado: 1989, p. 88)

<sup>69</sup> Nesse sentido, a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 81/98, de 2 de abril de 1998, fixou o entendimento de que há violação ao princípio da presunção de inocência “*si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas*”. Contudo, ressaltou-se que “*si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*”. Disponível em: <hwww.boe.es> (Acesso em 25/01/2019)

<sup>70</sup> (Mendes: 2015, pp. 178-182)

<sup>71</sup> (Mendes: 2015, pp. 178-182)

Quanto aos meios proibidos, a prova não pode, por exemplo, ser produzida através dos suportes técnicos e respectivas transcrições, quando tiverem sido gravadas conversações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro (artigo 11, nº 2, alínea 'b'), ainda que a interceptação telefónica tenha sido autorizada por juiz de instrução, no âmbito de inquérito processual, nos termos do artigo 187 do CPP português.<sup>72</sup>

Já os métodos de prova proibidos seriam os procedimentos para aquisição da prova, que atentem contra o direito de liberdade, podendo-se citar a tortura. Com relação à vedação de valoração das provas proibidas, obviamente, estas “não poderão ser utilizadas pelas partes, e nem servir como fundamento da decisão judicial, devendo ser determinado o desentranhamento daquelas do processo penal”.<sup>73</sup>

Por fim, os tratados internacionais também são uníssonos quanto à inadmissibilidade das provas proibidas. Se por um lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) só considera válida a confissão do acusado, se for realizada sem coação de qualquer natureza<sup>74</sup>, por outro, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também veda qualquer espécie de tortura ou tratamento degradante.<sup>75</sup>

Note-se que a inadequada valoração das provas obtidas com vulneração aos direitos fundamentais poderá culminar na nulidade da sentença penal fundamentada unicamente com base na prova proibida ou em outras provas dela decorrentes. Com essa linha de pensamento, a jurisprudência espanhola adverte que a utilização e valoração de uma prova proibida, de modo a prejudicar o acusado, poderá resultar na violação do devido processo legal, em virtude da ofensa ao princípio da presunção de inocência.<sup>76</sup>

Portanto, em termos gerais, o que não se pode nunca perder de vista, é que o processo penal moderno deve conformar-se juridicamente aos direitos fundamentais

---

<sup>72</sup> (Mendes: 2015, pp. 178-182)

<sup>73</sup> (Mendes: 2015, pp. 178-182)

<sup>74</sup> De acordo com o teor do artigo 8º, nº 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica).

<sup>75</sup> Nos moldes do artigo 3º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

<sup>76</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 81/98, de 2 de abril de 1998. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 27/01/2019)

estabelecidos pela Constituição dos países, legislação interna respectiva e tratados internacionais, razão pela qual, a busca da verdade processual deverá sempre se compatibilizar com os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.<sup>77</sup>

### 3) Sistemas tradicionais de apreciação da prova

A função primordial do Poder Judiciário é dar a cada um o direito que lhe pertence, após uma apreciação minuciosa das provas contidas no processo. Essa valoração probatória tem a finalidade de concatenar os meios de prova produzidos com a veracidade ou falsidade dos fatos alegados pelas partes processuais.

Nesse momento, o julgador deverá construir um raciocínio lógico e coerente que lhe dê aptidão para expressar a sua convicção na fundamentação da sentença, diante da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, de modo a efetivar integralmente o devido processo legal.<sup>78</sup>

Os fatos alegados no processo, na realidade, se configuram em enunciados fáticos, que, por sua vez, serão definidos pelo julgador na sentença como verdadeiros ou falsos. Frise-se que a falsidade de um enunciado fático equivale à insuficiência de provas sobre a ocorrência do fato, não havendo distinção prática processual entre essas duas situações.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> A respeito da necessidade de se respeitar os direitos e garantias fundamentais no processo penal, Muñoz Conde pontua que esses *“realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no sólo en cuanto implica de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito”*. (Muñoz Conde: 2008, p. 18)

<sup>78</sup> A esse sentir, Taruffo observa que no momento da formação da convicção do julgador “procura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma conclusão sobre o status epistêmico final desses enunciados. Essa definição centra-se no resultado da valoração realizada pelo julgador: um enunciado de fato é provado quando, com base nos elementos de prova, considera-se verdadeiro. Assim, um enunciado de fato é verdadeiro quando devidamente demonstrado por meio das provas produzidas perante o tribunal. Do mesmo modo, um enunciado de fato é falso quando se prova inexistente tal fato”. (Taruffo: 2014, p. 130)

<sup>79</sup> Com esse entendimento, Taruffo acentua que “quando um fato não é provado em razão de não haver meios de prova que o sustentem ou quando, apesar da sua existência, esses forem insuficientes para embasar uma conclusão relativa à verdade do enunciado a que se referem, tal enunciado também será considerado falso. Com efeito, quando se trata de alcançar uma decisão final positiva ou negativa acerca da veracidade dos enunciados fáticos, a prova de sua falsidade e a ausência de provas suficientes de sua veracidade são situações equivalentes”. (Taruffo: 2014, p. 130)

Ocorre que a valoração consciente e motivada das provas produzidas no processo se refere ao método racional utilizado atualmente pelo julgador integrante de um Sistema Judicial Moderno, reinante em países que adotam como norte a ser seguido, a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Mas nem sempre foi assim. A apreciação das provas pelo julgador passou por diversos sistemas durante a sua evolução. Historicamente, o primeiro sistema de avaliação probatória surgiu na Era Antiga, com os povos hebreus, gregos e egípcios, e teve sua ênfase na Idade Média, através dos povos germânicos. Nesse sistema, a busca da verdade e da Justiça era baseada na crença religiosa como meio hábil à realização da Justiça Divina. Os “Juízos de Deus” eram instrumentalizados por diversas formas, sendo que a mais conhecida era a “Ordália”.<sup>80</sup>

A “Ordália” consistia em submeter o acusado a um desafio, para que ele provasse a sua inocência, pois acreditava-se na intervenção divina durante a prova proposta. As principais “Ordálias”, de acordo com Tornaghi, eram a prova da fogueira, a prova do pão e do queijo, a prova da cruz, a prova da água fria, a prova da água quente e a prova do ferro em brasa. O resultado desses procedimentos determinava a culpa ou a inocência do acusado.<sup>81</sup>

Por outro lado, Taruffo aponta que as “Ordálias” possuíam uma vasta gama de técnicas para averiguação da verdade nos julgamentos realizados pelos povos germânicos. Segundo o jurista italiano, a “Ordália” mais comum era o duelo judicial, no qual as partes se enfrentavam, e o vencedor demonstrava que a sua versão dos fatos era verdadeira.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> (Tornaghi: 1959, pp. 210-212)

<sup>81</sup> (Tornaghi: 1959, pp. 210-212)

<sup>82</sup> Taruffo lembra que “nem todas as Ordálias eram tão cruéis: um expediente habitualmente utilizado era o juramento de uma das partes (*compurgatio*) e o mesmo ocorria com o juramento prestado por um grupo de pessoas (usualmente chamadas de coniuatores) em auxílio de uma das partes. Todos esses meios de prova eram comumente chamados ‘Juízos de Deus’, pois se fundavam como premissa, na convicção de que Deus, devidamente invocado para assistir às partes, determinaria diretamente o resultado da prova, fazendo evidente a inocência ou culpabilidade do sujeito que se submetia a elas...os procedimentos para celebração das Ordálias estavam regulados de forma específica e muito detalhada, de modo que a sua observância pontual assegurava a validade da prova e também, por conseguinte, a justiça e a aceitação do seu resultado”. (Taruffo: 2010, pp. 15-16)

Em razão da culpabilidade ou inocência depender exclusivamente do êxito ou fracasso do acusado na realização dos “Juízos de Deus”, as “Ordálias” são consideradas pela doutrina como um método “irracional” de valoração probatória, uma vez que o procedimento utilizado para o descobrimento da “verdade” gerava nitidamente o rompimento entre o fato e o ilícito penal.<sup>83</sup> Isso porque, o resultado da apreciação das provas decorria unicamente da força, destreza, sorte ou azar do suspeito, não havendo nenhuma vinculação com o fato criminoso em si.<sup>84</sup>

Por volta do século XII, os países europeus que acolhem o *Civil Law*, passaram a utilizar o sistema da prova legal, também conhecido como “prova tarifada”. Esse método de apreciação probatória perdurou até o final do século XVIII na Europa, tendo como principal característica a estipulação de valores predeterminados para cada espécie probatória. Ou seja, o julgador não possuía discricionariedade para ponderar o peso dos variados meios de prova produzidos no processo, já que o valor probatório de cada um era previamente estabelecido pela legislação.<sup>85</sup>

Atualmente, ainda existem ordenamentos jurídicos que contemplam alguns dispositivos legais, considerados como “resquícios” do sistema da prova legal ou “tarifada”. É o caso do Código de Processo Penal brasileiro, ao dispor em seu artigo 155, parágrafo único, que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Da mesma forma, o artigo 158 do CPPB “ressuscita” o sistema da prova “tarifada”, ao prever que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

---

<sup>83</sup> (Taruffo: 2010, p. 13)

<sup>84</sup> Justamente a sorte ou o azar, que fazia Montesquieu demonstrar a sua indignação com os “Juízos de Deus”, ponderando que *“nos asombrará comprobar que nuestros padres hicieron depender así el honor, la fortuna y la vida de los ciudadanos, de cosas que tenían menos relación con la razón que con el azar, y que se valieran continuamente de pruebas que no probaban nada y que no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito”*. (Montesquieu: 1985, p. 359)

<sup>85</sup>Ao explicar que o sistema da prova legal marcou a transição entre os sistemas de apreciação das provas irracionais, para os racionais, Taruffo esclarece que a prova legal “baseava-se, por sua vez, em longas e complexas listas de regras detalhadas que estabeleciam o peso de cada elemento de prova específico. Em consequência, ao juiz restava pouca ou nenhuma discricionariedade na valoração das provas, incumbindo-lhe a tarefa de somar os valores das provas positivas e negativas relativas a cada fato mediante uma espécie de cálculo algébrico. A decisão era determinada por essa operação: uma soma que resultava em um valor positivo mais alto determinava a verdade do enunciado de fato, enquanto uma soma que resultava em um valor negativo mais alto determinava a sua falsidade”. (Taruffo: 2014, p. 132)

Da mesma forma, o Direito Processual Penal português também possui algumas exceções em seu sistema jurídico que a doutrina e a jurisprudência definem como integrantes do sistema da prova legal ou “tarifada”, como ocorre, por exemplo, com “o valor probatório dos documentos autênticos e autenticados, o caso julgado, a confissão integral e sem reservas no julgamento e a prova pericial”.<sup>86</sup>

Constata-se, portanto, que o sistema da prova legal ou “tarifada” gozou de certa credibilidade na Europa por alguns séculos, pois naquela época, existia grande desconfiança sobre a imparcialidade dos veredictos emanados pelo Poder Judiciário. Dessa maneira, o engessamento do julgador no momento da valoração das provas produzidas no processo, em decorrência da prévia estipulação legal do peso relativo a cada elemento probatório, acabou culminando no longo período de utilização desse sistema pelos europeus.<sup>87</sup>

Contudo, não podemos esquecer de mencionar que o sistema da prova legal ou “tarifada” utilizava como meio de obtenção de prova a tortura, com o objetivo de extrair a confissão do acusado. A prática abominável dessa conduta violadora dos Direitos Humanos fez a doutrina considerar o sistema da prova legal ou “tarifada” como um mero “prolongamento lógico” do sistema anterior<sup>88</sup>, marcado precipuamente pela irracionalidade dos “Juízos de Deus”, que conforme mencionado acima, deixava para segundo plano o fato criminoso em si, prestigiando meramente a sorte ou o azar do suspeito no enfrentamento das “Ordálias”.

Com a evolução dos povos, revelou-se, cada vez mais, clara e cristalina a arbitrariedade e ilegalidade da abjeta prática da tortura como método de obtenção da

---

<sup>86</sup> Nesse sentido, já houve decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, entendendo que “em processo penal a regra é a de livre apreciação da prova, como decorre do estatuído no art. 127 do CPP, onde se estabelece que, salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente. Tal princípio não é absoluto, e entre as exceções a tal regra incluem-se o valor probatório dos documentos autênticos e autenticados, o caso julgado, a confissão integral e sem reservas no julgamento e a prova pericial. Segundo Maia Gonçalves (Código de Processo Penal Anotado, 9ª edição, pág. 323), estas exceções integram-se no princípio da prova legal ou tarifada, que é usualmente baseado na segurança e certeza das decisões, consagração de regras de experiência comum e facilidade e celeridade das decisões”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 08P2035, julgado em 01/10/2008. Disponível em: <www.dgsi.pt> (Acesso em 12/02/2019)

<sup>87</sup> (Taruffo: 2014, p. 132)

<sup>88</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 135). Com o mesmo pensamento, Beccaria aponta que *“la única diferencia que hay entre la tortura y las pruebas del fuego y del agua hirviente es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad del reo y el de las segundas de um hecho puramente físico y extrínseco, pero esta diferencia es sólo aparente y no real”*. (Beccaria: 1974, p. 97)

prova, motivo pelo qual, a Revolução Francesa de 1789 trouxe o espírito iluminista responsável pela abolição do sistema da prova legal ou “tarifada”.<sup>89</sup> A partir desse marco histórico, o sistema de apreciação das provas passou a ser o da íntima convicção.

O sistema da íntima convicção, também conhecido como da “certeza moral do juiz”, reflete com exatidão o oposto do sistema da prova “tarifada”, já que o julgador é dotado de uma ampla liberdade acerca da valoração das provas, não ficando adstrito a nenhuma regra legal, mas apenas à sua própria consciência.

Significa dizer, que a apreciação do arcabouço probatório no referido sistema decorre exclusivamente da íntima convicção do juiz, baseada na sua experiência de vida ou até mesmo em qualquer outro elemento de convencimento, ainda que não esteja no processo. Aliás, a peculiaridade desse sistema reside na desnecessidade de motivação das decisões judiciais, ficando estas ao exclusivo critério do julgador. No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema da íntima convicção é adotado, excepcionalmente, no Tribunal do Júri, de acordo com o disposto no artigo 472 do Código de Processo Penal brasileiro.<sup>90</sup>

A ausência de motivação em uma sentença penal proferida com liberdade absoluta pelo juiz torna o sistema da íntima convicção extremamente frágil, notadamente, no que diz respeito à imparcialidade do julgador, porque se não há necessidade de fundamentação da decisão judicial, conseqüentemente, esta poderá ocultar a clandestinidade de uma perigosa arbitrariedade cometida, razão pela qual, parcela da doutrina também critica esse sistema de apreciação das provas.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> (Gianturco: 1958, p. 8)

<sup>90</sup> Assim dispõe o artigo 472 do Código de Processo Penal brasileiro: “Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: ‘Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça’. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: ‘Assim o prometo’”.

<sup>91</sup> Esse é o entendimento de Dallagnol, quando observa que “no sistema da íntima convicção o juiz aprecia a prova com absoluta liberdade, fundado apenas no que lhe dita a integridade de sua consciência. Como se vê, foi fase de desmedido e perigoso arbítrio, em que as garantias individuais ficam à mercê de uma pretendida ‘sã consciência’ do julgador. Tal sistema, associa-se, via de regra, não só com o despotismo, como, especificamente, com o processo dito inquisitório, em que há uma investigação unilateral da verdade. Nele o órgão judicante se confunde com as partes, sendo ao mesmo tempo juiz acusador e defensor, afetando a imparcialidade do julgador”. (Dallagnol: 2015, p. 37)

Seguindo essa linha de raciocínio, Mendes adverte que o sistema da íntima convicção “corre o risco de promover a arbitrariedade das decisões, sobretudo se a lei não exigir do julgador que preste contas dos meios pelos quais formou a sua convicção”.<sup>92</sup> Isso porque, a exigência de motivação das decisões judiciais configura-se em um “controle democrático e de responsabilização externa da função jurisdicional”.<sup>93</sup>

Em outras palavras, a fundamentação representa um “espelho revelador de eventuais erros cometidos pelo julgador”, possibilitando assim, que tanto as partes processuais, quanto à sociedade, tenham pleno conhecimento da racionalidade da decisão judicial proferida.<sup>94</sup> Por isso que, somente após ser-lhe dada publicidade, a decisão adquirirá legitimidade perante os jurisdicionados.

Logo, a publicidade é requisito imprescindível para fazer com que a convicção do juiz manifestada em sua decisão, não seja apenas justa, mas que também “pareça” justa. Esse pensamento reflete o posicionamento de Bentham, ao defender que a publicidade da fundamentação das decisões desempenha o papel de “resguardar os jurisdicionados da arbitrariedade”.<sup>95</sup>

Diante da conscientização do Estado e da sociedade sobre a necessidade de motivação e publicidade das decisões judiciais, o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido por “livre apreciação das provas” ou “persuasão racional”, passou a ser o sistema de valoração probatória acolhido na maioria dos ordenamentos jurídicos processuais dos países que acolhem o *Civil Law*.<sup>96</sup>

Nesse sentido, Taruffo observa que apesar da adoção da livre apreciação das provas ser uníssona no Direito Moderno, nem sempre esse sistema é contemplado na legislação dos países, de forma idêntica. Embora haja semelhança quanto aos

---

<sup>92</sup> (Mendes: 2015, p. 219)

<sup>93</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 623)

<sup>94</sup> (Calamandrei: 1960, p. 118)

<sup>95</sup> Com esse posicionamento, Bentham afirmava que “*la publicidad es el preservativo de la arbitrariedad: lo que menos se debe temer (de los jueces) son los poderes discrecionales que sólo se les confía con la condición expresa de que motiven en todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad*”. (Bentham: 1825, pp. 95-96)

<sup>96</sup> (Taruffo: 2014, p. 132)

princípios e objetivos do referido sistema, por vezes, a sua fonte inspiradora e aplicabilidade prática varia.<sup>97</sup>

Enquanto alguns ordenamentos jurídicos contemplam a livre apreciação das provas expressamente, outros a utilizam como um princípio geral de Direito.<sup>98</sup> Na Alemanha, o Código de Processo Civil estipula em seu §286 a cláusula *freie Beweiswürdigung*, que norteia a livre valoração da prova pelo julgador. Já na Itália, o artigo 116 do *Codice di Procedura Civile* determina que as provas sejam avaliadas de acordo com o “*prudente apprezzamento*” do juiz.

Diversamente, em outros países o livre convencimento é aplicado em conformidade com *standards* probatórios estabelecidos pela jurisprudência pátria. Na Espanha, por exemplo, o artigo 741, nº 1 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê que o julgador deverá apreciar livremente as provas de acordo com a sua consciência. Não obstante, a jurisprudência espanhola exige que a decisão judicial seja fundamentada por “*reglas de la sana crítica*”, isto é, critérios de pensamento lógico e racional alicerçados em uma “mínima atividade probatória”.<sup>99</sup>

De modo semelhante, o sistema da livre apreciação das provas é tratado na França como um *standard* probatório. A *intime conviction* não possui previsão expressa na legislação francesa, contudo, incide nos âmbitos penal e cível como um princípio geral de Direito, buscando refletir com exatidão a persuasão racional do julgador.<sup>100</sup>

Por sua vez, Portugal se enquadra entre os países europeus que contemplaram expressamente a livre apreciação das provas em seu ordenamento jurídico. Nesse

---

<sup>97</sup> (Taruffo: 2014, p. 132)

<sup>98</sup> O entendimento de que a livre apreciação das provas consiste, na realidade, em um princípio geral de Direito é acolhido por parcela da doutrina estrangeira, como por exemplo, Gascón Abellán que sustenta que “*la libre convicción es, en suma, un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica y – en el ámbito penal – también, derivadamente, una garantía de libertad*”. (Gascón Abellán: 2010, p. 142)

<sup>99</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 229/88, de 1º de dezembro de 1988. Disponível em: <hj.tribunalconstitucional.es> (Acesso em 18/03/2019)

<sup>100</sup> Embora exista uma variação natural do sistema do livre convencimento nos diversos ordenamentos jurídicos, Taruffo pondera que “*todos possuem um núcleo comum: o valor probatório das provas deve ser estabelecido pelo julgador caso a caso de maneira discricionária e sem vinculação por regras gerais e abstratas. Nestes termos gerais, o princípio é recebido em todos os sistemas probatórios modernos*”. (Taruffo: 2014, p. 133-134)

sentido, o CPP português dispõe em seu artigo 127 que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras de experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Deve-se destacar a ausência de determinação expressa do dispositivo legal quanto à necessidade de motivação das decisões judiciais. Contudo, a Constituição da República Portuguesa supriu o vácuo deixado pelo mencionado dispositivo legal, ao determinar em seu artigo 205, nº 1, que “as decisões dos tribunais devem ser fundamentadas, na forma prevista na lei”.

Conferindo uma interpretação teleológica ao referido dispositivo constitucional, Canotilho assevera que “o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma decorrência lógica do princípio do devido processo legal, que é destinado à concretização da Justiça, baseada em um Estado Democrático de Direito”.<sup>101</sup>

Já Dias, defende interessante ponto de vista a respeito da livre apreciação das provas, ao afirmar que esse sistema de valoração probatória possui um significado “negativo” e outro “positivo”. O “negativo” consiste na falta de requisitos legais “predeterminantes” do valor atribuído abstratamente à cada prova. Por outro lado, o “positivo” se insere no dever de fundamentação das decisões judiciais.<sup>102</sup> Nesse último viés, pondera o autor que a legitimidade dos veredictos emerge de uma convicção do julgador “objetivável e motivável”, com aptidão para impor-se perante as partes e à sociedade.<sup>103</sup>

No Brasil, o Direito Processual Penal é regido pelo sistema da livre apreciação das provas, também conhecido como “livre convencimento motivado” ou “persuasão racional do julgador”. Está previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal

---

<sup>101</sup> (Canotilho: 1999, p. 621)

<sup>102</sup> (Dias: 2004, p. 202)

<sup>103</sup> É notório que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais objetiva restringir uma discricionariedade absoluta do juiz, de maneira a evitar a ocorrência de abusos no exercício do poder jurisdicional. Seguindo essa linha de raciocínio, Dias esclarece o real significado de uma “convicção objetivável e motivável”, aduzindo que essa existirá “só quando – parece-nos este um critério prático adequado – de que se tem servido com êxito a jurisprudência americana – o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos fatos para além de toda dúvida razoável. Não se tratará pois, na convicção, de uma mera opção voluntarista pela certeza de um facto e contra a dúvida, ou operada em virtude da alta verossimilhança ou probabilidade do facto, mas sim de um processo que só se completará quando o tribunal, por uma via racionalizável ao menos a posteriori, tenha logrado afastar qualquer dúvida para qual pudessem ser dadas razões, por pouco verossímil ou provável que ela se apresentasse”. (Dias: 2004, pp. 204-205)

brasileiro que dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

Destaca-se que essa “livre apreciação das provas” é limitada constitucionalmente em virtude da exigência de fundamentação das decisões judiciais. Isso porque, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, “todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade”.

Com efeito, o sistema da persuasão racional confere ao juiz soberania na análise das provas produzidas no processo, devendo este, exercer o seu livre convencimento baseando-se tão somente na sua consciência. No entanto, a liberdade do julgador na valoração das provas encontra um limite imposto pela CRFB, que determina expressamente a necessidade de motivação das decisões judiciais, sendo nula aquela que não mencionar as razões de fato e direito que conduziram o magistrado à formação da sua convicção.<sup>104</sup>

Conseqüentemente, o livre convencimento motivado consiste em uma “ponderação” entre os sistemas da prova “tarifada” e o da íntima convicção, pois o julgador, diante da inexistência de hierarquia entre as provas *in abstracto*, ao mesmo tempo em que fica livre para valorar o peso persuasivo de cada prova em sua decisão, deverá obrigatoriamente motivá-la, expondo os fundamentos jurídicos que o levaram a decidir desta ou daquela maneira.<sup>105</sup>

De fato, a ausência de hierarquia entre os diversos meios de prova considerados abstratamente, aliada à necessidade de motivação racional da decisão judicial, confere ampla credibilidade ao sistema da livre apreciação das provas, razão pela qual, compartilhamos do entendimento que define esse sistema de

---

<sup>104</sup> (Nucci: 2016, p. 239)

<sup>105</sup> A esse propósito, Coelho explica que “em matéria probatória, tenha-se sempre presente o moderno sistema do livre convencimento, que não mais aceita a prévia catalogação avaliativa e hierárquica das provas, de elaboração legislativa, (sistema das provas legais e seu corolário da certeza legal). A possível e eventual predominância de uma categoria probatória sobre outra há de fazer-se sempre de forma particularizada, no âmbito específico do caso ‘sub judice’: hierarquia ditada pela atenta análise dos meios de percepção (direta e indireta) dos fatos, mas nunca por aleatórias e abstratas elucubrações legislativas”. (Coelho: 1996, p. 146)

valoração probatória como uma “garantia” de efetivação do princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>106</sup>

Pensamos que a livre apreciação das provas, de modo fundamentado, é o sistema de apreciação probatória mais equânime e coerente, pois impede que o julgador se afaste dos elementos probatórios colhidos durante a instrução criminal, sob pena de nulidade, o que torna mais remota a possibilidade de ocorrer um julgamento impregnado de motivações pessoais ou arbitrárias.

#### 4) Distinção entre prova direta e indireta

No âmbito do processo judicial, a magnitude do tema “prova” é crucial para o descobrimento da verdade “aproximada” dos fatos. Por esse motivo, é natural que surjam variadas classificações doutrinárias com a finalidade de elucidar todo e qualquer detalhe referente ao assunto. Entretanto, no presente trabalho, vamos focar na classificação da prova quanto ao seu conteúdo, em virtude da sua conexão e pertinência com o tema da prova indiciária, que é uma prova indireta.

Nesse sentido, a prova pode ser direta ou indireta. Tal diferenciação é considerada por Taruffo como “a mais importante” do tema probatório, uma vez que o seu objetivo é elencar as duas espécies estruturantes da “relação entre a prova e o direito a ser provado”.<sup>107</sup> Note-se que, nem sempre, a doutrina é uníssona no tocante à definição do que se entende por prova direta ou indireta, contudo, é a mesma ideia geral que norteia a referida distinção.

Com efeito, o método distintivo mais utilizado é aquele que diferencia a prova quanto ao seu conteúdo, de acordo com o critério da “imediatez” do elemento

---

<sup>106</sup> Nesse sentido, Ferrajoli define a livre apreciação das provas como uma “garantia de liberdade”, citando quatro características inerentes a esse sistema de valoração que se compatibilizam com o princípio da presunção de inocência: São elas: “1) *la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley*; 2) *La presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad*; 3) *la carga para la acusación de eibir tales pruebas, el derecho de la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme ellas la propia convicción en caso de condena*; 4) *la cuestionabilidad de cualquier prueba*”. (Ferrajoli: 1995, p. 139)

<sup>107</sup> (Taruffo: 2002, p. 453)

probatório com o fato principal.<sup>108</sup> Assim, enquanto a prova direta refere-se diretamente ao fato principal, por outro lado, a prova indireta exige que o julgador realize inferências sobre um fato periférico certo e determinado para se alcançar uma conclusão a respeito do fato principal.<sup>109</sup>

Corroborando esse entendimento, Bentham acentua que a prova direta está conectada imediatamente ao fato principal. Por sua vez, a prova indireta necessita de um fio condutor que faça a ligação entre o fato indiciante e o fato principal. Essa conexão se realiza através de um raciocínio lógico que resulta na presunção. Em razão disso, a prova indireta também é conhecida como “prova por presunções”.<sup>110</sup>

É interessante mencionar o posicionamento de Malatesta ao afirmar que a distinção entre prova direta e indireta deve se concentrar no “ponto referencial” que consiste no “fato que se deseja comprovar”. Conseqüentemente, a prova é direta quando o seu objeto recai sobre o próprio crime, ao passo que a prova é indireta quando recai sobre um fato-base, a partir do qual se infere o crime.<sup>111</sup>

Na prática processual, a prova direta seria, por exemplo, o depoimento de uma testemunha presencial de um crime de homicídio que viu o acusado desferindo disparos de arma de fogo contra a vítima fatal. Diversamente, a prova seria indireta se a testemunha do fato tivesse chegado logo após o assassinato, e presenciado um desafeto da vítima se evadindo do local do crime correndo com uma arma na mão.<sup>112</sup>

A confissão do acusado, assim como, o reconhecimento pessoal em juízo, no qual a vítima de roubo reconhece o réu como autor do fato, também são espécies de prova direta. Já os fragmentos de impressão digital do acusado encontrados no volante do veículo furtado, ou a presença de sémen do suspeito nas partes íntimas da

---

<sup>108</sup> Esclarecendo o critério da imediatidade, Silva pontua que “é clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se imediatamente aos factos probandos, ao tema da prova, enquanto a prova indirecta ou indiciária se refere a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com auxílio de regras de experiência, uma ilação quanto ao tema da prova. Assim, se o facto probatório (meio de prova) se refere imediatamente ao facto probando, fala-se de prova directa, se se refere a outro do qual se infere o facto probando, fala-se em prova indirecta ou indiciária”. (Silva: 2008, p. 114)

<sup>109</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 82)

<sup>110</sup> (Bentham: 1825, pp. 30-31)

<sup>111</sup> (Malatesta: 1927, pp. 104-110)

<sup>112</sup> Trata-se de hipótese de prova indireta mencionada por Gardner e Anderson. Assim, “*circumstantial evidence is a evidence that indirectly proves a fact in issue. Testimony that the defendant was at the scene of the crime and ran from the scene with a pistol in his or her hand is circumstantial, or indirect evidence*”. (Gardner; Anderson: 2010, p. 82)

vítima, apesar de serem consideradas provas diretas por parcela da doutrina<sup>113</sup>, permitem ao julgador realizar inferências lógicas, de modo a presumir a autoria do crime patrimonial e sexual, respectivamente.<sup>114</sup>

Verifica-se, portanto, que o traço diferencial entre a prova direta e a indireta reside no “número de passos inferenciais” necessários à comprovação do fato criminoso.<sup>115</sup> Diante disso, a prova direta refere-se imediatamente ao fato que se deseja comprovar, não havendo necessidade do julgador realizar qualquer intermediação lógica entre o *factum probans* e o *factum probandum*.

Por outro lado, a prova indireta exige que o juiz realize um raciocínio lógico composto de uma inferência ou, até mesmo, de uma cadeia inferencial, para ligar racionalmente o fato indiciante ao fato presumido, que se deseja comprovar no processo penal. Sem essa operação mental do julgador, torna-se impossível a formação da presunção judicial que fundamenta a comprovação do fato.<sup>116</sup>

Devemos registrar ainda, que existem doutrinadores que diferenciam prova direta e indireta de modo diverso. Para esses juristas, somente pode ser considerada prova direta aquela resultante de um “procedimento de verificação fática baseada na observação presencial do fato pelo próprio julgador”.<sup>117</sup> Todas as demais seriam espécies de prova indireta.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> (Cabral: 2012, p. 13)

<sup>114</sup> Nesse sentido, Gardner e Anderson defendem que as provas periciais, geralmente, são consideradas provas indiretas. Nesse sentido, afirmam: “*scientific evidence such as DNA or fingerprints are generally circumstantial evidence*”.

<sup>115</sup> Esse é o entendimento de Miranda Estrampes ao defender que “*la diferenciación entre ambos tipos de pruebas – directas e indiciarias – se basa en el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba di-recta que en la indiciaria, en cuanto que esta última siempre va a exigir de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter secundario o periférico*”. (Miranda Estrampes: 2012, p. 17)

<sup>116</sup> Sobre a imprescindibilidade da existência de um raciocínio inferencial na prova indireta, Gardner e Anderson explicam exatadamente esse ponto de vista, nos seguintes termos: “*inferences have to be draw for indirect evidence. Direct evidence is evidence that proves or disproves a fact in issue without the fact finder having to draw upon any reasoning or inferences*”. (Gardner; Anderson: 2010, p. 82)

<sup>117</sup> (Gascón Abellán: 2010, pp. 79-80 e 84-85)

<sup>118</sup> Carnelutti também defende esse posicionamento ao afirmar que “*la diferencia entre prueba directa e indirecta reside en la coincidencia o divergencia existente entre el hecho a probar y el hecho percibido, aclarando que la prueba indirecta conlleva una separación entre ambos, pues el hecho que percibe el juez le sirve únicamente de medio para conocer el hecho que se persigue probar. Por su parte, en la prueba directa ambos coinciden, lo que conlleva ciertas complicaciones, ya que el juez sólo podrá conocer directamente los hechos presentes, es decir, los hechos permanentes, cuya duración se haya mantenido en el tiempo hasta que sean percibidos, así como los hechos transeúntes que acontezcan en su presencia durante el desarrollo del proceso*”. (Carnelutti: 1982, p. 55)

Nesse caso, toda e qualquer prova relacionada a fatos passados seriam espécie de prova indireta, já que, por esse ângulo, a prova direta requer a “percepção imediata dos fatos pelo juiz”, mediante a “identidade ou unificação” do objeto da prova com o fato a ser comprovado. Dessa forma, a prova direta estaria restrita às hipóteses nas quais o juiz verifica diretamente o conteúdo de um documento comprobatório do fato criminoso. Ou então, na rara e mirabolante situação do julgador que presenciou a empreitada criminosa e, posteriormente, julgará o fato “testemunhado” por ele próprio.<sup>119</sup>

No tocante às espécies de prova indireta, alguma doutrina menciona a existência de duas classes distintas, quais sejam, o indício e a presunção. De acordo com Malatesta, embora ambas espécies de prova indireta tenham em comum o fato de envolverem o raciocínio lógico como mecanismo de formação da convicção do julgador, é justamente no tipo de raciocínio utilizado no procedimento de valoração probatória que, segundo o jurista italiano, reside a diferença entre os termos jurídicos, pois “enquanto o raciocínio presuntivo parte do conhecido para o desconhecido sob a luz do princípio da identidade, o raciocínio indicativo parte, ao contrário, do conhecido para o desconhecido sob a luz do princípio da causalidade”.<sup>120</sup>

Discordamos do entendimento que insere a presunção como espécie de prova indireta, já que, a nosso ver, a presunção não é propriamente um meio de prova, mas sim, o resultado conclusivo da operação mental realizada pelo julgador na apreciação dos indícios. Assim, através de um raciocínio lógico, parte-se do fato indiciante (*factum probans*), e chega-se por meio de uma presunção ao fato a ser comprovado (*factum probandum*), sendo este último a matriz da prova indiciária, também conhecida como circunstancial ou por presunções.

Para nós, a prova indireta é a prova indiciária, que engloba todo e qualquer fato periférico com aptidão para comprovação do fato principal, mediante a utilização

---

<sup>119</sup> A esse propósito, Malatesta explica que “se o homem só pudesse conhecer pela própria percepção direta, seria bem pobre o campo dos seus conhecimentos; pobre no mundo das ideias, pobre no mundo dos fatos. Para que um fato possa ser percebido diretamente, é necessário a coincidência de lugar e de tempo entre ele e o homem que o deve perceber. Ora, o homem é simplesmente um ponto na amplitude ilimitada do espaço; não é mais que um átomo fugitivo, no infinito. À grande massa dos acontecimentos passa-se fora da esfera das nossas observações diretas; e são por isso bem poucos os fatos que nós podemos conhecer pela visão direta de nossos olhos”. (Malatesta: 1927, pp. 179-181)

<sup>120</sup> (Malatesta: 1927, p. 205)

de um raciocínio inferencial lógico e coerente.<sup>121</sup> Por isso, antes de ingressarmos no subcapítulo subsequente que aborda especificamente a prova indiciária, é imprescindível afastarmos de vez qualquer dúvida relacionada à indagação realizada no título do tópico seguinte. A resposta servirá de fundamento para a solução do problema jurídico proposto nesta dissertação.

## 5) Há hierarquia entre prova direta e indireta?

A resposta à pergunta em epígrafe foi, por muito tempo, clara no sentido de que a prova direta era dotada de superioridade hierárquica em relação à prova indireta. Esse entendimento surgiu há séculos, quando imperava na Europa o sistema da prova “tarifada”. Naquela época, a tortura era utilizada como um meio legítimo de obtenção da confissão do acusado, sendo certo que na quase totalidade das vezes, a prova indiciária (indireta) confundia-se com a mera suspeita.

Pode-se afirmar que o preconceito quanto à prova indiciária se arrastou até a atualidade, pois ainda há quem menospreze o valor probatório desta prova indireta, inferiorizando-a perante a prova direta. Para quem entende dessa forma, a prova indiciária não deve ser utilizada no processo quando inexista prova direta, em razão de ser considerada uma prova “muito perigosa” e “supletiva”.<sup>122</sup>

Contudo, esse ponto de vista que inferioriza a prova indiciária (indireta) em face da prova direta “caiu totalmente por terra” com a implementação do sistema da livre apreciação das provas - também conhecido por livre convencimento motivado ou persuasão racional - nos mais variados ordenamentos jurídicos do Mundo.

Nesse sentido, Gianturco aponta que a partir desse momento houve uma “verdadeira transformação da prova indiciária (indireta) no Direito Moderno”, já que o sistema da persuasão racional uniu a livre valoração das provas (diretas e/ou

---

<sup>121</sup> Nesse sentido, Devis Echandía pontua que a prova indiciária será sempre uma prova indireta porque *“versa sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez”*. (Devis Echandía: 2002, pp. 499-500)

<sup>122</sup> (Prieto Castro y Ferrándiz: 1982, p. 253). Por sua vez, Roberts e Zuckerman acentuam que o valor probatório da prova indiciária é “altamente variável”, possuindo “com frequência” menor força probatória do que a prova direta. (Roberts; Zuckerman: 2004, pp. 182-183)

indiretas) à exigência de obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Diante da absoluta necessidade de fundamentação do ato jurisdicional, o indício “se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual à das demais provas”.<sup>123</sup>

Na década de 1950, a jurisprudência italiana, por meio da *Corte di Cassazione*, passou a acolher o entendimento que refutava qualquer espécie de hierarquia entre as provas diretas e indiretas, abstratamente consideradas. Isso porque, chegou-se à conclusão de que não haveria justificativa para diferenciá-las quanto à sua força probatória, uma vez que o *libero convincimento del giudice* permite ao julgador formar a sua convicção de acordo com a sua consciência, bastando apenas, que a decisão seja fundamentada racionalmente com base nos elementos probatórios carreados no processo.<sup>124</sup>

Tal posicionamento já era sustentado, há muito tempo, no Direito anglo-saxônico. Com isso, alicerçando-se nas lições de Bentham, Twining já alertava que a força probatória da prova indiciária (*circumstantial evidence*) “não é suscetível de governo por regras cogentes”. Ou seja, a valoração judicial da prova indireta deverá ser avaliada *in concreto*, conjuntamente com os demais elementos probatórios porventura existentes nos autos (sejam diretos e/ou indiretos), inexistindo, portanto, hierarquia *in abstracto* entre os diversos meios de prova.<sup>125</sup>

Ademais, uma eventual inferiorização da prova indireta em relação à prova direta culminaria em uma Justiça utópica e inefetiva, diante da perspicácia e dinamismo das organizações criminosas no cometimento de crimes de alta complexidade, o que vem tornando cada vez mais difícil a atividade persecutória penal do Estado.

---

<sup>123</sup> (Gianturco: 1958, p. 8-9)

<sup>124</sup> Nos termos da decisão da *Corte di Cassazione*, de 5 de maio de 1955. Disponível em: <[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)> (Acesso em 18/04/2019)

<sup>125</sup> Com relação à inexistência de hierarquia entre prova direta e indireta, Twining esclarece que Bentham “explicitamente rejeitou a visão de que a prova circunstancial, ‘considerada em abstracto’ é inferior ou superior à prova direta em relação à força probatória. Cada tipo tem certas características que podem tender a fazê-la mais ou menos confiável de diferentes modos, mas uma generalização forte é perigosa por causa da (quase) infinita diversidade de fatos a serem provados e de fatos potencialmente probatórios. Em resumo, a mensagem de Bentham é: ‘isso depende totalmente das circunstâncias’”. (Twining: 1985, pp. 35-36)

Na mesma linha de raciocínio, a jurisprudência espanhola é firme ao asseverar que “pretender contar com prova direta da autoria, é apostar na impunidade dessas condutas com uma ingenuidade inadmissível”. Por isso, a conclusão alinhavada pelo Tribunal Supremo da Espanha é no sentido de que a prova indiciária (indireta) “não é mais insegura, e nem subsidiária” à prova direta, motivo pelo qual, a força probatória de todos os meios de prova devem ser avaliados pelo julgador no caso concreto.<sup>126</sup>

De igual modo, grande parte da doutrina espanhola entende que é necessário conferir um tratamento igualitário a todos os meios de prova, independentemente da natureza do seu conteúdo.<sup>127</sup> Assim, qualquer elemento probatório contido no processo – seja este direto ou indireto - deve ser considerado meio idôneo para, por si só, alcançar a verdade “aproximada” dos fatos.<sup>128</sup>

Em Portugal, a jurisprudência também segue esse mesmo caminho, uma vez que o sistema da livre apreciação das provas autoriza o julgador a valorar a força probatória inerente às provas diretas e indiretas, ponderando o peso de cada uma na formação do seu convencimento. Destarte, nada obsta que no momento da valoração global do arcabouço probatório o magistrado confira maior credibilidade à prova indireta, de modo a fundamentar a sua convicção.<sup>129</sup>

Por fim, é importante tecer algumas considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro. A esse propósito, é notório que o Código de Processo Penal

---

<sup>126</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 866/2005, de 30 de junho de 2005. Naquela ocasião, decidiu-se que “*pretender contar con prueba directa de cargo, es apostar por la impunidad de estas conductas desde una ingenuidad inadmissible y como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala, la prueba indiciaria ni es prueba más insegura, ni subsidiaria ni menos garantista que la prueba directa*”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 17/02/2019)

<sup>127</sup> É o caso de Serra Domínguez que sustenta que “*tanto la prueba directa como la indiciaria son aptas para formar la convicción judicial sin que pueda considerarse que la convicción resultante de los indicios sea inferior a la resultante de la prueba directa*”. (Serra Domínguez: 1969, p. 710)

<sup>128</sup> Nesse sentido, Miranda Estrampes observa que “*desde el plano epistemológico no hay diferencias cualitativas entre las pruebas directas y las indirectas y ambas permiten alcanzar la verdad (entendida como conocimiento probable) en términos de correspondência con la realidad*”. (Miranda Estrampes: 2012, p. 18). Em outra obra jurídica do jurista espanhol, é esclarecido o seu posicionamento no tocante à eventual existência de hierarquia entre a prova direta e a indireta: “*a nuestro juicio, el papel de la prueba indiciaria en el proceso penal no debe quedar reducido al de un mero sucedáneo de la prueba directa, siempre que sea utilizada con rigurosidad y seriedad*”. (Miranda Estrampes: 1997, p. 225)

<sup>129</sup> Esse ponto de vista já foi estabelecido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, quando decidiu que “o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto, como em prova indiciária da qual se infere o facto *probando*, não estando excluída a possibilidade do julgador, face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta por si só conduzir à sua convicção”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 07P2279, julgado em 05/07/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 20/02/2019)

brasileiro acolheu o sistema do livre convencimento motivado, que é conhecido como livre apreciação das provas nos países europeus que acolhem o *Civil Law*.

De fato, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal do Brasil é bem clara ao dispor a respeito do caráter relativo de todas as provas contidas no processo. Significa dizer, que o julgador é livre para fundamentar a sua decisão de acordo com a sua consciência, não estando adstrito a nenhum critério legal que estabeleça previamente qualquer espécie de hierarquia entre as provas, independentemente destas serem diretas ou indiretas.<sup>130</sup>

Tendo em vista a inexistência de hierarquia *in abstracto* entre as provas no sistema do livre convencimento motivado, o Supremo Tribunal Federal do Brasil já se manifestou no sentido de que “não há justificativa de ordem lógica ou racional a amparar a pretensão de se impingir, à prova indiciária, a pecha de subprova ou prova menor”.<sup>131</sup> Conseqüentemente, “os indícios são equivalentes a qualquer outro meio de prova” sendo certo que o “seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo”.<sup>132</sup>

Na doutrina brasileira, Gomes refuta qualquer subordinação da prova indireta perante a direta, observando que é plenamente possível que no momento de o julgador valorar as provas, a primeira demonstre “maior credibilidade”, desacreditando a última. Portanto, é inadmissível qualquer hierarquização prévia e abstrata entre as provas em virtude do acolhimento do sistema do livre convencimento motivado.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Segundo o item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal do Brasil, “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social”.

<sup>131</sup> De acordo com o teor do voto da ministra Rosa Weber na Ação Penal nº 470MG/2012 (Caso Mensalão), julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> (Acesso em 13/05/2019)

<sup>132</sup> Nos moldes do Habeas Corpus nº 70344/RJ, julgado pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal em 14/09/1993. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> (Acesso em: 17/03/2019)

<sup>133</sup> Com esse posicionamento, Gomes pondera que “embora a prova direta possa ter, aparentemente, um poder de convencimento maior pelo fato de ser uma demonstração imediata sobre a ocorrência daquele fato que se quer provar, tal prova pode ser desacreditada por outros elementos probatórios e acabar por ser questionada, o que enseja o justificado impedimento de uma ‘hierarquização’ de provas, sobretudo, pela circunstância de que, muitas vezes, a prova indireta pode cercar melhor o fato principal e, então, demonstrá-lo com maior credibilidade”. (Gomes: 2016, p. 79)

Logo, a resposta à indagação realizada na epígrafe desse tópico é essencial para a estruturação da solução do problema jurídico proposto no presente trabalho, uma vez que a prova indiciária é uma prova indireta. Por isso, é de extrema relevância desvendarmos, desde já, a falsa percepção de uma eventual existência de hierarquia entre as espécies probatórias, para que posteriormente seja possível abordarmos especificamente a prova indiciária suficiente no âmbito do processo penal.

Após uma longa e necessária abordagem do tema, parece claro e evidente o nosso entendimento, quanto à ausência de hierarquia *in abstracto* entre a prova direta e a prova indireta. Isso porque, o sistema do livre convencimento motivado permite ao juiz valorar as provas casuisticamente, sem estar atrelado a qualquer valor probatório previamente estabelecido pela lei.

Frise-se que o valor probatório da prova direta poderia até ser considerado superior ao da prova indireta, em razão desta exigir um raciocínio inferencial para se alcançar o fato que se deseja comprovar. Contudo, essa superioridade da prova direta é apenas “aparente”, já que, no caso concreto prevalecerá a espécie probatória que gerar maior “grau de certeza” na formação da convicção do julgador, independentemente da prova ser direta ou indireta.<sup>134</sup>

A nosso ver, Coelho resume bem a questão da inexistência de hierarquia *in abstracto* entre as provas diretas e indiretas, à luz do sistema do livre convencimento motivado, quando defende que “como qualquer espécie probatória, os indícios, na sua realidade prática, é que poderão ter maior ou menor credibilidade ou valor elucidativo. No caso concreto, pois, é que eles poderão ser perfeitos ou imperfeitos; manifestos ou contingentes; próximos ou remotos; leves, ponderáveis ou veementes; enfim, suficientes ou insuficientes”.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Sobre a força probatória das provas diretas e indiretas, Gascón Abellán esclarece que “*podría decirse a este respecto, que, certamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aseercción verificada sobre el hecho principal que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta ( una aseercción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal, mientras que probar este hecho con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias. Pero sólo tendencialmente, pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también – como es evidente – de su calidad epistemológica, és decir, de su grado de certeza*”. (Gascón Abellán: 2004, p. 71)

<sup>135</sup> (Coelho: 1996, p. 146)

### **Subcapítulo III – Os indícios e a prova indiciária no processo penal**

Após verificarmos que o sistema do livre convencimento motivado impõe ao juiz que todas as provas produzidas no processo penal sejam valoradas caso a caso, sem qualquer tipo de hierarquia previamente estabelecida na legislação, chegamos no momento de iniciar uma análise minuciosa sobre a espécie probatória investigada neste trabalho, que é a prova indiciária.

Para evitar o equívoco do leitor com relação ao tema, nunca é demais relembrarmos a distinção entre “indícios de prova” e “prova indiciária”.<sup>136</sup>

Indícios de prova nos remete à ideia de “começo ou princípio” de algo, razão pela qual, tais “indícios” têm a capacidade de gerar apenas uma convicção inferior à certeza do julgador. Significa dizer, que a valoração dos “indícios de prova” decorrerá de um juízo de probabilidade realizado no âmbito de uma cognição sumária, inerente à precariedade das decisões cautelares no processo penal.

Exemplos vivos são a decretação da prisão preventiva (artigo 312 do CPPB), o sequestro de bens (artigo 125 CPPB) e a busca e apreensão. Há ainda, decisões como a pronúncia do réu no procedimento de competência do Tribunal do Júri, nas quais se exige “indícios suficientes de autoria” (artigo 413 CPPB).

Por outro lado, a prova indiciária é uma prova indireta com aptidão para, por si só, fundamentar um juízo de certeza baseado na convicção do julgador a respeito da plena comprovação do fato principal. Trata-se de um meio de prova que deverá ser valorado em uma cognição exauriente norteada pelo contraditório e ampla defesa, sendo por esse motivo, capaz de ensejar a persuasão racional do juiz.

Como a própria nomenclatura sugere, a prova indiciária é constituída de indícios, que, por sua vez, possuem expressa previsão legal no artigo 239 do CPPB. Ilustrativamente, a apreensão de um veículo subtraído na posse do suspeito, logo após a consumação do crime de furto, constitui uma prova indiciária que nos remete à descoberta da autoria do delito patrimonial perpetrado.

---

<sup>136</sup> (Dallagnol: 2015, p. 153)

Interessa-nos, portanto, abordar profundamente o tema da prova indiciária, que ostenta na atualidade inestimável importância na busca da “verdade” dos fatos, notadamente, no que diz respeito ao combate dos crimes de alta complexidade praticados pelas organizações criminosas.<sup>137</sup>

Visando expor uma sequência estrutural dinâmica sobre a prova indiciária, vamos analisar os seguintes tópicos: antecedentes históricos dos indícios; origem etimológica do “indício”; conceito de indício; natureza jurídica do indício; função do indício; elementos integrantes da prova indiciária; classificação dos indícios; indício e presunção; e indício e mera suspeita.

## 1) Antecedentes históricos dos indícios

Os indícios foram objeto de regulamentação jurídica pela primeira vez na Idade Média, quando em 1532, o imperador Carlos V promulgou a *Constitutio Criminalis Carolina*, conhecida como “*Lex Carolina*”. Criada por Hans von Schwartzenberg, a referida lei buscou inspiração no Direito germânico, tendo exercido enorme influência no território europeu, sobretudo, no tocante à disciplina normativa da prova indiciária.<sup>138</sup>

Em pleno século XVI, havia muita desconfiança sobre a imparcialidade dos juízes, e por essa razão, a “*Lex Carolina*” teve como principal objetivo prevenir e reprimir as arbitrariedades cometidas pela Justiça Criminal. Assim, passou-se a buscar incessantemente a descoberta da realidade do fato criminoso em si, sendo os indícios a ferramenta utilizada para se alcançar a “verdade”.<sup>139</sup>

Diante disso, a “*Lex Carolina*” estabeleceu diversas regras a respeito da prova indiciária, já que, através da ocorrência dos indícios mencionados nesta lei se permitia a aplicação do “tortimento”, isto é, a abjeta prática da tortura, como meio de obtenção

---

<sup>137</sup> A relevância da prova indiciária nos dias atuais, sobretudo, no combate aos crimes de alta complexidade, também é apontada por Mendonça, quando defende que “a prova indiciária adquire especial importância no delito de lavagem de dinheiro, já tendo se afirmado que se trata da ‘rainha’ das provas em matéria de lavagem (LOMBARDERO EXPOSITO, Luis Manuel). Realmente, é a utilização da prova indiciária que poderá permitir uma eficaz persecução penal dos delitos de lavagem, impedindo que a impunidade reine nesta espécie de delito”. (Mendonça: 2011, pp. 501-502)

<sup>138</sup> (Moura: 2009, p. 14)

<sup>139</sup> (Moura: 2009, p. 15)

da confissão dos fatos pelo acusado.<sup>140</sup>

Dessa maneira, a comprovação de uma pluralidade de indícios previstos na “*Lex Carolina*” autorizava o juiz a utilizar a tortura para extrair a confissão do suspeito. Exatamente nessa época, a confissão adquiriu o *status* de “rainha de todas as provas” (*regina probatorum*), pois, uma vez obtida, constituía prova plena em desfavor do acusado.<sup>141</sup>

Nesse sentido, Gorphe elenca alguns acontecimentos que eram considerados indícios suficientes para justificar o início do “tormento” (tortura) em face do acusado, como por exemplo: a má reputação do suspeito, afirmada por pessoas que não tivessem também má reputação ou fossem inimigas do acusado; o fato de o suspeito estar no local do crime e com os motivos da prática do delito; ser parecido com o autor do delito, quando tivesse sido visto; sua relação frequente com pessoas que cometessem ações semelhantes; os motivos que o tenham arrastado ao ato criminoso, como por exemplo, o rancor, a inimizade, ameaças ou interesse; a declaração acusadora do ferido ou querelante, quando motivada e prestada sob juramento; ter empreendido fuga na ocasião do cometimento do delito; em casos de envenenamento, ter comprado o veneno ou este estar na sua posse, ou haver tido desavenças com a pessoa envenenada.<sup>142</sup>

Essa inevitável ligação entre a origem da prova por indícios com o sistema da prova “tarifada”, que se utilizava da tortura como meio “legítimo” de obtenção da

---

<sup>140</sup> (Mittermaier: 1871, p. 216). Sobre a “*Lex Carolina*”, Moura observa que os indícios ocuparam posição de destaque na referida lei, havendo a sua regulamentação jurídica em diversos dispositivos, dentre os quais: a) Quando se tratasse de crime notório e indubitável, como no caso do flagrante delito, e o suspeito, não tendo em sua defesa escusa, que o eximisse de pena, insistisse na negativa, deveria ser submetido ao interrogatório e à tortura, para confessar a verdade (artigo 16); b) Não se devia proceder ao interrogatório ou à tortura se não verificados os indícios, contemplados na lei (artigos 18 e 20), sendo os “indícios legais” definidos como cada sinal, cada suspeita, cada presunção, que se referisse aos fatos e às pessoas (artigo 19); c) Os indícios ofertados da magia ou adivinhação não possibilitavam a prisão nem a aplicação de tortura (artigo 21); d) Ninguém poderia ser condenado à pena capital com base somente na prova indiciária, mas poderia ser submetido ao interrogatório e à tortura, se o indício provado tivesse qualidade de pleno e suficiente. Para a condenação, fazia-se necessária a confissão do réu e a existência de testemunhos dignos de fé, não sendo reputados suficientes as presunções, as suspeitas e os indícios (artigo 22); e) O indício, tido como pleno e suficiente para submeter alguém à tortura, deveria resultar provado mediante dois testemunhos íntegros, exceção feita ao caso de existir somente um testemunho irrefragável, a provar o fato principal e a sua causa, quando então o indício era considerado pleno e perfeito (artigos 23 e 30). (Moura: 2009, pp. 14-16)

<sup>141</sup> (Cabral: 2012, p. 15)

<sup>142</sup> (Gorphe: 2007, p. 223)

confissão, fez com que a doutrina especializada atribuísse a desconfiança existente a respeito da prova indiciária àquela conexão pretérita.<sup>143</sup>

Porém, na medida em que a tortura foi sendo abolida dos ordenamentos jurídicos, a prova indiciária foi demonstrando, cada vez mais, a sua total desvinculação com os métodos arbitrários de obtenção da prova e, conseqüentemente, a sua credibilidade no processo penal contemporâneo foi crescendo progressivamente até os dias atuais.<sup>144</sup>

Ressalte-se que a “verdadeira transformação” dessa espécie probatória indireta adveio com o acolhimento da livre apreciação das provas por diversos sistemas jurídicos processuais penais, já que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais passou a fundamentar precisamente o convencimento do julgador, baseado exclusivamente no arcabouço probatório existente no processo penal.<sup>145</sup>

A partir daí, a prova indiciária passou a desempenhar um papel de protagonismo no processo penal, ostentando o caráter de prova plena e suficiente para, por si só, conduzir o julgador à formação de sua convicção.

## 2) Origem etimológica do “indício”

A origem etimológica do termo “indício” encontra divergência de entendimentos na doutrina. Isso porque, embora a palavra possua origem latina, a sua semiologia é controvertida entre os estudiosos do tema.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> (Miranda Estrampes: 1997, p. 222)

<sup>144</sup> Nesses termos, Devis Echandía afirma que *“al abolir el tormento como medio absoluto para obtener a toda costa la confesión del sindicado, creció la importancia de la prueba indiciaria en el proceso penal. En un principio se la consideró como prueba secundaria, pero la doctrina moderna ha sabido colocarla en su correcta posición de prueba principal, al lado de las otras ya estudiadas, a medida que mejoró la técnica de investigación y se precisaron sus requisitos, su naturaleza y los principios fundamentales para su valoración”*. (Devis Echandía: 1970, p. 615)

<sup>145</sup> (Gianturco: 1958, pp. 8-9)

<sup>146</sup> (Coelho: 1996, p. 13). Mixán Máss também aponta essa discrepância com relação ao significado do vocábulo indício, ressaltando que *“no existe unanimidad sobre la palabra que exprese la etimología del concepto indicio. Para demostrar esa falta de unidad de criterio recurriemos a las siguientes citas, a título de ejemplo: Devís Echandía explica que la voz latina indicium és una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo. Henríque Pierangelli, sostiene que la palabra indicio tiene su origen en el vocablo indicium, del verbo induco, compuesto de la proposición in y del verbo duco, ducere, que significa conducirla, llevarla. Alguns autores afirman que la palabra indicio proviene de indicare que significa indicar, descubrir, dar a entender, revelar. Mittermaier sugiere outra idea al respecto al sostener que ‘atendida su naturaliza y según su nombre mismo lo expresa (index), el indicio es, por decirlo así, el dedo que se señala um objeto”*. (Mixán Máss: 1995, p. 25)

Enquanto alguns afirmam que *'indicium'* provém de *'induco'*, ou seja, da fusão entre a preposição *'in'* com o verbo *'ducere'*, significando 'levar a' ou 'conduzir a';<sup>147</sup> outros entendem que indício estaria ligada ao verbo *'indicare'* (*indico, indicas, indicavi, indicatum*), que significa indicar, manifestar, denunciar, dar a entender.<sup>148</sup>

Há ainda, aqueles que associam indício à palavra *'index'*, que é proveniente do latim e quer dizer “dedo indicador”. Nesse sentido, o indício seria “*el dedo que señala un objeto*”, isto é, aquilo que indica ou aponta para alguma pessoa ou coisa”.<sup>149</sup>

Apesar da divergência doutrinária sobre a origem etimológica do termo “indício”, é certo que tal debate é estéril, pois não produz efeitos práticos na admissibilidade e valoração da prova indiciária no processo penal, servindo, portanto, somente para fins didáticos.

### 3) Conceito de indício

Indício é um fato mediato concreto<sup>150</sup>, através do qual, se obtém a comprovação do fato principal ou *thema probandum*. Nas palavras de Manzini, “é a circunstância certa da qual se pode tirar, por indução lógica, uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um fato a provar”.<sup>151</sup>

A legislação brasileira conceituou expressamente o indício no artigo 239 do Código de Processo Penal como “a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autoriza por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias”.

Diversas definições de indício são formuladas pela doutrina, sendo algumas conceituações mais simples, e outras mais complexas. Carrara, por exemplo, observa que o indício é “um termo objetivo que expressa um fato que serve para indicar outro”.<sup>152</sup> Por sua vez, Dellepiane acentua que indício é “todo rastro, vestígio, pegada,

---

<sup>147</sup> (López-Moreno: 1897, p. 318)

<sup>148</sup> (Ramponi: 1890, p. 48)

<sup>149</sup> (Mittermaier: 1877, p. 361)

<sup>150</sup> Asencio Mellado pondera que “*por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquéllos que tienen una significación inmediata para la causa*”. (Asencio Mellado: 1992, p. 168)

<sup>151</sup> (Manzini: 1952, p. 482)

<sup>152</sup> (Carrara: 1902, p. 492)

circunstância, e em geral, qualquer fato conhecido e devidamente comprovado, suscetível de nos levar, por via de inferência, a outro fato desconhecido, o qual se pretende provar”.<sup>153</sup>

Interessante mencionar o posicionamento de Malatesta, que entende que o indício consiste em um “argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”.<sup>154</sup> De acordo com esse ponto de vista, o indício seria, na realidade, um argumento probatório mediato alegado pelas partes, através do qual, o juiz poderá deduzir um “silogismo comprobatório” do fato principal.<sup>155</sup>

Dessa maneira, é justamente essa relação de causa e efeito entre o fato indiciante e o fato a ser comprovado, que concretiza a estrutura da prova indiciária. Por isso, consideramos que os indícios são como se fossem “alicerces”, que são utilizados na construção de uma “casa” que, nessa hipótese, seria a prova indiciária. Ou seja, os indícios constituem a “matéria-prima” que será utilizada na construção lógica da presunção judicial que materializa a prova indiciária.

Conclui-se, portanto, que indícios e prova indiciária são institutos que devem ser diferenciados, pois na realidade, o primeiro, nada mais é, do que um dos elementos integrantes da última. Depois de apresentarmos diversas definições de

---

<sup>153</sup> (Dellepiane: 2004, p. 77). No mesmo sentido, (Moura: 2009, p.36). Para Gianturco, indício é o “fato conhecido do qual, através de um juízo lógico, que se coloca no esquema característico do silogismo probatório, se pode argumentar a existência de outro fato desconhecido, que constitui o *‘thema probandum’*”. (Gianturco: 1958, pp. 2-3); Já Teixeira, define indício como “factos conhecidos e aceites de onde se extrai, por inferência lógica ou pelas regras de experiência ou através de leis científicas, a verificação de um facto histórico e que é comum identificar-se por “prova indiciária” ou, também dita, “prova lógica.” (Teixeira: 2004, p. 155); Mendes considera os indícios como “fatos probatórios indiciários”, sendo certo que os indícios são aqueles que permitem concluir pela verificação ou não verificação de outros fatos em virtude das leis naturais conhecidas pelos homens, e que funcionam como máximas de experiência”. (Mendes: 1961, p. 182); por fim, Devis Echandía entende que indício é “um fato conhecido do qual se induz outro fato desconhecido, mediante um argumento probatório do qual se obtém, em virtude de uma operação lógica-crítica baseada em normas gerais de experiência ou em princípios científicos ou técnicos”. (Climent Duran: 1999, p. 622-623)

<sup>154</sup> Conclui o autor que, “no indício, a coisa que se apresenta como conhecida ´sempre diversa da desconhecida, que se faz conhecer. Ora, uma coisa conhecida só nos pode provar uma diversa coisa desconhecida, quando se nos apresente como sua causa e efeito, porquanto entre coisas diversas, não há, conforme demonstramos, senão a relação de causalidade, capaz de conduzir a uma outra”. (Malatesta: 1927, p. 198)

<sup>155</sup> Esse é o entendimento de Carnelutti ao defender que *“el argumento no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de éste (fuente de prueba) en la regla de experiencia a fin de sacar su deducción o, en otros términos, la construcción misma del silogismo probatorio: el indicio suministra un argumento y la parte o el juez deducen de él un argumento, siempre que el hecho consienta y el hombre realice dicha construcción”*. (Carnelutti: 1982, pp. 195-196)

indício, não poderíamos deixar de mencionar o pensamento de Bentham, que define precisamente a prova indiciária como “aquela obtida por inferência, a partir de uma operação lógico-dedutiva, que conduz o julgador a concluir pela existência de um fato até então desconhecido”.<sup>156</sup>

#### 4) Natureza jurídica do indício

A natureza jurídica do indício é controvertida, existindo três posicionamentos doutrinários que giram em torno de considerá-lo, ou não, um meio de prova. Recorde-se que meio de prova é “qualquer elemento que possa estabelecer a verdade dos fatos da causa”.<sup>157</sup>

Por um lado, parcela da doutrina entende que o indício não é um meio de prova, uma vez que é comum a inexistência de regras procedimentais nas legislações com o objetivo de estabelecer parâmetros para valoração da prova indiciária, de modo que os indícios seriam, na realidade, um “instituto probatório idêntico à presunção judicial”.<sup>158</sup>

Discordamos desse entendimento, já que o mesmo confunde o indício com a presunção, o que a nosso ver, não reflete a melhor visão sobre o tema. Isso porque, enquanto o indício é o ponto de partida da prova indiciária, a presunção é o ponto final desta, representando a conclusão lógica resultante da inferência realizada sobre o fato indicador. Em momento oportuno desta investigação, vamos esclarecer melhor tal diferenciação.

Ademais, o fato de o indício não possuir um parâmetro objetivo na legislação para sua valoração judicial não tem o condão de resultar automaticamente na conclusão de que o mesmo não é um meio de prova. O que importa é que os indícios sejam capazes de estabelecer a “verdade” dos fatos.

---

<sup>156</sup> (Bentham: 1825, pp. 107-108)

<sup>157</sup> (Taruffo: 2014, p. 15)

<sup>158</sup> (Miranda Estampres: 1997, p. 225). Nesse mesmo sentido, Vázquez Sotelo aponta que a principal razão para que o indício não seja considerado um meio de prova é que as leis processuais não regulamentam um procedimento concreto e prático para a sua valoração judicial, diversamente do que ocorre com os meios de prova expressamente previstos na legislação espanhola. (Vázquez Sotelo: 2006, p. 68)

Há também, uma posição intermediária que defende que os indícios “não são meios de prova, mas, sim, decorrem dos meios de prova admitidos na legislação processual penal, estando sujeitos a todas mesmas limitações de sua produção e valoração (matéria relativa às proibições de prova)”.<sup>159</sup>

Contudo, prevalece na doutrina o entendimento de que os indícios são um verdadeiro meio de prova. Dessa forma, se o indício é um fato conhecido pelo qual se comprova um fato desconhecido, deverá, portanto, ser considerado um meio de prova indireto que se utiliza de uma “operação lógica-crítica baseada em normas gerais e regras de experiência, ou em princípios científicos ou técnicos”.<sup>160</sup>

Ressalte-se que o Código de Processo Penal brasileiro inseriu a conceituação dos indícios no capítulo referente às provas, o que demonstra a intenção do legislador em considerá-los um meio de prova.<sup>161</sup> Consequentemente, sendo os indícios um meio de prova como qualquer outro, poderão, por si só, fundamentar a sentença penal, seja no sentido da condenação ou da absolvição do acusado.<sup>162</sup>

Diante disso, temos a plena convicção de que os indícios são um meio de prova indireto, haja vista a sua aptidão para a comprovação do fato principal, através de uma inferência lógica. E assim, como já tivemos a oportunidade de esclarecer anteriormente, o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como livre apreciação das provas, confere tratamento igualitário a todos os meios de prova abstratamente considerados, devendo a força probatória de cada um deles ser avaliada pelo julgador no caso concreto.

## 5) Função do indício no processo penal

É claro e cristalino que uma pluralidade de indícios concretos, aliados a uma inferência lógica podem resultar na comprovação do fato principal (*thema probandum*), por meio da prova indiciária. Nesse sentido, a doutrina aponta duas funções desempenhadas pelos indícios no âmbito do processo penal.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> (Gomes: 2016, p. 248)

<sup>160</sup> (Devis Echandía: 1970, pp. 603-605)

<sup>161</sup> (Tourinho Filho: 2012, p. 400)

<sup>162</sup> (Bonfim: 2010, p. 406)

<sup>163</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 691)

A primeira função exercida pelos indícios consiste na formação da certeza do juiz a respeito dos fatos alegados pelas partes, nos casos em que a prova indireta é o único meio de prova disponível no processo penal. A segunda função também se refere ao convencimento do julgador. No entanto, surge quando a prova indiciária é valorada em conjunto com todo arcabouço probatório contido nos autos, alcançando-se a convicção plena do julgador baseada tanto na prova circunstancial, quanto nas demais provas existentes no bojo do processo penal.<sup>164</sup>

Em ambos os casos, Devis Echandía esclarece que é indispensável uma apreciação crítica e conjunta de todos os indícios e contraindícios existentes no processo, de modo que esse cotejo probatório possa embasar uma conclusão alicerçada em uma hipótese lógica e racional resultante do fato indicador. Somente dessa maneira, é possível ao julgador valorar tecnicamente a prova indiciária com “imparcialidade, seriedade e responsabilidade”.<sup>165</sup>

## 6) Classificação dos indícios

Desde a Idade Média - época em que o sistema da prova legal ou “tarifada” era acolhido por muitos ordenamentos jurídicos europeus - os indícios eram classificados de acordo com variadas tipologias, que serviam para determinar o grau de relevância do fato indiciário na árdua missão de descoberta da “verdade”.

Sob à égide da prova “tarifada”, as provas possuíam valores predeterminados e, por esse motivo, tornava-se imprescindível a verificação exata do peso de cada indício, o que justificou a criação de uma classificação diversificada desse instituto probatório. Com a abolição do referido sistema de valoração probatória na Europa, passou-se a conferir maior liberdade ao julgador na apreciação das provas, devendo,

---

<sup>164</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 692)

<sup>165</sup> (Devis Echandía: 1970, pp. 691-692). Com base nesse posicionamento, Devis Echandía conclui que *“los peligros que se anotan a la prueba de indicios y que efectivamente existen, radican más en la deficiente técnica empleada para su investigación y en la ligereza de criterio para apreciarla, que en el medio en sí mismo considerado”, concluyendo que “si los jueces cumplen con rectitud, imparcialidad, técnica y diligencia sus deberes en la etapa investigativa y someten luego sus resultados a la rigurosa y detallada crítica que la naturaleza especial de este medio de prueba exige, podrán utilizarlo con la misma confianza con que emplean los otros medios, dentro de la relativa seguridad de la justicia humana”*. (Devis Echandía: 1970, pp. 691-692)

contudo, haver fundamentação adequada da sentença penal com base nas provas existentes no processo.<sup>166</sup>

Diante da ausência de hierarquia entre as provas abstratamente consideradas no sistema da livre apreciação das provas, há quem sustente a irrelevância de qualquer espécie de classificação dos indícios, já que o arcabouço probatório produzido no processo penal deverá ser analisado conjuntamente pelo magistrado no momento da prolação da sentença.<sup>167</sup>

Entretanto, pensamos que se revela essencial para uma compreensão ampla do tema da prova indiciária, o detalhamento dos diversos tipos de indícios, até mesmo, para auxiliar o juiz na difícil tarefa de julgar o próximo. Tendo em vista que existem variadas classificações doutrinárias a respeito das espécies de indícios, optamos por fornecer ao leitor uma tipologia que reúna as quatro ramificações mais importantes do indício, às quais possuem, a nosso ver, maior utilidade prática no processo penal.

Desse modo, a seguir, vamos tratar dos indícios quanto à sua extensão, cronologia, relação de causalidade com o fato principal e força probatória.

## A) Quanto à extensão

No que tange à extensão, os indícios podem ser gerais ou específicos, conforme sejam referentes a todos os crimes, indistintamente, ou a um delito específico.<sup>168</sup> São exemplos de indício geral a fuga do suspeito do local do crime e a reincidência específica do acusado em determinado tipo de infração penal.

---

<sup>166</sup> No tocante à importância da classificação dos indícios, Malatesta observa que *“antiguos juristas elaboraron, a manera de tarifa legal, largas y minuciosas clasificaciones que tenían por fin guiar el criterio de los jueces que por entonces carecían de una suficiente preparación para su examen personal, los modernos expositores están de acuerdo en que tales clasificaciones son artificiales e inútiles, en presencia de la libertad de que goza el juzgador para la apreciación de su fuerza probatoria”*. (Malatesta: 1927, p. 266)

<sup>167</sup> (Garraud: 1907, pp. 215-217). Sobre esse posicionamento, interessante mencionar a distinção realizada por Dallagnol, quando esclarece que *“uma coisa é delinear, em abstrato, a natureza e a estimativa do valor dos indícios; outra, realmente inadmissível, no sistema do livre convencimento, é ditar, coativa e aprioristicamente, os caminhos para a busca da verdade, que, devendo ser real, não pode ser obstaculizada pelos formalismos de antecipadas avaliações legislativas”*. (Dallagnol: 2015, pp. 56-57)

<sup>168</sup> (Gorphe: 2007, pp. 222-225). Frise-se que outros doutrinadores como Malatesta, conferem outra nomenclatura a essa classificação, qual seja, indícios próprios (gerais) e comuns (específicos). (Malatesta: 1927, p. 216)

No primeiro caso, a evasão indica a intenção do agente se esquivar da investigação dos órgãos de persecução penal, o que aumenta a probabilidade da sua participação no evento criminoso. Na segunda hipótese, a reincidência do acusado em um mesmo delito poderá funcionar como uma circunstância fática que indica uma maior probabilidade de ocorrência de reiteração daquela conduta criminosa, tendo o condão de reforçar o convencimento do julgador no momento da formação de sua convicção.

Por sua vez, a apreensão do objeto subtraído na posse do suspeito, logo após a consumação do delito, é um indício específico relativo ao crime patrimonial, assim como, a aquisição de objeto valioso por preço vil é indício específico inerente ao delito de receptação.

## **B) Quanto à cronologia**

Outra classificação do indício diz respeito à cronologia da ocorrência do fato indiciário em relação ao fato principal. Significa dizer, que o indício poderá ser antecedente, concomitante ou subsequente, dependendo da sua proximidade temporal com o momento da prática do crime.<sup>169</sup>

Nesse sentido, ameaças de morte dirigidas à vítima, pelo acusado, seriam indícios antecedentes ao crime de homicídio; a apreensão da arma na residência do suspeito, no momento da ocorrência do crime, seria um indício concomitante; e a fuga do acusado, logo após a prática do crime, seria um indício subsequente.

## **C) Quanto à complexidade do raciocínio inferencial**

Os indícios concretos de um determinado crime têm, necessariamente, uma relação de causa e efeito com o *thema probandum*, que é o fato principal que se deseja comprovar. Essa relação de causalidade entre o *factum probans* e o *factum probandum* denota uma classificação do indício, de acordo com a quantidade de passos inferenciais necessários à formação da convicção do julgador baseada na prova indiciária.

---

<sup>169</sup> (Gorphe: 2007, pp. 222-225)

Nesse diapasão, os indícios podem ser próximos ou remotos.<sup>170</sup> Próximos são os indícios que possuem uma ligação tão estreita com o fato principal que o julgador utiliza somente uma inferência lógica para realizar a conexão entre o fato indiciante e o fato presumido. A prova indiciária surge, direta e automaticamente, por meio de um raciocínio de caráter dedutivo-indutivo do juiz sobre o elemento indiciário.

Imagine-se, por exemplo, que o suspeito foi visto por testemunhas em um local ermo, escondido atrás de um arbusto, e portando uma espingarda como se estivesse fazendo uma “tocaia” para alguém. Posteriormente, descobre-se que a vítima foi atingida por disparos de arma de fogo no exato horário e local onde o agente teria sido visto.

Nessa hipótese, trata-se de um indício próximo, uma vez que através da utilização de um raciocínio simples e coerente, pode-se alcançar a conclusão de que o suspeito foi o autor do crime. A conexão entre o indício e a presunção judicial que materializa a prova indiciária se faz mediante uma só inferência lógica.

Por outro lado, o indício é remoto quando o julgador precisa realizar uma série de inferências para ligar o fato indiciário ao fato principal, haja vista a existência de uma relação de causalidade mais distante entre ambos. Assim, se no exemplo acima mencionado, o suspeito tivesse sido visto por uma testemunha, apenas caminhando naquele local ermo onde a vítima foi alvejada, tal indício seria remoto, isto é, incapaz de, isoladamente, conectar o *factum probans* e o *factum probandum*.

Consequentemente, quanto menor for a complexidade do raciocínio inferencial do julgador, maior será o poder de convencimento do indício. Por essa razão, a doutrina aponta que, geralmente, os indícios próximos têm maior força probatória do que os indícios remotos.<sup>171</sup>

Contudo, não podemos deixar de enfatizar os ensinamentos de Bentham, que sublinhava que por mais que o indício seja remoto, não deverá nunca ser

---

<sup>170</sup> (Gorphe: 2007, pp. 222-225). Mittermaier chama tais indícios de mediatos ou imediatos ponderando que “*estos dan lugar a una conclusion directa en cuanto al objeto que ha de probarse, sin que sea necesario recorrer una série de deducciones intermedias; aquellos sirven para concluir que existen otros hechos por los cuales se llega finalmente al hecho principal de la cuestion. Ya se conoce que, no estribando estos últimos sino en un encadenamiento de hipótesis sucesivas, son muy débiles y remotos*”. (Mittermaier: 1877, p. 363)

<sup>171</sup> (Bentham: 1827, p. 363)

desconsiderado pelo juiz, uma vez que a conjugação do “indício ligeiro” com os demais indícios existentes nos autos poderá assumir um papel fundamental no descobrimento da verdade “aproximada” dos fatos.<sup>172</sup>

#### **D) Quanto à força probatória**

Por fim, os indícios podem ser classificados quanto à sua força probatória no processo penal. Nesse caso, o indício pode ser necessário – também chamado de “manifesto” ou “de evidência” – ou contingente – também conhecido como de “probabilidade”.<sup>173</sup>

O indício necessário se baseia em uma contundente relação de causalidade que reflete uma perfeita conexão entre causa e efeito, isto é, entre o *factum probans* e o *factum probandum*, de maneira a afastar qualquer dúvida a respeito do fato a ser comprovado. Em razão disso, entende-se que o indício necessário possui a capacidade de conduzir o julgador à certeza, já que o seu fundamento se baseia em leis naturais que não comportam exceção.<sup>174</sup>

Assim, o indício necessário é aquele que demonstra, de modo “infalível”, a existência ou inexistência do fato investigado com base nas regras de experiência, independentemente de qualquer outra prova. Isso porque, a sua fundamentação se alicerça em leis científicas universalmente conhecidas que possuem aptidão para alcançar a certeza sobre a comprovação do fato principal.<sup>175</sup>

Ilustrativamente, são exemplos de certeza oriunda de leis naturais que não comportam exceção: “o fato da gravidez de uma mulher não durar mais de trezentos dias” e “a constatação de que nenhuma espécie de animal irracional é capaz de construir um edifício”. Na primeira hipótese, é certo que se o esposo da mulher faleceu

---

<sup>172</sup> (Bentham: 1827, pp. 364-365)

<sup>173</sup> (Malatesta: 1927, p. 211). O autor esclarece que “da força que pode apresentar a relação de causalidade entre fato indicativo e fato indicado, relação de causalidade que é o trâmite lógico do raciocínio indicativo, deduzimos o valor probatório que pode apresentar o indicio. Ora, nesta noção do valor dos indícios é que se funda uma primeira classificação deles. Os indícios, sob o ponto de vista do valor, são de duas espécies: indícios necessários, que revelam com certeza uma dada causa, e indícios contingentes que revelam mais ou menos provavelmente uma dada causa ou um dado efeito; os primeiros, fundados em uma constante relação de causalidade; e os segundos, fundados em uma relação ordinária de causalidade”. (Malatesta: 1927, pp. 211-213)

<sup>174</sup> (Malatesta: 1927, p. 212)

<sup>175</sup> (Devis Echandía: 1970, pp. 626-627)

antes do período máximo de uma gravidez, ele não é o pai do bebê. No segundo caso, conclui-se que em algum momento, ainda que transitoriamente, seres humanos estiveram naquele local e construíram a edificação.<sup>176</sup>

No que tange aos casos práticos ocorridos no âmbito do processo penal, o Tribunal Supremo da Espanha considera que tanto o exame de DNA, quanto as impressões digitais são exemplos de indício necessário, uma vez que comprovam com certeza absoluta o *thema probandum*.<sup>177</sup>

Diversamente do indício necessário que reflete a certeza, há o indício contingente, que é mais comumente visto na prática jurídica processual e espelha um determinado grau de probabilidade inerente à relação de causalidade existente entre o *factum probans* e o *factum probandum*. Dessa forma, os indícios contingentes “orientam, com maior ou menor expressividade, a simples pertinência de causa e efeito, fundamentados que estão numa relação ordinária de causalidade. Portanto, são indícios pertinentes, mas, não necessariamente, de conclusão inquestionável e absoluta”.<sup>178</sup>

Não significa dizer que os indícios contingentes não poderão conduzir o julgador à certeza. Entretanto, será imprescindível a existência de uma pluralidade de indícios concordantes e convergentes, para se alcançar a suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, o que será analisado detalhadamente no capítulo IV do presente trabalho.

Nesse sentido, conforme veremos posteriormente, os indícios contingentes terão a sua força probatória determinada de acordo com a maior ou menor conexão do fato conhecido (*factum probans*) com o fato a ser provado (*factum probandum*).

---

<sup>176</sup> Em contrapartida, Devis Echandía acentua que “*los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento*”. (Devis Echandía: 1970, p. 627)

<sup>177</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 16/02/2019)

<sup>178</sup> (Dallagnol: 2015, p. 56). No tocante aos indícios contingentes, Dallagnol explica que “em matéria penal, são os mais contraditórios, terão eles, obviamente, os seus graus de maior ou menor probabilidade, propiciando diversas classificações doutrinárias. Assim, alguns serão de máxima probabilidade. E, por isto, indícios veementes; outros serão de alta ou média probabilidade, podendo aí situarem-se aqueles que a lei processual denomina de indícios suficientes; e, por fim, teríamos aqueles indícios de simples possibilidade ou mesmo baixa credibilidade, já aproximando-se dos limites do inverossímil. Estes últimos seriam os indícios frágeis, vagos, remotos, que, isoladamente, afiguram-se como inexpressivos, no âmbito difuso de simples suspeitas”. (Dallagnol: 2015, p. 57)

Essa íntima ligação entre os fatos decorre do princípio da causalidade (causa e efeito) e, por isso, quanto mais estreita for a relação entre ambos, maior será o peso da prova indiciária na valoração conjunta de todo o arcabouço probatório pelo juiz.<sup>179</sup>

## 7) Elementos integrantes da prova indiciária

De fato, a complexidade estrutural da prova indiciária acabou resultando em uma pluralidade de nomenclaturas dessa espécie probatória indireta, referidas pela doutrina. No sistema jurídico norte-americano, que adota o *Common Law*, a prova indiciária é conhecida como prova circunstancial (*circumstantial evidence*); por sua vez, nos sistemas jurídicos brasileiro, português, espanhol e italiano, que acolhem o *Civil Law*, a prova indiciária também é chamada de prova por presunções.

Com relação à estrutura em si, a doutrina costuma apontar que a prova indiciária é composta necessariamente de três elementos: “o indício, que é um fato conhecido ou indicador (*factum probans*); um fato desconhecido ou presumido, que é o que se pretende comprovar (*factum probandum* ou *thema probandum*); e uma inferência lógica, por meio da qual, partindo-se do fato conhecido, presume-se o fato que pretendíamos conhecer”.<sup>180</sup>

Em outras palavras, pode-se dizer que, na realidade, a prova indiciária reflete uma presunção que parte de um fato conhecido para outro desconhecido, mediante a utilização de um raciocínio lógico baseado em regras de experiência. Logo, os indícios constituem o fato-base (conhecido) pelo qual se presume o fato-consequência (desconhecido) que concretiza a prova indiciária.<sup>181</sup> Diante da complexidade estrutural da prova indiciária, é necessária uma explanação detalhada sobre os seus elementos integrantes: o *factum probans*, o *factum probandum* e a inferência lógica.

---

<sup>179</sup> (Coelho: 1996, p. 151)

<sup>180</sup> (Quijano: 1992, p. 377). No mesmo sentido, Rivera Silva aponta os três elementos específicos da prova indiciária, quais sejam: “a) un hecho conocido; b) un hecho desconocido; y c) un enlace necesario entre el hecho conocido y el hecho desconocido, en el que el primero se llama indicio y el segundo presunción (refiriéndose a la afirmación presumida)”. (Rivera Silva: 1963, p. 246)

<sup>181</sup> (Mans Puigarnau: 1969, pp. 78-79). Cordón Aguilar também segue essa mesma linha de raciocínio ao afirmar que “la estructura de la prueba indiciaria puede ser explicada tomando en cuenta esos tres elementos: a) el indicio, hecho-indiciante o hechobase, es decir, el hecho conocido del que se parte; b) la afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia, que es la conclusión a que se arriba; y c) el enlace o nexo existente entre los dos elementos anteriores, indicio y afirmación presumida, que permite, como lógica consecuencia, arribar a ésta última”. (Cordón Aguilar: 2015, p. 118)

## A) *Factum probans* e *factum probandum*<sup>182</sup>

Tendo em vista que a verdade “absoluta” é inatingível, o processo penal tem por principal objetivo a descoberta da verdade “aproximada” dos fatos e, por isso, o que se apura na persecução penal é a verdade ou falsidade sobre o fato principal sobre o qual recaem as alegações da acusação e da defesa.<sup>183</sup>

Tanto o *factum probans*, quanto o *factum probandum* são enunciados fáticos que representam uma determinada hipótese. Partindo-se do *factum probans*, vislumbra-se a possibilidade de se extrair um número ilimitado de inferências sobre o *thema probandum*. Por essa razão, Taruffo acentua que “a questão é saber se o *factum probans* pode ser ou não a premissa de uma inferência que conduza a uma conclusão relativa ao *factum probandum* especificamente”.<sup>184</sup>

Assim, se a hipótese retratada pelos indícios puder funcionar como premissa de uma inferência lógica, significa dizer que o fato-base poderá comprovar o fato-consequência, através de uma conclusão sobre a veracidade do enunciado fático referente ao *thema probandum*. Por outro lado, se o fato indiciante não for considerado uma premissa racional e coerente, depreende-se que o enunciado fático decorrente daquele é falso e, conseqüentemente, os indícios serão destituídos de qualquer valor probatório, “não podendo ser considerados propriamente um elemento de prova”.<sup>185</sup>

Essa linha de pensamento é corroborada por Wigmore, quando define a prova indiciária como a “evidência” resultante da conexão inferencial entre o *factum probans* e o *factum probandum*. Enquanto esse sempre será “hipotético”, aquele sempre será considerado “existente”, para fins práticos no processo penal.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> Note-se que as nomenclaturas “*factum probans*”, “fato indiciário” e “fato-base” são mencionadas nesta dissertação, indistintamente, para designar os indícios, que constituem o ponto de partida da prova indiciária. Da mesma maneira, o termo “*factum probandum*” é utilizado como sinônimo das expressões “*thema probandum*”, “fato presumido” e “fato-consequência”. Essas quatro designações se referem ao objeto da prova indiciária, que consiste no fato principal que se deseja comprovar.

<sup>183</sup> Isso porque, segundo Gomes Filho, “o fato, como fenômeno do Mundo real, somente poderia ser constatado no próprio momento em que se verifica; não é possível, portanto, provar um acontecimento passado, mas somente demonstrar se uma afirmação sobre este é ou não verdadeira. Disso resulta que, na verdade, o *thema probandum* é determinado pelas proposições representativas do fato juridicamente relevante, e colocadas pelas partes como base da acusação e da defesa, ou mesmo como fundamento de eventual pesquisa judicial”. (Gomes Filho: 2005, p. 317)

<sup>184</sup> (Taruffo: 2014, p. 103)

<sup>185</sup> (Taruffo: 2014, p. 104)

<sup>186</sup> (Wigmore: 1981, pp. 14-15)

## B) Inferência lógica

Inferência é o fio condutor que liga o indício (*factum probans*) ao fato litigioso que se pretende comprovar (*factum probandum*). Em outras palavras, é o raciocínio lógico do julgador que extrai da evidência uma conclusão racional sobre o fato principal. Essa conclusão se consubstancia na presunção judicial, que é o resultado do procedimento inferencial.<sup>187</sup>

Segundo Taruffo, a inferência é o “fundamento lógico” da prova indiciária, pois desempenha a função de transformação de uma circunstância “bruta” em um fato dotado de valor probatório. Dessa forma, “quando inferências acerca da verdade de um enunciado relativo a um fato principal são traçadas supondo outro fato como premissa, este último é considerado um meio de prova indireto daquele fato principal”.<sup>188</sup>

No tocante ao procedimento inferencial, Ruço destaca que na reconstrução da “verdade” cada fato constitui um “fragmento da realidade comparável a uma peça de um *puzzle* que se encontra ligada, por todos os lados, a outras peças, através de recortes específicos, existindo uma interação recíproca entre peças que permitem formar apenas uma dada configuração singular”. Nesse sentido, “um fato, para ser considerado uma parte daquele *puzzle*, ou um certo fragmento daquela realidade, tem de se harmonizar com todas as peças e fragmentos com os quais está em contato”.<sup>189</sup>

### a) Regras de experiência

Para que a inferência seja crível, é necessário que a mesma seja racional, isto é, que se fundamente em critérios lógicos baseados nas regras de experiência,

---

<sup>187</sup> Moura define a inferência como “a operação lógica pela qual se conclui de um juízo outro juízo ligado com o primeiro, ou, então, o ato de tirar de um fato, ou de uma proposição dada, a consequência que dela resulta”. (Moura: 2009, p. 36). No Direito norte-americano, Gardner e Anderson conceituam a inferência diferenciando-a da presunção, nos seguintes termos: “*inferences are reasonable conclusions or deductions that the fact finders (juries or judges) may draw from the evidence presented to them. Fact finders should use common sense and their knowledge of everyday life in their reasoning process. Whereas a presumption is an assumption that the law expressly directs that trier of fact must make, an inference is a conclusion that the jury or judge may make based on evidence presented*”. (Gardner; Anderson: 2010, p. 105)

<sup>188</sup> (Taruffo: 2014, pp. 102-106)

<sup>189</sup> (Ruço: 2013, p. 62)

que consistem em “generalizações fornecidas e justificadas pelo senso comum, experiência ou cultura média da época e do lugar nos quais se toma a decisão”.<sup>190</sup>

De acordo com Mendes, as regras de experiência são “argumentos que ligam os meios de prova a determinadas conclusões, segundo o que é normal acontecer”.<sup>191</sup> Em outras palavras, as regras de experiência são preceitos lógicos que expressam aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*). Obviamente, a utilização do referido critério racional não resultará, inexoravelmente, em uma certeza absoluta, mas sim, em uma alta probabilidade de comprovação do *thema probandum*.<sup>192</sup>

Tonini exemplifica a utilização das regras de experiência com a seguinte situação concreta: na residência de um casal, constata-se que o cofre foi arrombado e todas as joias foram subtraídas. No mesmo dia do furto, descobre-se que o único empregado do casal deixou um bilhete informando que decidiu pedir demissão, pois teria que ir embora para outro país. A partir da regra de experiência extraída de inúmeros casos de delitos patrimoniais similares ao acima descrito, pode-se chegar à conclusão de que o empregado é o autor do crime, uma vez que além de ser a única pessoa estranha naquele local, logo após a constatação do crime, ele pediu demissão, sem qualquer motivo aparente, e “sumiu no mundo”.<sup>193</sup>

Ressalte-se, contudo, que a força probatória da presunção judicial estabelecida com base nas regras de experiência deverá sempre ser norteadas por um enlace direto e preciso entre o fato indiciante e o fato presumido, de modo que se demonstre a

---

<sup>190</sup> (Taruffo: 2014, p. 103)

<sup>191</sup> (Mendes: 2014, p. 17). Sobre a natureza jurídica das regras de experiência, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal possui entendimento no sentido de que “não são meios de prova, mas antes raciocínios, juízos hipotéticos do conteúdo genérico, assentes na experiência comum, independentes dos casos individuais em que se alicerçam, com validade, muitas vezes, para além do caso a que respeitem, adquiridas, em parte, mediante observação do mundo exterior e da conduta humana, e, noutra parte, mediante investigação ou exercício científico de uma profissão ou indústria, permitindo fundar as presunções naturais, mas sem abdicar da explicitação de um processo cognitivo, lógico, sem espaços ociosos e vazios, conduzindo à extracção de facto desconhecido do facto conhecido, porque conformes à realidade reiterada, de verificação muito frequente e, por isso, verosímil”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 3612/076TBLRA.C2.S1, julgado em 06/07/2011. Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). (Acesso em 19/06/2019)

<sup>192</sup> Nesse sentido, Tonini acentua que “a experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos: existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de uma outra categoria de fatos. Com base nesse princípio emerge o seguinte raciocínio: em casos similares há um idêntico comportamento humano. Este raciocínio permite apurar um fato histórico quando não há certeza absoluta, mas uma grande probabilidade”. (Tonini: 2002, p. 55)

<sup>193</sup> (Tonini: 2002, pp. 52-55)

convergência de todos os indícios existentes, reduzindo-se ao máximo o risco de ocorrência de erro de julgamento.<sup>194</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos afirmar que as regras de experiência desempenham uma dupla função no processo penal, quais sejam, fundamentar as presunções *ad hominis* e, ao mesmo tempo, servir de parâmetro de valoração da racionalidade da prova indiciária, especificamente quanto à conexão lógica entre o fato-base e o fato presumido.<sup>195</sup>

As regras de experiência se subdividem em duas espécies: as empíricas, que são aquelas que se baseiam em leis científicas que não comportam exceção; e as comuns, que são aquelas de conhecimento geral que se fundamentam em máximas de experiência quotidianas.<sup>196</sup>

As primeiras refletem certeza, uma vez que a conclusão nelas baseada se justifica por investigações científicas. Assim, as máximas de experiência de que “todos vivos, um dia estarão mortos” e “a gravidez de uma mulher nunca dura mais de trezentos dias” representam regras empíricas plenamente comprovadas pela Ciência, e, portanto, não possuem exceção.

No entanto, as regras de experiência comuns são as mais habituais no processo penal, sendo aquelas que retratam um “idêntico comportamento humano em situações semelhantes do quotidiano”, motivo pelo qual, essas máximas de experiência resultam em uma conclusão de alta probabilidade de comprovação do *thema probandum*. Um exemplo seria a fuga do suspeito, logo após a prática do crime, que por ser um indício acusatório, poderá ser utilizada pelo julgador como um elemento persuasivo no momento da formação da sua convicção.

---

<sup>194</sup> Essa exigência de uma estreita relação de causalidade entre o *factum probans* e o *factum probandum* é prevista expressamente no artigo 1253 do Código Civil espanhol, que apesar de ter sido revogado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, continua a ser utilizado pela jurisprudência espanhola na valoração da prova indiciária. Segundo o dispositivo, “*para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*”.

<sup>195</sup> (Climent Duran: 1999, p. 646)

<sup>196</sup> (Cabral: 2012, p. 24)

## b) Natureza do raciocínio inferencial

Questão interessante recai sobre a natureza do raciocínio inferencial, responsável pela conexão entre o fato indiciante e o fato presumido. Apesar de alguns especialistas do tema tratarem a inferência de maneira genérica, pode-se afirmar que a doutrina se divide em três posicionamentos a respeito da natureza do raciocínio lógico do julgador quando realiza o procedimento inferencial.<sup>197</sup>

É certo que, para fins práticos de valoração judicial da prova indireta, esse debate não altera em nada o peso e a força persuasiva da prova indiciária no processo penal. No entanto, é importante a compreensão da natureza do raciocínio inferencial, sobretudo, porque a inferência é um dos elementos integrantes da prova indiciária.

Dessa forma, enquanto uns sustentam que a natureza do raciocínio inferencial é indutiva<sup>198</sup>, outros defendem que esse procedimento lógico é dedutivo.<sup>199</sup> Há ainda, aqueles que entendem que, na realidade, trata-se de um método de raciocínio misto, isto é, de natureza indutivo-dedutiva.<sup>200</sup>

Tanto a indução, quanto a dedução constituem operações mentais de reconstrução fática que têm por objetivo a descoberta da verdade “aproximada” dos fatos. Contudo, a indução representa exatamente o oposto da dedução. Se por um lado, o raciocínio indutivo representa o processo lógico que passa do “particular ao universal”, por outro lado, a dedução reflete a passagem de um “princípio geral para uma consequência particular”.<sup>201</sup>

Especificamente no que diz respeito à valoração da prova indiciária, alguns estudiosos afirmam que a natureza do raciocínio inferencial utilizado na conexão entre o *factum probans* e o *factum probandum* é de origem dedutiva, haja vista a inferência

---

<sup>197</sup> (Moura: 2009, p. 26)

<sup>198</sup> (López-Moreno: 1897, p. 61)

<sup>199</sup> (Malatesta: 1927, p. 198)

<sup>200</sup> (Moura: 2009, p. 33)

<sup>201</sup> (Moura: 2009, p. 36). Lalande também diferencia esses dois métodos de raciocínio inferencial acentuando que a indução é o “processo de pensamento reconstrutivo, pelo qual, raciocinando em parte e em parte adivinhando, se remonta de certos indícios a fatos que estes fazem mais ou menos prováveis”. Por sua vez, a dedução é a “operação mental consistente em concluir, rigorosamente, de uma ou mais premissas dadas uma outra proposição, que é a consequência logicamente necessária”. (Lalande: 1967, pp. 511-512)

de consequências fáticas a partir de uma ou mais premissas.<sup>202</sup> Entretanto, outros doutrinadores apontam que o raciocínio inferencial seria de natureza indutiva, pois mediante a amplificação do conteúdo dos indícios se alcançaria uma “indução generalizadora”.<sup>203</sup>

A nosso ver, concordamos com o posicionamento de Gianturco, que observa que o raciocínio inferencial possui natureza indutivo-dedutiva, tendo em vista a existência de uma relação de complementariedade entre os métodos de raciocínio indutivo e dedutivo, que se confundem no juízo lógico valorativo da prova indiciária. A interação recíproca entre ambos tipos de raciocínio resulta no aumento significativo da probabilidade da presunção estabelecida sobre o *thema probandum*.<sup>204</sup>

Nesse mesmo sentido, Moura esclarece que os indícios são valorados por meio de um raciocínio de natureza indutivo-dedutiva do julgador, pois, “para que o fato particular, conhecido, conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, por primeiro, um trabalho de indução, para ligá-lo a uma regra geral, fundada na observação do que ordinariamente acontece em fatos análogos, que é a determinação do caráter comum. Da regra de experiência, por dedução, se desce à aplicação ao caso concreto, para inferir-se o fato desconhecido ou indicado”.<sup>205</sup>

## 8) Indício e presunção

O vocábulo presunção tem origem no latim, mais precisamente na palavra ‘*praesumptio*’, do verbo ‘*praesumere*’, que significa a crença ou a suposição de algo como certo.<sup>206</sup> Segundo Moura, a presunção é a “ilação que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido, partindo da experiência comum, para afirmar antecipadamente, como certo ou provável, um fato desconhecido”.<sup>207</sup>

Por vezes, os institutos jurídicos do indício e da presunção são confundidos em um só significado e, de acordo com essa vertente doutrinária, alguns consideram

---

<sup>202</sup> (Sánchez de Movellán: 2007, p. 42)

<sup>203</sup> (Muñoz Sabaté: 1993, pp. 221-222)

<sup>204</sup> (Gianturco: 1958, p. 136)

<sup>205</sup> (Moura: 2009, pp. 36-37)

<sup>206</sup> (Coppola: 1924, p. 864)

<sup>207</sup> (Moura: 2009, pp. 47-48)

ambas as expressões sinônimas.<sup>208</sup> Entretanto, não nos parece adequado esse posicionamento, já que compartilhamos do entendimento de que o indício é a “fonte da presunção” que resulta na concretização da prova indiciária.<sup>209</sup> Além disso, o indício é “objetivo, concreto e específico”, ao passo que a presunção é “subjetiva, abstrata e genérica”.<sup>210</sup>

A presunção pode ser legal ou de direito, quando decorre da lei. Um exemplo contido na legislação brasileira é o artigo 1597 do Código Civil que presume a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, em observância às situações elencadas no dispositivo legal.<sup>211</sup> Ressalte-se que no âmbito do Direito Penal, a lei nunca poderá estipular presunções absolutas de culpa, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>212</sup>

Por outro lado, a presunção pode ser comum ou judicial, também conhecida como *ad hominis*, que é aquela usualmente utilizada pelo julgador na formação da sua convicção baseada na prova indiciária.<sup>213</sup> Nessa hipótese, o magistrado realiza um raciocínio lógico, de natureza indutivo-dedutiva, com o fim de transformar um fato certo e conhecido (indício) em um fato desconhecido que se pretende comprovar (*thema probandum*), através da presunção fundamentada nas regras de experiência.

---

<sup>208</sup> (Mittermaier: 1877, p. 369) Com essa mesma linha de pensamento, Miranda Estrampes defende que “*la prueba indiciaria en el proceso penal se desenvuelve a través de una presunción judicial, es decir, ambas presentan una idéntica estructura, naturaleza y función probatoria. Por ello quizá sea más apropiado hablar en el proceso penal de presunciones y no de indicios o prueba indiciaria. El indicio no es más que el hecho base de una presunción y la prueba indiciaria es la presunción formada en un proceso penal. (...) El indicio y la presunción no son, por tanto, intituciones probatorias distintas*”. (Miranda Estrampes: 1997, pp. 226-227)

<sup>209</sup> (Carnelutti: 1982, pp. 70-71)

<sup>210</sup> (Moura: 2009, pp. 49-51)

<sup>211</sup> Dispõe o artigo 1597 do Código Civil brasileiro que: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

<sup>212</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu que o acusado não pode ser condenado com base em presunções “absolutas” de culpa. Diante disso, “as presunções de culpa são imprestáveis no domínio do processo penal, pois entrariam em nítida rota de colisão com o princípio da presunção de inocência e o disposto no artigo 32, nº 2, da CRP”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº14/07.0TRLSB.S1, julgado em 11/06/2014. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 12/12/2018)

<sup>213</sup> Moura acentua que “para os que assim pensam, a prova por presunção constitui um silogismo, em que a premissa maior é a regra geral, a premissa menor é o fato conhecido e a conclusão é o fato que se deseja conhecer. O indício é o fato indicador, a presunção o fato indicado. O indício é o meio e a presunção o resultado”. (Moura: 2009, p. 48)

Desse modo, o indício (fato conhecido) é o fato-base da presunção. Dele, parte-se para o fato desconhecido que se pretende comprovar. O resultado dessa operação mental é a presunção.<sup>214</sup> Assim, tanto o indício, quanto a presunção são elementos integrantes da prova indiciária. No entanto, cada qual aparece em um momento distinto da construção lógica da prova circunstancial.<sup>215</sup>

Consequentemente, concordamos com Devis Echandía quando sustenta que a presunção é diferente do indício “como a luz o é da lâmpada que a produz”.<sup>216</sup> Isso porque, enquanto o indício é o ponto de partida da presunção, esta é o resultado da atividade intelectual do julgador direcionada à comprovação da existência ou inexistência de um fato até então desconhecido. Por esse motivo, Serra Domínguez sublinha que “o indício é a causa (fato conhecido) e a presunção o efeito (o conhecimento do fato antes ignorado)”.<sup>217</sup>

Essa íntima conexão entre o indício e a presunção reflete dois princípios orientadores do raciocínio presuntivo, que se interrelacionam entre si, quais sejam, os princípios da causalidade e da normalidade. Ambos representam regras de experiência utilizadas pelo julgador no procedimento inferencial e são considerados fundamentos da presunção.<sup>218</sup>

O princípio da causalidade denota justamente essa estreita relação de causa e efeito entre o fato indicador (indício) e o fato presumido. Com isso, determinadas causas quase sempre produzem os mesmos efeitos, justificando-se em leis naturais universais que indicam uma tendência de repetição constante daquela idêntica relação de causa e efeito entre indício e presunção.<sup>219</sup>

---

<sup>214</sup> (Ramponi: 1890, p. 48)

<sup>215</sup> (Serra Domínguez: 1969, p. 702)

<sup>216</sup> Sobre essa comparação metafórica, Devis Echandía acentua que *“la presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquéllos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo. Esto explica que los indicios sean un medio de prueba y las presunciones judiciales no”*. (Devis Echandía: 1970, pp. 696-697)

<sup>217</sup> (Serra Domínguez: 1969, pp. 702-703)

<sup>218</sup> (Climent Duran: 1999, p. 618)

<sup>219</sup> (Serra Domínguez: 1963, p. 23)

Por sua vez, o princípio da normalidade se fundamenta no *id quod plerumque accidit*, ou seja, naquilo que ordinariamente acontece, como ocorre, por exemplo, com a culpa presumida do motorista de um veículo que colide na traseira do outro. Obviamente, nessa hipótese, a presunção que se forma com base na regra de experiência acima mencionada é relativa, sendo cabível prova em contrário.<sup>220</sup>

Em termos práticos, portanto, indício e presunção são institutos jurídicos diversos, mas que possuem uma relação de causa e efeito recíproca, especificamente no que se refere à constituição da prova indiciária. Dessa forma, enquanto os indícios constituem o fato-base de uma presunção, a prova indiciária consiste na presunção alicerçada nos indícios que é estabelecida pelo julgador durante a formação do seu convencimento no processo penal.<sup>221</sup>

## 9) Indício e mera suspeita

No início desse subcapítulo tivemos a oportunidade de esclarecer a diferença entre “indícios de prova” e “prova indiciária”. Cada um possui um *standard* probatório diverso. O primeiro resulta apenas em um juízo de probabilidade capaz de fundamentar uma decisão provisória, como ocorre, por exemplo, com a decretação da prisão preventiva do acusado. Já o segundo, é genuinamente um meio de prova indireto com aptidão para conduzir o julgador a um juízo de certeza norteado pelo contraditório e ampla defesa, que possibilita a prolação de uma sentença penal condenatória ou absolutória, a depender do caso concreto.

Muitas vezes, a prova indiciária é confundida com a mera suspeita, motivo pelo qual, pretendemos desfazer o referido equívoco neste tópico. Segundo Miranda Estrampes, a confusão relacionada ao real significado das duas expressões se originou no período medieval, quando textos históricos utilizavam o termo indício no seu sentido “vulgar”, e não em sua acepção “jurídico-processual” utilizada pela doutrina moderna na atualidade.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> (Badaró: 2003, pp. 273-276)

<sup>221</sup> (Serra Domínguez: 1991, p. 582)

<sup>222</sup> (Miranda Estrampes: 1997, p. 222)

A palavra suspeita vem do latim ‘*suspicio*’, do verbo ‘*suspicere*’, significando desconfiança ou uma simples hipótese. Diversamente do indício, a mera suspeita não passa de uma conjectura sobre algum fato, sendo destituída de qualquer força probatória.<sup>223</sup>

O fator primordial que diferencia o indício da mera suspeita é que enquanto o primeiro consiste em um fato certo e objetivo dotado de valor probatório, a última recai sobre fatos incertos dos quais resultam somente “aparências”.<sup>224</sup> Consequentemente, a presunção estabelecida com base na mera conjectura será sempre impregnada de um caráter extremamente duvidoso, o que acarretará, inevitavelmente, na ausência de força probatória da conclusão nela fundamentada, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> (Moura: 2009, p. 52) Com esse mesmo entendimento, Dellepiane observa que “a suspeita só, ou acompanhada de outras suspeitas, pode servir de ponto de partida para uma pesquisa, justificar a inquirição de uma determinada pessoa, porém, nunca poderá ser fundamento para uma condenação”. (Dellepiane: 2004, p. 95)

<sup>224</sup> Conforme o teor da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 169/86, de 22 de dezembro de 1986. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/05/2019)

<sup>225</sup> Esse também é o posicionamento de Cordon Aguilar que pondera que “no sea dable confundir presunción y conjetura, pues mientras la primera exige que los indicios sobre cuya base opera estén plenamente acreditados, circunstancia que evita que surjan dudas respecto de la conclusión obtenida, en la conjetura esa comprobación no se precisa, por lo que, partiendo de datos que pueden no ser ciertos, se deducen afirmaciones igualmente inciertas”. (Cordon Aguilar: 2011, p. 111)

## Capítulo II

---

### Admissibilidade da prova indiciária em alguns sistemas jurídicos processuais penais

#### 1) Razão de ordem

A partir da construção de uma base sólida para a compreensão do tema investigado nesta dissertação, através da análise dos aspectos gerais sobre a “verdade”, a prova, os indícios e a prova indiciária no processo penal, é possível ingressarmos com segurança em questões mais específicas sobre a prova indiciária, como a sua admissibilidade em alguns sistemas jurídicos processuais penais.

Inicialmente, devemos esclarecer o motivo da nossa opção por investigar sequencialmente o tratamento jurídico da prova indiciária nos sistemas jurídicos português, espanhol, italiano, brasileiro e norte-americano, respectivamente. Dentre esses, todos adotam o modelo *Civil Law*, exceto o último, que utiliza o modelo *Common Law*. Em razão da diversidade entre os modelos *Civil Law* e *Common Law*, optamos por abordar o sistema jurídico norte-americano posteriormente aos demais sistemas jurídicos.

Com relação à ordem escolhida para análise dos demais sistemas jurídicos processuais penais que acolhem o modelo *Civil Law*, considerando a inexistência de preponderância entre os mesmos, haja vista a soberania de cada país na elaboração do seu próprio ordenamento jurídico autônomo, optamos por sequenciar os tópicos, visando o único objetivo de fornecer uma visão global e dinâmica a respeito da admissibilidade jurídica da prova indiciária no âmbito do Direito Processual Penal.

Nesse sentido, ressaltamos que a solução do problema relativo ao método de valoração da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal é fornecida ao longo desta investigação, pelas doutrinas e jurisprudências portuguesa, espanhola

e italiana, motivo pelo qual, dentre os sistemas jurídicos que acolhem o modelo *Civil Law*, deixaremos por último, a abordagem do sistema jurídico brasileiro, em virtude da ausência de jurisprudência consolidada sobre as exigências processuais da prova indiciária suficiente.

Tendo em vista ainda, que a atividade investigativa se concentrou majoritariamente nas doutrinas e jurisprudências portuguesa e espanhola e, minoritariamente na italiana, a razão de ordem escolhida neste capítulo foi a abordagem dos sistemas jurídicos português, espanhol e italiano, respectivamente.

Enfim, é imprescindível a visualização do tema de maneira ampla, pois diante da subjetividade inerente à valoração da prova indiciária, torna-se essencial que cada sistema jurídico processual penal forneça a sua valiosa contribuição para o adequado esclarecimento do tema.

## 2) Sistema jurídico português

Durante muito tempo, a prova indiciária foi vista com um olhar de desconfiança em Portugal. Esse preconceito outrora existente foi resultado da total inobservância dos Direitos Humanos pelo governo ditatorial que perdurou no país até 1974. Em razão das arbitrariedades cometidas naquela época, a sociedade portuguesa temia o retorno daquele regime ditatorial, motivo pelo qual, era inevitável ligar as provas circunstanciais à sua origem autoritária proveniente do sistema da prova legal ou “tarifada”.<sup>226</sup>

Além disso, a complexidade do raciocínio inferencial inerente à estruturação da prova indiciária transparecia uma “maior insegurança jurídica” na prova indireta do que na mera utilização da prova direta, em virtude de uma “suposta” maior probabilidade de ocorrência de erro nos julgamentos fundamentados na prova circunstancial.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> (Simões: 2007, pp. 203-205)

<sup>227</sup> Sobre as razões do preconceito outrora existente em Portugal, Simões explica que “não se escamoteia a valia das razões que são mais usualmente apontadas para a quase ‘repulsa’ que os aplicadores da lei e os juízes em especial nutrem pelas presunções: o papel que assumiram no gongórico sistema da prova legal ou taxada, a confusão entre ‘presunção comum’ (no sentido de ‘suspeita’ ou ‘conjectura’) e ‘presunção probatória’ ou prova indiciária, a maior exigência de fundamentação que este tipo de prova exige (*‘last but not least’*), e a maior probabilidade de erro que, por natureza, acarreta”. (Simões: 2007, p. 205)

Com o passar dos tempos e a redemocratização de Portugal, a prova indiciária foi ganhando, cada vez mais, espaço no processo penal português, a partir da constatação da necessidade de utilização das provas indiretas no combate às organizações criminosas, que, por sua própria natureza, praticam crimes de alta complexidade, de modo a dificultar a atuação dos órgãos de persecução penal na colheita de provas diretas do delito.<sup>228</sup>

Diante desse panorama, o Direito Processual Penal português dedicou especial atenção ao “ponto de partida” da prova indiciária, mencionando literalmente no Código de Processo Penal os termos indícios “fortes” (art. 200, nº 1), indícios “fundados” (art. 174, nº 5, al. ‘a’) e indícios “suficientes” (art. 277, nº 2), dentre outros dispositivos legais que também fazem alusão ao referido meio de prova indireto.

Apesar da pluralidade de regras legais relativas aos indícios no Código de Procedimentos, o legislador português não conferiu expressamente aos indícios o *status* de “meio de prova”. Não obstante, a jurisprudência portuguesa se encarregou de suprir a mencionada lacuna legislativa, admitindo-os como um autêntico meio de prova indireto com valor equivalente a qualquer outra prova, independentemente de ser esta direta ou indireta.

Nesse diapasão, o Tribunal Constitucional de Portugal já se manifestou quanto à possibilidade de o juiz utilizar as presunções judiciais extraídas dos indícios como um meio de prova indireto no processo penal, sem que haja violação ao princípio da presunção de inocência, pois, quando se ligam os indícios concordantes e convergentes (*factum probans*) ao fato presumido (*factum probandum*), através de uma inferência lógica demonstrativa de umnexo causal direto e preciso, a presunção de inocência “acaba superada por outra presunção de sinal oposto prevalecente, não

---

<sup>228</sup> Nesse sentido, Prieto-Castro e Gutiérrez de Cabiedes sublinham a enorme relevância da prova indiciária no processo penal moderno quando afirmam precisamente que “*el indicio ofrece gran importancia en el proceso penal, ya que no siempre se tienen a la disposición pruebas directas que autoricen a considerar existente la conducta perseguida, y entonces, ante la realidad del hecho que revista caracteres delictivos, es necesario hacer uso de los indicios, con el esfuerzo lógico-jurídico intelectual necesario, antes que se produzca la impunidad*”. (Prieto-Castro; Gutiérrez de Cabiedes: 1982, p. 252)

havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do réu”.<sup>229</sup>

O entendimento do Tribunal Constitucional de Portugal também é acolhido pela doutrina portuguesa que sustenta a admissibilidade da prova indiciária no processo penal. Para isso, o julgador deverá realizar um raciocínio lógico indutivo-dedutivo, partindo de um determinado “fato certo, provado ou conhecido”, para concluir sobre a existência de um “fato desconhecido” que se pretende comprovar.<sup>230</sup>

Ressalte-se que o fundamento primordial utilizado pela doutrina e jurisprudência portuguesa na admissibilidade dos indícios como meio de prova no processo penal encontra-se estampado no artigo 127 do CPP português, que dispõe que, “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Trata-se do acolhimento do sistema da livre apreciação das provas pelo ordenamento jurídico português, que autoriza a valoração do arcabouço probatório de acordo com as regras de experiência e a livre convicção do julgador. Assim, diante da ausência de hierarquia *in abstracto* entre as provas diretas e/ou indiretas produzidas no processo penal, o magistrado é dotado de ampla liberdade na formação do seu convencimento, devendo, no entanto, motivar racionalmente a sua decisão judicial, em conformidade com o mandamento constitucional estabelecido no artigo 205, nº 1 da Constituição da República Portuguesa.<sup>231</sup>

Significa dizer, que o sistema da livre apreciação das provas permite ao julgador conferir maior credibilidade à prova indireta, do que à prova direta, no caso concreto.

---

<sup>229</sup> Com esse posicionamento, o Tribunal Constitucional de Portugal decidiu que as presunções judiciais (*ad hominis*) extraídas dos indícios são válidas no processo penal, uma vez que “quando o valor da credibilidade do *id quod* e a consistência da conexão causal entre o que se conhece e o que não se apurou de uma forma direta atinge um determinado grau que permite ao julgador inferir este último elemento, com o grau de probabilidade exigível em processo penal, a presunção de inocência resulta ilidida por uma presunção de significado contrário, pelo que não é possível dizer que a utilização deste meio de prova atenta contra a presunção de inocência ou contra o princípio *in dubio pro reo*. O que sucede é que a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente, não havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do réu”. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 391/15, processo nº 526/15, julgado em 12/08/2015. Disponível em: <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)> (Acesso em 20/12/2018)

<sup>230</sup> Na doutrina portuguesa, ao se referir à prova indiciária como “prova por presunção”, Santos e Leal-Henriques sustentam que “é legítimo o recurso à prova por presunção, aquela que partindo de determinado facto, chega por mera dedução lógica à demonstração da realidade de um outro facto”. (Santos; Leal-Henriques: 2008, p. 684)

<sup>231</sup> Segundo o disposto no artigo 205, nº 1 da CRP, “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já se pronunciou reiteradas vezes sobre a valoração judicial do “peso” da prova indiciária no processo penal, uma vez que diante das circunstâncias fáticas, a força persuasiva da prova indireta poderá ser maior do que a da prova direta.<sup>232</sup>

Conclui-se, portanto, que a prova circunstancial é admitida como meio de prova, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência portuguesa. Contudo, em razão da lacuna deixada pelo legislador português no ordenamento jurídico, relativamente aos pressupostos e requisitos específicos da prova indiciária suficiente no processo penal, tornou-se necessária uma ampla construção jurisprudencial sobre a fixação de parâmetros a serem seguidos pelo julgador na valoração do peso persuasivo dessa espécie probatória indireta, o que será objeto de análise detalhada no Capítulo IV.<sup>233</sup>

### 3) Sistema jurídico espanhol

A *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)* que regulamenta os procedimentos processuais penais na Espanha faz menção expressa aos indícios em poucos dispositivos legais<sup>234</sup>, sendo que “não o faz para assinalar uma atividade probatória, mas sim, para referir-se a uma imputação racional de um fato punível a uma pessoa”.<sup>235</sup>

Embora a legislação processual penal espanhola também não tenha conferido expressamente aos indícios o *status* de meio de prova ou, até mesmo, esclarecido o

---

<sup>232</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu que “o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto, como em prova indiciária da qual se infere o facto probando, não estando excluída a possibilidade do julgador, face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta por si só conduzir à sua convicção”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 07P2279, julgado em 05/07/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 18/01/2019)

<sup>233</sup> Acolhendo esse posicionamento, o Supremo Tribunal de Justiça português já teve a oportunidade de esclarecer em um julgamento que “a nossa lei processual penal não estabelece requisitos especiais sobre a apreciação da prova indiciária, pelo que o fundamento da sua credibilidade está dependente da convicção do julgador que, sendo embora pessoal, deve ser sempre motivada e objectivável, nada impedindo que, devidamente valorada, por si e na conjugação dos vários indícios e de acordo com as regras da experiência, permita fundamentar a condenação”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 06P306, julgado em 20/04/2006. Disponível em: <www.dgsi.pt> (Acesso em 18/05/2019)

<sup>234</sup> Um exemplo é o artigo 384 da *LECrim*, que prevê: “desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley”.

<sup>235</sup> (Montañes Pardo: 1999, p. 105)

conceito, a natureza jurídica e a estrutura da prova indiciária, a *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* definiu as presunções judiciais, que consistem no resultado da inferência lógica realizada pelo julgador com o fim de conectar o fato indiciante ao fato presumido.

De certa forma, ao dispor sobre o significado das presunções judiciais, a *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* acabou acolhendo implicitamente a utilização da prova indiciária como um meio de prova indireto, uma vez que o seu artigo 386, nº 1, conceituou a prova por presunção – que no Direito espanhol é a nomenclatura dada à prova indiciária no âmbito civil - prevendo que “a partir de um fato admitido ou provado, o tribunal poderá presumir a certeza, para efeitos do processo, de outro fato, se entre o admitido ou demonstrado e o presumido existir uma ligação precisa e direta, segundo as regras do critério humano”.

Apesar da definição legal supramencionada, é notória a inexistência de uma regulamentação jurídica específica a respeito da prova indiciária no sistema processual penal espanhol, razão pela qual, a doutrina e a jurisprudência tiveram que suprir esse vácuo legislativo<sup>236</sup>, haja vista a imprescindibilidade da prova indireta no processo penal moderno.<sup>237</sup>

De fato, a doutrina espanhola reconhece que a prova indiciária é uma espécie probatória indireta que pressupõe o “máximo rigor crítico do juiz”, em virtude dos “perigos” que podem surgir durante a sua valoração judicial. Assim, para que o julgador alcance uma convicção plena, capaz de fundamentar uma sentença penal condenatória, é necessário que haja uma apreciação cautelosa da força probatória da prova indiciária, por meio do preenchimento dos pressupostos e requisitos específicos estabelecidos pela jurisprudência espanhola.<sup>238</sup>

Interessante também, é o ponto de vista de Serra Domínguez, quando sustenta que os riscos inerentes a um eventual erro de julgamento baseado exclusivamente na prova indiciária são os mesmos da utilização da prova direta, pois “tanto é possível o

---

<sup>236</sup> (Pastor Alcoy: 1995, p. 12)

<sup>237</sup> Sobre a relevância da prova indiciária no processo penal moderno, Devis Echandía observa que “*en el proceso penal es una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos*”. (Devis Echandía: 1970, p. 615)

<sup>238</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 615)

juiz errar ao avaliar o conteúdo da declaração de uma testemunha presencial, quanto ao extrair de um ou vários indícios uma certa conclusão”.<sup>239</sup>

Assim, tendo em vista que a possibilidade de erro é inerente a qualquer julgamento, seja este fundamentado em provas diretas e/ou indiretas, a jurisprudência espanhola consolidou o entendimento no sentido da admissibilidade da utilização da prova indiciária no processo penal, sobretudo, no combate aos delitos de alta complexidade praticados pelas organizações criminosas, já que “pretender contar com prova direta da autoria, é apostar na impunidade destas condutas com uma ingenuidade inadmissível”.<sup>240</sup>

Isso porque, nem sempre é possível produzir provas diretas durante a persecução penal, ainda que se realizem muitos esforços para obtê-la. Diante disso, “prescindir da prova indiciária conduziria a impunidade de certos delitos, especialmente, daqueles praticados com particular astúcia, o que provocaria um grave sentimento de impotência social”, resultando, conseqüentemente, no descrédito do Poder Judiciário perante à sociedade.<sup>241</sup>

Desse modo, o Tribunal Constitucional da Espanha firmou posicionamento na década de 80 – que até hoje é seguido pela jurisprudência espanhola -, no qual “o direito à presunção de inocência não se opõe a que a convicção judicial em um processo penal possa ser formada com base na prova indiciária”.<sup>242</sup>

Igualmente como ocorre no sistema jurídico processual português, o fundamento primordial da admissibilidade da prova indiciária no ordenamento jurídico

---

<sup>239</sup> (Serra Domínguez: 1969, p. 710)

<sup>240</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 866/05, de 30 de junho de 2005. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 27/02/2019)

<sup>241</sup> De acordo com o teor da Sentença do Tribunal Constitucional, STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 29/05/2019)

<sup>242</sup> Conforme a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/89, de 8 de junho de 1989. O referido posicionamento também é seguido pelo Tribunal Supremo da Espanha, que já decidiu que “*la prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas, que de todas estas formas es llamada, tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para contrarrestar la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Así lo proclama el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre, y desde entonces tanto dicho tribunal como esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS n.º 557/06, de 22 de maio de 2006. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 23/03/2019)

espanhol recai sobre o sistema da livre apreciação das provas<sup>243</sup>, que possui previsão legal no artigo 741 da *LECrim*, ao dispor que “o tribunal, avaliando de acordo com a sua consciência as provas produzidas no julgamento, as razões indicadas pela acusação e pela defesa, e as declarações feitas pelos mesmos acusados, emitirá uma sentença dentro do prazo estabelecido nesta lei”.

Sublinhe-se que a discricionariedade do julgador na livre apreciação das provas é limitada pela exigência de motivação da decisão judicial, que, por sua vez, deverá exteriorizar os fundamentos de fato e de direito que conduziram o magistrado à convicção, nos termos do artigo 120, nº 3 da *LECrim*.<sup>244</sup> Ademais, além da fundamentação ter a função processual de justificar a racionalidade lógica da decisão judicial, também permite a fiscalização desta, através da interposição de eventual recurso pelas partes do processo penal.<sup>245</sup>

Note-se que, para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente para desvirtuar a presunção de inocência, a jurisprudência espanhola exige como pressuposto o desenvolvimento no processo penal de uma “atividade probatória de cargo”<sup>246</sup>, que resulte na certeza – baseada em uma altíssima probabilidade - sobre a responsabilidade penal do acusado.<sup>247</sup>

A doutrina espanhola acentua que a “atividade probatória de cargo”, necessária à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, é aquela de caráter

---

<sup>243</sup> De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, “*la libre apreciación de la prueba implica captar y valorar toda la actividad desarrollada en el proceso, de naturaleza directa e indirecta, para evitar graves impunismos, teniendo en cuenta que el delincuente actúa casi siempre tratando de evitar el descubrimiento del hecho criminal*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 29 de janeiro de 1991. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 15/08/2019)

<sup>244</sup> Segundo o artigo 120, nº 3 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, “*las sentencias serán siempre motivadas*”.

<sup>245</sup> (Montañes Pardo: 1999, p. 76)

<sup>246</sup> Sobre a necessidade de uma “atividade probatória de cargo” para que a prova indiciária possa desvirtuar a presunção de inocência, o Tribunal Constitucional da Espanha já decidiu que “*sólo la existencia de esta actividad probatoria de cargo, puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la Constitución*”. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 31/81, de 28 de julho de 1981. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 25/04/2019)

<sup>247</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha já esclareceu que “*el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado*”. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 174/1985, de 17 de dezembro. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 13/01/2019)

incriminatório, que “é capaz de conduzir o julgador, mediante um raciocínio lógico, à convicção plena a respeito da culpabilidade do acusado no fato criminoso”.<sup>248</sup>

Ressalte-se, ainda, que há entendimento consolidado, tanto do Tribunal Constitucional, quanto do Tribunal Supremo da Espanha, no sentido de que “na falta de prova direta da acusação, a prova indiciária também poderá sustentar um pronunciamento condenatório, sem menosprezo à presunção de inocência”.<sup>249</sup>

Verifica-se, portanto, que a prova indiciária é admitida pela doutrina e jurisprudência espanhola, recebendo tratamento jurídico específico e detalhado nas decisões judiciais dos tribunais superiores, em virtude do vácuo legislativo inerente à referida matéria e, também, em razão da complexidade da atividade intelectual do julgador durante a valoração dessa espécie probatória indireta.

Logo, é imprescindível que a valoração judicial da prova indiciária suficiente no processo penal seja realizada com a observância dos pressupostos e requisitos específicos estabelecidos pela jurisprudência espanhola, tema este, que vamos tratar especificamente no Capítulo IV.

#### 4) Sistema jurídico italiano

Igualmente como ocorre nos sistemas jurídicos processuais portugueses e espanhol, o ordenamento jurídico italiano também acolheu o sistema da livre apreciação das provas, que permite a valoração de todo arcabouço probatório contido nos autos, de acordo com o “*prudente apprezzamento del giudice*”.<sup>250</sup>

Dessa forma, qualquer elemento probatório produzido pelas partes do processo, em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, que seja capaz de alcançar a verdade “aproximada” dos fatos poderá ser ponderado pelo julgador

---

<sup>248</sup> (Asencio Mellado: 1986, p. 34)

<sup>249</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 15/14, de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 24/02/2019)

<sup>250</sup> O ordenamento jurídico italiano também acolheu o sistema da livre apreciação das provas, que possui previsão legal no artigo 116 do *Codice di Procedura Civile*, nos seguintes termos: “*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*”.

como um meio de prova hábil à formação da sua convicção, que, por sua vez, deverá ser sempre motivada racionalmente na decisão judicial.<sup>251</sup>

Nesse sentido, o artigo 189, nº 1 do *Codice di Procedura Penale* estabelece a liberdade dos meios probatórios, uma vez que “quando seja requerida uma prova não disciplinada na lei, o juiz poderá admiti-la se essa se mostrar idônea a assegurar o estabelecimento dos fatos e não ofender a liberdade moral da pessoa”.<sup>252</sup>

O indício é mencionado no Título I, do Livro III, do Código de Procedimentos italiano, exatamente na parte dedicada às disposições gerais relativas à prova. Embora não tenha sido inserido expressamente como um meio de prova típico, nada impede que o mesmo se constitua um meio de prova atípico, já que o *Codice di Procedura Penale* não adota um rol taxativo dos meios de prova.

Seguindo essa linha de raciocínio, parcela da doutrina italiana considera que diante do acolhimento da “livre convicção do juiz” pelo ordenamento jurídico italiano, “a força probatória dos indícios é igual a de qualquer outro elemento probatório, dependendo do nexó lógico existente entre a circunstância indiciante e o fato presumido”.<sup>253</sup>

Tal posicionamento também é seguido, há muito tempo, pela jurisprudência italiana, já que a *Corte Suprema di Cassazione* possui entendimento no sentido de que “não há razão de ser para alguma distinção entre indícios e prova, quase a estabelecer uma hierarquia quanto à sua eficácia probatória, já que de qualquer elemento o juiz pode extrair argumentos decisivos para o próprio convencimento, com a única obrigação de especificar as razões, através da motivação imune de vícios lógico-jurídicos”.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> A obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais está prevista no artigo 192, nº 1 do *Codice di Procedura Penale*, que dispõe: “*Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*”.

<sup>252</sup> O artigo 189, nº 1 do *Codice di Procedura Penale* estabelece que “*quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona*”.

<sup>253</sup> (Manzini: 1952, p. 485). Em sentido contrário, Conte, Gemeli e Licata entendem que os indícios constituem uma prova de “menor valor” em relação à prova direta. (Conte; Gemeli; Licata: 2011, pp. 23-25)

<sup>254</sup> Nos moldes da decisão da *Corte Suprema di Cassazione*, de 5 de maio de 1955. Disponível em: <[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)> (Acesso em 14/03/2019).

Ressalte-se que, diversamente do vácuo legislativo existente nos sistemas processuais português e espanhol, o *Codice di Procedura Penale* estabeleceu alguns dos requisitos necessários para a admissibilidade e valoração dos indícios como meio de prova capaz de fundamentar, por si só, uma sentença penal condenatória. Com isso, o artigo 192, nº 2 do CPP italiano prevê que “a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes”.<sup>255</sup>

Sobre o teor do artigo 192, nº 2 do CPP italiano, a *Corte Suprema di Cassazione* entendeu que o dispositivo legal enuncia, “por um lado, as características típicas da prova indiciária, e por outro, o critério da sua valoração”, concluindo que “a concordância pressupõe a existência de uma pluralidade de elementos dotados de valor probatório que entre eles convergem no sentido de um único resultado”.<sup>256</sup>

Dessa maneira, tendo em vista que a regra legal acima mencionada exige a pluralidade de indícios, depreende-se que um único indício isoladamente considerado não é suficiente para embasar uma sentença penal condenatória. Nesse sentido, a *Corte Suprema di Cassazione* já decidiu que “a prova indiciária referida no artigo 192, nº 2 do CPP italiano deve ser constituída por mais indícios, e não de um único deles, e os vários indícios, no seu conjunto, devem ser univocamente concordantes com respeito ao fato a provar, e historicamente certos e representativos de um conhecimento lógico com o fato desconhecido”.<sup>257</sup>

No que se refere à definição conceitual dos demais requisitos elencados pela legislação italiana, a doutrina esclarece que “graves” seriam os indícios “consistentes, isto é, resistentes a objeções e, portanto, críveis e convincentes”; “precisos”, são os indícios “que não são genéricos e não suscetíveis de uma interpretação diferente, possuindo verossimilhança”; e “concordantes” seriam os indícios que “não se contradizem entre eles mesmos, inclusive com outros dados ou elementos certos”.<sup>258</sup>

---

<sup>255</sup> Conforme o disposto no artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale*, “*L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordante*”.

<sup>256</sup> De acordo com a decisão da *Corte Suprema di Cassazione*, de 3 de fevereiro de 1990. Disponível em: <[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)> (Acesso em 15/03/2019)

<sup>257</sup> Nos termos da decisão da *Corte Suprema di Cassazione*, de 14 de junho de 2000. Disponível em: <[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)> (Acesso em 18/03/2019)

<sup>258</sup> (Quijano: 1999, p. 269)

Portanto, quando os indícios têm cumulativamente essas quatro características referidas – quais sejam, pluralidade, gravidade, precisão e concordância, - “podem constituir prova de um fato, desde que sejam valorados conjuntamente e em coordenação lógica”.<sup>259</sup>

É importante também, abordar a divergência existente na doutrina e jurisprudência italiana, a respeito do método de valoração judicial dos requisitos da gravidade, precisão e concordância, inerentes aos indícios no processo penal italiano.

Isso porque, há três posicionamentos diversos sobre o tema: um que sustenta que os elementos de cada indício devem ser valorados isoladamente; o outro, que representa a tese conhecida como “convergência dos múltiplos”, que defende uma avaliação global de todos requisitos conjuntamente, o que conduz o julgador a um resultado único; e, por último, uma tese intermediária que entende que os elementos devem ser apreciados em dois momentos distintos.<sup>260</sup>

De acordo com Tonini, prevalece na jurisprudência italiana a tese intermediária, na qual os indícios devem ser valorados em duas fases subsequentes. Na primeira fase, após constatada a certeza de cada indício, avalia-se a gravidade e precisão destes. Na segunda fase, todos os indícios são entrelaçados entre si, a fim de verificar se há concordância e convergência entre eles, de modo a resultar em uma

---

<sup>259</sup> (Quijano: 1999, p. 269). No mesmo sentido, (Borasi: 2013, pp. 270-271).

<sup>260</sup> Sobre essa controvérsia, Cabral explica que “tal debate, crucial na jurisprudência italiana, tem tido três respostas diferentes: uma mais garantista; uma avaliação mais elástica e teleológica e uma tese intermédia. Para os primeiros, os requisitos da gravidade; precisão e concordância devem verificar-se em relação a cada indício. Para a tese intermédia a avaliação da prova indiciária deve considerar os mesmos indícios em parte isoladamente e em parte na sua complexidade total. Mais precisamente o juízo de avaliação da prova indiciária deve acontecer em dois momentos bem distintos. No primeiro momento, ocorre a avaliação de cada um dos indícios em termos de gravidade e precisão com o que se pretende, ante do mais, que cada indício deve ser certo sobre a sua base de partida e, assim, deve estar rigorosamente provada a existência de uma circunstância indiciante; para além disso as regras de experiência comum; lógica ou científicas devem trazer à circunstância indiciante um número restrito e bem preciso de consequências devendo-se excluir da categoria de indício todas as inferências excessivamente vagas. Só depois de se ter correctamente individualizado os indícios é possível - e necessário - passar à sua avaliação em termos de concordância de forma a restringir o campo das múltiplas possibilidades a uma única certeza. A terceira tese coloca sobre um plano distinto os pressupostos e consequências. Segundo esta interpretação a prova indiciária deve emergir de uma avaliação global e unitária dos indícios: eles devem ser graves, precisos e concordantes, mas sempre numa perspectiva global, e não considerados isoladamente”. (Cabral: 2012, pp. 28-30)

única conclusão capaz de refletir a certeza do julgador.<sup>261</sup>

Face ao exposto, constata-se claramente que a doutrina e jurisprudência italiana admitem a prova circunstancial como prova plena, sendo certo que o ordenamento jurídico italiano é mais específico do que os sistemas jurídicos português e espanhol, uma vez que o *Codice di Procedura Penale* prevê expressamente a exigência de alguns requisitos específicos para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente, por si só, para ensejar uma condenação criminal no âmbito do processo penal.

## 5) Sistema jurídico brasileiro

A legislação brasileira conceituou expressamente os indícios no artigo 239 do Código de Processo Penal como “a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autoriza por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias”. De modo semelhante, o Código de Processo Penal Militar também definiu o indício em seu artigo 382 como “a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato de que não se tem prova”.

Apesar das duas regras processuais fornecerem a definição clássica de indício, é certo que ambos dispositivos legais utilizaram apenas o termo “indução”, ao detalhar a natureza do raciocínio inferencial utilizado na conexão entre o fato indicador e o fato presumido.

Embora esse debate seja estéril no âmbito prático-processual, já tivemos a oportunidade de deixar registrado que compartilhamos do posicionamento de Gianturco, quanto à natureza do raciocínio inferencial utilizado na estruturação da prova indiciária. A nosso ver, a prova circunstancial é concretizada através de uma inferência lógica de natureza dúplice, isto é, indutiva e dedutiva, haja vista a

---

<sup>261</sup> Ao esclarecer a tese intermediária, que é acolhida pela jurisprudência italiana, Tonini pondera que “antes de tudo, cada indício deve ser certo na sua base de partida, e assim deve estar provada de maneira absolutamente rigorosa a existência da circunstância indiciante (...); ainda, o indício deve ser grave, no sentido que a regra de comum experiência, lógica ou científica, deve retirar da circunstância indiciante um número restrito e bem preciso de consequências, devendo-se portanto excluir do grupo dos indícios toda as regras excessivamente vagas. Só depois de ter corretamente individualizado os indícios, é possível – e necessário – passar à sua valoração em termos de concordância, de tal modo a restringir do campo da múltipla probabilidade à única certeza”. (Tonini: 2002, pp. 58-59)

complementação recíproca dos referidos métodos de raciocínio na construção estrutural da prova indireta.<sup>262</sup>

Frise-se que a localização topográfica do conceito legal de indício no Código de Processo Penal situa-se no Título VII, que trata “Da prova”. Por essa razão, tendo em vista a clara intenção do legislador brasileiro, no sentido de inserir a definição de indício na parte do CPPB que versa sobre os meios de prova, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência consideram os indícios como um “meio de prova indireto”. Consequentemente, a prova indiciária possui valor equivalente às demais espécies de prova, sejam essas diretas ou indiretas.<sup>263</sup>

Conforme já demonstrado no presente trabalho, a equivalência probatória das provas diretas e indiretas decorre do acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema do livre convencimento motivado - também conhecido como persuasão racional ou livre apreciação das provas -, que possui como principal característica a inexistência de hierarquia *in abstracto* entre as espécies probatórias, uma vez que o peso de cada prova deverá ser avaliado concretamente pelo julgador em conjunto com todo acervo probatório produzido no bojo do processo penal.<sup>264</sup>

Diante disso, revela-se clara e cristalina a possibilidade de que a prova indiciária seja considerada uma prova plena, isto é, capaz de, por si só, ensejar a condenação ou a absolvição do acusado, como qualquer outro meio de prova produzido no processo penal.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> (Gianturco: 1958, p. 136). Nesse mesmo sentido, Dallagnol observa que “quanto à nossa lei processual penal, ao definir o indício, usa o termo indução. Na verdade, o termo é de mínima relevância, pois que no processo do conhecimento indução e dedução se completam: para chegar à premissa maior, em prova indiciária, parte-se de uma prévia indução, operando-se, posteriormente, um raciocínio dedutivo”. (Dallagnol: 2015, p. 19)

<sup>263</sup> (Nucci: 2009, p. 520). Corroborando tal entendimento, Tourinho Filho acentua que “o indício é, também, meio de prova, e tanto o é que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, e, por isso mesmo seu valor probatório é semelhante ao das chamadas provas diretas”. (Tourinho Filho, 2012: p. 400)

<sup>264</sup> O sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como “persuasão racional” ou “livre apreciação das provas” é acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuindo fundamento no artigo 93, inciso IX, da CRFB, e no artigo 155 do Código de Processo Penal. Enquanto o dispositivo constitucional preceitua que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, o CPPB dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

<sup>265</sup> Esse pensamento também reflete o posicionamento de Bonfim sobre a força probatória da prova indiciária, quando defende que “sendo meio de prova, é entendimento majoritário que os indícios poderão servir de fundamento seja à condenação, seja à absolvição do acusado”. (Bonfim: 2010, p. 406)

Tal entendimento já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, quando decidiu que “o indício vale como qualquer outra prova (...). Em cada caso concreto, cabe ao Juiz sopesar a valia desse contexto e admiti-lo como prova, à luz do art. 239 do CPPB. Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerente e concatenados, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”.<sup>266</sup>

Note-se que, para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente e capaz de, por si só, fundamentar uma condenação criminal, deverá refletir um juízo de certeza do julgador baseado na observância do *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), com a consequente superação do princípio da presunção de inocência.<sup>267</sup>

A situação acima referida é totalmente diversa dos “indícios de prova” contemplados em alguns dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, quando mencionam a expressão “indício” em seu sentido vulgar de “início de prova” ou “prova semiplena”. Nessas hipóteses legais, os indícios constituem apenas um juízo de probabilidade capaz de fundamentar decisões provisórias, de natureza cautelar, como é o caso do sequestro de bens (artigo 126 CPPB), da decretação de prisão preventiva (artigo 312 CPPB) ou, até mesmo, das decisões de pronúncia (artigo 413 CPPB) e impronúncia (artigo 414 CPPB), no procedimento relativo aos processos de

---

<sup>266</sup> Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Agravo Regimental nº 1206993/RS, julgado em 05/03/2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)> (Acesso em 15/08/2018)

<sup>267</sup> Nesse sentido, a ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal do Brasil já proferiu voto nos seguintes termos: “certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável. Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja ‘irrazoável’, inacreditável ou inverossímil”. Ação Penal nº 470/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil (Caso Mensalão). Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> (Acesso em 24/10/2018)

competência do Tribunal do Júri.<sup>268</sup>

É necessário acentuar também, que embora os indícios sejam um “meio de prova indireto”, é notório o fato de que o sistema jurídico processual brasileiro não determina qualquer procedimento ou parâmetro para a sua valoração judicial, o que contribui para a nebulosidade do tema na doutrina e jurisprudência brasileira, notadamente, no que diz respeito à omissão quanto aos pressupostos e requisitos específicos da prova indiciária suficiente, o que será analisado em momento adequado desta investigação.

Torna-se oportuno mencionar o artigo 383 do Código de Processo Penal Militar, que dispõe timidamente sobre os requisitos necessários à valoração da prova indiciária no processo penal militar. De acordo com a regra legal, “para que o indício constitua prova, é necessário: a) que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou o fato indicado; b) que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo”.

Obviamente, a complexidade inerente à subjetividade da prova circunstancial exige um regramento legislativo muito mais detalhado dessa espécie probatória indireta, de modo a orientar a atividade intelectual do magistrado, com o objetivo de reduzir o risco de erro de julgamento fundamentado na inadequada valoração da prova indiciária.

---

<sup>268</sup> A fim de evitar qualquer confusão terminológica entre “indícios de prova” e “prova por indícios”, Badaró esclarece que “o legislador, em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, valeu-se da palavra indício com significados diversos. Para a decretação da prisão preventiva é necessário que haja ‘indício suficiente de autoria’ (CPP, art. 312). No procedimento do júri, para a pronúncia deve haver, além da prova da existência do crime, ‘indícios de que o réu seja o seu autor’ (art. 408, caput). De outro lado, haverá impronúncia se o juiz não se convencer da existência de ‘indício suficiente de que seja o réu seu autor’ (art. 409, caput). Da mesma forma, para decretação do sequestro de bens bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126); quanto à hipoteca legal, exigem-se ‘indícios suficientes de autoria’ para sua inscrição (art. 134). Percebe-se, claramente, que, em todos estes dispositivos, a expressão indício não foi utilizada no sentido de uma prova indireta, isto é, de um fato provado que, por um raciocínio indutivo-dedutivo, permite inferir-se fato desconhecido. Nestes casos, indício representa uma prova mais tênue, ou, na linguagem medieval, uma prova semiplena. Ou seja, não é necessário que exista nos autos prova capaz de convencer o juiz de que o réu é autor do delito, no caso da pronúncia ou na prisão preventiva, ou de que os bens são de proveniência ilícita. Na verdade, para a decretação de uma prisão ou para a pronúncia, é necessário um início de prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique como provável a autoria, mas não será necessária a certeza da autoria”. (Badaró: 2003, p. 278)

Dessa maneira, embora o Código de Processo Penal brasileiro defina expressamente o conceito de indício e a prova indiciária seja admitida como prova plena nos julgamentos criminais, verifica-se a inexistência de regra legal específica no ordenamento jurídico brasileiro, quanto às exigências processuais da prova indiciária suficiente no processo penal. Logo, é imprescindível o urgente enfrentamento deste tema pela jurisprudência brasileira, o que, de fato, ainda não ocorreu.

## 6) Sistema jurídico norte-americano

Dentre os sistemas processuais analisados, somente o ordenamento jurídico norte-americano adota o *Common Law* como fonte do Direito, baseando-se, precipuamente, nos costumes, para fundamentar reiteradamente as decisões judiciais sobre determinado tema. No entanto, a importância da abordagem a respeito desse sistema jurídico diferenciado advém do pioneirismo do Direito anglo-saxônico, na admissibilidade e utilização da prova indiciária - também conhecida como *circumstantial evidence* - no processo penal.

Segundo a doutrina norte-americana, a *circumstantial evidence* é a “evidência ou circunstância periférica ao fato principal, que aliada à inferência lógica, resulta na comprovação da participação do suspeito no evento criminoso”. Trata-se de uma espécie probatória indireta que é imprescindível para o descobrimento da verdade “aproximada” dos fatos, haja vista que em muitos casos não existem evidências diretas do crime, sendo necessário recorrer à utilização da prova indiciária no processo penal.<sup>269</sup>

Isoladamente, um único indício é insuficiente para comprovar um fato criminoso. Contudo, vários indícios concatenados podem se consubstanciar em uma prova plena capaz de conduzir o julgador à certeza. Nesse sentido, May fornece um exemplo esclarecedor no qual A ouve um barulho alto oriundo da rua próxima à sua residência, como se fosse de uma vidraça se quebrando. Vai até o local verificar o que aconteceu e, ao chegar lá, vê a vidraça da joalheria quebrada, B se evadindo com o braço ensanguentado e deixando cair pelo caminho algumas joias furtadas. Essa

---

<sup>269</sup> (May: 2004, pp. 3-4)

pluralidade de indícios concordantes e convergentes permite ao julgador concluir, mediante um raciocínio lógico, que B é o autor do referido delito patrimonial.<sup>270</sup>

Por sua vez, Gardner e Anderson mencionam três tipos de evidência, diferenciando a *circumstantial evidence* e a evidência direta no caso concreto. Dessa maneira: 1) no tocante às declarações do suspeito, enquanto a confissão total ou parcial é uma prova direta, a simples afirmação do réu de que estava no mesmo local e horário do crime é uma evidência indireta; 2) no que tange às declarações da vítima ou testemunha, enquanto o reconhecimento pessoal em juízo identificando o réu como autor do delito é uma evidência direta, a visualização da fuga do acusado da cena do crime é uma prova indireta; 3) no que se refere às evidências materiais, enquanto a apreensão de drogas em poder do acusado é uma prova direta, as impressões digitais encontradas no local da infração penal e os vestígios de sangue na roupa do suspeito são espécies de prova circunstancial.<sup>271</sup>

A peculiaridade do sistema processual norte-americano repousa na exigência da Suprema Corte norte-americana no sentido da necessidade do Estado comprovar a responsabilidade penal do réu de acordo com o *standard* probatório “*proof beyond a reasonable doubt*”. Significa dizer, que tanto a prova direta, quanto a indireta, isoladas ou conjuntamente no processo, podem alicerçar o convencimento do julgador, sendo certo que o pressuposto de uma sentença penal condenatória é a superação de qualquer dúvida razoável eventualmente existente em favor do réu - tema este, que será abordado no capítulo IV.<sup>272</sup>

Diante disso, revela-se claro e cristalino que a prova indiciária também é admissível no sistema processual norte-americano, possuindo valor equivalente ao da prova direta. Note-se que em alguns crimes, por vezes, existirá apenas a *circumstantial evidence*, podendo essa, por si só, superar o *standard* probatório “*proof beyond a reasonable doubt*”. Em regra, os delitos nos quais inexitem provas diretas são aqueles de alta complexidade cometidos pelas organizações criminosas ou, até mesmo, um crime de homicídio doloso bem planejado.

---

<sup>270</sup> (May: 2004, pp. 5-7)

<sup>271</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 82)

<sup>272</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 80)

Nos Estados Unidos, a *circumstantial evidence* é a fonte probatória primordial nos crimes de lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais) decorrentes do tráfico de drogas, motivo pelo qual, Cabral cita alguns exemplos na jurisprudência norte-americana<sup>273</sup>, nos quais a prova indiciária foi considerada suficiente, por si só, para fundamentar a sentença penal condenatória. Nesse sentido:

a) Em *United States vs. Abbel*, 271 F.3d 1286 (11th Cir. 1001), decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem de dinheiro era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;

b) Em *United States vs. Calb*, 69 F.3d 1417 (9th Cir. 1995), entendeu-se que quando o acusado por crime de lavagem de dinheiro faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, bem como, quando o avião é modificado para acomodar estupefacientes, pode-se concluir que o dinheiro utilizado na aquisição era proveniente de tráfico de drogas;

c) Em *United States vs. Reiss*, 186 F.3d 149 (2nd Cir. 1999), a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;

d) Em casos como *United States vs. Hardwell*, 80 F.3d 1471 (10th Cir. 1996), e *United States vs. King*, 169 F.3d 1035 (6th Cir. 1999), decidiu-se que a falta de prova de proveniência dos fundos empregados era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados.

Portanto, a prova indiciária é admitida no sistema jurídico processual norte-americano, de modo que, se a mesma observar o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), poderá ser considerada uma prova plena e suficiente com aptidão para, por si só, fundamentar o convencimento do julgador no sentido de uma condenação criminal.

---

<sup>273</sup> (Cabral: 2012, p. 17)

## Capítulo III

---

### Valoração da prova indiciária no processo penal

#### 1) Valoração probatória e risco de erro de julgamento

De acordo com uma progressão lógica de raciocínio no desenvolvimento do tema deste trabalho, após a abordagem sobre a admissibilidade da prova indiciária em alguns sistemas jurídicos, é natural e coerente ingressarmos na análise subsequente da valoração desta espécie probatória indireta no âmbito do processo penal.

Nesse sentido, é certo que antes de o julgador proferir a sentença penal, é imprescindível a valoração conjunta de todo o arcabouço probatório existente no processo penal. É nesse momento processual que o juiz estabelecerá a ligação entre os meios de prova produzidos e a veracidade ou falsidade dos fatos alegados pelas partes do processo. O resultado dessa valoração conjunta das provas diretas e/ou indiretas deverá refletir, necessariamente, uma só conclusão no sentido da suficiência ou insuficiência probatória, capaz de fundamentar a condenação ou a absolvição do réu.<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Taruffo considera que os fatos alegados pelas partes no processo penal, na realidade, são hipóteses representativas de enunciados fáticos, sendo certo que no momento processual da valoração das provas, “procura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma conclusão sobre o status epistêmico final desses enunciados. Essa definição centra-se no resultado da valoração realizada pelo julgador: um enunciado de fato é provado quando, com base nos elementos de prova, considera-se verdadeiro. Assim, um enunciado de fato é verdadeiro quando devidamente demonstrado por meio das provas produzidas perante o tribunal. Do mesmo modo, um enunciado de fato é falso quando se prova inexistente tal fato. Quando um fato não é provado em razão de não haver meios de prova que o sustentem ou quando, apesar da sua existência, esses forem insuficientes para embasar uma conclusão relativa à verdade do enunciado a que se referem, tal enunciado também será considerado falso. Com efeito, quando se trata de alcançar uma decisão final positiva ou negativa acerca da veracidade dos enunciados fáticos, a prova de sua falsidade e a ausência de provas suficientes de sua veracidade são situações equivalentes”. (Taruffo: 2014, p. 130)

Note-se que a valoração conjunta das provas (diretas e/ou indiretas) no sistema da livre apreciação das provas consiste em uma atividade intelectual discricionária do magistrado, que, por sua vez, deverá sempre fundamentar adequadamente a sua livre convicção com base nas provas existentes nos autos, através da exposição na sentença penal das razões de fato e de direito que lhe conduziram a uma determinada conclusão.

No tocante à prova indiciária, é necessário que o juiz tenha máxima cautela na sua apreciação judicial, a fim de reduzir ao mínimo possível, o risco de ocorrência de erro de julgamento.<sup>275</sup> Isso porque, conforme alerta Mendes, a certeza “absoluta” sobre a veracidade de qualquer situação fática alegada pelas partes no processo penal é “pura ilusão”, em virtude da falibilidade humana na avaliação e ponderação das provas.<sup>276</sup>

Durante o procedimento de valoração da força persuasiva da prova circunstancial podem surgir equívocos quanto ao seu peso probatório (*evidentiary weight*)<sup>277</sup> em cotejo com os demais meios de prova e, até mesmo, quanto à racionalidade das inferências realizadas na conexão entre os indícios e a presunção.<sup>278</sup>

No primeiro caso, o erro de julgamento se origina de uma hipovaloração ou hipervaloração da prova indiciária em dissonância com o valor preciso e adequado desse meio de prova indireto, o que poderá influenciar na “direção” (condenação ou absolvição) a ser seguida pelo julgador na formação do seu livre convencimento.

Na segunda hipótese, a falha na apreciação da prova circunstancial advém tanto da ausência de concordância entre os indícios, quanto da falta de convergência destes para um mesmo sentido, o que poderá conduzir o magistrado a uma conclusão contraditória ou inconsistente, decorrente da utilização

---

<sup>275</sup> Nesse sentido, Dallagnol relembra “o velho brocardo inglês de que ‘os fatos não mentem’ e que, portanto, nunca é demasiado salientar, por outro lado, que as aparências nem sempre correspondem à realidade. Daí o aconselhamento de, frente à prova circunstancial, agir sempre com a máxima cautela, lembrando a pertinente admoestação de Bentham, que, ao referir-se aos indícios, recomendava ‘não fazê-los dizer o que não dizem’”. (Dallagnol: 2015, p. 65)

<sup>276</sup> (Mendes: 2019, p. 30)

<sup>277</sup> (Mendes: 2019, p. 25)

<sup>278</sup> (Taruffo: 2014, p. 104)

de uma inferência ilógica.<sup>279</sup>

Justamente em razão da perigosidade inerente à valoração da prova indiciária, a jurisprudência espanhola adverte que a condenação criminal fundamentada exclusivamente com base na prova circunstancial exige um “*plus*” na motivação, uma vez que a prova indireta envolve um “risco de maior subjetivismo” em sua valoração, o que obriga o julgador a realizar o enlace lógico entre o fato-base e o fato-consequência, mediante a explicitação na sentença penal do processo mental que o conduziu à convicção.<sup>280</sup>

Diante disso, visando reduzir a possibilidade de erro na apreciação das provas e, conseqüentemente, na prestação jurisdicional, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando métodos racionais de valoração da medida da prova, conhecidos como *standards* probatórios<sup>281</sup>, que, por sua vez, serão avaliados de acordo com os modelos de valoração probatória, quais sejam, o narrativo (*storytelling*), o probabilístico (*bayesiano*) ou o híbrido.<sup>282</sup>

Assim sendo, a seguir abordaremos os *standards* probatórios e os modelos de valoração probatória, temas esses, que são essenciais para a verificação subsequente da força probante da prova indiciária no âmbito do processo penal.

---

<sup>279</sup> De modo a evitar a errônea valoração da prova indiciária, Coelho sustenta que esse meio de prova indireto deverá ser apreciado em quatro passos subsequentes, quais sejam: “1) verificar se o indício é necessário, isto é, manifesto, levando à certeza, ou é um indício contingente, que conduz à probabilidade; 2) avaliar se foi correta a prévia indução que levou à generalidade da premissa maior, indução essa que pressupõe critérios de observação de similaridade dos dados coligidos; 3) examinar, com especial atenção e prudência, a circunstância indiciante contida na premissa menor, estabelecendo sua natureza (...) bem como, o seu conteúdo de maior ou menor probabilidade de conduzir ao fato probando, caso se trate de indício contingente; 4) apreciar, finalmente, se a conclusão é racionalmente válida e admissível, não falseando os ditames da lógica formal”. (Coelho: 1996, p. 62)

<sup>280</sup> De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, a condenação criminal baseada na prova circunstancial “*exige un plus de motivación porque en la medida que en la prueba indiciaria, como recuerda la sentencia de esta Sala nº 217/99 de 15 de Febrero, la 220/2004 de 20 de Febrero y las en ella citadas, ó la 954/2004 de 20 de Julio, hay un riesgo de mayor subjetivismo, el juez debe realizar el engarce lógico entre los hechos-base y el hecho consecuencia en términos tales que pueda verificarse el mismo, y por ello el deber de explicitación y manifestación del proceso mental que concluye en el juicio de certeza sobre la autoría debe ser exteriorizado para acreditar la ausencia de arbitrariedad en su decisión, y para que ello pueda ser verificado a posteriori cuando se cuestiona a través del recurso*”. STS nº 866/05, de 30 de junho de 2005. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 14/03/2019)

<sup>281</sup> Ressaltando a conexão entre os *standards* probatórios e a redução do risco de erro de julgamento, Mendes define os *standards* probatórios como “*critérios jurídicos que sirven para minimizar el coste esperado (expected cost) del error judicial*”. (Mendes: 2019, p. 13)

<sup>282</sup> Segundo Taruffo, os *standards* probatórios são como se fossem “guias” a serem utilizadas pelo julgador no processo decisório, objetivando a “construção de um conjunto de critérios racionais que logrem reduzir os perigos do uso indevido ou mal-entendidos nas decisões judiciais baseadas em provas circunstanciais”. (Taruffo: 2014, p. 105)

## 2) *Standards* probatórios<sup>283</sup>

Antes de proferir a sentença penal, o julgador tem a árdua “missão” de apreciar o valor probatório de todos os meios de prova produzidos pelas partes no processo, ponderando o peso e a força persuasiva de cada elemento de prova na busca da verdade “aproximada” dos fatos.

Trata-se do momento mais delicado do processo penal no qual, geralmente, se faz alusão às regras de experiência do juiz como o fator primordial inerente à racionalidade de todas as decisões judiciais. Porém, o senso comum acaba sendo um parâmetro demasiadamente impreciso para justificar o raciocínio lógico utilizado pelo magistrado na fundamentação da sentença penal.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando, cada vez mais, *standards* probatórios com o objetivo de “guiar a discricionariedade” inerente ao livre convencimento do juiz, oferecendo-lhe diretrizes mais precisas a serem utilizadas na formação da sua convicção, de modo que a decisão judicial reflita uma adequada valoração conjunta de todo o arcabouço probatório existente nos autos.<sup>284</sup>

Nesse sentido, a finalidade precípua dos *standards* probatórios é conferir ao julgador ferramentas para apreciação do peso e valor das provas, de maneira que o resultado final dessa ponderação lógica seja baseado no grau de probabilidade de ocorrência da hipótese fática alegada pelas partes no caso concreto.<sup>285</sup>

Tradicionalmente, os *standards* probatórios são aplicados na prática forense de acordo com o nível de certeza ou suficiência probatória exigível para prolação de uma determinada decisão judicial.<sup>286</sup> Isso porque, é notório que existem decisões de natureza diversa no processo penal. Assim, enquanto as decisões provisórias exigem

---

<sup>283</sup> Pereira acentua que parte da doutrina usa a terminologia “medida da prova” ou “graus de prova” para designar os *standards* probatórios. (Pereira: 2019, pp. 272-274). Também há quem designe o instituto jurídico como “modelos de constatação”. (Knijnik: 2001, p. 37)

<sup>284</sup> (Taruffo: 2014, pp. 135-137)

<sup>285</sup> (Gascón Abellán: 2010, p. 144)

<sup>286</sup> Sobre os graus de convicção, Pereira alerta sobre a existência de duas situações distintas, que, muitas vezes, são confundidas em uma só, já que existe “por um lado, o grau de prova exigido para a prova de um determinado facto (o de saber se a prova é suficiente para que o facto possa ser dado como provado) e, por outro lado, o grau de convicção do tribunal necessário para a prova de determinado facto”. (Pereira: 2019, p. 278)

um juízo de probabilidade menor, a decisão definitiva requer um juízo de maior probabilidade de comprovação do fato principal alegado pelas partes.<sup>287</sup>

Diante disso, as medidas cautelares - como por exemplo, a busca e apreensão, a prisão preventiva e o sequestro de bens - necessitam de “indícios suficientes” à decretação de tais medidas coativas, que reflitam um “juízo de probabilidade” baseado na verossimilhança dos fatos (*fumus boni iuris*) e no perigo da demora (*periculum in mora*) na concessão da medida cautelar requerida.

Por outro lado, quando a decisão judicial é fundamentada em um “juízo de certeza” – como é o caso da sentença penal – há necessidade de que a prova contida nos autos evidencie “indícios suficientes” à condenação criminal, o que, obviamente, acarretará no ônus da acusação em comprovar cabalmente a hipótese sustentada mediante um “elevadíssimo grau de probabilidade” de ocorrência do fato principal objeto da presunção.<sup>288</sup>

No tocante às espécies de *standards* probatórios, vamos abordar aquelas que, a nosso ver, podem ser compatibilizadas com o tema abordado nesta dissertação. Logo, serão analisados três modelos norte-americanos (*preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *proof beyond a reasonable doubt*) e um modelo espanhol (mínima atividade probatória), sendo que, em virtude das doutrinas e jurisprudências mencionadas neste trabalho utilizarem precipuamente os dois últimos

---

<sup>287</sup> De acordo com Albuquerque o sistema jurídico português, quando menciona os indícios, prevê implicitamente os seguintes *standards* probatórios de convencimento do juiz: “a prova além da presunção de inocência (artigo 32, nº 2 da CRP e artigo 6º, nº 2 da CEDH), os indícios fortes (artigo 27, nº 3, al. b) da CRP e artigos 200, nº 1 e 202, nº 1 do CPP); os sinais claros (artigo 256, nº 2 e 3 do CPP); os indícios fundados (artigo 174, nº 5, al. a) do CPP); os indícios suficientes (artigos 277, nº 2; 283, nº 1; 285, nº 2; 298; 302, nº 4; 308, nº 1; 391-A, nº 1, todos do CPP); a prova bastante (artigo 277, nº 1 do CPP); os indícios (artigos 1º, al. e); 171, nº 1; 174 nº 1 e 2; 246, nº 5, al. a), todos do CPP); o fundado receio (artigos 142, nº 1; 227 nº 1; 228, nº 1; 257, nº 2, al. b) do CPP); as suspeitas fundadas (artigos 58, nº 1, a); 250, nº 1; 272, nº 1 do CPP)”. (Albuquerque: 2011, p. 346)

<sup>288</sup> Sobre os graus de probabilidade inerentes aos diversos tipos de decisões judiciais, Badaró observa que “nem sempre a decisão judicial deverá ser fundada neste ‘altíssimo grau de probabilidade’. Esta situação é sempre exigível quando a decisão tiver como pressuposto a ‘certeza’ de um fato. Em todo processo de conhecimento no qual tenha havido controvérsia fática, o juiz deverá extrair das provas este ‘altíssimo grau de probabilidade’ da ocorrência dos fatos debatidos, ou então terá que se valer das regras do ônus da prova. Há casos, porém, em que o fundamento da decisão não é a certeza dos fatos. É o que ocorre, por exemplo, no caso de concessão de uma medida cautelar, para a qual se exige a probabilidade da existência de um direito ou de ocorrência de um dano. Nos casos de urgência o juiz normalmente é autorizado a decidir com base na ‘mera probabilidade’ e não na certeza (isto é, no ‘elevadíssimo grau de probabilidade’). Outro exemplo é o caso de decisões interlocutórias que se fundam em juízos provisórios, sobre os fatos debatidos, como é o caso do recebimento da denúncia ou mesmo a decisão de pronúncia. (Badaró: 2003, pp. 55-57)

métodos (*proof beyond a reasonable doubt* e mínima atividade probatória) na valoração da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, analisaremos ambos, separadamente, nos tópicos seguintes.

Relativamente aos demais *standards* probatórios (*preponderance evidence* e *clear and convincing evidence*), faremos apenas uma breve abordagem para não nos desvirtuarmos do nosso tema central.

O critério da preponderância da evidência (*preponderance evidence*) é o padrão probatório utilizado, em regra, no processo civil norte-americano e, por esse motivo, é menos exigente do que os *standards* probatórios aplicáveis especificamente ao processo penal. Segundo a doutrina, possui uma força persuasiva no convencimento do julgador, superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de comprovação do fato principal<sup>289</sup>, o que corresponderia à verossimilhança (*fumus boni iuris*) inerente à ocorrência de uma determinada hipótese fática.

Em outras palavras, esse *standard* probatório centra-se na ideia de que a tese sustentada por uma das partes se sobrepõe em relação à “realidade dos fatos” narrada pela parte adversa.<sup>290</sup> Tal método pode ser utilizado no processo penal<sup>291</sup>, nomeadamente, nas decisões provisórias de admissibilidade da acusação, como é o caso do recebimento da denúncia ou, da pronúncia do réu no procedimento do Tribunal do Júri.<sup>292</sup>

Já o critério de convencimento da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) é um *standard* probatório intermediário, uma vez que se insere entre o anterior (*preponderance of evidence*) e a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). É muito aplicado nos Estados Unidos,

---

<sup>289</sup> (Fletcher: 1997, pp. 36-37)

<sup>290</sup> (Clermont; Sherwin: 2002, p. 251)

<sup>291</sup> Frise-se que Sousa critica a utilização pelos tribunais portugueses do *standard* probatório da “probabilidade prevalecente”, em razão da sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico português, especificamente quanto às regras estampadas nos artigos 414 e 368, nº 1, do Código de Processo Civil português e artigo 346 do Código Civil português. Nesse sentido, o doutrinador alerta que “a medida da prova é uma matéria difícil e duvidosa. Há, no entanto, uma cautela mínima a observar: trata-se de evitar os perniciosos *legal transplants*, isto é, a transposição de soluções que, mesmo que possam fazer sentido em certas ordens jurídicas, não fazem sentido noutras ordens jurídicas”. (Sousa: 2019, pp. 2-3)

<sup>292</sup> Interessante pontuar o entendimento de Mendes no sentido de que “*el estándar de prueba aplicable a las exigentes de la responsabilidad penal, en cuanto condiciones de derrotabilidad de la acusación, sería el de la probabilidad preponderante*”. (Mendes: 2019, p. 152)

notadamente, em questões atinentes ao Direito de Família, correspondendo a uma força persuasiva de convicção do julgador, estruturada sobre um elevado grau de probabilidade de ocorrência do fato principal, isto é, superior a 75% (setenta e cinco por cento).<sup>293</sup>

Entendemos que o referido *standard* probatório é perfeitamente aplicável ao processo penal, desde que a sua aplicabilidade prática seja restrita à decretação de prisão preventiva, entre outras medidas cautelares caracterizadas pela provisoriedade da decisão. Isso porque, decisões judiciais que interferem nos direitos fundamentais do indivíduo - como por exemplo, a liberdade - exigem um nível mais elevado de “certeza” na formação da convicção do juiz, sob pena de serem cometidas arbitrariedades.

Por fim, a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é o *standard* probatório norte-americano mais exigente, eis que pressupõe uma força persuasiva da prova que indique uma altíssima probabilidade de ocorrência do fato principal, igual ou superior a 90% (noventa por cento). Aproxima-se, portanto, da “certeza absoluta”, que conforme vimos, é utópica no processo penal.<sup>294</sup>

Interessante também, mencionar que enquanto os *standards* probatórios norte-americanos giram em torno do grau de probabilidade de ocorrência do fato principal alegado pelas partes, por outro lado, o *standard* probatório espanhol da mínima atividade probatória se concentra na existência de “prova de cargo” com aptidão para superar o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, isto é, sem a utilização do modelo probabilístico no procedimento de formação da convicção do julgador.<sup>295</sup>

É necessário frisar ainda, que apesar do maior rigor dos *standards* probatórios da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e da mínima atividade probatória, sempre haverá algum risco (por menor que seja) de ocorrência de erro de julgamento, diante da falibilidade humana. Justamente por esse motivo, a

---

<sup>293</sup> (Clermont; Sherwin: 2002, pp. 251-252)

<sup>294</sup> (Clermont; Sherwin: 2002, p. 252)

<sup>295</sup> Ao tratar da relação íntima entre a mínima atividade probatória e o princípio da presunção de inocência, Miranda Estrampes observa que “*la doctrina de la ‘mínima actividad probatoria’ conecta directamente con dicho derecho fundamental, incidiendo de forma esencial en el régimen jurídico de la prueba en el proceso penal*”. (Miranda Estrampes: 1997, p. 123)

utilização dos *standards* probatórios mais exigentes no processo penal visa primordialmente estabelecer um norte a ser seguido pelo julgador na formação do seu livre convencimento, minimizando-se assim, a probabilidade de condenação de um inocente, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.<sup>296</sup>

Vale lembrar, que a utilização de um *standard* probatório mais rigoroso no processo penal também poderá resultar em inúmeras absolvições de culpados. Contudo, esse é o “preço” que a sociedade deverá “pagar” para que o Estado respeite integralmente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo norteados, invariavelmente, pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*.<sup>297</sup>

Face ao exposto, tendo em vista o nosso objetivo de expor no presente trabalho o método adequado de valoração da força probatória da prova circunstancial, por meio da indicação na fundamentação da sentença penal dos pressupostos e requisitos específicos necessários para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, com a observância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, analisaremos a seguir os *standards* probatórios mais rigorosos, que são utilizados no processo penal norte-americano e espanhol, quais sejam, a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e a mínima atividade probatória, respectivamente.<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> Sobre o nível de rigor dos *standards* probatórios, Ferrer Beltrán acentua que “*en buena parte esto es dependiente (...) de un juicio sobre al ratio admisible de falsas condenas y falsas absoluciones que estemos colectivamente dispuestos a aceptar. Un estándar de prueba más exigente dará lugar a un porcentaje mayor de falsas absoluciones, mientras que un estándar menos exigente producirá un número mayor de falsas condenas*”. (Ferrer Beltrán: 2007, p. 6)

<sup>297</sup> Com um posicionamento semelhante, Dennis afirma que: “*the very high standard of proof require in criminal cases minimises the risk of wrongful conviction. It means that someone whom, on evidence, the factfinder believes is ‘probably’ guilty or ‘likely’ to be guilty will be acquitted, since these judgments of probability necessarily admit that the factfinder is not sure. It is generally accepted that some at least of this acquittals. Will be of persons who are in fact guilty of the offences charged, and who would be convicted if the standard of proof were the lower civil standard of the balance of the probabilities. Such acquittals are the price paid for the safeguard provided by ‘beyond reasonable doubt’ standard against wrongful conviction. It is impossible to know the frequency of wrongful acquittals, but given the high acquittal rates generally in the Crown Court, it seems that it is almost certainty greater than the frequency of wrongful convictions. This allocation of the risk of misdecision reflects Dworkin’s claim that a wrongful conviction is a particular grave species of moral harm, one that is significantly worse than wrongful acquittal*”. (Dennis: 2002, p. 394)

<sup>298</sup> Nesse sentido, Badaró pondera que “*embora a distinção entre os standards probatórios costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a conseqüente diferenciação entre processos de naturezas distintas (por exemplo, processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos ‘modelos de constatação’ seja utilizada no processo penal com vistas a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseadas em provas ‘além de qualquer dúvida razoável’*”. (Badaró: 2011, p. 175)

## **A) Prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)**

Todo e qualquer julgamento é revestido, ao menos, por alguma dúvida existente na mente do julgador, o que se transforma em um verdadeiro dilema jurídico a ser solucionado. O momento de julgar é o ápice do livre convencimento e, por essa razão, Carnelutti afirmava que “ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo”.<sup>299</sup>

Diante disso, já que o momento de julgar é inevitável e a descoberta do “real” acontecimento dos fatos é inatingível, o juiz deverá formar o seu convencimento com base em uma hipótese de altíssima probabilidade que espelhe fidedignamente a insuficiência ou suficiência probatória, de modo a refletir um veredicto adequado, em conformidade com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No primeiro caso, a absolvição do réu se impõe, haja vista a obrigatoriedade de observância do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. No segundo caso, a suficiência probatória com aptidão para ensejar a prolação de uma sentença penal condenatória deverá ser analisada de acordo com o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).<sup>300</sup>

De origem anglo-saxônica, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* é utilizado desde o século XVII pelas cortes inglesas que, naquela época, já reconheciam que a culpa do réu nunca era estabelecida com absoluta segurança, uma vez que “o júri poderia não ter certeza da culpa do réu para além de qualquer dúvida porque uma chance sempre existia, não importa o quanto improvável, de que o réu fosse inocente”.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> (Carnelutti: 1998, pp. 606-609)

<sup>300</sup> A respeito da íntima relação entre o *standard proof beyond a reasonable doubt* e a suficiência probatória exigida para a condenação criminal do réu, Taruffo esclarece que “de qualquer forma que venha definido, portanto, o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável exprime a exigência de que a culpabilidade do imputado seja demonstrada com um altíssimo grau de confirmação, praticamente equivalente àquele da certeza”. (Taruffo: 2014, p. 295)

<sup>301</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 67)

Nos Estados Unidos, o *standard probatório proof beyond a reasonable doubt* é amplamente utilizado desde a década de 1850, especialmente nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Ressalte-se que, atualmente, a doutrina norte-americana ainda diverge quanto ao grau de certeza probatória necessário para que o julgador possa proferir uma sentença penal condenatória com a observância do *standard probatório da prova além de uma dúvida razoável*.<sup>302</sup>

O *standard proof beyond a reasonable doubt* exige um nível elevadíssimo de certeza probatória suficiente à condenação criminal, que de acordo com a doutrina norte-americana adota do *bayesianismo*<sup>303</sup> gira em torno de 90% (noventa por cento) a 99% (noventa e nove por cento).<sup>304</sup>

Por essa razão, pensamos que o princípio da presunção de inocência e o *standard da prova além de uma dúvida razoável* devem caminhar juntos e paralelamente no processo penal, em busca da obtenção da certeza probatória pelo julgador, podendo ambos serem considerados faces opostas da mesma moeda. Isso porque, se a culpa do acusado no evento criminoso não for provada além de uma dúvida razoável, a presunção de inocência impõe a absolvição; por outro lado, se a responsabilidade penal do réu pela prática do delito for provada além de uma dúvida razoável, a sua culpa passa a se sobrepor sobre a presunção de inocência.<sup>305</sup>

Dessa maneira, a rigurosidade do *standard probatório proof beyond a reasonable doubt* desempenha uma função vital no sistema processual penal norte-americano, no tocante à compatibilização do alcance do princípio da presunção de inocência no processo penal. Consubstancia-se, portanto, em uma importante ferramenta jurídica de padronização do convencimento do julgador que objetiva a redução máxima do risco de erro de julgamento.<sup>306</sup>

---

<sup>302</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 68)

<sup>303</sup> O *bayesianismo* é um modelo de valoração probatória que quantifica probabilisticamente o grau de certeza probatória na formação da convicção do julgador, tema que será abordado no tópico seguinte.

<sup>304</sup> (Fletcher: 1997, pp. 36-37)

<sup>305</sup> Com esse pensamento, Chambers Jr. defende que “*the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt are mirror images. If guilt has not been proven beyond a reasonable doubt, the presumption of innocence requires acquittal; if guilt has been proven beyond a reasonable doubt, no presumption of innocence exists*”. (Chambers Jr.: 1998, p. 672)

<sup>306</sup> (Chambers Jr.: 1998, p. 671). Consequentemente, Zuckerman e Roberts esclarecem que “*the objection to intermediate standards in criminal trials is not that they are inherently more vague than that ‘proof beyond a reasonable doubt’, but that they demonstrate insufficient commitment to avoiding wrongful conviction of the innocent, and to that extent are incompatible with the foundational principles of criminal evidence*”. (Zuckerman; Roberts: 2004, p. 366)

Nesse sentido, em 1970, a Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *In Re Winship* que o *standard* probatório da “prova além de uma dúvida razoável” é um “componente implícito do devido processo legal”, aplicando-se em todos os julgamentos criminais. Ademais, nesse precedente jurisprudencial firmou-se o entendimento de que o mencionado padrão probatório “fornece substância concreta para a presunção de inocência”.<sup>307</sup>

Note-se que um dos pontos mais controvertidos sobre o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* repousa na divergência de posicionamentos a respeito da necessidade de que antes do início do julgamento os jurados sejam instruídos acerca do alcance do significado da expressão “prova além de uma dúvida razoável” ou, se ao contrário, seria desnecessária a referida instrução, deixando o jurado valorar a prova de acordo com a sua consciência amparada na íntima convicção.<sup>308</sup>

Diante da referida controvérsia, cumpre salientar que os Estados norte-americanos ainda não possuem entendimento uniforme quanto à necessidade de explicação aos jurados, antes do início do julgamento pelo Tribunal do Júri, do alcance da expressão “prova além de uma dúvida razoável”, sendo certo que a Suprema Corte norte-americana, apesar de não obrigar tal esclarecimento, exige que quando houver a mencionada orientação aos jurados, esta deverá se adequar ao “padrão constitucional de dúvida razoável”.<sup>309</sup>

Esse “padrão constitucional” de elevadíssimo grau de suficiência probatória relativa à prova indiciária no processo penal que foi esclarecido no caso *Miller vs. Minister of Pensions*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que “se a evidência é tão forte contra um homem a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor que pode ser descartada com a frase, ‘é claro que é possível, mas não no mínimo provável’, o caso está provado para além de qualquer dúvida razoável, mas nada menos do que isso será suficiente”.<sup>310</sup>

---

<sup>307</sup> (Newman: 1993, p. 986)

<sup>308</sup> (Fernández López: 2007, p. 2)

<sup>309</sup> (Gardner; Anderson: 2010: p. 67)

<sup>310</sup> (May: 2004, pp.73-74)

Ocorre que a compatibilização da globalidade do arcabouço probatório produzido nos autos com esse padrão constitucional de prova além de uma dúvida razoável ainda continua gerando nebulosidade na compreensão do referido *standard* probatório, diante da complexidade subjetiva do “real” significado da expressão “dúvida razoável”, o que acaba acarretando a divergência de sua interpretação em cada Estado norte-americano.<sup>311</sup>

A doutrina norte-americana aponta que, inevitavelmente, a incerteza quanto ao “real” significado de “prova além de uma dúvida razoável” resulta em duas consequências paradoxais: “a condenação de pessoas que não tem culpa além da dúvida razoável, podendo poucas dessas serem inocentes; e, ao mesmo tempo, a absolvição de pessoas que possuíam culpa além da dúvida razoável, podendo muitas dessas serem de fato culpadas”.<sup>312</sup>

Não obstante, Newman observa que a explanação que é realizada mais usualmente aos jurados, nos julgamentos do Tribunal do Júri norte-americano, teve origem no caso *Posey vs. State*, quando a “dúvida razoável” foi definida como “aquela que é capaz de gerar uma razoável hesitação no agir da pessoa, quanto a uma questão importante de sua vida pessoal”.<sup>313</sup>

A nosso ver, concordamos com Gardner e Anderson quando pontuam que a noção mais clara do nível de suficiência probatória exigido pelo *standard* “*proof beyond a reasonable doubt*” é aquela que foi utilizada no *leading case* *Victor vs. Nebraska*, ocasião na qual foi realizada a seguinte instrução aos jurados, antes do início do julgamento pelo Tribunal do Júri:<sup>314</sup>

“Prova além de qualquer dúvida razoável é a prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais, não se

---

<sup>311</sup> Uma das maiores críticas doutrinárias ao “*proof beyond a reasonable doubt*” reside no fato de inexistir uma definição expressa desse *standard* probatório na legislação norte-americana, que seja aplicável de modo uniforme a todos os Estados norte-americanos. Nesse sentido, Newman sustenta que: “*rather, my point is that courts must do more than verbalize the ‘reasonable doubt’ standard in jury instructions; they must make that standard an enforceable rule of law. There are several ways that courts could move beyond the current approach to reasonable doubt*”. (Newman: 1993, p. 990)

<sup>312</sup> (Newman: 1993, p. 980)

<sup>313</sup> (Newman: 1993, p. 982)

<sup>314</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 80)

exige que a prova supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração de prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considerá-lo inocente”.<sup>315</sup>

## B) Mínima atividade probatória

A mínima atividade probatória é utilizada pela doutrina e jurisprudência espanhola como um *standard* probatório que visa avaliar se a globalidade do arcabouço probatório contido nos autos alcançou o grau de certeza probatória do julgador, suficiente à desvirtuação da presunção *iuris tantum* de inocência existente em favor do réu no processo penal.<sup>316</sup>

Trata-se de um critério racional de valoração das provas que tem por objetivo nortear a formação do convencimento do juiz, na tomada de suas decisões. Para tanto, desde a década de 1980, o Tribunal Constitucional da Espanha adota o entendimento de que é necessário para qualquer condenação criminal a compatibilização do sistema da livre apreciação das provas, estampado no artigo 741 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)*, com uma “mínima atividade probatória”

---

<sup>315</sup> A orientação realizada aos jurados naquela hipótese é amplamente utilizada até hoje nos Estados Unidos em julgamentos criminais, e reproduz exatamente o teor da Instrução nº 21 do modelo-padrão de instruções aos jurados no Tribunal do Júri, elaborado pelo Centro Judicial Federal norte-americano. (*Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions: Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States, Second Edition, January, 1987*). Disponível em: <www.fjc.gov> (Acesso em 21/04/2019).

<sup>316</sup> Sobre a natureza da presunção de inocência, Miranda Estrampes observa que “*el Tribunal Constitucional configura la presunción de inocencia como una presunción iuris tantum, esto es, como una presunción que puede ser destruida mediante la concurrencia de esa mínima actividad probatoria. Sin embargo, la doctrina, acertadamente, ha matizado dicha afirmación, señalado que en realidad la presunción de inocencia no puede considerarse como una auténtica presunción en sentido técnico-jurídico ya que no participa de su misma estructura. La presunción de inocencia debe ser situada entre las llamadas por la doctrina verdades interinas o provisionales, como, por ejemplo, la presunción de buena fé de todo poseedor salvo que se prueba su mala fé*”. (Miranda: 1997, p. 124)

que seja capaz de superar a presunção de inocência.<sup>317</sup>

Nesse sentido, dentre os requisitos exigidos pelo Tribunal Constitucional da Espanha para que a presunção de inocência possa ser desvirtuada pelo conjunto probatório acusatório contido no processo penal, são imprescindíveis as três seguintes exigências: 1) a concorrência de uma “mínima atividade probatória”; 2) que as provas produzidas tenham sido obtidas com a observância de todas as garantias processuais; 3) que haja “prova de cargo”.<sup>318</sup>

O primeiro requisito essencial à desvirtuação da presunção de inocência é a concorrência de uma “mínima atividade probatória”. Apesar da referida expressão ser amplamente mencionada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo da Espanha, a doutrina espanhola questiona a imprecisão técnica-jurídica da nomenclatura do referido *standard* probatório.

Isso porque, quando se faz alusão à “mínima atividade probatória”, não significa dizer que foi produzida durante o processo penal “ao menos uma prova suficiente à condenação criminal”, mas sim, que foram produzidas “todas as provas razoavelmente possíveis” com a capacidade de sobreporem-se em relação à presunção de inocência. Por essa razão, a doutrina espanhola acentua que a designação mais correta desse *standard* probatório seria “máxima” atividade probatória, e não “mínima”.<sup>319</sup>

Além disso, Miranda Estrampes alerta que a utilização do termo “mínima” pode conduzir o julgador, erroneamente, à “aplicação de critérios quantitativos ao fenômeno

---

<sup>317</sup> A STC nº 31/81, de 28 de julho de 1981, foi o ponto de partida para que o Tribunal Constitucional da Espanha passasse a adotar a mínima atividade probatória como o *standard* necessário à desvirtuação da presunção de inocência. Assim, ficou consignado na STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985 que “desde su Sentencia núm. 31/1981, de 28 de julio, este Tribunal ha señalado reiteradamente que si bien el juzgador dicta Sentencia «apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados» (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esta actividad probatoria de cargo, puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la Constitución”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/03/2019).

<sup>318</sup> (Asencio Mellado: 1989, p. 41)

<sup>319</sup> No tocante à imprecisão técnica-jurídica do referido *standard* probatório, Nieva Fenoll também acentua que “lo más grave es la ambigüedad del estándar. No se dice con precisión alguna en qué momento se considera suficiente la actividad probatoria de cargo realizada por un tribunal”. (Nieva Fenoll: 2016, pp. 18-20)

probatório”. Logo, quando tratamos de prova no processo penal, não devemos falar de “mínima” ou “máxima”, mas de “suficiência” ou “insuficiência” da prova para ensejar uma eventual condenação criminal.<sup>320</sup>

Já o segundo ponto exigido pelo Tribunal Constitucional da Espanha para que a valoração conjunta das provas carreadas no processo penal possa superar a presunção de inocência e, conseqüentemente, resultar em uma sentença penal condenatória, é que as provas produzidas “tenham sido obtidas com a observância de todas as garantias processuais”.<sup>321</sup>

Assim, “é preciso uma mínima atividade probatória produzida com observância das garantias processuais”<sup>322</sup>, ou seja, “sem que os meios probatórios trazidos ao processo penal tenham sido obtidos com violação aos direitos e liberdades fundamentais”.<sup>323</sup> Em outras palavras, exige-se a obediência irrestrita aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, todos inerentes aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Por fim, o último requisito imposto pelo Tribunal Constitucional da Espanha para que a força persuasiva do conjunto probatório contido nos autos supere validamente a presunção de inocência é a existência de “prova de cargo”, isto é, daquela que possa resultar na “certeza” a respeito da culpabilidade do réu no fato criminoso.<sup>324</sup>

Com relação ao significado da definição criada pela jurisprudência espanhola, a doutrina explica que “prova de cargo” é aquela “de cunho incriminatório, pela qual se infere racionalmente a participação do acusado no fato delitivo”. Dessa maneira,

---

<sup>320</sup> (Miranda Estrampes: 1997, p. 129)

<sup>321</sup> Com esse posicionamento, a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 86/95, de 6 de junho de 1995, considerou que “*el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la Sentencia condenatoria*”. STC nº 86/95, de 6 de junho de 1995. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 14/03/2019)

<sup>322</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 31/81, de 28 de julho de 1981. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/03/2019)

<sup>323</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/85, de 7 de outubro de 1985. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 23/03/2019)

<sup>324</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985, “*el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado*”. STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 28/03/2019)

a prova será “de cargo” sempre que o julgador puder extrair da mesma a plena convicção sobre a responsabilidade penal do réu no cometimento do crime.<sup>325</sup>

Interessante mencionar também, o entendimento de Cordón Aguilar, que ao conceituar “prova de cargo” realiza a conexão entre os *standards* probatórios da prova além de uma dúvida razoável e da mínima atividade probatória, ponderando que a “prova de cargo” permite ao julgador “alcançar a convicção sobre a constatação do componente fático do processo e da culpabilidade do acusado, sem margem alguma de dúvida razoável”.<sup>326</sup>

A nosso ver, concordamos com a referida conexão entre ambos *standards* probatórios, uma vez que tanto o *proof beyond a reasonable doubt*, quanto a mínima atividade probatória são ferramentas jurídicas que devem ser compatibilizadas e utilizadas, simultaneamente, pelo julgador no processo de formação do seu convencimento, que, por sua vez, sempre deverá estar em consonância com o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

### 3) Modelos de valoração probatória

Os modelos de valoração probatória constituem o método inferencial lógico pelo qual o julgador verifica e avalia a força probante das provas produzidas pelas partes no processo penal. Embora não haja uma “sistematização” uníssona sobre o tema, a doutrina costuma mencionar três tipos de modelo de valoração das provas, quais sejam, o narrativo (*storytelling*), o probabilístico (*bayesiano*) e o híbrido.<sup>327</sup>

No modelo narrativo (*storytelling*), o juiz pondera a verossimilhança das versões alegadas por cada uma das partes. Em virtude da oposição de ideias decorrentes das *stories*, o julgador determinará qual delas será preponderante, mediante a

---

<sup>325</sup> (Miranda Estrampes: 1997, p. 176). O mesmo posicionamento é acolhido por Asencio Mellado, ao defender que a existência de uma “atividade probatória de cargo” pressupõe que a mesma seja “capaz de conducir mediante un razonamiento lógico al Juez, a través de su valoración de acuerdo con las reglas del saber humano, a una convicción acerca de la culpabilidad del sujeto pasivo del proceso”. (Asencio Mellado: 1986, p. 34)

<sup>326</sup> (Cordón Aguilar: 2011, p. 160)

<sup>327</sup> (Gomes: 2016, p. 118)

exteriorização na sentença penal do raciocínio inferencial que o conduziu à sua convicção.<sup>328</sup>

Nesse diapasão, as *stories* são as narrativas processuais antagônicas sustentadas pelas partes e que representam cada fato particular inerente à globalidade do evento criminoso, organizados em uma sequência temporal formada por uma totalidade única, que é o fato principal debatido no processo penal.<sup>329</sup>

Assim, surge a seguinte indagação: como o julgador definirá a melhor tese? Essa pergunta se reflete imediatamente no “alerta” realizado por Mendes no sentido de que sempre existirá “o risco de a história mais bem contada ser a preferida, mas não ser necessariamente a verdadeira”.<sup>330</sup>

Em virtude disso, alicerçando-se em Bex *et al*<sup>331</sup>, Pereira sustenta que é imprescindível que o convencimento do juiz seja motivado nas provas existentes no processo, de modo que a fundamentação da sentença penal seja “coerente”, isto é, “consistente” (sem contradições), “plausível” (baseado em generalizações empíricas ou regras da experiência) e “íntegra” (ausência de lacunas de explicação).<sup>332</sup>

Dentre os principais motivos apontados pelos adeptos do modelo narrativo (*storytelling*) para que esse procedimento de valoração probatória seja escolhido pelo julgador, em detrimento do modelo probabilístico (*bayesiano*), está a maior coerência e simplicidade no processo de formação da convicção fundamentado naquele método.<sup>333</sup>

Por outro lado, o procedimento relativo à formação do convencimento do julgador poderá ser baseado no modelo probabilístico, que se utiliza de probabilidades

---

<sup>328</sup> (Mendes: 2014, p. 8)

<sup>329</sup> No que diz respeito à globalidade única do fato principal, Twining esclarece: “*in this formulation particularity, time, change and connectedness are all necessary ingredients. But the connections between the events which make the story a totality need not be causal*”. (Twining: 2006, p. 290)

<sup>330</sup> Em complementação, Mendes observa que “estudos empíricos assinalam que o modelo narrativo é aquele que corresponde ao processo de decisão dos jurados populares, que tendem a julgar mediante escolha entre as narrativas concorrentes da acusação e da defesa”. (Mendes: 2014, pp. 8-9)

<sup>331</sup> (Bex; Van Koppen; Prakken; Verheij: 2010, p. 132)

<sup>332</sup> (Pereira: 2013, p. 234)

<sup>333</sup> Nesse sentido, Spottswood assevera: “*story model proponents have points to a variety of factors that justify choosing one model over another. Among relevant factors, theorists have listed the quantity of evidence that is explained by a theory, the coherence of a story (both internally and with our background beliefs), and its simplicity (with simpler stories being preferable to more complicated ones*”. (Spottswood: 2013, p. 8)

matemáticas para justificar o poder persuasivo das provas contidas no processo penal. Esse modelo de valoração probatória concretiza-se através de um cálculo matemático baseado no Teorema de *Bayes* e, por essa razão, também é conhecido como modelo *bayesiano*.

De acordo com os *bayesianistas* Finkelstein e Fairley, o modelo *bayesiano* é uma técnica de quantificação do grau de certeza de um determinado fato. A partir da ponderação entre a prova fática ou não-estatística (como por exemplo, as desavenças prévias entre a vítima e o suspeito de um delito de homicídio) com a prova estatística (como por exemplo, as impressões digitais do suspeito recolhidas na arma utilizada na empreitada criminosa), alcança-se um resultado final indicativo da probabilidade a respeito da responsabilidade penal do acusado no evento delitivo.<sup>334</sup>

Apesar da existência de uma fórmula matemática específica inerente ao modelo bayesiano, não objetivamos detalhá-la nesta investigação para não desvirtuarmos o foco principal do tema abordado nesta dissertação. Contudo, em termos práticos, a utilização do modelo probabilístico (*bayesiano*) pode ser ilustrada concretamente por meio do seguinte exemplo fornecido por Nieva Fenoll: os colegas Rafael, Pierre, Camila e Fabiana reservam uma mesa para jantarem juntos em um ambiente reservado de um badalado restaurante da cidade, que possui música ao vivo todas as noites. Tenciona-se descobrir quem furtou a máquina fotográfica de Rafael quando o mesmo a deixou no centro da mesa para ir ao banheiro. Durante a sua ausência, Camila e Fabiana ficaram o tempo todo de costas para a mesa vendo o show. Por outro lado, apenas Pierre ficou posicionado de frente para mesa, enquanto Rafael não tinha voltado do banheiro.<sup>335</sup>

É certo que somente tais informações são insuficientes para concluir que Pierre é o autor do delito patrimonial. Entretanto, através da utilização do modelo probabilístico (*bayesiano*), é possível traçar uma inferência lógica que resulte em uma conclusão de elevada probabilidade de certeza probatória, no sentido de que se ninguém estranho passou pela mesa enquanto Rafael estava no banheiro, presume-se que a hipótese mais provável é que Pierre seja o principal suspeito da prática do crime, pois durante o período de ausência de Rafael, a única pessoa que

---

<sup>334</sup> (Finkelstein; Fairley: 1970, pp. 498-500)

<sup>335</sup> (Nieva Fenoll: 2010, pp. 131-136)

ficou de frente para a mesa – e, conseqüentemente, para a máquina fotográfica – foi Pierre.<sup>336</sup>

Dessa maneira, é importante ressaltar que no modelo *bayesiano* o grau de certeza probatória de uma determinada hipótese fática variará de acordo com os seguintes fatores: a) a quantidade e variedade das provas existentes no processo penal; b) o fundamento cognoscitivo das leis causais que conectam as provas com as hipóteses; c) a solidez epistemológica das provas que as confirmam; d) o número de passos inferenciais que separam as provas das hipóteses.<sup>337</sup>

No entanto, o grande problema decorrente do modelo probabilístico (*bayesiano*) é que quanto mais hipóteses são simultaneamente analisadas em uma mesma situação fática, maior é a dificuldade do cálculo a ser realizado nos moldes do Teorema de *Bayes*. Assim, quando o julgador se depara com crimes complexos, nos quais existe uma pluralidade de elementos de prova relativos à mesma hipótese fática, a complicação desse modelo de valoração probatória “chega ao ponto de produzir indigestão intelectual”.<sup>338</sup>

Em razão disso, Taruffo entende que, em regra, o nível de certeza probatória de um enunciado fático não pode ser quantificado probabilisticamente, pois, na realidade, “o grau de confirmação de um enunciado resulta de inferências lógicas que levam em consideração a quantidade e qualidade das provas disponíveis a respeito de um determinado enunciado, seu grau de fiabilidade e sua coerência”.<sup>339</sup>

Por sua vez, Zuckerman e Roberts também criticam a imposição de graus probabilísticos relativos à suficiência probatória do *standard proof beyond a reasonable doubt*, já que alguns estudiosos procuram diferenciar percentuais muito

---

<sup>336</sup> (Nieva Fenoll: 2010, pp. 131-136)

<sup>337</sup> (Gascón Abellán: 2005, p. 138)

<sup>338</sup> Nesse sentido, Gascón Abellán pondera que “*la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar una sola prueba que versa directamente sobre la hipótesis a probar, que es además una hipótesis simple, pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante, al punto de producir ‘indigestión intelectual’, cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la pluralidad de elementos de prueba relativos a la misma hipótesis, la cascaded inference o la prueba de una hipótesis referente a un hecho complejo*”. (Gascón Abellán: 2010, p. 149)

<sup>339</sup> Isso porque, sob o ponto de vista de Taruffo - o qual concordamos -, o procedimento de valoração probatória realizado pelo julgador no ato de julgar se baseia em “uma análise racional que se funda em argumentos e contrargumentos, em valorações e comparações, para ao final se determinar qual é o grau de fundamentação racional que corresponde a esse enunciado”. (Taruffo: 2010, pp. 247-248)

próximos, entre 90% (noventa por cento) a 95% (noventa e cinco por cento), inerentes à aplicabilidade prática processual do padrão probatório da prova além de uma dúvida razoável, nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri norte-americano.<sup>340</sup>

Sobre o modelo *bayesiano*, pensamos que a imposição de uma quantificação probabilística muito precisa a respeito da ocorrência de um determinado fato é inalcançável na prática jurídica processual, tendo em vista a subjetividade dos pensamentos existentes na mente de qualquer julgador. Desse modo, é essencial salientarmos as ponderações de Wigmore ao sustentar que “não há ninguém que tenha inventado ou descoberto uma maneira de medir precisamente o grau de intensidade da crença humana”.<sup>341</sup>

Todas as críticas acima referidas demonstram de forma clara e cristalina a dificuldade na adoção do modelo *bayesiano* como único procedimento de valoração probatória a ser utilizado pelo julgador no momento da formação do seu convencimento. Não significa dizer, que o método probabilístico é inútil, já que as probabilidades são utilizadas com pleno êxito na apreciação das provas científicas, como é o caso do exame de DNA, que costuma apontar uma elevadíssima probabilidade e exatidão em seus resultados.<sup>342</sup>

Há ainda, o modelo híbrido, de cunho argumentativo-narrativo, que visa compatibilizar os modelos narrativo (*storytelling*) e probabilístico (*bayesiano*), levando-se em consideração no procedimento de valoração probatória do julgador, simultaneamente, as *stories* e os argumentos probabilísticos. Segundo Pereira, a teoria híbrida desenvolvida por Bex<sup>343</sup> reconhece a interação entre a “evidência”, os

---

<sup>340</sup> Nessa linha de raciocínio, ao abordarem o procedimento de formação da convicção dos jurados nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri norte-americano, Zuckerman e Roberts pontuam que: “*very precise quantification, seeking to differentiate 90 per cent from 95 per cent certain, for example, obviously ruled out on pragmatic grounds: Such precision could never be achieved in practice, given the inherent subjectivity of individual jurors confidence levels*”. (Zuckerman; Roberts: 2004, pp. 365-366)

<sup>341</sup> (Wigmore: 1985, § 2497)

<sup>342</sup> Com esse entendimento, Gascón Abellán afirma que “*todas estas críticas ponen de manifiesto la dificultad de fundar en el modelo bayesiano una teoría general de valoración de la prueba, lo que no impide que en ciertos ámbitos (por ejemplo, en la valoración de las pruebas científicas) pueda resultar de utilidad. En cualquier caso, las críticas aludidas no invalidan un uso didáctico del modelo, en cuanto fórmula apta para simplificar – sobre la base del derecho probatorio vigente en el sistema – la resolución de problemas inherentes al law of evidence*”. (Gascón Abellán: 2010, p. 150)

<sup>343</sup> (Bex: 2011, p. 100)

“argumentos” e as “*stories*”, solucionando-se a maioria dos problemas relacionados à utilização de cada modelo probatório, de forma isolada.<sup>344</sup>

Obviamente, sempre prevalecerá no processo penal “uma só verdade”, à qual deverá ser encontrada pelo julgador e exteriorizada fundamentadamente na sentença penal. Porém, a probabilidade estatística também desempenha um papel essencial no processo penal, especificamente no que tange à precisão decorrente de algumas provas científicas, como é o caso do exame de DNA.

Portanto, a nosso ver, os modelos de valoração probatória, seja o narrativo ou o probabilístico, podem e devem ser utilizados simultaneamente no processo penal, de modo que ambos possam complementar-se reciprocamente, servindo como uma ferramenta útil ao julgador no momento de tomada das decisões, notadamente, no que diz respeito à ponderação final do poder persuasivo da globalidade do arcabouço probatório contido nos autos.<sup>345</sup>

#### **4) Força probatória dos indícios no processo penal (*weight of evidence*)<sup>346</sup>**

Uma das principais características do sistema do livre convencimento motivado - também conhecido como livre apreciação das provas ou persuasão racional - é a inexistência de hierarquia *in abstracto* entre as provas produzidas no processo penal, sejam estas diretas ou indiretas.<sup>347</sup> Por essa razão, o ato de julgar exige do magistrado a avaliação e ponderação concreta do valor de cada elemento de prova, de maneira que prevaleça ao final do processo penal o peso probatório da tese acusatória ou defensiva.

---

<sup>344</sup> (Pereira: 2013, pp. 234-235)

<sup>345</sup> Sobre a utilização dos modelos de prova no processo penal, Pereira alerta que “*ninguno de ellos es propiamente ‘la realidad’ ya que todos ellos realizan una selección, en la medida en que dan relevancia a algunos aspectos en detrimento de otros*”. (Pereira: 2019, p. 82)

<sup>346</sup> A expressão é originária do sistema jurídico norte-americano (*evidentiary weight*), sendo também conhecida por “peso probatório dos indícios”. (Mendes: 2019, p. 20)

<sup>347</sup> Isso porque, de acordo com Manzini, “*la fuerza probatoria de los indicios es igual a la de cualquier otro elemento de prueba, y la misma dependerá del mayor o menor nexo lógico entre el indicio y el hecho a probar*”. (Manzini: 1952, pp. 485-486)

Nesse sentido, a tese com maior credibilidade e verossimilhança será aquela que espelhar a verdade “aproximada” do fato criminoso. Assim, é essencial que o julgador determine o valor probatório de cada elemento de prova, sendo certo que no caso das provas diretas, em virtude destas possuírem relação direta e imediata com o fato principal, é bem menos complicado aferir o grau de veracidade inerente às hipóteses delas extraídas.<sup>348</sup>

Por outro lado, a apreciação do peso probatório das provas indiretas consiste em uma atividade intelectual muito mais complexa para o juiz, haja vista a imprescindibilidade de realização de uma inferência lógica com o fim de conectar precisamente o indício (*factum probans*) ao fato presumido (*factum probandum*), de forma que o primeiro seja capaz de embasar uma conclusão lógica a respeito do último, residindo exatamente nesse ponto, a essência da prova indiciária.<sup>349</sup>

Segundo essa linha de raciocínio, para que uma sentença penal seja adequada ao caso concreto, é de extrema relevância a prévia verificação da força probatória dos indícios (*weight of evidence*), que, por sua vez, é “altamente variável”<sup>350</sup> e está intimamente ligada ao “grau de confirmação lógica e epistêmica que esses podem conferir ao enunciado acerca do fato principal”.<sup>351</sup> É justamente esse nível de credibilidade probatória que representará o valor das provas indiretas existentes no processo penal.

Note-se que, segundo Bentham, “dizer que um fato prova mais ou menos com relação ao fato principal, é dizer que este fato tem mais ou menos conexão com o fato principal”.<sup>352</sup> Consequentemente, a demonstração da força probatória dos indícios no caso concreto ocorrerá em razão do grau de ligação entre o *factum probans* e o *factum*

---

<sup>348</sup> (Taruffo: 2014, p. 137)

<sup>349</sup> (Taruffo: 2014, p. 138)

<sup>350</sup> (Zuckerman; Roberts: 2004, pp. 182-183). Sobre o tema, recorde-se Albuquerque, quando afirma que o sistema jurídico português prevê diversos graus de convicção do julgador, inerentes ao poder persuasivo dos indícios no processo penal: “a prova além da presunção de inocência (artigo 32, nº 2 da CRP e artigo 6, nº 2 da CEDH); os indícios fortes (artigo 27, nº 3, al. b) da CRP e artigos 200, nº 1 e 202, nº 1 do CPP); os sinais claros (artigo 256, nº 2 e 3 do CPP); os indícios fundados (artigo 174, nº 5, al. a) do CPP); os indícios suficientes (artigos 277, nº 2; 283, nº 1; 285, nº 2; 298; 302, nº 4; 308, nº 1; 391-A, nº 1, todos do CPP); a prova bastante (artigo 277, nº 1 do CPP); os indícios (artigos 1, al. e); 171, nº 1; 174 nº 1 e 2; 246, nº 5, al. a), todos do CPP); o fundado receio (artigos 142, nº 1; 227 nº 1; 228 nº 1; 257, nº 2, al. b) do CPP); as suspeitas fundadas (artigos 58, nº 1, a); 250, nº 1; 272, nº 1 do CPP)”. (Albuquerque: 2011, p. 346)

<sup>351</sup> (Taruffo: 2014, pp. 137-138)

<sup>352</sup> (Pastor Alcoy: 1995, p. 27)

*probandum*, de maneira que o resultado natural dessa conexão seja uma conclusão racional e lógica amparada na prova indiciária.<sup>353</sup>

Em outras palavras, significa dizer que “a maior ou menor força probatória do indício depende do maior ou menor nexo lógico que exista entre aquele e o fato desconhecido que se pretende demonstrar”.<sup>354</sup> Em virtude disso, costuma-se afirmar que os indícios “não se contam, mas sim, se pesam”, sendo indispensável que a pluralidade de indícios produza a certeza probatória no interior da mente do julgador.<sup>355</sup>

Para tanto, os indícios devem ser graves, precisos e concorrerem harmonicamente, convergindo para uma mesma direção. Tais características são consideradas como requisitos essenciais da prova indiciária suficiente à condenação criminal pelas doutrinas e jurisprudências portuguesa e espanhola, e serão abordadas detalhadamente no próximo capítulo.

Interessante mencionar ainda que, no tocante à força probatória dos indícios, o poder persuasivo da prova indireta variará de acordo com o número de passos inferenciais necessários à concretização da prova indiciária representativa do fato presumido. Nesse diapasão, quanto mais passos inferenciais existam entre as evidências e o fato principal, menor será a força probatória dos indícios. Ao contrário, quanto menos passos inferenciais existam entre o fato indiciário e o fato presumido, maior será a força probatória dos indícios.<sup>356</sup>

Por fim, vale lembrar que os indícios também são classificados doutrinariamente quanto à sua força probatória, podendo ser necessários ou contingentes. Enquanto os necessários são aqueles que resultam em uma conclusão de altíssima probabilidade - próxima à “certeza” - sobre o fato principal que se pretende comprovar

---

<sup>353</sup> (Bentham: 1825, pp. 206-207)

<sup>354</sup> (Moura: 2009, p. 84)

<sup>355</sup> (Moura: 2009, p. 91)

<sup>356</sup> (Bentham: 1825, p. 209 e pp. 363-365). Sobre a prova indiciária “em cascata”, que é aquela obtida a partir de uma pluralidade de inferências subseqüentes e convergentes, Taruffo aponta que “o valor probatório final atribuído às provas em cascata depende de todos os elos incluídos na cadeia de inferências que liga o *factum probans* ao *factum probandum*, levando em consideração o fato de que quanto maior for a cadeia, menor será o valor probatório resultante; ainda, que a força total da cadeia de inferências não pode ser maior do que a força do elo mais fraco”. (Taruffo: 2014, pp. 137-138)

(*factum probandum*), os contingentes culminam em hipóteses conclusivas de menor ou maior probabilidade, dependendo do caso concreto.<sup>357</sup>

Em regra, os indícios necessários possuem maior força probatória, ao passo que os indícios contingentes poderão ser dotados de maior ou menor peso persuasivo na formação da convicção do julgador, de acordo com o grau de conexão lógica entre o *factum probans* (indícios) e o *factum probandum* (presunção judicial).

No próximo capítulo, no qual serão abordadas as exigências da prova indiciária suficiente no processo penal, tanto os indícios necessários, quanto os contingentes servirão como elementos probatórios suficientes/insuficientes capazes de, conjuntamente, guiarem o livre convencimento motivado do juiz, no sentido da condenação ou da absolvição do réu.

---

<sup>357</sup> Com relação aos indícios contingentes, Coelho explica que “a maior ou menor probabilidade de fortalecer o convencimento está em função direta entre a maior ou menor conexão do fato conhecido (*factum probans*) com o fato a ser provado (*factum probandum*), conexão esta decorrente do princípio da causalidade (causa e efeito)”. (Coelho: 1996, p. 151)

## Capítulo IV

---

### Exigências da prova indiciária suficiente no processo penal

#### 1) A suficiência probatória da prova indiciária no processo penal

Depois de analisarmos a admissibilidade e a valoração da prova indiciária no processo penal, chegamos no momento adequado para o enfrentamento do problema jurídico tratado nesta dissertação com a demonstração da respectiva solução fornecida pela doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Com esse objetivo, acentua-se que a doutrina aponta que a “verdadeira transformação” da prova indiciária no cenário jurídico mundial adveio com o acolhimento global – tanto dos países que utilizam o *Civil Law*, como daqueles que acolhem o *Common Law* – do sistema da livre apreciação das provas, no qual o julgador é dotado de liberdade para formar a sua convicção, motivadamente, com base no arcabouço probatório produzido nos autos, inexistindo qualquer hierarquia legal predeterminada entre os meios de prova contidos no processo penal, sejam esses diretos e/ou indiretos.<sup>358</sup>

Consequentemente, a ausência de subordinação *in abstracto* entre os meios probatórios diretos e indiretos permite ao julgador ponderar livremente o valor de cada prova produzida no contexto processual, diante das peculiaridades do caso concreto, de modo que a sentença penal possa ser fundamentada no resultado final da respectiva ponderação probatória.

---

<sup>358</sup> No tocante à evolução da força probatória da prova indiciária no Direito Moderno, Gianturco explica que “*la verdadera transformación de esta prueba en el derecho moderno ocurrió cuando, gracias a la libertad que se dio al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sicología, de la lógica y de la experiencia, se le reconoció la calidad de plena o completa, suficiente para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados, lo mismo en el proceso penal que en el civil o en otro cualquiera*”. (Gianturco: 1958, pp. 8-9)

Em razão disso, nada obsta que a prova indiciária seja considerada uma prova “plena” na formação do livre convencimento do magistrado.<sup>359</sup> Esclareça-se, desde já, que consideramos prova “plena” aquela que é suficiente para, por si só, ensejar a certeza do julgador, no sentido da condenação ou absolvição do réu. É justamente o potencial da prova indiciária alcançar a plenitude da convicção do julgador no processo penal que motivou a nomenclatura desta dissertação.

A nosso ver, quando o processo penal carece de provas diretas do crime, a prova indiciária eventualmente existente só comporta duas alternativas opostas e óbvias: ou a mesma é insuficiente e, conseqüentemente, acarretará a absolvição do acusado; ou, por outro lado, a prova indiciária é suficiente e, em decorrência disso, constitui-se em prova “plena” com aptidão para lastrear uma condenação criminal.<sup>360</sup>

Com relação à capacidade da prova indiciária ser suficiente para, por si só, fundamentar uma condenação criminal, as jurisprudências espanhola e portuguesa caminham juntas no mesmo sentido, pois “há de se reconhecer a possibilidade de que a partir da prova de indícios o órgão judicial deduza racionalmente a veracidade dos fatos não provados diretamente em juízo oral”<sup>361</sup>, já que, “a prova indiciária possui a mesma aptidão e eficácia da prova direta, para o fim de desvirtuar o princípio da presunção de inocência”.<sup>362</sup>

O Tribunal Constitucional da Espanha acolhe o entendimento de que “à falta de prova direta de acusação, a prova indiciária é válida para enfraquecer a presunção de inocência sempre que exista uma mínima atividade probatória realizada com as

---

<sup>359</sup> Sobre a possibilidade da prova indiciária constituir-se em prova plena com capacidade para, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória, Devis Echandía assevera que “*la doctrina moderna ha sabido colocarla en su correcta posición de prueba principal, al lado de las otras ya estudiadas, a medida que mejoró la técnica de investigación y se precisaron sus requisitos, su naturaleza y los principios fundamentales para su valoración*”. (Devis Echandía: 1970, p. 615)

<sup>360</sup> Nesse sentido, Hamilton pondera que “o fato de, no processo, existir, somente, prova indiciária, amparando acusação, por si só, não impede o juiz de condenar o imputado. Quando em jogo o indício, como, de resto, quando em exame qualquer outra prova, cabe ao julgador após acurada análise da instrução probatória, indagar, apenas, se a prova recolhida é suficiente para a condenação, pois, muitas vezes, prova pode haver, mas frágil, pouco convincente, contraditória e, pois, impeditiva de uma condenação”. (Hamilton: 1998, p. 41)

<sup>361</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 175/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)> (Acesso em 17/01/2019)

<sup>362</sup> De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 416/09, de 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 22/05/2019)

garantias necessárias, referida a todos os elementos essenciais do delito, da qual se possa inferir razoavelmente os fatos e a participação do acusado nos mesmos”.<sup>363</sup>

Com o mesmo posicionamento sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já se pronunciou reiteradas vezes sobre a valoração da suficiência probatória da prova indiciária, apontando que “o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova direta do fato, como em prova indiciária da qual se infere o *factum probandum*, não estando excluída a possibilidade do julgador, face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta por si só conduzir à sua convicção”.<sup>364</sup>

Nesse sentido, se a prova indiciária suficiente é capaz de, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória, é necessário que o julgador redobre a sua atenção no momento de valorá-la, de maneira a reduzir ao máximo a possibilidade de ocorrência de erro de julgamento motivado por uma “apreciação descompromissada”<sup>365</sup> da referida prova indireta.<sup>366</sup>

Isso porque, diante do elevado grau de subjetividade da prova indiciária<sup>367</sup>, para que lhe seja outorgada a qualidade de prova “plena”, é exigível o “máximo rigor crítico” na valoração de sua força probatória no processo penal<sup>368</sup>, haja vista os “riscos e perigos” dela decorrentes.<sup>369</sup>

---

<sup>363</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 133/11, de 18 de julho de 2011. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.es> (Acesso em 17/01/2019)

<sup>364</sup> Conforme o teor do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P2279, julgado em 05/07/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 27/04/2018).

<sup>365</sup> Quando nos referimos ao termo “apreciação descompromissada”, tenciona-se abranger as situações processuais concretas nas quais o julgador valora uma prova indiciária como suficiente à condenação criminal, sem a observância dos pressupostos e requisitos inerentes a esta espécie probatória indireta.

<sup>366</sup> A respeito da possibilidade de ocorrência de erro nos julgamentos baseados exclusivamente na prova indiciária, Miranda Estrampes lembra que a prova direta também está sujeita à ocorrência de equívocos em sua valoração judicial. (Miranda Estrampes: 1997, p. 224)

<sup>367</sup> Sobre a subjetividade decorrente da prova indiciária, Pastor Alcoy acentua que “*la denominada prueba de indicios es la más subjetiva de todas ellas, pues en ella se hace mucho más presente el proceso mental del Juzgador, que la objetividad de las pruebas directas*”. (Pastor Alcoy: 1995, p. 17)

<sup>368</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 615)

<sup>369</sup> Com esse entendimento, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu na STC 169/86 que “*el problema, la dificultad y el peligro surgen con la prueba indirecta, la más típica la de presunciones. Hace entrada en ella la subjetividad del Juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de un modo coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes*”. STC nº 169/86, de 22 de dezembro de 1986. Disponível em: <www.boe.com.es> (Acesso em 28/04/2019)

Dessa maneira, torna-se imprescindível que na valoração judicial da prova indiciária seja realizado um “enlace lógico” entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (fato presumido), de modo que o resultado do raciocínio inferencial do julgador reflita uma conclusão “racional” e “nunca arbitrária”.<sup>370</sup>

Embora a avaliação criteriosa da suficiência probatória da prova indiciária não seja normalmente visualizada na jurisprudência brasileira, os tribunais espanhóis e portugueses apreciam a força probatória da prova por indícios de forma específica e detalhada, com o fim precípua de conferir maior segurança jurídica na sua aplicabilidade prática processual, legitimando a fundamentação da sentença penal nela baseada.

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos afirmar com base nas jurisprudências portuguesa e espanhola que a prova indiciária só será “suficiente” ou “plena”, se forem observados os pressupostos e requisitos específicos estabelecidos pelas reiteradas decisões judiciais dos tribunais superiores portugueses e espanhóis, já que, em regra, a maioria dos ordenamentos jurídicos possui um vácuo legislativo a respeito desse tema, não contemplando expressamente o procedimento e os critérios a serem utilizados pelo julgador na valoração da referida espécie probatória indireta, como ocorre com os sistemas jurídicos processuais penais analisados anteriormente, quais sejam, o português, o espanhol, o italiano, o brasileiro e o norte-americano.

Portanto, ao longo deste capítulo, pretendemos expor “da melhor maneira possível”, o procedimento de valoração judicial da prova indiciária suficiente a ser utilizado pelo julgador como um “norte a ser seguido”, quando este se depara com a seguinte dúvida existente no interior da sua mente no momento do julgamento: a prova indiciária produzida no bojo do processo penal pode ser considerada, por si só, suficiente à condenação criminal do acusado? Quais são os parâmetros ou critérios de suficiência probatória que deverão legitimar a formação do convencimento do juiz baseado exclusivamente na prova indiciária?

Frise-se que a expressão “da melhor maneira possível” se justifica em virtude das jurisprudências portuguesa e espanhola não serem unânimes – apesar de serem

---

<sup>370</sup> Nos termos das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha de 24 de abril de 1995 e 9 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 22/05/2019)

convergentes - quanto aos pressupostos e requisitos específicos inerentes à prova indiciária suficiente, não havendo, portanto, uma “única receita de bolo” a ser seguida pelo julgador no momento da formação da sua convicção.

Contudo, diante do avanço das jurisprudências portuguesa e espanhola quanto à valoração da prova indiciária suficiente no processo penal, será possível realizarmos uma compilação dinâmica dos critérios mais utilizados pelos tribunais dos referidos países ibéricos, de modo que se possa extrair um caminho claro e objetivo a ser seguido pelo julgador na apreciação da suficiência probatória da prova circunstancial, em consonância com os direitos e garantias fundamentais, especialmente, no tocante à presunção de inocência e ao devido processo legal, que se concretizam efetivamente por meio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

Face ao exposto, vamos abordar nos tópicos seguintes os pressupostos e requisitos específicos necessários para que a prova indiciária possa ser considerada “suficiente” ou “plena”, por si só, para embasar uma sentença penal condenatória adequada ao caso concreto.

## **2) Pressupostos da prova indiciária suficiente**

O objetivo primordial do processo penal é a descoberta da verdade “aproximada” dos fatos com o fim de garantir ao réu um julgamento adequado com a observância dos direitos fundamentais do indivíduo. Dentre esses, aquele que mais se sobressai diante do conflito entre a pretensão punitiva Estatal e a liberdade individual é, indubitavelmente, o direito do acusado ser considerado inocente até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor.

Tendo em vista a mencionada meta relativa a um processo penal equânime, considera-se pressuposto deste todo elemento probatório necessário e suficiente para se alcançar a comprovação plena da materialidade e autoria do fato criminoso. Nesse sentido, o pressuposto essencial para um julgamento adequado é o respeito absoluto à presunção de inocência. Consequentemente, para que a prova indiciária seja considerada suficiente a ensejar uma condenação criminal, é imprescindível que a mesma seja capaz de superar o obstáculo imposto por este princípio constitucional.

Note-se, contudo, que a presunção de inocência tem sido visualizada no Direito Moderno sob o ângulo do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt*, isto é, a responsabilidade penal do acusado deve ser provada “além de qualquer dúvida razoável”, de modo que somente a presença de uma dúvida robusta na mente do julgador, a respeito da participação do réu no evento delitivo, culminará, inexoravelmente, na prevalência da presunção de inocência em detrimento da pretensão punitiva Estatal.<sup>371</sup>

A nosso ver, o melhor método de interpretação do alcance do princípio da presunção de inocência é aquele que utiliza o *standard proof beyond a reasonable doubt* como parâmetro de suficiência probatória, uma vez que ambos preceitos são “reflexos de uma mesma imagem”, caminhando lado a lado em prol de um julgamento adequado em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, se a culpa do acusado no evento criminoso não for provada além de qualquer dúvida razoável, a presunção de inocência impõe a absolvição do réu. Por outro lado, se a culpa do acusado pela prática do delito for provada além de qualquer dúvida razoável, a presunção de inocência não subsistirá, cedendo espaço à força condenatória do arcabouço probatório produzido no processo penal.<sup>372</sup>

É bom lembrar que o Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar a todos acusados um processo penal pautado nos direitos fundamentais, visando, acima de tudo, prestigiar o protagonismo processual do princípio da presunção de inocência. Por essa razão, o encargo relativo à comprovação da responsabilidade penal do acusado repousa exclusivamente “nos ombros” da parte acusatória, ou seja, do Ministério Público.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> Com esse posicionamento, Moro acentua que “a análise histórica e do Direito Comparado permite vincular a presunção de inocência à questão probatória, sendo possível identificá-la com o *standard* de prova no sentido de que a prova da responsabilidade criminal deve ser acima de qualquer dúvida razoável. O *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável é o ‘núcleo duro da presunção de inocência’”. (Moro: 2010, p. 148).

<sup>372</sup> (Chambers Jr.: 1998, p. 672)

<sup>373</sup> Nesse sentido, Cordón Aguilar assevera que “*en el proceso penal, derivado del derecho a la presunción de inocencia, es a la parte acusadora a la que incumbe la prueba sobre la culpabilidad del procesado, pues éste, por reconocimiento constitucional, se presume inocente desde antes del inicio de la causa, siendo precisamente dicha presunción la que por medio de la actividad probatoria de la acusación debe ser legítimamente destruida para hacer factible la emisión de una sentencia de condena*”. (Cordón Aguilar: 2012, p. 195).

Trata-se da regra processual relativa à distribuição do ônus da prova no processo penal (*burden of proof*).<sup>374</sup> Nesse diapasão, enquanto caberá ao Ministério Público a comprovação da materialidade e autoria do fato criminoso exposto na ação penal, ficará a cargo da Defesa comprovar uma eventual alegação de negativa de autoria (álibi), bem como, excludentes de ilicitude e culpabilidade porventura existentes em favor do réu.<sup>375</sup>

Recorde-se ainda, que a Constituição da República Federativa do Brasil designa expressamente o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.<sup>376</sup> Conseqüentemente, a sua atuação processual penal deverá ser sempre pautada por uma “estrita objetividade jurídica”, de maneira que haja a compatibilização simultânea das suas funções institucionais de *dominus litis* e *custos legis*.<sup>377</sup>

Significa dizer, portanto, que uma das funções mais marcantes do Ministério Público, que é a defesa da sociedade, obriga-o a produzir todas as provas processuais

---

<sup>374</sup> Sobre a distribuição do ônus da prova no processo penal (*burden of proof*), May esclarece: “*the expression ‘burden of proof’ is used in two senses in a criminal trial: a) the obligation on the prosecution to prove all the facts necessary to establish the guilt; and b) the obligation on either prosecution or defense to establish the facts upon a particular issue. In the first sense, it is known as the ‘persuasive’ or ‘legal’ burden, meaning the duty of persuading the tribunal of fact, in this case, the jury or justices. In the second sense, the burden is called ‘evidential’, meaning the burden of adducing evidence. The expression is also used to describe the duty of establishing the admissibility of evidence.*” (May: 2004, p. 55).

<sup>375</sup> (Vishinski: 1957, p. 131). Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Tourinho Filho observa que “se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor*. (...) Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade”. (Tourinho Filho: 2012, p. 245).

<sup>376</sup> Nos moldes do artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>377</sup> Sobre o protagonismo do Ministério Público no processo penal, Dias pontua que “a posição jurídica do Ministério Público no processo penal se define em concordância com os princípios aplicáveis no domínio da administração da justiça; trata-se de um órgão autônomo desta administração – autônomo, no sentido de independente dos tribunais, embora com eles material e funcionalmente conexas, e dotado de uma estrutura e organização próprias – cuja atividade se não deixa reconduzir exatamente nem à função executiva comum, nem à função judicial. (...) O principal conteúdo de sentido que se retira da caracterização do Ministério Público como órgão de administração de justiça é assim a sua incondicional submissão aos valores da descoberta da verdade e da realização da justiça, daqui decorrendo a exigência de que, em todas as suas intervenções no processo penal, obedeça a critérios de estrita objetividade jurídica”. (Dias: 2004, p. 368)

possíveis em prol da realização da Justiça Penal<sup>378</sup>, ou seja, “não só de tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também, de todos os indícios de sua inocência ou de sua menor culpa”.<sup>379</sup>

Destarte, abordaremos em seguida os dois pressupostos que entendemos ser essenciais à constituição, não somente, de uma prova indiciária suficiente, mas também, de qualquer arcação probatório robusto - seja esse composto de provas diretas, indiretas, ou de ambas - com aptidão para fundamentar uma condenação criminal no processo penal.

Por fim, ressaltamos que tais pressupostos, se complementam e se compatibilizam reciprocamente, pois, em nosso entendimento, a superação do princípio da presunção de inocência deverá ser concretizada processualmente através da observância do *standard* probatório norte-americano da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).

## A) Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência do acusado é o “princípio chave” de qualquer sistema jurídico democrático, sendo que a sua superação através da suficiência probatória no processo penal é o pressuposto necessário a qualquer sentença penal condenatória.<sup>380</sup> Desde o seu surgimento na Idade Média, até os dias atuais, a frase que melhor representa esse princípio fundamental é aquela proferida no século XII, por Maimónides, no sentido de que “é melhor absolver 1.000 (um mil) culpados do que condenar à morte 1 (um) inocente”.<sup>381</sup>

O mencionado princípio está inserido expressamente em diversos ordenamentos jurídicos e objetiva alcançar o “justo equilíbrio” entre o interesse

---

<sup>378</sup> Nesse contexto, Palma ressalta que o Ministério Público, “enquanto defensor da legalidade democrática (artigo 219, nº 1, da CRP), tem a função de formular tais perspectivas de acusação com consistência e fundamentação. Mas o que se pede não é apenas, dada a definição da lei, que acuse “à cautela” ou porque acha que sociologicamente há uma probabilidade de condenação, mas sim que acuse quando e porque, de acordo com um juízo antecipado de culpa fundamentado juridicamente, considera o arguido culpado”. (Palma: 2005, p. 273)

<sup>379</sup> (Dias: 2004, p. 369)

<sup>380</sup> (Nieva Fenoll: 2016, p. 4)

<sup>381</sup> (Laudan: 2006, p. 63)

persecutório do Estado com o fim de reprimir a criminalidade, e o interesse do acusado na salvaguarda de sua liberdade. Com isso, o postulado assume um “papel central” nos ditames do Estado Democrático de Direito, pois visa estabelecer limites nas relações entre o Poder Público e os indivíduos, buscando-se evitar o cometimento de arbitrariedades em face destes.<sup>382</sup>

O reconhecimento expresso da presunção de inocência ocorreu pela primeira vez em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Naquela oportunidade, estabeleceu-se que “todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado”.<sup>383</sup> Posteriormente, em 1948, o referido princípio foi reafirmado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

A partir desse marco inicial, vários tratados internacionais passaram a contemplar o princípio da presunção de inocência como um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana.<sup>384</sup> Além disso, diversos países inseriram-no em suas respectivas Constituições. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu em seu artigo 5º, inciso LVII, que dentre os direitos e garantias individuais, está o de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De modo semelhante, dispõe o artigo 32, nº 2 da Constituição da República Portuguesa que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da

---

<sup>382</sup> (Fernández López: 2005, p. 120)

<sup>383</sup> Nos termos do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi proclamada na França, em 26 de agosto de 1789, e assim previa originalmente: “*tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*”. FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Disponível em: <[www.legifrance.gouv.fr/8Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Hom-me-et-du-Citoyen-de-1789](http://www.legifrance.gouv.fr/8Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Hom-me-et-du-Citoyen-de-1789)> (Acesso em 20/05/2019)

<sup>384</sup> São exemplos, no âmbito global, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que dispõe no artigo 14, nº 2 que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”. No âmbito regional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, estabeleceu em seu artigo 6º que “todo homem acusado de um crime tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa seja provada de acordo com a lei”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elencou entre as garantias processuais mínimas que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito de se presumir inocente, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”, nos moldes do artigo 8º, nº 2. Por fim, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos prevê em seu artigo 7º, alínea ‘b’, que toda pessoa tem “o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente”.

sentença de condenação”. Por sua vez, o artigo 24, nº 2 da Constituição espanhola confere a todas as pessoas o “direito à presunção de inocência”, sendo certo que na Constituição italiana, o artigo 27 preceitua que “o imputado não é considerado culpado senão após uma condenação definitiva”.

No Direito norte-americano, embora a presunção de inocência não seja mencionada expressamente no bojo da Constituição norte-americana, a Suprema Corte dos Estados Unidos já decidiu que o referido princípio é o “componente básico de um julgamento justo”<sup>385</sup>, sob à égide do sistema criminal de justiça, já que o acusado é considerado inocente até o advento de uma sentença condenatória definitiva fundamentada em evidências comprobatórias da culpa “além de qualquer dúvida razoável”.<sup>386</sup>

Segundo Vega Torres, a presunção de inocência deve ser visualizada sob três ângulos distintos: 1) como um princípio garantista e norteador de um processo penal justo; 2) como uma regra de tratamento do acusado durante todo o processo penal; 3) como uma regra de julgamento.<sup>387</sup>

No tocante ao primeiro significado jurídico acima elencado, trata-se de um princípio garantista e norteador de um processo penal equânime, sendo certo que o Tribunal Constitucional da Espanha possui firme jurisprudência no sentido de que o princípio da presunção de inocência “garante que toda condenação seja precedida de uma mínima atividade probatória”, impedindo, assim, condenações sem provas suficientes baseadas em meras suspeitas ou conjecturas.<sup>388</sup>

Quanto ao segundo aspecto, a presunção de inocência é caracterizada por uma presunção relativa (*iuris tantum*) no processo penal que vigora em favor da inocência

---

<sup>385</sup> Nos termos da decisão da Suprema Corte norte-americana no *leading case Stelle vs. Williams* (425 U.S. 501, 503 (1976)).

<sup>386</sup> (Gardner; Anderson: 2010, p. 13)

<sup>387</sup> (Vega Torres: 1992, p. 38)

<sup>388</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 126/86, de 18 de novembro de 1986. No mesmo sentido, o Tribunal Supremo da Espanha decidiu na STS nº 8427/09, de 22 de dezembro de 2009 que: “*el derecho a la presunción de inocencia ampara a todo acusado en el sentido de ser considerado inocente hasta el momento del enjuiciamiento y puede ser enervada si en el juicio oral se practica una actividad probatoria suficiente, legítima y regular en su obtención, y con sentido preciso de cargo sobre el hecho de la acusación*”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 21/03/2019)

do acusado, só podendo ser desvirtuada por uma “prova de cargo” em sentido contrário.<sup>389</sup> Por esse motivo, o réu deverá ser tratado como inocente durante toda a instrução criminal, até o advento de uma eventual sentença condenatória definitiva contra o mesmo.<sup>390</sup>

Com esse posicionamento, o Tribunal Constitucional da Espanha assevera que “enquanto presunção *iuris tantum*, a presunção de inocência determina a exclusão da presunção inversa de culpabilidade criminal de qualquer pessoa durante o decurso do processo, por considerar-se que não é culpado até que se declare a sua culpabilidade em sentença condenatória”.<sup>391</sup>

Relativamente ao segundo ponto do princípio da presunção de inocência emerge o fato de que o ônus de provar a responsabilidade criminal do acusado no processo penal pertence exclusivamente à parte acusadora, isto é, ao Ministério Público, nos crimes de ação penal pública ou, ao querelante, nos crimes em que a iniciativa para o oferecimento da ação penal é privada.

Diante disso, a presunção de inocência é um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana<sup>392</sup>, que atribui ao acusador o encargo de comprovação de uma mínima atividade probatória composta de provas suficientes com capacidade “destruidora” da presunção *iuris tantum* de inocência em favor do acusado.<sup>393</sup>

---

<sup>389</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 17/84, de 7 de fevereiro de 1984, “*la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum, que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que, apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio (las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados), el Juez pueda dictar Sentencia*”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 13/02/2019)

<sup>390</sup> A existência de uma presunção relativa (*iuris tantum*) de inocência em favor do acusado também foi estabelecida nas paradigmáticas sentenças nº 174/85 e 175/85 do Tribunal Constitucional da Espanha, ambas proferidas em 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 16/02/2019)

<sup>391</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/83, de 29 de novembro de 1983. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em: 28/04/2019)

<sup>392</sup> Com o mesmo entendimento, (Cordón Aguilar: 2011, p. 442).

<sup>393</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha já decidiu na STC nº 124/83, de 21 de dezembro de 1983 que “*la presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción iuris tantum. Tiene, pues, razón la representación de los recurrentes cuando afirma que no puede imputarse en principio a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario*”. Da mesma maneira, segundo a STC nº 150/87, de 1º de outubro de 1987, “*por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado el que tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad*”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em: 30/03/2019).

Por fim, a terceira expressão da presunção de inocência se refere ao seu *status* de regra de julgamento. Nesse caso, o postulado impõe ao juiz o dever de “neutralidade” na análise da controvérsia fática, devendo a acusação ser visualizada como uma hipótese que somente conduzirá à responsabilidade penal do acusado, quando seja fundamentada em um robusto arcabouço probatório.<sup>394</sup>

Aliás, é no momento processual relativo ao julgamento que incide a decorrência lógica da presunção de inocência, consubstanciada no princípio geral de Direito *in dubio pro reo*. De acordo com este, durante a formação da convicção do julgador, o benefício da dúvida deverá ser concedido em favor do réu.<sup>395</sup>

A diferença mais marcante entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* é que enquanto aquela vigora desde as investigações prévias, até o trânsito em julgado da decisão judicial no processo penal, este constitui uma verdadeira regra de julgamento, incidindo especificamente no momento do julgador fixar o seu livre convencimento motivado.<sup>396</sup>

Ressalte-se que a aplicabilidade prática do mencionado princípio geral de Direito pelo Tribunal da Relação de Lisboa já foi prestigiada em situação concreta na qual a decisão recorrida havia condenado a arguida unicamente em razão da mera afirmação da vítima do furto, de que aquela “não era de confiança”, revelando-se assim, em um julgamento extremamente arbitrário e violador dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Na ocasião, o Tribunal reconheceu erro notório na

---

<sup>394</sup> Com esse pensamento, Ibáñez observa que “*la vigencia del principio de la presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad através de la comprobación cuidadosa del fundamento probatório de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada, habra de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado*”. (Ibáñez: 2008, p. 61)

<sup>395</sup> Sobre a distinção entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, Montañes Pardo esclarece que “sem deixar de reconhecer as proximidades entre o direito à presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, ambos têm natureza e âmbitos de aplicação diferentes e gozam de distinta proteção jurídica. Ao menos duas diferenças: 1) a principal, o direito à presunção de inocência é um direito fundamental constitucional que vincula todos os poderes públicos e que é de aplicação imediata. O *in dubio pro reo* é um princípio geral de Direito, uma regra interpretativa de valoração da prova dirigida exclusivamente ao julgador. 2) a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* têm um campo de aplicação distinto. A primeira é uma presunção *iuris tantum* que exige para ser desvirtuada a existência de atividade probatória praticada com todas as garantias processuais, o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento que recomenda ao julgador a concessão do benefício da dúvida ao acusado”. (Montañes Pardo: 1999, pp.46-47)

<sup>396</sup> Nesse sentido, (Gomes: 2016, p. 191). Também é o posicionamento de Vivés-Antón ao ponderar que “*la presunción de inocencia se proyecta sobre todo el proceso penal, tanto en cada una de sus fases consideradas individualmente, como en su configuración global*”. (Vivés-Antón: 2004, p. 38)

apreciação da prova e aplicou corretamente o “*in dubio pro reo*”, absolvendo a acusada da imputação de furto qualificado.<sup>397</sup>

No que diz respeito à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, verificou-se ao longo desta dissertação que o sistema da livre apreciação das provas autoriza o julgador a desvirtuar a presunção relativa (*iuris tantum*) de inocência, através da utilização da referida prova indireta, quando a mesma for a única fonte probatória existente nos autos.<sup>398</sup>

Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa já teve a oportunidade de esclarecer que “os indícios qualificam-se como suficientes quando justificam a realização de um julgamento, o que ocorre quando a possibilidade de condenação em função dos indícios for razoável, ou seja, quando os indícios manifestem potencialidade para ultrapassar a barreira do *in dubio pro reo* na fase do julgamento”.<sup>399</sup>

Da mesma maneira, o Tribunal Supremo da Espanha possui jurisprudência consolidada no sentido de que a prova indiciária somente será suficiente para ultrapassar a barreira da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, se concorrerem, simultaneamente, os seguintes elementos: 1) prova “de cargo”<sup>400</sup> referente a todos os elementos essenciais do delito; b) obtenção de provas de forma “constitucionalmente válida”, isto é, com a observância dos direitos e garantias fundamentais; c) existência de uma “valoração racional” da prova indiciária, de modo que os indícios autorizem o julgador a realizar uma inferência lógica indicativa da responsabilidade penal do acusado na prática do fato criminoso.<sup>401</sup>

---

<sup>397</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 1035/13.9PBAGH.L1-5, julgado em 07/11/2017. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 10/10/2018)

<sup>398</sup> Do mesmo modo, o *in dubio pro reo* também se aplica aos julgamentos fundamentados exclusivamente na prova indiciária. Com base nesse posicionamento, Khan, Buisman e Gosnell acentuam: “*when the underlying facts are susceptible of more than one interpretation, including an interpretation inconsistent with the guilty of the accused, then the standard of proof beyond a reasonable doubt requires that interpretation consistent with the innocence of the accused must be adopted and an acquittal returned*”. (Khan; Buisman; Gosnell: 2010, p. 662)

<sup>399</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 504/04.6JFLSB.L1-5, julgado em 15/11/2011. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 24/04/2018)

<sup>400</sup> O significado de prova “de cargo” já foi analisado no capítulo III-2)-B), quando tratamos da questão atinente ao *standard* probatório espanhol da mínima atividade probatória.

<sup>401</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 2650/18, de 4 de julho de 2018. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 03/05/2019)

## **B) *Standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)**

O *standard* probatório norte-americano *proof beyond a reasonable doubt* também é um pressuposto imprescindível à valoração judicial de uma prova indiciária suficiente. Isso porque, a sua utilização no processo penal visa fornecer ao julgador uma adequação do real significado da presunção de inocência, de modo a estabelecer o grau de suficiência probatória necessário à superação deste princípio no caso concreto.

Nesse contexto, importante mencionar o precedente jurisprudencial norte-americano *Kollock vs. State*, que pontuou que a utilização do referido *standard* probatório no processo penal deveria observar obrigatoriamente dois parâmetros básicos: o primeiro, de que as provas circunstanciais aptas a conduzir o julgador ao veredicto condenatório devem necessariamente provar a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável; e o segundo, que esse *standard* probatório não exige a exclusão de todas as outras hipóteses possíveis, mas apenas as probabilidades razoáveis de inocência.<sup>402</sup>

Em outras palavras, diante da impossibilidade de se alcançar uma verdade “absoluta” no processo penal, a presunção de inocência somente deverá prevalecer sobre a acusação quando exista uma “dúvida razoável” na mente do julgador a respeito da responsabilidade penal do acusado. Se essa dúvida não for relevante, o réu não poderá dela se beneficiar.<sup>403</sup>

Aliás, com esse posicionamento sobre o alcance do significado da expressão “dúvida razoável”, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, teve a oportunidade de esclarecer que “o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada ‘para além da dúvida razoável’ não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a

---

<sup>402</sup> (Wigmore: 1981, p. 378)

<sup>403</sup> (Stein: 2005, p. 1). Sobre a extensão do termo “dúvida razoável”, Gardner e Anderson esclarecem que “dúvida razoável é menos do que uma ‘dúvida real substancial’, mas mais do que ‘uma mera possível dúvida’”. (Gardner; Anderson: 2010, p. 67)

um juízo condenatório”.<sup>404</sup>

Por isso, torna-se necessário em qualquer julgamento criminal a realização dessa distinção racional, uma vez que “a dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um fato, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável”.<sup>405</sup>

O fato é, que a partir da influência norte-americana na adequação interpretativa do princípio da presunção de inocência, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* passou a ser largamente utilizado em diversos sistemas jurídicos processuais do Mundo como um critério de medida da prova demonstrativo de elevadíssima probabilidade de ocorrência do *factum probandum*. Ou seja, a utilização do referido *standard* probatório permite ao julgador aferir o grau de comprovação da prova referente à existência ou inexistência do fato principal, em torno do qual gira a controvérsia jurídica processual.

Exemplo notório do acolhimento do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* como uma ferramenta essencial à busca da verdade “aproximada” dos fatos é o Tribunal Penal Internacional, que por meio do Estatuto de Roma preceituou expressamente no artigo 66, item 3, que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

Apesar da positivação desse *standard* probatório na mencionada legislação ter ocorrido apenas em 1998, é certo que o critério da prova além de uma dúvida razoável já tinha sido adotado há muitas décadas pelo Tribunal Penal Internacional. Desde o primeiro julgamento da Corte de Haia, mais precisamente em 1949, no caso *Corfu Channel*, foi decidido que “a prova pode ser extraída de inferências de fato,

---

<sup>404</sup> Assim, “toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da ‘dúvida razoável’ em ‘certeza absoluta’”. Nos moldes do voto proferido pelo ministro Luiz Fux no bojo da Ação Penal do Supremo Tribunal Federal nº 470/2012 (Caso Mensalão). Disponível em: <www.stf.jus.br> (Acesso em 24/02/2019)

<sup>405</sup> Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 347/10.8PATNV.C1, julgado em 09/05/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 17/02/2019)

desde que elas não deixem margem para dúvida razoável”.<sup>406</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também acolhe o referido modelo de constatação na valoração da suficiência probatória da prova indiciária, uma vez que “para avaliar a evidência, a Corte adota o *standard* de prova ‘para além da dúvida razoável’, adicionando que tal prova pode ser extraída da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de similares presunções de fato não contestadas”.<sup>407</sup>

Em Portugal, há jurisprudência consolidada em diversos tribunais com competência para reexame da matéria fática a respeito da valoração da suficiência da prova indiciária, por meio do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt*. De norte a sul do país, vincula-se intimamente as expressões “presunção de inocência”, “*in dubio pro reo*” e “prova além de uma dúvida razoável”<sup>408</sup>, de maneira que a utilização simultânea desses três elementos constitua a “receita básica” para que o julgador possa fundamentar precisamente o seu convencimento baseado exclusivamente no arcabouço probatório indireto contido no processo penal.<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup> Nos termos da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, julgado em 9 de abril de 1949. Esse entendimento foi reafirmado mais recentemente pelo Tribunal Penal Internacional, no *leading case Prosecutor vs. Milomir Stakic*, caso nº IT-97-24-A, de 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4>> (Acesso em: 19/03/2019)

<sup>407</sup> Conforme decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no *leading case Ireland vs. United Kingdom*, julgado pelo plenário da Corte em 18/01/1978, apelação nº 5310/71, § 161. No mesmo sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reafirmou o seu entendimento nos casos *Salman vs. Turkey*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 27/06/2000, apelação nº 21986/93, § 100; *Labita vs. Italy*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 06/04/2000, apelação nº 26772/95, § 121; e *Stoian vs. Romania*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 08/07/2014, apelação nº 33038/04, § 62. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>> (Acesso em 26/03/2019).

<sup>408</sup> Sobre a conexão recíproca entre a dúvida razoável e o *in dubio pro reo*, o Tribunal da Relação de Coimbra já decidiu que “a livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável; e o princípio *in dubio pro reo* impede (limita) a formação da convicção em caso de dúvida razoável”. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 347/10.8PATNV.C1, julgado em 09/05/2012. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 17/02/2019)

<sup>409</sup> Nesse sentido, os ensinamentos de Dias foram muito úteis na construção jurisprudencial portuguesa sobre a incorporação no processo penal do *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável. Em 1974, o mesmo já explicava que a convicção pessoal do juiz deveria ser uma “convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros. Uma tal convicção existirá quando e só quando – parece-nos este um critério prático adequado – de que se tem servido com êxito a jurisprudência americana – o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos fatos para além de toda dúvida razoável. Não se tratará pois, na convicção, de uma mera opção voluntarista pela certeza de um fato e contra a dúvida, ou operada em virtude da alta verossimilhança ou probabilidade do fato, mas sim de um processo que só se completará quando o tribunal, por uma via racionalizável ao menos a posteriori, tenha logrado afastar qualquer dúvida para qual pudessem ser dadas razões, por pouco verossímil ou provável que ela se apresentasse”. (Dias: 2004, pp. 202-205)

Desse modo, segundo o Tribunal da Relação de Évora, “o direito à presunção de inocência constitucionalmente garantido não é incompatível com que se admita que a convicção judicial num processo penal se possa formar sobre a base de uma prova indiciária. Posto é que essa convicção em sentido desfavorável ao arguido se alcance para além de toda a dúvida razoável, através de juízos objetivos e motiváveis”.<sup>410</sup>

Já o Tribunal da Relação do Porto acentua que “o critério que tem geral aceitação (também no nosso sistema jurídico) como *standard* de prova ou grau de certeza exigível no processo penal é o que se traduz no conceito de ‘prova para além de qualquer dúvida razoável’, que não exclui qualquer ‘sombra de dúvida’”.<sup>411</sup>

Por outro lado, infelizmente, a jurisprudência brasileira não vem avançando significativamente na utilização do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* no processo penal. Embora existam alguns votos e decisões no sentido da aplicabilidade processual dessa importante ferramenta de auxílio à formação da convicção plena do julgador, ainda há alguma resistência no tocante à necessidade de compatibilização da presunção de inocência, através da produção de uma prova indiciária suficiente, que seja capaz de afastar qualquer dúvida razoável sobre a responsabilidade penal do acusado.<sup>412</sup>

Face ao exposto, ressaltamos a importância do *standard* probatório “*proof beyond a reasonable doubt*” - ainda pouco explorado no sistema jurídico processual

---

<sup>410</sup> Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 241/07.0PCSTB.E1, julgado em 06/09/2011. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>411</sup> Nos moldes do acórdão do Tribunal da Relação de Porto nº 2/13.7GCETR.P1, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>412</sup> Ressalte-se que a mencionada divergência jurisprudencial a respeito da aplicabilidade no processo penal do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* como um parâmetro de suficiência probatória é controversa no próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil. Por exemplo, na Ação Penal nº 470/2012, que julgou o caso conhecido como “Mensalão”, dois votos divergiram quanto ao tema. A favor da utilização do referido *standard* probatório no processo penal, a ministra Rosa Weber acentuou em seu voto que “certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável”. Em sentido contrário, a ministra Cármen Lúcia ponderou que “a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente”. De acordo com o teor dos votos proferidos no bojo da Ação Penal nº 470/2012 (Caso Mensalão), julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> (Acesso em 14/02/2019)

brasileiro<sup>413</sup>-, na formação da convicção do julgador, sobretudo, quando o processo penal é composto unicamente de provas indiciárias, haja vista a exigência, nesse caso, da realização de inferências lógicas e convergentes apontando para uma mesma conclusão de suficiência probatória necessária à condenação criminal, com a superação do princípio da presunção de inocência e do “*in dubio pro reo*”.

### 3) Requisitos específicos da prova indiciária suficiente

Conforme frisado exhaustivamente no presente trabalho, em regra, os ordenamentos jurídicos processuais penais não contemplam expressamente os requisitos específicos necessários à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal. Apesar do vácuo legislativo difuso, tais elementos são essenciais para uma valoração segura e coerente dessa espécie probatória indireta, haja vista a subjetividade decorrente do raciocínio realizado pelo julgador na construção lógica da presunção judicial que concretiza a prova circunstancial.

Tendo em vista que o pressuposto de toda condenação criminal sob à égide de um Estado Democrático de Direito é a superação do princípio da presunção de inocência, por meio de uma produção probatória que vá além de qualquer dúvida razoável em favor do acusado, torna-se exigível que na apreciação judicial da força persuasiva da prova indiciária, a conexão entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (fato presumido que materializa a prova indiciária) seja realizada de modo a se alcançar a certeza jurídica amparada em uma elevadíssima probabilidade ocorrência do fato principal objeto da controvérsia processual.<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> Nesse sentido, em voto proferido pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 4ª região, na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Caso Triplex) foi acentuado que: “importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria pouco avançam sobre o nível (*standard*) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova ‘acima de uma dúvida razoável’ (*proof beyond a reasonable doubt*)”. Disponível em: <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)> (Acesso em 20/06/2019)

<sup>414</sup> Esse posicionamento já foi acolhido pelo Tribunal da Relação de Évora, quando decidiu que: “deste modo, na passagem do fato conhecido para a aquisição (ou para a prova) do fato desconhecido, têm de intervir, pois, juízos de avaliação através de procedimentos lógicos e intelectuais, que permitam fundamentadamente afirmar, segundo as regras da experiência, que determinado fato, não anteriormente conhecido nem diretamente provado, é a natural consequência, ou resulta com toda a probabilidade próxima da certeza, ou para além de toda a dúvida razoável, de um fato conhecido”. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 241/07.0PCSTB.E1, julgado em 06/09/2011. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 14/01/2019)

Justamente por ser a prova indiciária uma “prova de raciocínio”, a sua valoração judicial no sistema da livre apreciação das provas exige do julgador<sup>415</sup> “grande perspicácia, atenção e prudência, sendo realmente difícil o domínio de sua técnica”.<sup>416</sup> Em razão disso, Coelho adverte que “qualquer deslize ou precipitação no trânsito deste cipoal de múltiplas e variadas circunstâncias pode levar à areia movediça dos sofismas, viciando as conclusões e propiciando lamentáveis enganos e erros judiciários”.<sup>417</sup>

Diante dessa complexidade intelectual de raciocínio inerente à apreciação adequada da força persuasiva da prova indiciária no processo penal, é imprescindível que o julgador avalie o peso probatório da evidência com a máxima cautela, de maneira que a sentença penal fundamentada exclusivamente com base na prova indireta seja lastreada em uma convicção “objetivável e motivável”.<sup>418</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, pensamos que uma valoração adequada da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal exige o preenchimento de determinados requisitos, sem os quais, a prova indiciária não poderá ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma sentença penal condenatória.

---

<sup>415</sup> Sobre a liberdade do julgador na valoração da prova indiciária no sistema da livre apreciação das provas, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal alerta que “tal não significa, obviamente, que a inexistência de obstáculos à admissibilidade da prova indireta ou circunstancial mesmo para prova da factualidade típica em julgamento, dispense especiais cautelas em sede de valoração da prova, pois é pacífico o entendimento segundo o qual o princípio da livre convicção do juiz na apreciação das provas não representa a substituição genérica do sistema de provas legais pelo arbítrio”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 173/05.6GBSTC.E1.S1, julgado em 15/09/2010. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 12/05/2019)

<sup>416</sup> (Coelho: 1996, p. 59)

<sup>417</sup> (Coelho: 1996, p. 59)

<sup>418</sup> Referindo-se ao ordenamento jurídico português, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já acentuou diversas vezes que “a nossa lei processual penal não faz qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária. O funcionamento e creditação desta estão dependentes da convicção do julgador que, sendo uma convicção pessoal, deverá ser sempre objectivável e motivável. É imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com gênese em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 233/08.1PBGDM.P3.S1, julgado em 23/02/2011. No mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 14/01/2019)

Obviamente, nada impede que a prova circunstancial seja valorada em conjunto com os demais elementos probatórios diretos e/ou indiretos, de modo a reforçar o convencimento do julgador na busca da solução da controvérsia processual. Contudo, o principal objetivo desse tópico é trazer à baila os requisitos específicos da prova indiciária suficiente à condenação criminal.

Relembramos que o sistema da livre apreciação das provas confere ampla discricionariedade ao julgador para avaliar, motivadamente, o peso probatório de todos os meios de prova produzidos nos autos, sejam esses diretos e/ou indiretos. Consequentemente, a convicção do magistrado poderá ser fundamentada em qualquer prova plena, inclusive, na prova indiciária suficiente, que é aquela capaz de, por si só, conduzir o julgador à certeza probatória sobre o fato principal.

Para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, vamos buscar inspiração nas avançadas jurisprudências espanhola e portuguesa que, há algumas décadas, estabeleceram detalhadamente os requisitos necessários à suficiência probatória da prova circunstancial no processo penal.

Trata-se de jurisprudência consolidada no sentido de que para a prova indiciária ser capaz de, por si só, superar o princípio da presunção de inocência através de uma condenação criminal, é necessário que o julgador identifique os elementos essenciais da prova circunstancial, explicitando-os especificamente na motivação da sentença penal.

Na Espanha, tanto o Tribunal Constitucional, quanto o Tribunal Supremo condicionam a valoração da suficiência probatória da prova indiciária à verificação de uma série de requisitos específicos da prova circunstancial pelo julgador. Somente assim, a prova indiciária poderá ser considerada uma “prova de cargo” apta à desvirtuação da presunção *iuris tantum* de inocência.<sup>419</sup>

Nesse sentido, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, a prova indiciária poderá, por si só, sustentar um pronunciamento condenatório sem que haja

---

<sup>419</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985, “*el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado*”. STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 28/03/2019)

violação ao princípio da presunção de inocência, desde que: 1) os fatos-base (indícios) estejam “plenamente comprovados”; 2) os fatos constitutivos do delito sejam extraídos “precisamente” dos indícios provados; 3) seja possível controlar a razoabilidade da inferência, de modo que se explique na fundamentação da sentença penal o “enlace lógico entre os fatos-base e o fato-consequência”.<sup>420</sup>

O aprofundamento desses e de outros requisitos é melhor detalhado e complementado pelo Tribunal Supremo da Espanha, que possui vasta jurisprudência sobre o tema e, conseqüentemente, nos fornece uma visão mais específica sobre os elementos essenciais da prova indiciária suficiente à condenação criminal.<sup>421</sup>

De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, quando o processo penal careça de provas diretas, a prova indiciária poderá ultrapassar a barreira da presunção de inocência, através da comprovação da participação do acusado no fato criminoso, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: 1) pluralidade de indícios; 2) os indícios devem estar plenamente comprovados por prova lícita; 3) os indícios devem ser concordantes e convergentes; 4) inexistência de contraíndícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios; 5) “enlace preciso e direto” entre os fatos-base e o fato-consequência; 6) racionalidade lógica das inferências extraídas

---

<sup>420</sup> De acordo com as Sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012; STC nº 300/05, de 21 de novembro de 2005; STC nº 111/08, de 22 de setembro de 2008; STC nº 133/14, de 22 de julho de 2014; STC nº 146/14, de 22 de setembro de 2014, entre outras. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 03/05/2019)

<sup>421</sup> No tocante aos requisitos específicos da suficiência da prova indiciária no processo penal, o Tribunal Supremo da Espanha possui, há décadas, vasta jurisprudência consolidada sobre o tema, sendo exemplos as sentenças STS nº 286/16, de 7 de abril de 2016; STS nº 615/16, de 8 de julho de 2016; STS nº 500/15, de 24 de julho de 2015; STS nº 797/15, de 29 de novembro de 2015; STS nº 318/15, de 28 de maio de 2015; STS nº 720/14, de 22 de outubro de 2014; STS nº 444/14, de 9 de junho de 2014; STS nº 359/14, de 30 de abril de 2014; STS nº 433/13, de 29 de maio de 2013; STS nº 533/13, de 25 de junho de 2013; STS nº 1911/00, de 12 de dezembro de 2000; STS nº 728/00, de 24 de abril de 2000; STS nº 363/00, de 1º de março de 2000; STS nº 171/00, de 14 de fevereiro de 2000; STS nº 141/00, de 9 de fevereiro de 2000; STS nº 83/00, de 1º de fevereiro de 2000; STS nº 1654/99, de 26 de novembro de 1999; STS nº 435/99, de 10 de junho de 1999; STS nº 269/99, de 26 de fevereiro de 1999; STS nº 861/98, de 22 de junho de 1998; STS nº 584/98, de 14 de maio de 1998; STS nº 649/98, de 12 de maio de 1998, entre outras. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 28/04/2019)

dos indícios.<sup>422</sup>

Destaque-se ainda, que algumas decisões do Tribunal Supremo da Espanha dividem os requisitos da prova indiciária suficiente em duas espécies: formais e materiais.<sup>423</sup> Sob esse ângulo, seriam requisitos formais: a) que a sentença expresse quais são os indícios provados que servem de fundamento para realização da inferência lógica; b) que a sentença explique a racionalidade do raciocínio inferencial através do qual, partindo-se dos indícios, chegou-se à convicção sobre a responsabilidade penal do acusado. Por sua vez, seriam requisitos materiais: a) a comprovação plena de uma pluralidade de indícios acusatórios, exceto, quando o indício único possua uma “singular potência acreditativa”; b) que os indícios sejam concomitantes ao fato principal que se pretende comprovar; c) que os indícios sejam interrelacionados e se reforcem entre si; d) razoabilidade da conclusão obtida por inferência, devendo esta, ser fundamentada nas “regras de lógica e experiência”.<sup>424</sup>

Em Portugal, a jurisprudência dos Tribunais Superiores segue os mesmos passos do país ibérico vizinho, no tocante à admissibilidade da prova indiciária no

---

<sup>422</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Atualmente, o Tribunal Supremo continua seguindo a mesma linha de raciocínio, sendo exemplo a STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016, na qual ficou estabelecido que “*el derecho reaccional a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la C.E. puede ser enervado mediante prueba circunstancial, indirecta o derivada de indicios siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Pluralidad de los hechos-base o indicios (...); b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo (...); c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar (...); d) Interrelación (...); e) Racionalidad de la inferencia (...); f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em: 19/05/2019)

<sup>423</sup> Nesse sentido, a STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017 estabeleceu que “*los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son: 1º Desde el punto de vista formal: a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia. b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2º Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia. A) En cuanto a los indicios es necesario: a) Que estén plenamente acreditados; b) Que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa; c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un ‘enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano’ ( art. 1253 del Código Civil )*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 23/03/2019)

<sup>424</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 673/16, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 23/03/2019)

processo penal, bem como, quanto aos requisitos específicos de suficiência probatória da prova circunstancial.

Com relação à admissibilidade da prova indiciária, o Tribunal Constitucional de Portugal firmou entendimento no sentido de que “não é possível dizer que a utilização deste meio de prova atenta contra a presunção de inocência ou contra o princípio *in dubio pro reo*. O que sucede é que a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente, não havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do réu”.<sup>425</sup>

Portanto, ainda que inexista prova direta do fato criminoso, a jurisprudência portuguesa consolidou o posicionamento de que nada obsta que a prova indiciária seja capaz de, por si só, gerar a certeza na convicção do julgador, uma vez que a apreciação judicial do seu valor probatório se insere no âmbito da discricionariedade motivada decorrente do sistema da livre apreciação das provas.<sup>426</sup>

Para que a prova circunstancial possa ser considerada plena e capaz de ensejar uma condenação criminal com respeito ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal busca inspiração nos requisitos elencados pela jurisprudência espanhola, afirmando que “a prova indiciária é suficiente para determinar a participação no fato punível se da sentença constarem os fatos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova direta (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do fato a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência”.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal nº 391/15, processo nº 526/15, julgado em 12/08/2015. Disponível em: <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)> (Acesso em 20/12/2018)

<sup>426</sup> A suficiência probatória da prova indiciária no processo penal através da observância dos requisitos específicos inerentes a essa espécie probatória indireta também é acolhida de forma consolidada pelos Tribunais da Relação portugueses, que possuem competência para o reexame de matéria fática, em grau recursal. Entre outros, há o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 10693/2008-3, julgado em 07/01/2009; o do Tribunal da Relação do Porto nº 2/13.7GCETR.P1, julgado em 09/09/2015; o do Tribunal da Relação de Évora nº 43/07.3GEELV.E1, julgado em 10/12/2009; e o do Tribunal da Relação de Coimbra nº 460/10.1JALRA.C1, julgado em 21/03/2012. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>427</sup> De acordo com o teor do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. No mesmo sentido, são os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nº 417/09.5YRPTR.S2, julgado em 26/01/2011, e nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 12/10/2018)

Na contramão das avançadas jurisprudências espanhola e portuguesa, relativamente ao detalhamento dos requisitos essenciais da prova indiciária suficiente no processo penal, a jurisprudência brasileira é escassa no que diz respeito ao referido tema. Geralmente, as sentenças judiciais fundamentadas exclusivamente com base na prova indiciária não fazem alusão expressa aos seus requisitos específicos, de modo que, no nosso entendimento, a ausência de explicitação desses parâmetros de valoração judicial poderá resultar, até mesmo, na violação do princípio do devido processo legal, em virtude da motivação da sentença penal ser insuficiente à legitimação do veredicto emanado pelo Poder Judiciário.

O fato é, que diante de uma prova tão subjetiva e complexa – como é o caso da prova indiciária – o Poder Judiciário tem o dever de motivar precisamente uma eventual condenação criminal nela baseada, de forma que tanto o acusado, quanto a sociedade saibam exatamente as razões de fato e de direito que conduziram o magistrado àquele determinado veredicto.

Quanto à imprescindibilidade da prova indiciária preencher certos requisitos para que a mesma possa ser considerada capaz de ensejar uma condenação criminal, parcela da doutrina brasileira defende tal necessidade<sup>428</sup>, como por exemplo Moura, que afirma que "para constituírem prova segura, os indícios devem ser em número plural, graves e concordantes, e as inferências que outorgam devem ser convergentes ao mesmo resultado, de tal maneira que, em conjunto, mereçam plena credibilidade e levem ao magistrado o absoluto convencimento sobre o fato investigado. Uma vez analisados todos os indícios em conjunto, se não houver qualquer motivo que os desvirtue, e concorrerem todos, de forma unívoca, para uma conclusão segura e clara, isto é, sem que subsistam dúvidas razoáveis, poder-se-á dizer que os diversos

---

<sup>428</sup> Segundo Gomes, a valoração da prova indiciária no processo penal exige que "cada indício, individualmente, deve estar provado, geralmente, por prova direta, embora, em casos específicos, possa se admitir inferências de provas indiretas em sequência; em regra, deve haver uma pluralidade de indícios; excepcionalmente, em casos particulares, pode ser admitido indício único; os indícios devem estar concatenados e convergirem em um mesmo sentido, orientados pela lógica e regras de experiência; inexistência de contra-indícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios; a conexão lógica entre os indícios, de modo global, que demonstra o fato *probando*, de modo seguro e preciso, não havendo uma conclusão ilógica, contraditória ou absurda, nem mesmo que afirme diversas possibilidades; a sentença deve demonstrar expressamente as inferências realizadas para cada fato-base ou indício e sua conexão com a conclusão ligada à apreciação do fato principal (fato *probando*)". (Gomes: 2016, pp. 208-209)

indícios reunidos são suficientes para levar à indispensável certeza que sustentam a sentença".<sup>429</sup>

Enfim, verifica-se que tanto nas jurisprudências espanhola e portuguesa, quanto na visão doutrinária sobre os requisitos específicos de suficiência probatória da prova indiciária no processo penal existe uma tênue variação de requisitos, que a depender do órgão prolator da decisão ou do jurista especializado no tema, altera, aumenta ou diminui a quantidade e/ou variedade dos requisitos necessários à condenação criminal baseada exclusivamente na prova circunstancial.

Enquanto uns dividem os requisitos específicos da prova indiciária suficiente em formais e materiais, outros falam em requisitos de existência, validade e eficácia, e ainda há aqueles que não realizam qualquer classificação. Entendemos que em virtude da valoração judicial da suficiência probatória da prova indiciária ser um assunto complexo e de extrema relevância no processo penal moderno, o ideal é que tais requisitos sejam elencados expressamente na fundamentação da sentença penal, da maneira mais inteligível possível, a fim de evitar motivações exaustivas e desnecessárias.

Por essa razão, vamos abordar a seguir as oito características que pensamos serem essenciais para que seja possível identificar quando a prova indiciária poderá ser considerada plena, isto é, suficiente, por si só, para ensejar uma condenação criminal adequada ao caso concreto e em consonância com os direitos e garantias fundamentais vigentes em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>429</sup> (Moura: 2009, p. 99). A doutrinadora ainda detalha separadamente os requisitos necessários à prova indiciária suficiente à condenação criminal. Nesse contexto, Moura classifica em três categorias os elementos essenciais a serem analisados pelo julgador na valoração dos indícios, quais sejam: 1) Requisitos de existência do indício: a) certeza do fato indiciante; b) proposição geral fornecida pela lógica ou pela experiência; c) relação de causalidade entre o fato indicador e o fato indicado; 2) requisitos de validade do indício: a) ausência de limitação probatória; b) emprego de provas lícitas para demonstrar o fato indicador; c) ausência de nulidade na obtenção da prova do fato indicador; d) inexistência de nulidade que vicie a prova por indícios; 3) fatores de eficácia probatória dos indícios: a) exclusão de hipótese de azar; b) exclusão da hipótese de falsificação do fato indicador; c) certeza processual da relação entre o fato indicador e o fato indicado; d) pluralidade de indícios, salvo quando não se trata de indício necessário; e) gravidade, precisão e concordância dos indícios e convergência das ilações indiciárias; f) eliminação de contraindícios; g) eliminação de outras hipóteses e dos motivos infirmantes da conclusão; h) inexistência de provas que infirmem os fatos indicadores; i) conclusão precisa e segura". (Moura: 2009, pp. 87-104)

## A) Indícios plenamente comprovados

O primeiro passo para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, é a comprovação plena dos indícios constitutivos do fato indiciário (*factum probans*). Significa dizer, que a inferência realizada pelo julgador deverá ter como ponto de partida um fato-base sólido e seguro<sup>430</sup>, pois, caso contrário, o raciocínio lógico engendrado resultará apenas em meras suspeitas ou conjecturas<sup>431</sup>, às quais se diferenciam bruscamente da prova indiciária, por não serem consideradas um meio de prova.

Com relação ao mencionado requisito específico da prova circunstancial, a doutrina acentua que o indício “carece de valor probatório quando o mesmo não é completamente certo quanto ao fato em se funda”.<sup>432</sup> Por esse motivo, o julgador não poderá “apoiar-se em dado meramente provável, nem hipotético”, uma vez que “a base da argumentação, que é o fato conhecido, deve ser certa”.<sup>433</sup>

Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência espanhola fundamentam a exigência de plena comprovação dos indícios no teor do artigo 1249 do Código Civil espanhol, que dispõe que “as presunções não são admissíveis senão quando o fato do qual se deduz esteja completamente comprovado”.<sup>434</sup>

Desse modo, a convicção judicial só poderá ser fundamentada exclusivamente nos indícios se esses forem “concludentes em sua constatação”, sendo necessária, portanto, a comprovação absoluta das evidências, para que seja possível utilizá-las

---

<sup>430</sup> Sobre a necessidade de certeza e solidez dos indícios que serão utilizados como fato-base da presunção resultante da prova indiciária, Devis Echandía adverte que “*si no existe una plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de éstos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura*”. (Devis Echandía: 1970, p. 629)

<sup>431</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 229/88, de 1º de dezembro de 1988. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 19/05/2019)

<sup>432</sup> (Mittermaier: 1877, pp. 393-397)

<sup>433</sup> (Moura: 2009, p. 82)

<sup>434</sup> Segundo o teor do artigo 1249 do Código Civil espanhol, “*las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado*”. Frise-se que apesar da jurisprudência atual do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo da Espanha ainda citá-lo exaustivamente em suas decisões, o referido dispositivo foi revogado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em 7 de janeiro de 2000.

de base para uma presunção judicial.<sup>435</sup>

Nesse contexto, tanto o Tribunal Constitucional<sup>436</sup>, quanto o Tribunal Supremo da Espanha<sup>437</sup> possuem jurisprudência consolidada, no sentido de que “a prova indiciária deve partir de indícios plenamente comprovados, uma vez que é incabível construir certezas sobre a base de simples probabilidades”.<sup>438</sup> Isso porque, se o fato-base constituído de indícios for incerto, “corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas”.<sup>439</sup>

A controvérsia surge quando a doutrina diverge quanto à possibilidade de comprovação plena dos indícios através de prova indireta, ou seja, por outros indícios. Nessa hipótese, enquanto alguns entendem que somente as provas diretas poderão comprovar o fato-base de uma presunção<sup>440</sup>, outros se posicionam no sentido de que os indícios também são capazes de estabelecer a certeza do fato indiciário, a

---

<sup>435</sup> (Cordón Aguilar: 2011, p. 193). Com o mesmo ponto de vista doutrinário a respeito do mencionado requisito da prova indiciária suficiente, Miranda Estrampes pondera que “*el indicio como base fáctica de la presunción debe estar plenamente acreditado o probado (art. 1249 CC). La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso, sino solamente de un hecho plenamente verificado, es decir, que el juzgador haya obtenido la convicción sobre la realidad de la afirmación base o indicio*”. (Miranda Estrampes: 1997, p. 229)

<sup>436</sup> Conforme o Tribunal Constitucional da Espanha, “*este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados [...]*”. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 24/97, de 11 de fevereiro de 1997. No mesmo sentido, STC nº 61/05, de 14 de março de 2005 e STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/05/2019).

<sup>437</sup> De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, “*reiteradamente esta Sala, lo mismo que el Tribunal Constitucional, han sostenido que el principio, recogido en el art. 1249 CC, que requiere que el hecho en el que se basa un indicio esté completamente acreditado, rige y es de aplicación para la prueba de indicios*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 202/98, de 20 de janeiro de 1998. Com o mesmo entendimento, na STS nº 6215/10, de 24 de novembro de 2010, o Tribunal Supremo decidiu que “*la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados*”. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/05/2019)

<sup>438</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. No mesmo sentido, STC nº 169/86, de 22 de dezembro de 1986. Disponível em: <www.boe.es> (Acesso em 19/05/2019)

<sup>439</sup> (Tonini: 2002, p. 12)

<sup>440</sup> Esse é o entendimento de Dellepiane, quando afirma que “os indícios devem achar-se desde logo comprovados e esta comprovação deve ser feita por meio de provas diretas, o que não obsta que essa prova possa ser composta, utilizando-se, para isso, provas diretas imperfeitas, isto é, insuficientes para produzir cada uma prova plena”. (Dellepiane: 2004, pp. 123-127)

partir do qual se obtém a prova indiciária.<sup>441</sup>

No tocante à jurisprudência espanhola, o tema também é controvertido. Na maior parte das decisões do Tribunal Supremo da Espanha<sup>442</sup>, entende-se que a precisão do fato-base (indícios) depende da sua comprovação inequívoca apenas por meio de prova direta, “pois a admissão do contrário resultaria em uma espécie de criação ‘*ex nihilo*’”, ou seja, haveria o surgimento de uma evidência “do nada”.<sup>443</sup>

Consequentemente, o risco de ocorrência de arbitrariedade na valoração judicial da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal aumentaria significativamente<sup>444</sup>, uma vez que “a inferência deve se basear em indícios indubitáveis, sendo impossível estabelecer uma conclusão a partir de um fato-base que não tenha sido comprovado através de prova direta”.<sup>445 446</sup>

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça possui entendimento semelhante à jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, já que corrobora o mesmo posicionamento em suas decisões, aduzindo que “o que não se pode admitir é que a demonstração do fato-indício que é a base da inferência seja também ele feito através

---

<sup>441</sup> Por outro lado, ao rechaçar a máxima “*praesumptio de praesumptione non admititur*”, que reflete a inadmissibilidade das presunções obtidas de outras presunções, Climent Durán defende que “*la prueba por indicios puede realizarse por cualquier medio probatorio, incluida otra presunción*”. (Climent Durán: 1999, pp. 638-639). Com o mesmo entendimento, Serra Domínguez acentua que “*el tribunal puede acudir a la prueba indiciaria en todo caso, sin que sea admisible la subsidiariedad de tal prueba respecto de la prueba directa*”. (Serra Domínguez: 1969, p. 710)

<sup>442</sup> Pontuamos a expressão “na maior parte das decisões”, uma vez que encontramos pouquíssimos precedentes em sentido oposto, como é o caso da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 9144/92, de 16 de dezembro de 1992, que exigiu, sobretudo, “*que entre el hecho base, que ha de estar suficientemente acreditado, bien por prueba directa o indiciaria, y el hecho consecuencia, se dé un enlace preciso y directo*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 9144/92, de 16 de dezembro de 1992. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 21/05/2019)

<sup>443</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 19/05/2019)

<sup>444</sup> Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal Supremo da Espanha já ponderou que a comprovação do fato-base (indícios), unicamente por meio de provas diretas, visa “*evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración*”. De acordo com a Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3604/07, de 30 de maio de 2007. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 21/05/2019)

<sup>445</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3505/01, de 30 de abril de 2001. Disponível em: <[www.boe.es](http://www.boe.es)> (Acesso em 30/04/2019)

<sup>446</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 620). No mesmo sentido: (Miranda Estrampes: 1997, pp. 241-242)

de prova indiciária, atenta à insegurança que tal provocaria”.<sup>447</sup>

Entretanto, devemos destacar que a doutrina critica arduamente o entendimento do Tribunal Supremo da Espanha relativamente à referida controvérsia jurídica. Nesse contexto, Devis Echandía observa que o posicionamento no sentido da impossibilidade dos indícios servirem como prova do fato-base de uma presunção é “arbitrário e ilógico”, pois contradiz a própria lógica do instituto probatório, na qual o indício se consubstancia em qualquer fato indiciário plenamente comprovado.<sup>448</sup>

Ocorre que, de fato, o Tribunal Constitucional da Espanha reconhece a possibilidade de comprovação plena dos indícios através de prova indireta, ou seja, por meio de outros indícios, uma vez que a certeza a respeito da existência concreta do fato-base dependerá das circunstâncias do caso concreto, de acordo com a “particular solidez probatória dos indícios”.<sup>449</sup>

A nosso ver, concordamos com a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.<sup>450</sup> Tal posicionamento se justifica em razão do ordenamento jurídico espanhol (português, brasileiro e italiano, também) ter acolhido o sistema da livre apreciação das provas, que se fundamenta justamente na inexistência de hierarquia *in abstracto* entre as espécies probatórias diretas e/ou indiretas.

---

<sup>447</sup> Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 101/11.OPAVNO.S1, julgado em 26/09/2012. Disponível em: [www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt) (Acesso em: 17/02/2019). Em outro acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que “a prova indiciária é suficiente para determinar a participação no fato punível se da sentença constarem os fatos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova direta”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (Acesso em: 13/02/2019)

<sup>448</sup> Conclui Devis Echandía, que o posicionamento do Tribunal Supremo da Espanha, especificamente quanto a essa controvérsia, significaria “*un rezago de la antigua creencia sobre la inferioridad de la prueba indiciaria, de la que se entendía que únicamente podía obtenerse probabilidad, nunca certeza*”. (Devis Echandía: 1970, p. 620)

<sup>449</sup> Com esse entendimento, o Tribunal Constitucional da Espanha firmou jurisprudência consolidada sobre o assunto, nos seguintes termos: “*por tanto, la cuestión que en último término se plantea es la de si cabe considerar constitucionalmente válida una prueba indiciaria derivada de indicios obtenidos, a su vez, por prueba indiciaria. Pues bien, de acuerdo con la doctrina expuesta sobre la prueba de indicios hay que admitir que no cabe excluir a limine la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios*”. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 186/05, de 4 de julho de 2005. No mesmo sentido, STC nº 123/06, de 24 de abril de 2006. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) (Acesso em 25/05/2019)

<sup>450</sup> Concordando com o referido posicionamento do Tribunal Constitucional da Espanha, Gomes afirma que “cada indício, individualmente, deve estar provado, geralmente, por prova direta, embora, em casos específicos, possa se admitir inferências de provas indiretas em sequência”. (Gomes: 2016, pp. 208-209).

Logo, se a prova circunstancial é capaz de conduzir o julgador à certeza probatória, nada impede que a presunção extraída de uma inferência prévia constitua o indício de outra subsequente, como se fossem “elos de uma mesma corrente”. Esse entendimento é capitaneado por Taruffo quando define esse complexo raciocínio lógico formado por uma cadeia de sucessivas inferências como “provas em cascata” ou “provas concatenadas”.<sup>451</sup>

Enfim, pensamos que o fato-base (indícios), de onde parte a presunção constitutiva da prova indiciária poderá ser comprovado plenamente através de qualquer meio de prova, inclusive, por meio de outros indícios formadores de uma série de inferências subsequentes, isto é, de “provas em cascata”.

Em contrapartida, não se pode deixar de ponderar que quanto mais segura for a comprovação do fato-base da prova indiciária, maior será a sua força persuasiva no convencimento do julgador.<sup>452</sup> Diante disso, se o indício for comprovado mediante a realização de um raciocínio inferencial lógico (indício mediato), obviamente, a força probatória da prova circunstancial será menor.<sup>453</sup>

## B) Pluralidade de indícios

Ao estabelecer os requisitos de admissibilidade e valoração dos indícios no processo penal italiano, o artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* determinou que “a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes”.

Buscando inspiração na alusão do Código de Processo Penal italiano à necessidade de pluralidade de indícios, a doutrina e a jurisprudência sublinham que a

---

<sup>451</sup> (Taruffo: 2002, p. 107)

<sup>452</sup> Sobre o tema, Serra Domínguez assevera que “*la afirmación base puede ser acreditada por cualquiera de los medios de prueba. Pero resulta igualmente evidente que cuanto mayor seguridad ofrezca un medio de prueba en concreto, mayor será la confianza que el Juez deposite en el mismo a los efectos de extraer nuevas presunciones*”. (Serra Domínguez: 1991, p. 576)

<sup>453</sup> (Gascón Abellán: 2010, p. 138). Prosseguindo em sua linha de raciocínio, Gascón Abellán esclarece que “*si se rechaza un indicio mediato por considerar que tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológico, lo que se está poniendo en cuestión es la validez misma del procedimiento indiciario; por tanto, habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en cualquier caso, es decir, también cuando el indicio ha sido probado mediante la llamada prueba directa*”. (Gascón Abellán: 2010, pp. 154-155)

suficiência probatória da prova indiciária somente poderá ser considerada “plena” quando o fato-base que origina a presunção judicial seja alicerçado em vários indícios. Isso porque, diante do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, entende-se que é inadmissível fundamentar uma condenação criminal com base em apenas um único indício, por mais grave que este seja.<sup>454</sup>

Assim, o requisito da pluralidade de indícios parece lógico por pelo menos dois motivos: primeiro, porque se evita ou reduz o risco de erro de julgamento causado por uma conclusão errônea baseada em somente um indício “essencialmente equívoco”. Segundo, porque tendo em vista que o raciocínio inferencial inerente à prova indiciária é de natureza presuntiva, quanto mais indícios acusatórios existirem, maior será a probabilidade de ocorrência do fato principal que se pretende comprovar (*factum probandum*).<sup>455</sup>

Deve-se mencionar que parcela da doutrina destaca que há uma exceção à regra da pluralidade, que ocorre quando o único indício seja fundamentado em leis naturais que não admitem exceção.<sup>456</sup> Nessa hipótese específica, a evidência solitária poderia ser considerada, por si só, suficiente à condenação criminal. Seria o caso, por exemplo, da conclusão contundente extraída de preceitos cientificamente comprovados como o conhecimento notório de que “todo homem é mortal”.<sup>457</sup>

A jurisprudência espanhola também diverge quanto à questão, existindo decisões do Tribunal Supremo no sentido de que “indício único é indício nulo”.<sup>458</sup> Com

---

<sup>454</sup> (Serra Domínguez: 1969, pp. 709-710)

<sup>455</sup> (Gascón Abellán: 2010, p. 139)

<sup>456</sup> (Dellepiane: 2004, pp. 123-127). No mesmo sentido, reconhecendo ser rara a ocorrência dessa exceção na prática jurídica processual, Asencio Mellado sustenta que “*aunque un solo indicio, en un plano teórico sea suficiente para proporcionar tal seguridad, lo normal es que ello no sea así por la imposibilidad de contrastar el resultado hallado con otras hipótesis probables, salvo, claro está, en los supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser clasificadas como seguras, hecho bastante infrecuente*”. (Asencio Mellado: 1989, p. 61)

<sup>457</sup> Apesar da referida exceção ser amplamente mencionada genericamente nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, não encontramos na jurisprudência situações concretas, uma vez que nem mesmo o exame de DNA confere “certeza absoluta” (100%) em seu resultado. Não obstante, de acordo com o Supremo Tribunal de Justiça, “quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem exceção os indícios devem ser vários”. Nos termos dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011, e nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 27/02/2019)

<sup>458</sup> De acordo com o teor da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1536/1994, de 8 de março de 1994 “*tiene que existir pluralidad de indicios, no siendo suficiente uno solo, pudiendo muy bien decirse “indicium unus, indicium nullus”*”. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 24/04/2018)

base nesse entendimento, já se decidiu relativamente a um casal acusado de crime de tráfico de drogas que embora a convivência matrimonial no mesmo domicílio onde se guarda a droga possa presumir a sua posse compartilhada dos cônjuges, para fins de tráfico e lucro comum, tal dedução “não pode ser baseada somente na situação fática da união conjugal decorrente da convivência debaixo do mesmo teto”.<sup>459</sup>

Por outro lado, numerosas decisões do Tribunal Supremo da Espanha se posicionam no sentido de que, excepcionalmente, o indício único poderá ser pleno e suficiente, por si só, para fundamentar uma sentença penal condenatória.<sup>460</sup> Ocorre que esse entendimento abrange especificamente o elemento subjetivo do crime de tráfico de drogas<sup>461</sup>, no qual a intenção de mercancia pode ser deduzida a partir de um único indício, qual seja, a apreensão em poder do acusado de quantidade

---

<sup>459</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 14 de fevereiro de 1994. No mesmo sentido: STS de 4 de março de 1994 e STS nº 5456/86, de 14 de outubro de 1986. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 18/07/2018)

<sup>460</sup> Destaque-se que o referido posicionamento também encontra precedentes no âmbito da jurisprudência dos tribunais portugueses. Dessa maneira, já se decidiu que: “a prova de um fato tanto pode resultar de uma percepção imediata dos sentidos, como derivar de ilações que o julgador tira de circunstâncias conhecidas em função das regras de experiência comum (prova indireta). Neste último caso, a prova deve fundar-se, em regra, na existência de uma pluralidade de indícios plenamente provados, admitindo-se que excepcionalmente baste um só indício pelo seu especial valor”. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 173/05.6, julgado em 11/03/2010. No mesmo sentido, “a base indiciária deve ser constituída, preferencialmente, por uma pluralidade de indícios (concordantes ou convergentes de modo a que se reforcem mutuamente), mas é admissível que um só seja suficiente se o seu significado for determinante”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 2/13.7GCETR.P1.3 julgado em 09/09/2015. E também: “um único indício nem sempre tem uma força persuasiva inferior à da prova direta ou demonstrativa”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 10693/2008-3, julgado em 07/01/2009. Disponível em: <www.dgsi.pt.> (Acesso em 09/05/2019)

<sup>461</sup> A esse respeito, o Tribunal Supremo da Espanha possui entendimento no sentido de que o elemento subjetivo do crime de tráfico de drogas (intenção de mercancia) pode ser deduzido a partir de apenas um indício, qual seja, a quantidade da droga apreendida em poder do acusado. Assim sendo, “*en los casos, como el presente, relativos a delitos de tráfico de drogas, cuando la modalidad de comisión, de las varias que abarca el art. 368, es la de posesión para dicho tráfico, el criterio fundamental para tener como acreditado ese destino al tráfico de la sustancia tóxica poseída es la cuantía de la droga. Si tal cuantía es mínima, por regla general no puede valer a este respecto; pero a medida que va aumentando la cantidad poseída va adquiriendo mayor valor, mayor significación, este dato como elemento para convencer a un Juzgado o Tribunal de ese destino al tráfico, de tal modo que cuando esa cuantía llega a un determinado nivel (diferente según la clase de droga y la cantidad que se usa diariamente por un consumidor) puede afirmarse que ese destino al tráfico queda acreditado por esta única circunstancia (la cuantía)*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 8485/00, de 21 de novembro de 2000. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 17/01/2019)

de entorpecente “superior a duas doses habituais para o consumo”.<sup>462</sup>

Trata-se do que a jurisprudência espanhola define como indício único de “singular potência acreditativa” ou de “especial significação probatória”.<sup>463</sup> Dessa maneira, de acordo com o referido entendimento, a presunção de inocência pode ser superada pela força probatória da “racionalidade do enlace entre o indício – quantidade da droga apreendida em poder do acusado, superior a duas doses habituais para o consumo – e a afirmação presumida – que o acusado possuía as drogas com a intenção de traficar – que é o elemento determinante para comprovar o fato principal que se pretende demonstrar”, qual seja, o crime de tráfico de drogas.<sup>464</sup>

Um exemplo prático de indício único capaz de fundamentar uma condenação criminal foi elencado na Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3604/07, de 20 de maio de 2007. Na situação concreta, a perícia datiloscópica recolheu as impressões digitais do suspeito no recipiente de plástico que tinha sido enterrado com as drogas em local de difícil acesso. Naquela ocasião, o tribunal espanhol considerou a referida prova técnica, aliada às demais circunstâncias do caso, uma prova plena alicerçada no indício único de “singular potência acreditativa”.<sup>465</sup>

De fato, parte da doutrina concorda com o entendimento acima exposto ponderando que não há nenhum obstáculo para que a prova indiciária possa se formar com base em apenas um único indício, pois o que mais importa na valoração

---

<sup>462</sup> Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, “*en materia de prueba de indicios es la regla que sean necesarios varios hechos básicos (indicios) para que puedan considerarse suficientes como fundamento de una condena o para acreditar algún dato desfavorable para el reo. Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites, diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas, vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3556/01, de 30 de abril de 2001. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 17/03/2019)

<sup>463</sup> Nos moldes das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017; STS nº 8103/97, de 29 de maio de 1997; STS nº 8485/00, de 21 de novembro 2000; STS nº 2756/05, de 29 de abril de 2005; STS nº 6531/08, de 21 de novembro de 2008; STS nº 7788/09, de 11 de dezembro de 2009; e STS nº 673/16, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 21/02/2019)

<sup>464</sup> (Cordón Aguilar: 2012, p. 209). Prossegue o referido doutrinador esclarecendo que “*el nexo entre hecho-base y hecho-consecuencia se fundamenta en el razonamiento, según el cual, la cantidad de droga incautada supera aquella que habitualmente podría destinarse al consumo personal; dicho razonamiento, excluyendo cualquier otro, permite deducir la intención de tráfico de la droga (elemento subjetivo del tipo penal)*”. (Cordón Aguilar: 2012, pp. 209-210)

<sup>465</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3604/07, de 30 de maio de 2007. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 17/01/2019)

da suficiência probatória da prova indiciária é a “racionalidade do enlace preciso e direto” entre o fato-base (composto de um ou vários indícios) e a presunção.<sup>466</sup>

Nesse sentido, Gascón Abellán acentua que o requisito da pluralidade de indícios não pode ser interpretado em termos absolutos, já que nada impede que o fato principal seja comprovado a partir de um único indício, desde que a sua “qualidade epistemológica” resulte em um elevadíssimo valor probatório capaz de, por si só, fundamentar a sentença penal condenatória.<sup>467</sup>

Consequentemente, conclui-se que a força destruidora da presunção de inocência, inerente à prova indiciária suficiente, dependerá, não do número de indícios, mas da solidez da conexão entre o fato indiciário e a afirmação presumida<sup>468</sup>, uma vez que “os indícios não se contam, mas sim, se pesam”.<sup>469</sup> No entanto, é bom lembrar que, probabilisticamente, quanto maior for o número de indícios concordantes e convergentes em um determinado sentido, menor será a “possibilidade de azar” na formação da convicção do julgador.<sup>470</sup>

---

<sup>466</sup> Na opinião de Miranda Estrampes, *“más que la constatación, desde una óptica simplemente cuantitativa, de la concurrencia de una pluralidad de indicios, lo fundamental debería ser la racionalidad del enlace existente entre el indicio o indicios y la afirmación presumida, que deberá ser preciso y directo”*. (Miranda Estrampes: 1997, pp. 234-239). Com esse mesmo pensamento a respeito da possibilidade da unicidade de indício, excepcionalmente, resultar em uma prova plena capaz de fundamentar a sentença penal condenatória, Cabral sustenta que “a exigência formulada por alguns autores no sentido de existência de um determinado número de indícios concordantes não se afigura de todo razoável e antes se reconduz a uma exigência matemática de algo que se situa no domínio da lógica. De concreto pensamos que apenas se pode formular a exigência daquela pluralidade de indícios quando os mesmos considerados isoladamente não permitirem a certeza da inferência. Porém, quando o indício mesmo isolado é veemente, embora único, e eventualmente assente apenas na máxima da experiência, o mesmo será suficiente para formar a convicção sobre o facto. (Cabral: 2012, p. 22). No mesmo sentido, (Moura: 2009, pp. 87-104) e (Gomes: 2016, pp. 208-209).

<sup>467</sup> (Gascón Abellán: 2004, p. 71) e (Gascón Abellán: 2010, p. 139).

<sup>468</sup> No mesmo sentido, (Cordón Aguilar: 2012, p. 184).

<sup>469</sup> (Devis Echandía: 1970, p. 673)

<sup>470</sup> Sobre o risco de ocorrência do azar no resultado da presunção judicial obtida através do raciocínio inferencial, Devis Echandía esclarece que *“el mayor número de indicios disminuye la posibilidad del azar: si son varios hechos, vinculados ordinariamente a cierto acontecimiento, que aparecen probados en un caso concreto, suponerlos a todos como el resultado del azar, exigirá ‘suponer un completo trastorno del orden natural del mundo’, ‘sería menester suponer que con relación a lo que queremos comprobar, el mundo se ha tornado en el reino de lo extraordinario, todo lo cual está contradicho por la experiencia y repugna a la conciencia’ (mejor dicho, a la razón). Lo extraordinario, por serlo, es algo raro. La convergencia de esos indicios equivale ‘a la intensa presunción de verdad del hecho ordinario’. Un solo indicador no puede producir sino un solo indicio” aunque se pruebe por varios medios; éstos apenas fortificarán ese hecho, pero segnirá siendo uno solo”*. (Devis Echandía: 1970, p. 654)

### C) Gravidade dos indícios

Com previsão legal expressa no artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano), a gravidade do indício se relaciona diretamente com a capacidade persuasiva do elemento indiciário na formação da convicção do julgador. Considera-se grave o indício “resistente às objeções” e possuidor de um elevado poder de convencimento, como ocorre quando o raciocínio inferencial baseado nas regras de experiência exprima um altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do *factum probandum*.<sup>471</sup>

Dependendo da intensidade persuasiva do indício, este poderá ser considerado “necessário”<sup>472</sup>, o que significa dizer, que as relações entre o fato-base e o fato-consequência são tão conectadas, que da existência do primeiro, extrai-se naturalmente a plena comprovação do último.<sup>473</sup> Assim, quanto mais estreito for o vínculo entre o fato indiciário e a presunção, mais grave será o indício.<sup>474</sup>

Por isso, o primeiro passo a ser dado na valoração judicial da força probatória dos indícios é a submissão destes “à análise crítica destinada a verificá-los, precisá-los e avaliá-los”, para que os indícios sejam definidos como “graves, medianos ou leves”, a fim de facilitar o julgador a alcançar uma conclusão contundente, com base na ponderação do valor persuasivo da prova indiciária produzida no bojo do processo penal.<sup>475</sup>

---

<sup>471</sup> Nos termos dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011; nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011; nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012; e nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 22/03/2019)

<sup>472</sup> Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, “*en el caso de indicio necesario, este contará con eficacia probatoria autonomía y suficiente, es decir bastará por sí solo*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 17/01/2019)

<sup>473</sup> De acordo com o Tribunal da Relação do Porto, os indícios são graves, “quando as relações do facto desconhecido com o facto conhecido são tais, que a existência de um estabelece, por indução necessária, a existência do outro”. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto nº 233/08.1PBGDM.P3, julgado em 29/06/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>474</sup> Sobre a gravidade do indício, Mittermaier esclarece que “*el indicio es tanto más grave cuanto parece más cierta la ley, la relación necesaria entre el hecho primitivo y el hecho consiguiente desconocido. Si la experiencia justifica plenamente esta conexión; si no puede admitirse ni por un sólo momento ninguna otra conclusión o interpretación, la conciencia del juez se declara satisfecha, y el raciocinio produce la convicción*”. (Mittermaier: 1877, p. 361)

<sup>475</sup> (Dellepiane: 2004, pp. 124-127). No mesmo sentido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 15/04/2019)

Relativamente à definição dos indícios em “graves, medianos ou leves”, devemos recordar os ensinamentos de Bentham, reproduzidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no sentido de que “não é pela circunstância de se inscreverem nesta última espécie que os indícios devem ser afastados pois que o pequeno indício conjugado com outros pode assumir uma importância fundamental”.<sup>476</sup>

Tendo em vista a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, pensamos que a prova indiciária suficiente à condenação criminal requer a existência de ao menos um indício grave na composição do seu fato-base, de onde parte a presunção judicial comprobatória do *factum probandum*.

Isso porque, como a sentença penal condenatória exige o pressuposto da superação absoluta do obstáculo imposto pelo princípio da presunção de inocência, sob o ângulo do *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), torna-se imprescindível a soma de uma pluralidade de indícios (graves, medianos e/ou leves) concordantes e convergentes no sentido de uma conclusão única e inabalável.<sup>477</sup>

## D) Precisão dos indícios

Também elencada no artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano) como um dos requisitos de eficácia e validade da prova indiciária, a precisão dos indícios<sup>478</sup> decorre de “um enlace preciso e direto” entre o fato-base e o

---

<sup>476</sup> Nos moldes do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 233/08.1PBGDM.P3.S1, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 18/03/2019)

<sup>477</sup> Sobre a valoração conjunta de todos os indícios (graves e leves) existentes no contexto probatório, com o objetivo de se alcançar a suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, Devis Echandía observa que “*es indispensable que examinados en conjunto produzcan la certeza sobre el hecho investigado y, para que esto se cumpla, se requiere que sean graves, que concurren armónicamente a indicar el mismo hecho y que suministren presunciones que converjan a formar el convencimiento en el mismo sentido. Si los varios indicios son leves o de poco valor probatorio porque la relación de causalidad con el hecho indicado no es clara ni precisa, de su conjunto tampoco podrá resultar la certeza necesaria para que el juez base en ellos su decisión. Pero uno o varios leves pueden concurrir con otros graves y en conjunto dar la seguridad indispensable para constituir plena prueba*”. (Devis Echandía: 1970, pp. 656-661)

<sup>478</sup> É bom lembrar, que alguns doutrinadores como Gascón Abellán tratam os termos “precisão” e “univocidade” como sinônimos. Nesse sentido, “*el indicio es unívoco o preciso cuando conduce necesariamente al hecho desconocido; es, por el contrario, equívoco cuando puede ser debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos*”. (Gascón Abellán: 2010, p. 139). No mesmo sentido, (Devis Echandía: 1970, pp. 666-669)

fato-consequência estabelecido por uma presunção judicial.<sup>479</sup> Em outras palavras, o indício é preciso “quando não é suscetível de outras interpretações”.<sup>480</sup>

Logo, a existência dessa íntima conexão lógica entre os indícios e o fato que se pretende comprovar (*factum probandum*) exige uma ligação precisa e direta entre os primeiros e o último<sup>481</sup>, de modo que “não se permita realizar outras inferências contrárias igualmente válidas epistemologicamente”.<sup>482</sup>

Diante disso, é imprescindível que não só os indícios, mas também a inferência lógica seja precisa, isto é, que “não seja arbitrária, absurda, infundada” ou “excessivamente aberta”, no sentido de que a valoração racional dos indícios possa conduzir o julgador a uma “conclusão alternativa perfeitamente razoável” que explique os fatos de outra maneira, sem determinar a participação do acusado na prática do crime.<sup>483</sup>

## E) Concordância dos indícios

Segundo o artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano), a concordância é um dos requisitos essenciais para que a presunção extraída de uma pluralidade de indícios seja considerada um meio de prova válido, eficaz e pleno.

---

<sup>479</sup> Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 15/04/2019)

<sup>480</sup> De acordo com os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011, nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011, nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012 e nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. Por sua vez, o Tribunal da Relação do Porto já decidiu que os indícios são precisos, “quando as induções, resultando do facto conhecido, tendem a estabelecer, directa e particularmente, o facto desconhecido e contestado”. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto nº 233/08.1PBGDM.P3, julgado em 29/06/2011. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 22/01/2019)

<sup>481</sup> A respeito desse “enlace preciso e direto” entre o indício e o *factum probandum*, Climent Durán observa que “*la exigencia de precisión en el enlace entre los indicios y el hecho a probar supone la eliminación de las conexiones asentadas en ambigüedades o equivocidades, o sea, en apariencias no necesariamente concordes con la concreta realidad. La exigencia de que el enlace sea directo significa el rechazo de cualquier conexión basada en rodeos circunloquios mixtificadores de la realidad. Todas estas comprobaciones se han de ajustar a las reglas propias del pensar humano, o sea, a las reglas que proporcionan el sentido común*”. (Climent Durán: 1999, p. 660)

<sup>482</sup> Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 24/05/2019)

<sup>483</sup> Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 09/02/2019)

Nesse diapasão, a concordância demonstra a contemporaneidade entre os indícios, além da interrelação recíproca entre os mesmos, de modo que “ajustem-se entre si”, produzindo um “todo coerente e natural”.<sup>484</sup> Ou seja, os indícios deverão ser “concordes, não se repelindo, nem se anulando”<sup>485</sup>, de maneira que a conclusão mais provável apontada por cada um deles seja compatível.<sup>486</sup>

Sobre esse requisito específico da prova indiciária suficiente, Vishinski acentua que é muito importante que a ligação existente entre a pluralidade de indícios (fato-base) e a afirmação presumida (fato-consequência) seja como “anéis de uma mesma cadeia”. Assim, “se um anel se desprender, desagregará toda a cadeia e, conseqüentemente, apenas existirá um conglomerado de indícios dispersos, sem conexão mútua interna”.<sup>487</sup>

Acerca da necessidade de concordância entre os fatos indiciários, a fim de que seja alcançada uma comprovação segura do *factum probandum*, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu reiteradas vezes que os indícios devem estar “interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência”.<sup>488</sup> Logo, a presunção judicial concretizadora da prova indiciária será a “normal e típica consequência” dos indícios *per si* e globalmente considerados.<sup>489</sup>

Com o mesmo entendimento sobre a referida característica da prova indiciária suficiente, o Tribunal Supremo da Espanha também possui jurisprudência

---

<sup>484</sup> (Moura: 2009, p. 92). No mesmo sentido, Dellepiane pontua a necessidade de que os indícios “sejam concordantes, isto é, que se ajustem entre si, de modo a produzirem um todo coerente e natural, no qual cada fato indiciário ocupe a sua respectiva colocação no que respeita ao tempo, lugar e demais circunstâncias”. (Dellepiane: 2004, pp. 123-127)

<sup>485</sup> (Coelho: 1996, p. 70). Seguindo essa linha de raciocínio, o autor explica que “a concordância diz respeito ao ‘coerente’ relacionamento dos indícios entre si, isto é, ao acordo dos fatos, passíveis de coexistir, no tempo e no espaço, obedecidas as relações lógicas que os entrelaçam. A rigor, ainda não existe aí uma ‘convergência’, e sim, mais propriamente, uma harmônica justaposição de circunstâncias. São fatos acessórios, que não brigam entre si, e que poderiam, em tese, delinear, com suas tintas e nuances, o quadro que se pretende visualizar”. (Coelho: 1996, pp. 69-70)

<sup>486</sup> (Dallagnol: 2015, p. 229)

<sup>487</sup> (Vishinski: 1957, p. 217)

<sup>488</sup> Nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt> (Acesso em: 13/02/2019). Em outro acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que “os indícios devem ser concordantes, ou seja, devem conjugar-se entre si, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 25/01/2019)

<sup>489</sup> De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 14/01/2019)

consolidada<sup>490</sup> no sentido de que os indícios devem ser articulados, de maneira que “reciprocamente se reforcem e não se neutralizem”.<sup>491</sup>

Em razão disso, a jurisprudência espanhola aponta que a natureza periférica dos indícios exige não somente a estreita ligação destes com o fato principal que se pretende comprovar (*factum probandum*), como também, a interrelação entre eles, pois a força probatória da prova indiciária decorre justamente do grau de conexão lógica e recíproca entre os indícios.<sup>492</sup>

## F) Convergência dos indícios

Tanto a concordância, quanto a convergência são requisitos específicos da prova indiciária suficiente. Entretanto, enquanto a primeira diz respeito à contemporaneidade e compatibilidade dos indícios entre si, de forma a produzir um “conjunto coerente e natural”<sup>493</sup>, a segunda refere-se às “inferências indiciárias”, no sentido de que estas deverão ser obtidas “com a ajuda da lógica e das regras de experiência”, de modo que “todas reunidas não possam levar a conclusões diversas”.<sup>494</sup>

Assim, a convergência nos remete à ideia de “unidirecionalidade”, pois, para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal,

---

<sup>490</sup> Conforme entendimento pacífico do Tribunal Supremo da Espanha, os indícios devem estar “interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí”. Nesse sentido: STS nº 363/00, de 1º de março de 2000; STS nº 728/00, de 24 de abril de 2000; STS nº 673/16, de 25 de janeiro de 2016; STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017, entre outras. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 20/03/2019)

<sup>491</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1676/99, de 23 de novembro de 1999. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 17/01/2019)

<sup>492</sup> Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, “esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación”. Nesse sentido: STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998; STS nº 1501/10, de 21 de janeiro de 2010; STS nº 5119/10, de 22 de setembro de 2010; STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 27/05/2019)

<sup>493</sup> (Moura: 2009, p. 92)

<sup>494</sup> (Dellepiane: 2004, pp. 123-127). No mesmo sentido: (Coelho: 1996, pp. 65-67) e (Cabral: 2012, pp. 22-24). Sobre a distinção marcante entre tais requisitos, Dallagnol sublinha que “há concordância de indícios quando as conclusões mais prováveis apontadas por cada um dos indícios são entre si compatíveis, não se excluindo. Há convergência de indícios quando as conclusões mais prováveis apontadas por cada um dos indícios é idêntica ou reforçam-se reciprocamente”. (Dallagnol: 2015, p. 229)

é imprescindível que além dos indícios serem contemporâneos e compatíveis entre si, também direcionem o julgador a uma única conclusão, acima de qualquer dúvida razoável porventura existente em favor do acusado.<sup>495</sup>

Isso porque, a força probatória dos indícios no processo penal depende não somente da pluralidade de indícios, como também, da intensidade da conexão lógica entre o fato-base e a presunção judicial.<sup>496</sup> Logo, “não basta que os vários indícios concorram de maneira a formar um todo harmônico, mas é indispensável que de cada um deles possa obter-se a mesma inferência sobre o fato que se investiga”.<sup>497</sup>

Nesse diapasão, durante o procedimento de valoração da suficiência probatória da prova indiciária, o julgador deverá estabelecer previamente a concordância entre os indícios, para depois verificar a existência de inferências lógicas convergentes em uma mesma direção.

Verifica-se, portanto, que a concordância das evidências é o “ponto de partida” para que, em seguida, o julgador, por meio de um raciocínio lógico, possa constatar a existência ou inexistência de convergência dos indícios para um determinado ponto em comum, uma vez que é possível “haver concordância sem convergência”.<sup>498</sup>

Segundo Vishinsky, quando se aprecia a eficácia probante da prova indiciária no processo penal, deve-se analisar a existência de uma “dupla harmonia”: uma entre os próprios indícios, que é a concordância; e outra relativa à única conclusão possível extraída do raciocínio inferencial do julgador, que é a convergência. É justamente a verificação dessa “dupla harmonia” que resultará em uma valoração adequada da suficiência probatória da prova circunstancial.<sup>499</sup>

Corroborando esse posicionamento, a jurisprudência portuguesa é uníssona quanto à necessidade de convergência das inferências lógicas realizadas pelo

---

<sup>495</sup> Com esse entendimento, Coelho observa que “a convergência, mais do que um dado numérico, implica em uma óbvia unidirecionalidade, isto é, os indícios convergentes jamais se resumem a uma simples soma, mas sim, levam a um produto ou resultante”. (Coelho: 1996, pp. 65-67)

<sup>496</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Nesse mesmo sentido: STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998, STS nº 1501/10, de 21 de janeiro de 2010 e STS nº 5119/10, de 22 de setembro de 2010. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>497</sup> (Moura: 2009, p. 93)

<sup>498</sup> (Coelho: 1996, pp. 67-68)

<sup>499</sup> (Vishinky: 1957, p. 218)

jugador, uma vez que os indícios “devem ser concordantes, convergindo na direção da mesma conclusão do fato indiciante, assim se convertendo o conhecimento provável, encoberto, em conhecimento límpido e firme à luz do dia”.<sup>500</sup>

Ademais, seguindo esse mesmo caminho, a doutrina e a jurisprudência espanhola exigem que a correlação lógica entre os indícios e a presunção seja visualizada em um “duplo sentido”: no sentido “positivo”, já que os indícios devem culminar em uma única conclusão; no sentido “negativo”, pois as circunstâncias indiciárias deverão conduzir à exclusão de qualquer outra conclusão.<sup>501</sup>

Consequentemente, a presunção judicial estabelecida pela prova indiciária deverá ser originada de indícios “congruentes e unidirecionais”<sup>502</sup>, que demonstrem um “enlace preciso e direto” entre o fato indiciário e a afirmação presumida (*factum probandum*), de modo que “não haja nenhuma outra possibilidade alternativa, que possa se reputar razoável e compatível com os indícios existentes”.<sup>503</sup>

## **G) Inexistência de contraindícios com capacidade neutralizadora da força probatória dos indícios acusatórios**

Os indícios podem ser positivos ou negativos.<sup>504</sup> Positivos ou acusatórios são aqueles que resultam na comprovação da existência de um fato ou circunstância em desfavor do acusado, mediante uma presunção extraída através do raciocínio inferencial do julgador. Em contrapartida, negativos são os contraindícios, também

---

<sup>500</sup> Nos moldes do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. No mesmo sentido: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011; nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011; e nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011. Disponível em: [www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt) (Acesso em: 07/05/2019)

<sup>501</sup> (Miranda Estrampes: 1997, p. 244)

<sup>502</sup> Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4964/09, de 7 de julho de 2009. Disponível em: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) (Acesso em 19/01/2019)

<sup>503</sup> Sobre a existência de um “enlace preciso e direto” entre o fato-base e o fato-consequência, o Tribunal Supremo da Espanha entende que “*se puede decir que tal conexión lógica existe, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal (in dubio pro reo), cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa, que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios, y a tal fin, si se han alegado, habrán de examinarse las explicaciones ofrecidas por el acusado*”. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3068/96, de 21 de maio de 1996. Disponível em: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) (Acesso em 24/04/2019)

<sup>504</sup> (Coelho: 1996, p. 71)

conhecidos como “indícios de sinal contrário”<sup>505</sup>, que consistem em fatos indiciários favoráveis ao acusado, dos quais pode-se obter uma conclusão contrária àquela fornecida pelos indícios acusatórios.<sup>506</sup>

Dessa maneira, enquanto os indícios positivos podem comprovar a presença do acusado na cena do crime, por meio do recolhimento pela perícia técnica, das impressões digitais do suspeito no local do delito, os contraindícios ou indícios negativos podem enfraquecer ou, até mesmo, neutralizar os indícios acusatórios evidenciando claramente a improcedência da acusação formulada em desfavor do réu.<sup>507</sup>

No primeiro caso, o contraindício apenas enfraquece o poder persuasivo da prova indiciária, razão pela qual, permanece a possibilidade de a tese acusatória prevalecer sobre a tese defensiva. Um bom exemplo seria a comprovação pela Defesa do réu da inexistência de qualquer dívida financeira entre a vítima e o acusado, de forma a acarretar somente a exclusão da qualificadora “motivo torpe” em um suposto crime de homicídio qualificado.

Por outro lado, existem contraindícios que além de enfraquecer a tese acusatória, também a neutralizam, isto é, tornam mais verossímil a tese defensiva a ponto de ensejar a absolvição do réu. Trata-se da hipótese conhecida como “álibi”, na qual o acusado consegue provar cabalmente que estava em outro lugar no exato momento da prática do delito.<sup>508</sup> Com tal comprovação, a consequência mais

---

<sup>505</sup> (Vázquez Sotelo: 2006, p. 73)

<sup>506</sup> (Devis Echandía: 2002, p. 661). Na visão de Mittermaier, contraindícios “são aqueles cuja conclusão abala fortemente os indícios contrários ao acusado, fornecendo explicação muito favorável dos fatos, que pareciam correlatos ao delito”. (Mittermaier: 1877, p. 228)

<sup>507</sup> (Coelho: 1996, p. 71)

<sup>508</sup> Interessante mencionar que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência espanhola vislumbram um “caráter dúplice” no álibi alegado pelo réu no processo penal. Isso porque, se a referida alegação defensiva for comprovadamente falsa, a mesma se tornará automaticamente um indício acusatório em desfavor do acusado. Nesse sentido, Pastor Alcoy acentua que *“la versión del acusado contradichano es suficiente para declararle culpable, pero sí que puede suponer un indicio más a tener en cuenta”*. Logo, *“la inconsistencia de la coartada del acusado puede ser fuente de prueba indirecta”*. (Pastor Alcoy: 1995, p. 53). Com o mesmo entendimento, o Tribunal Supremo da Espanha já decidiu na STS 12501/89 de 29 de março de 1989 e na STS 2258/89 de 29 de março de 1989, que *“la denominada coartada o contradicción se convierte en indicio o fuente de prueba indirecta o circunstancial, si se acredita su inconsistencia o falsedad - cfr. Tribunal Supremo, Sentencias de 22 de abril y 22 de junio de 1988 -, y asimismo se ha declarado que el imputado que carece de la carga probatoria, si introduce en la defensa un dato nuevo en el proceso, y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser reputado irrelevante o intrascendente”*. Nos termos das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha de 22 de abril de 1988, de 22 de junho de 1988, e também, as de nº 12501/89 e 2258/89, ambas de 29 de março de 1989. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 14/05/2019)

provável do desfecho do processo penal é a absolvição do acusado, diante do forte abalo na verossimilhança da conclusão alinhavada pela tese ministerial amparada nos indícios acusatórios.<sup>509</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que a função do contraíndício no processo penal é a de enfraquecimento ou neutralização da presunção judicial estabelecida com base na pluralidade de indícios acusatórios<sup>510</sup> que, por sua vez, constituem o núcleo fático que origina a prova indiciária.<sup>511</sup>

Por essa razão, a jurisprudência espanhola elenca como um dos requisitos necessários à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal a “inexistência de contraíndícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios”<sup>512</sup>, uma vez que os indícios positivos “não devem ser desvirtuados ou desmentidos por contraíndícios, porque senão se anulam e perdem a sua credibilidade”.<sup>513</sup>

De igual modo, a jurisprudência portuguesa sublinha que quando o livre convencimento do julgador é fundamentado exclusivamente na prova circunstancial, deve-se afastar “a existência de contraíndícios, pois que tal existência cria uma

---

<sup>509</sup> (Mittermaier: 1877, p. 227). Com o mesmo entendimento, a respeito da desvirtuação da credibilidade dos indícios acusatórios no processo penal, Climent Durán sublinha que *“también cabe hablar, en este mismo sentido, de indicios negativos, como en el caso de la presencia del inculpado en lugar diverso de aquél donde fue cometido el hecho delictivo en el momento en que fue perpetrado. La coartada es un buen ejemplo de contraprueba indirecta, de contraíndicio o de indicio negativo. Otro ejemplo de contraíndicio con aptitud para desvirtuar cualquier posible indicio de culpabilidad es el que, ante el hecho de haber sido hallada una huella dactilar del acusado en el lugar de perpetración hecho delictivo (por ejemplo, un bar, una tienda o un local abierto al público), éste justifica su presencia en dicho lugar con anterioridad a la comisión del delito, por ser cliente del establecimiento o por acudir allí por cualquier otra razón”*. (Climent Durán: 1999, pp. 657-658)

<sup>510</sup> Na doutrina estrangeira, Climent Durán também entende que a função primordial dos contraíndícios no processo penal é a neutralização do poder persuasivo da prova indiciária produzida pela acusação, visto que *“la contraprueba indirecta se traduce en la prueba de los contraíndicios, entendidos como la prueba de algún con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria”*. (Climent Durán: 1999, p. 656)

<sup>511</sup> Nesse sentido, Cabral aponta o caráter dúplice dos contraíndícios observando que *“o contraíndício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto, pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir”*. (Cabral: 2012, p. 23)

<sup>512</sup> (Gomes: 2016, pp. 208-209)

<sup>513</sup> Assim sendo, os indícios acusatórios *“no deben estar desvirtuados o desmentidos por otros de signo contrario, porque entonces se anularían y perderían su virtualidad”*. Nos moldes das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha de 14 de outubro de 1986; de 4 de fevereiro de 1987; de 20 de janeiro de 1988; de 18 de março de 1989; de 24 de julho de 1990; de 15 de abril de 1991; de 26 de novembro de 1992; bem como as sentenças nº 35/93, de 21 de janeiro de 1993; nº 1368/93, de 10 de junho de 1993; e nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019)

situação de desarmonia que faz perder a clareza e o poder de convicção do quadro global da prova indiciária”.<sup>514</sup>

Enfim, tendo em vista o fato de que a busca da “verdade” no processo penal é visualizada pelo juiz de acordo com a maior ou menor probabilidade de ocorrência dos fatos indiciários, acusatórios ou não, alegados pelas partes<sup>515</sup>, torna-se imprescindível na prática jurídica processual que o julgador, diante do conjunto probatório contido nos autos, também examine cautelosamente todos os contraindícios existentes, a fim de eliminar qualquer aparência “enganosa” ou “dúbia”, relativa à suficiência probatória da prova indiciária.<sup>516</sup>

Nesse diapasão, Bentham alerta que “toda a lógica judicial consiste em fazer uma valoração justa e exata desses fatos que probabilizam ou desprobabilizam o fato principal. Qualquer equívoco nessa valoração produz injustiça. Quando se trata de um delito, se se omite ou se computa por menos do seu valor um só fato corroborativo, pode o culpado livrar-se da pena que merece. Se se olvida ou valora por menos um fato infirmativo pode ser condenado um inocente”.<sup>517</sup>

Portanto, em todos os julgamentos, sobretudo, naqueles fundamentados exclusivamente na prova indiciária suficiente, é necessária a estrita observância da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, motivo pelo qual, a jurisprudência portuguesa reafirma que “os indícios recolhidos devem ser todos apreciados e valorados pelo Tribunal de julgamento, em conjunto, de um modo crítico e inseridos no concreto contexto histórico de onde surgem. Nessa análise crítica global, não podem deixar de ser tidos em conta, a par das circunstâncias indiciadoras da responsabilidade criminal do arguido/acusado, também, quer os indícios da própria

---

<sup>514</sup> Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <[www.dgsi.com.pt](http://www.dgsi.com.pt)> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>515</sup> A respeito da estreita relação entre a probabilidade e a busca da verdade “aproximada” dos fatos no processo penal, Bentham esclarece que “em um caso em que se reúnem muitas provas circunstanciais, tal reunião poderá considerar o fato principal provado, ainda que cada uma considerada separadamente não ultrapasse uma mera probabilidade. Como existem fatos circunstanciais por meio dos quais se faz provável o fato principal, por outro lado existem outros que tornam o fato principal menos provável. Um fato que pode diminuir a probabilidade chama-se fato infirmativo. Um fato que aumenta a probabilidade chama-se fato corroborativo”. (Bentham: 1825, pp. 112-113)

<sup>516</sup> No tocante à valoração judicial dos contraindícios, Malatesta sublinha a importância do magistrado afastar “*las apariencias engañosas*” da prova indiciária, considerando contraindício “*no solamente un indicio que se opone a otro, sino una prueba cualquiera que se opone a un indicio*”, ou seja, toda “*prueba que infirma el indicio*”. (Malatesta: 1927, pp. 256-260)

<sup>517</sup> (Bentham: 1825, pp. 112-113)

inocência, ou seja, os fatos que impedem ou dificultam seriamente a ligação entre o arguido/acusado e o crime, quer os ‘contraíndícios’, isto é, os indícios de cariz negativo que a partir de máximas de experiência, exaurem ou eliminam a conclusão de responsabilidade criminal extraída do indício positivo. Se existe a possibilidade razoável de uma solução alternativa, ou de uma explicação racional e plausível descoincidente, dever-se-á sempre aplicar a mais favorável ao arguido/acusado, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*.<sup>518</sup>

## H) Motivação específica com a explicitação do raciocínio inferencial utilizado pelo julgador na fundamentação da sentença penal

O dever de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional<sup>519</sup> inerente ao Estado Democrático de Direito<sup>520</sup> que se insere no âmbito do Devido Processo Legal, pois visa assegurar a todos os jurisdicionados uma “tutela judicial efetiva” que se legitima através da explicitação das razões de fato e de direito apontadas pelo julgador na motivação da sentença penal.<sup>521</sup>

Recorde-se ainda, que há muito tempo atrás, Bentham já ponderava que “não basta que a decisão judicial seja justa, mas que também pareça justa”<sup>522</sup>.

---

<sup>518</sup> De acordo com o teor do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 679/06.0, julgado em 04/07/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt> (Acesso em 14/01/2019)

<sup>519</sup> Sobre a exigência de motivação das decisões judiciais, o artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil assegura que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. De igual modo, a referida garantia constitucional também é prevista expressamente em diversos ordenamentos jurídicos europeus, dentre os quais, mencionamos a Constituição Espanhola, que prevê no artigo 120, item nº 3 que “*Las sentencias serán siempre motivadas*”; a Constituição Portuguesa, que dispõe no artigo 205, item nº 1, que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.”; e o artigo 111 da Constituição Italiana, que garante que “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”.

<sup>520</sup> Nesse sentido, Vaz observa que “o princípio da motivação das decisões judiciais constitui uma das garantias fundamentais do cidadão no Estado de Direito e no Estado Social de Direito contra o arbítrio do Poder Judiciário”. (Vaz: 2002, p. 211)

<sup>521</sup> (Gomes Filho: 2001, p. 75). Seguindo essa linha de raciocínio, Matta acentua que “a exigência da motivação dos provimentos penais integra e completa todo o sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de Direito. É com a justificação explícita das decisões penais em suma, que se realiza concretamente a máxima garantia ‘*veritas non auctoritas facit iudicium*’”. (Matta: 2004, pp. 268)

<sup>522</sup> (Bentham: 1825, p. 96). Prosseguindo nessa linha de pensamento, o autor lembra que a publicidade da motivação das decisões judiciais tem o condão de evitar o cometimento de arbitrariedades pelo Estado. Assim, “*lo que menos se debe temer (de los jueces) son los poderes discrecionales que sólo se les confia con la condición expresa de que motiven en todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad*”. (Bentham: 1825, p. 95)

Consequentemente, a imprescindibilidade da justificação dos motivos conducentes à livre convicção do juiz permite o controle da racionalidade do ato judicicial<sup>523</sup>, já que a fundamentação representa o “espelho revelador de eventuais erros do julgador”.<sup>524</sup>

A obrigatoriedade de motivação do ato decisório<sup>525</sup>, além de explicitar a racionalidade da decisão, garante simultaneamente a publicidade desta perante toda a sociedade, o que reflete a “dimensão pedagógica” inerente à fundamentação da sentença penal, possibilitando assim, um “controle democrático e de responsabilização externa da função judicicial”.<sup>526</sup>

Ocorre que, quando a comprovação do fato principal no processo penal for amparada exclusivamente com base na prova indiciária, há a necessidade de uma “motivação ainda mais exigente”<sup>527</sup>, de maneira que a sentença penal explicita de forma inteligível o raciocínio inferencial utilizado pelo julgador<sup>528</sup> na conexão lógica entre os indícios e a presunção conclusiva estabelecida pela prova indiciária.<sup>529</sup>

Por essa razão, a jurisprudência espanhola elenca como um dos requisitos essenciais à suficiência probatória da prova indiciária no âmbito do processo penal o dever de o julgador explicitar na fundamentação da sentença o “enlace preciso

---

<sup>523</sup> Nesse diapasão, Taruffo assinala que a motivação é uma “*justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión*”. (Taruffo: 2002, pp. 435-436)

<sup>524</sup> (Calamandrei: 1960, p. 117)

<sup>525</sup> A respeito da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, que possui a finalidade primordial de assegurar a efetividade do devido processo legal, Matta sustenta que “a exigência de motivação acaba por ter uma função dupla, pré e pós-judicatória. A primeira fase permite ao julgador exercer um autocontrole do acerto dos seus próprios juízos; a segunda fase permite à comunidade, e ao destinatário das medidas a tomar pelo sistema penal, compreender os critérios seguidos pelo julgador e aferir a respectiva legitimidade, razoabilidade e aceitabilidade”. (Matta: 2004, p. 265)

<sup>526</sup> (Ferrajoli: 1995, p. 623)

<sup>527</sup> Conforme decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “quando estão em causa factos julgados provados em resultado de prova indiciária, impõe-se uma motivação ainda mais exigente, de modo a demonstrar o exacto *iter* do raciocínio desenvolvido, de modo a possibilitar ao tribunal de recurso o reexame do caminho seguido em ordem a verificar se está ou não em conformidade designadamente com as regras de experiência”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 350/98.4TAOLH.S1, julgado em 08/06/2011. Disponível em: <www.dgsi.pt> (Acesso em 12/02/2019)

<sup>528</sup> É importante mencionar que alguma doutrina designa essa necessidade de motivação específica da sentença penal baseada exclusivamente na prova indiciária (prova indireta) como um “dever acrescido de fundamentação”. (Sousa: 2020, p. 2753)

<sup>529</sup> (Gomes: 2016, pp. 208-209)

e direto” existente entre o fato-base e o fato-consequência<sup>530</sup>, de modo a reduzir ao mínimo possível o risco de ocorrência de alguma arbitrariedade no veredicto estabelecido pela sentença decorrente da ausência de conexão lógica do raciocínio inferencial realizado pelo magistrado na formação da sua convicção.<sup>531</sup>

Em outras palavras, significa dizer que as inferências extraídas dos indícios plenamente comprovados nos autos devem ser “racionais e lógicas”, de forma a demonstrar o “enlace preciso e direto” entre o arcabouço indiciário convergente e a dedução realizada pelo julgador<sup>532</sup>, que, por sua vez, em nenhuma hipótese poderá ser “arbitrária, incoerente ou absurda”.<sup>533</sup>

Entendemos que a eventual omissão na sentença penal relativa ao dever de motivação específica inerente à prova indiciária suficiente, poderá acarretar violação ao direito do acusado à “Tutela Jurídica Efetiva”, que se ampara no devido processo legal. Já o Tribunal Supremo da Espanha caracteriza a obrigatoriedade de

---

<sup>530</sup> Trata-se de jurisprudência consolidada, há décadas, nos tribunais espanhóis. Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, *“los requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente para enervar la presunción de inocencia mediante prueba indirecta, indiciaria o circunstancial; tales son: 1º) Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia”*. Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 8288/03, de 19 de dezembro de 2003. No mesmo sentido, entre outras, STS nº 649/98, de 12 de maio de 1998; STS nº 435/99, de 10 de junho de 1999; STS nº 1911/00, de 12 de dezembro de 2000; STS nº 533/13, de 25 de junho de 2013; e STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>531</sup> O referido entendimento é amplamente acolhido pelo Tribunal Supremo da Espanha. Exemplificativamente, na STS nº 9344/91, de 8 de março de 1991 decidiu-se que *“la deducción lógica que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), la cual debe exteriorizarse en el propio texto de la sentencia para mostrar así públicamente que la libertad del Juzgador no ha sido utilizada de modo arbitrario”*. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 9344/91, de 8 de março de 1991. No mesmo sentido, há diversas outras decisões mais recentes do Tribunal Supremo, como a STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016; e a STS nº 190/2017, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>532</sup> De acordo com as Sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985 e nº 175/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>533</sup> Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em 19/01/2019). A jurisprudência portuguesa caminha nessa mesma direção. Veja-se, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt> (Acesso em 13/02/2019)

fundamentação das decisões judiciais como uma “implicação necessária” do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 24, nº 2 da Constituição espanhola.<sup>534</sup>

Portanto, o raciocínio inferencial utilizado pelo julgador deverá ser obrigatoriamente esclarecido na fundamentação da sentença penal motivada exclusivamente com base na prova indiciária, possibilitando assim, que o acusado tenha pleno conhecimento das razões factuais e jurídicas que conduziram o magistrado à formação do seu livre convencimento. Ressalte-se ainda, que tal esclarecimento é importante, sobretudo, para garantir ao réu a efetividade do seu direito ao duplo grau de jurisdição, por meio da via recursal.<sup>535</sup>

Em resumo, é bom lembrar que o dever de motivação específica com a explicitação na sentença penal do juízo inferencial realizado pelo órgão jurisdicional possui uma tripla função, quais sejam: 1) permitir o autocontrole pelo próprio juiz que utiliza a presunção resultante da pluralidade de indícios convergentes; 2) facilitar a argumentação no manejo dos recursos, já que a defesa passa a conhecer o raciocínio dedutivo-indutivo que conectou o fato-base à presunção; 3) possibilitar o controle das inferências realizadas pelo julgador e pelos Tribunais Superiores, que avaliarão a “racionalidade, coerência e logicidade” daquelas.<sup>536</sup>

Por fim, frise-se que a obrigatoriedade de motivação específica relativa à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal dispensa uma fundamentação extensa e maçante, pois, de acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, é desnecessário que a explicitação do raciocínio inferencial seja exaustiva ou de grande amplitude, sendo suficiente apenas o esclarecimento dos pontos

---

<sup>534</sup> Conforme decidido na Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1690/03, de 12 de março de 2003. Frise-se que o próprio Tribunal Constitucional da Espanha já reafirmou esse posicionamento, uma vez que *“la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia”*. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 145/05, de 6 de junho de 2005. No mesmo sentido, STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>535</sup> Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4924/99, de 9 de julho de 1999. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 19/01/2019)

<sup>536</sup> (Miranda Estrampes: 1997, pp. 246-247)

referenciais básicos a partir dos quais o julgador realizou a dedução lógica que resultou na presunção constitutiva da prova circunstancial.<sup>537</sup>

---

<sup>537</sup> De acordo com a Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 31 de maio de 1993. Disponível em: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (Acesso em 19/01/2019)

## Considerações finais

---

A presente dissertação teve por objeto o tema da prova indiciária suficiente no processo penal. Ao longo da investigação, enfrentamos o problema jurídico concretizado na seguinte indagação: Pode a prova indiciária ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma condenação criminal, sem que haja violação ao princípio da presunção de inocência?

Ao respondermos afirmativamente esta questão, à luz do sistema do livre convencimento motivado do julgador, foi necessário, em seguida, apontarmos o método mais adequado de valoração da suficiência probatória da prova indiciária, por meio da explicitação dos seus pressupostos e requisitos específicos na fundamentação da sentença penal condenatória.

Face ao exposto, tendo em vista tudo que foi até aqui analisado a respeito da prova indiciária suficiente no processo penal, foi possível chegarmos às seguintes conclusões sobre o tema:

# 1

Prova indiciária ou circunstancial é uma prova indireta que parte de um fato conhecido, constituído de uma pluralidade de indícios concordantes e convergentes, em direção à comprovação de um fato desconhecido, através de um raciocínio inferencial que resulta em uma presunção judicial dotada de força probatória. É composta necessariamente de três elementos: os indícios, que refletem o fato conhecido ou indicador (*factum probans*); o fato desconhecido ou presumido, que é o que se pretende comprovar (*factum probandum* ou *thema probandum*); e a inferência lógica, por meio da qual, partindo-se do fato conhecido, presume-se o fato desconhecido que se objetiva alcançar.

Logo, a íntima relação de causa e efeito existente entre o fato indiciário composto de uma pluralidade de indícios e o fato principal a ser comprovado concretiza a estrutura da prova indiciária. Diante disso, pensamos que os indícios são como se fossem “alicerces” que são utilizados na construção de uma “casa” que, nessa hipótese, seria a prova indiciária. Conclui-se, portanto, que os indícios são a “matéria-prima” utilizada na construção lógica da presunção judicial que materializa a prova indiciária.

## 2

A presunção judicial que concretiza a prova indiciária no processo penal nasce através de um raciocínio lógico, de natureza indutivo-dedutiva, pois, para que o fato conhecido conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, em primeiro lugar, a realização de uma indução, a fim de conectar diretamente o fato indiciário conhecido a uma regra geral, baseada na observação do que ordinariamente acontece em situações análogas. A partir dessa regra de experiência extraída, deduz-se o fato desconhecido, por meio de uma inferência lógica. Para que a inferência realizada seja verossímil, é imprescindível que a mesma seja racional, fundamentando-se em critérios lógicos baseados nas regras de experiência.

## 3

O sistema do livre convencimento motivado possui como principal característica o tratamento igualitário de todos os meios de prova *in abstracto*, sejam estes diretos e/ou indiretos, devendo o peso e a credibilidade de cada elemento probatório serem avaliados, motivadamente, pelo julgador no caso concreto. Ou seja, o julgador é livre para fundamentar a sua decisão com base no arcabouço probatório contido nos autos, não estando adstrito a nenhum critério legal que estabeleça previamente qualquer espécie de hierarquia entre as provas, independentemente destas serem diretas e/ou indiretas. Desse modo, depreende-se que o livre convencimento motivado do julgador respalda a possibilidade de a prova indiciária ser considerada suficiente, por si só, para fundamentar uma condenação criminal.

## 4

Considerando que nem sempre se tem à disposição nos autos a prova direta, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência vêm sedimentando, de modo veemente, a grande importância da prova indiciária no cenário jurídico atual, uma vez que em muitos crimes de alta complexidade a prova circunstancial é a única prova existente no processo penal com capacidade para desvirtuar a presunção de inocência. Nesse caso, é necessária a utilização dos indícios plenamente comprovados, que aliados a um esforço intelectual lógico-jurídico resultarão em uma presunção judicial revestida de valor probatório.

## 5

A valoração da força probatória da prova indiciária tem caráter subjetivo. Por esse motivo, é imprescindível que o juiz tenha a máxima cautela na apreciação judicial da sua suficiência probatória no processo penal, a fim de reduzir ao mínimo possível, o risco de ocorrência de erro de julgamento. Isso porque, durante o procedimento de avaliação do peso probatório da prova circunstancial podem surgir equívocos quanto ao seu real valor persuasivo cotejado com os demais meios de prova e, até mesmo, quanto à racionalidade das inferências extraídas dos indícios.

Na primeira hipótese, o erro de julgamento surge de uma hipovaloração ou hipervaloração da prova indiciária, em dissonância com o valor preciso desta, o que poderá desvirtuar o resultado da ponderação do peso probatório entre as provas contidas no processo penal. No segundo caso, a falha na apreciação da prova circunstancial se origina da ausência de concordância e convergência entre os indícios, o que, inevitavelmente, conduzirá o julgador a uma conclusão contraditória ou inconsistente, decorrente da utilização de uma inferência ilógica e arbitrária.

## 6

Em razão do risco de erro inerente à valoração da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, a doutrina e a jurisprudência vêm advertindo,

a nosso ver corretamente, que a condenação criminal fundamentada exclusivamente com base na prova circunstancial exige um “*plus*” na motivação da decisão judicial, uma vez que esse meio de prova envolve um maior risco de subjetivismo em sua apreciação, o que obriga o julgador a esclarecer na fundamentação da sentença penal condenatória a conexão lógica existente entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (presunção), mediante a explicitação do raciocínio inferencial que conduziu o julgador a uma determinada conclusão baseada na prova indiciária.

Destarte, visando reduzir a possibilidade de erro na valoração da prova indiciária suficiente, a doutrina e a jurisprudência vêm, cada vez mais, utilizando métodos racionais de apreciação da medida da prova, conhecidos como *standards* probatórios.

## 7

Os *standards* probatórios têm o objetivo de guiar a discricionariedade motivada do julgador no momento da formação da sua convicção, conferindo um parâmetro para balancear o peso e o valor de cada prova contida nos autos, de maneira que o resultado final dessa ponderação lógica seja baseado no grau de probabilidade de comprovação da hipótese fática alegada pelas partes no caso concreto.

Por possuir um grau altíssimo de suficiência probatória, igual ou superior a 90% (noventa por cento) de certeza, a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é o *standard* probatório mais utilizado na valoração da prova indiciária suficiente, pois pressupõe uma força persuasiva dos indícios em um nível elevadíssimo de certeza probatória do *thema probandum*, que é capaz de superar a barreira imposta pela presunção de inocência e ensejar uma condenação criminal.

Logo, se a prova indiciária for suficiente para comprovar a responsabilidade penal do acusado além de uma dúvida razoável, a presunção de inocência é superada pela força probatória da pluralidade de indícios concordantes e convergentes para uma única conclusão incriminatória e, conseqüentemente, o réu deverá ser condenado; por outro lado, se a prova indiciária for insuficiente para comprovar a culpa do réu além de uma dúvida razoável, a presunção de inocência prevalece sobre a prova indiciária impondo a absolvição.

## 8

Especificamente quanto à capacidade da prova indiciária ser suficiente para, por si só, fundamentar uma condenação criminal, as doutrinas e jurisprudências portuguesa, espanhola, italiana, brasileira e norte-americana caminham juntas no sentido de que a prova indiciária possui a mesma aptidão e eficácia da prova direta, para o fim de desvirtuar o princípio da presunção de inocência.

Apesar disso, foi possível constatar ao longo desta investigação que, normalmente, os requisitos específicos de suficiência probatória da prova indiciária no processo penal não são elencados expressamente na legislação dos sistemas jurídicos processuais analisados nesta dissertação. Por esta razão, os tribunais portugueses e espanhóis, a nosso ver, acertadamente, apreciam a força probatória da prova indiciária suficiente, de forma específica e detalhada, com o fim precípua de conferir maior segurança jurídica na aplicabilidade prática processual dessa espécie probatória indireta.

## 9

Nesse sentido, tendo em vista o avanço das doutrinas e jurisprudências portuguesa e espanhola, no tocante à valoração da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal, é possível realizarmos uma compilação dinâmica dos requisitos específicos mais utilizados, de modo que se possa extrair um caminho claro e objetivo a ser seguido pelo julgador na apreciação da prova indiciária suficiente.

Assim, exige-se a verificação de determinados requisitos específicos, sem os quais, a prova indiciária não poderá ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma sentença penal condenatória. Trata-se de entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, há décadas, em Portugal e na Espanha, no sentido de que para que a prova indiciária possa ser considerada capaz de superar a presunção de inocência através de uma condenação criminal, é necessário que o julgador identifique explicitamente na fundamentação da sentença penal os requisitos essenciais inerentes à suficiência probatória da prova circunstancial.

Verificou-se ao longo desta dissertação que existe uma variação dos elementos essenciais da prova indiciária suficiente, que a depender do órgão judicial prolator da sentença penal, altera, aumenta ou diminui a quantidade e/ou variedade dos requisitos necessários à condenação criminal baseada exclusivamente na prova circunstancial.

Enquanto uns dividem os requisitos específicos da prova indiciária em formais e materiais, outros falam em requisitos de existência, validade e eficácia, havendo ainda, aqueles que não realizam qualquer classificação. A nosso ver, tais requisitos devem ser explicitados na fundamentação da sentença penal, da maneira mais dinâmica possível, a fim de evitar motivações exaustivas e ininteligíveis.

Dessa forma, à luz das doutrinas e jurisprudências portuguesa e espanhola, entendemos ser imprescindível a exposição de oito requisitos específicos na fundamentação da sentença penal condenatória, para conferir *status* de prova “suficiente à condenação criminal” à prova indiciária no âmbito do processo penal. Tais requisitos específicos da prova indiciária servirão para nortear a valoração judicial “mais objetiva possível”, de uma espécie probatória “tão subjetiva”, garantindo assim, de modo eficaz, o devido processo legal aos jurisdicionados e a toda sociedade, que terão pleno conhecimento do porquê da condenação ou absolvição do réu, com base exclusivamente na prova indiciária.

Face ao exposto, pensamos ser necessário à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal os seguintes requisitos: 1) os indícios formadores do fato-base (*factum probans*) deverão estar plenamente comprovados nos autos; 2) deverá existir uma pluralidade de indícios; 3) ao menos um indício deverá ser grave, isto é, possuir uma “singular potência acreditativa” ou “especial significação probatória”; 4) os indícios deverão ser precisos; 5) os indícios deverão ser concordantes, contemporâneos e interrelacionados entre si; 6) deverá existir convergência dos indícios em direção a mesma conclusão; 7) deverá inexistir contraindícios com capacidade neutralizadora da força probatória dos indícios acusatórios; 8) deverá haver uma motivação específica na fundamentação da sentença penal com a explicitação dos requisitos inerentes à prova indiciária suficiente e, também, do raciocínio inferencial utilizado pelo julgador para estabelecer a conexão lógica entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (prova indiciária resultante da presunção judicial).

# 10

Por fim, não se pode perder de vista que, no tocante ao peso probatório dos indícios no processo penal (*weight of evidence*), é imprescindível que ao se deparar com a prova indiciária, o julgador tenha a consciência de que o fato indiciário (*factum probans*) provará mais ou menos o fato principal (*factum probandum*), de acordo com a maior ou menor conexão entre ambas situações fáticas.

Conseqüentemente, a demonstração da força probatória dos indícios no caso concreto ocorrerá em razão do grau de ligação entre o *factum probans* e o *factum probandum*, de maneira que se esse vínculo recíproco for estreito, o resultado natural dessa íntima conexão poderá culminar em uma conclusão racional e lógica amparada na prova indiciária suficiente à condenação criminal.

## Referências bibliográficas

**ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

**ASENCIO MELLADO**, José María. *La Prueba. Garantías Constitucionales derivadas del art. 24.2*. In: Poder Judicial, nº 4, dezembro, 1986, pp. 33-48.

**ASENCIO MELLADO**, José María. *Presunción de inocencia y prueba indiciaria, en los principios del proceso penal*. In: Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 163-180.

**ASENCIO MELLADO**, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989.

**BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

**BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de complicado relacionamento*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (orgs.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 171-198. Disponível em: <[http://www.badaroadvogados.com.br/?page\\_id=36](http://www.badaroadvogados.com.br/?page_id=36)> (Acesso em 19/03/2018).

**BARROS**, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*, 3ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

**BECCARIA**, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Traduzido para o espanhol por F. Tomás y Valiente. Madrid: Aguilar, 1974.

**BENTHAM**, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V.. Paris: Bossange Frères, 1825.

**BENTHAM**, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo II, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V.. Paris: Bossange Frères, 1825.

**BEX**, Floris. J.; **VAN KOPPEN**, Peter. J.; **PRAKKEN**, Henry; **VERHEIJ**, Bart. *A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*. In: *Artificial Intelligence and Law*, nº 18, março/dezembro, 2010, pp. 123-152.

**BEX**, Floris J.. *Arguments, Stories and Criminal Evidence. A Formal Hybrid Theory*. New York: Springer, 2011.

**BONFIM**, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

**BORASI**, Ivan. *Indizzi e Processo Penale*. In: *Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Archivio della nuova procedura penale*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, maio/junho, 2013, pp. 269-275.

**CABRAL**, José Santos. *Prova indiciária e as novas formas de criminalidade*. In: *Revista Julgar*, nº 17, maio/agosto, 2012, pp. 13-33.

**CAFFERATA NORES**, José I.; **CÓPPOLA**, Patrícia. *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.

**CALAMANDREI**, Piero. *Proceso y democracia*. Traduzido para o espanhol por H. Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEJA, 1960.

**CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição; Coimbra: Almedina, 1999.

**CARNELUTTI**, Francesco. *La prueba civil*. Traduzido para o espanhol por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.

**CARNELUTTI**, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, nº 9, julho/setembro, 1998, pp. 606-609.

**CARRARA**, Francesco. *Programma del corso di Diritto Criminale*, Parte Generale, volume II, 9ª edição. Firenze: Fratelli Cammelli, 1902.

**CHAMBERS JR.**, Henry L.. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: *Marquette Law Review*, nº 3, Volume 81, 1998, pp. 655-704.

**CLERMONT**, Kevin M.; **SHERWIN**, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002, pp. 243-275.

**CLIMENT DURÁN**, Carlos. *La Prueba Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

**COELHO**, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996.

**CONTE**, Mario; **GEMELLI**, Maurizio; **LICATA**, Fabio. *Le prove penali*. Milão: Giuffrè, 2011.

**COPPOLA**, Francesco. *Presunzione*. In: *Digesto Italiano*, volume XIX. Torino: Torinese, 1924.

**CORDÓN AGUILAR**, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Proceso Penal*. Salamanca: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2011.

**DALLAGNOL**, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

**DELLEPIANE**, Antonio. *Nova teoria da prova*, 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

**DENNIS**, Ian H.. *The law of evidence*, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 2002.

**DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalía, 1970.

**DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

**DIAS**, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Mercedes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. In: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, Universidad de Alicante, 2007, pp. 1-12.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005.

**FERRAJOLI**, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

**FERREIRA**, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Curso de Processo Penal*, volume 2. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970.

**FERRER BELTRÁN**, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, ejemplar dedicado a XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 2007, pp.1-6. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>> (Acesso em 25/02/2019).

**FERRI**, Enrico. *Discursos de acusação: ao lado das vítimas*, 5ª edição. Traduzido para o português por Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

**FLETCHER**, G. P.. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

**FLORIÁN**, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Traduzido para o espanhol por Leonardo Prieto-Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

**FINKELSTEIN**, M. O.; **FAIRLEY**, W. B.. *A Bayesian approach to identification evidence*. In: *Harvard Law Review*, nº 83, 1970, pp. 498-500.

**GARDNER**, Thomas J.; **ANDERSON**, Terry. M.. *Criminal evidence. Principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010.

**GARRAUD**, René. *Traité théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1907.

**GASCÓN ABELLÁN**, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba*, 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010.

**GASCÓN ABELLÁN**, Marina. *Prueba y verdad en el Derecho*. México, Escuela Judicial Electoral, 2004. Disponível em: <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>> (Acesso em: 23/05/2019).

**GASCÓN ABELLÁN**, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. In: *Jueces para la democracia*, nº 54, 2005, pp. 127-139.

**GIANTURCO**, Vito. *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958.

**GOMES**, Márcio Schlée. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

**GOMES FILHO**, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**GOMES FILHO**, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no Processo Penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 309-325.

**GORPHE**, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Traduzido para o espanhol por Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

**GRECO FILHO**, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, volume 2, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

**GRECO FILHO**, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

**GUZMÁN**, Nicolas. El papel de la verdad en el proceso penal y su impacto en la dinámica probatoria. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pp. 51-79.

**GUZMÁN**, Nicolas. *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

**HAMILTON**, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

**HUME**, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Traduzido para o português por André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

**IBÁÑEZ**, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

**KHAN**, Karim; **BUISMAN**, Caroline; **GOSNELL**, Christopher. *Principles of evidence in international Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2010.

**KNIJNIK**, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

**LALANDE**, André. *Vocabulário técnico y crítico de la Filosofía*. Buenos Aires: El Ateneo, 1967.

**LAUDAN**, Larry. *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Cuyo, 2001.

**LÓPEZ-MORENO**, Santiago. *La prueba de indícios*. 3ª edição. Madrid: Victoriano Suárez, 1897.

**MALATESTA**, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

**MANS PUIGARNAU**, Jaime M.. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1969.

**MANZINI**, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*, 11ª edição. Padova: Cedam, 1954.

**MANZINI**, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III. Traduzido para o espanhol por Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1952.

**MARTÍNEZ SILVA**, Carlos. *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

**MATA-MOUROS**, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007.

**MATTA**, Paulo Saragoça da. *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

**MAY**, Richard. *Criminal Evidence*, 5ª edição. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

**MENDES**, João Castro. *O conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961.

**MENDES**, Paulo de Sousa. *A incerteza factual e a prova no Processo Penal*. In: PITON, André Paulino (coord.). *Liber Amicorum: Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2014, pp. 1-21.

**MENDES**, Paulo de Sousa. *As proibições de prova no Processo Penal*. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

**MENDES**, Paulo de Sousa. *El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspirada en el derecho comparado*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pp. 127-155.

**MENDES**, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

**MENDES**, Paulo de Sousa. *Medida da prova*. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (coords.). *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 19-40.

**MENDONÇA**, Andrey Borges de. *Do processo e julgamento*. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, pp. 501-503.

**MIRANDA**, Jorge. *Os direitos fundamentais e o terrorismo. Os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (orgs.). *Direito Penal especial, Processo Penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 173-185.

**MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

**MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el Proceso Penal*. In: *Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Ano 1, nº 1, setembro/dezembro, 2012, pp. 15-50.

**MITTERMAIER**, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*, 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.

**MIXÁN MÁSS**, Florencio. *Prueba indiciaria: carga de la prueba, casos*. Lima: Ediciones BGL, 1995.

**MONTAÑES PARDO**, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

**MONTESQUIEU**. *Del espíritu de las leyes (1748)*. Traduzido para o espanhol por M. Blázquez y P. de Vega. Madrid: Tecnos, 1985.

**MORAES**, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

**MORO**, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

**MOURA**, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

**MUÑOZ SABATÉ**, Luis: *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Editorial Praxis, 1993.

**MUÑOZ CONDE**, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del inimigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

**NASCIMENTO**, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia – técnica de persuasão*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

**NEWMAN**, Jon O.. *Beyond reasonable doubt*. In: *New York University Law Review*, nº 979, volume 68, novembro, 1993, pp. 979-1002.

**NIEVA FENOLL**, Jordi. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. In: *Revista para el análisis del Derecho*, janeiro, 2016, pp. 1-23.

**NIEVA FENOLL**, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*, 7ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

**PALMA**, Maria Fernanda. *Acusação e pronúncia num Direito Processual Penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva*. In: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 267-281.

**PASTOR ALCOY**, Francisco. *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho S. L., 1995.

**PEREIRA**, Rui Soares. *A crença/convicção no contexto judicial: diálogos com a filosofia pragmatista*. In: LINHARES, J. M. Aroso; GAUDÊNCIO, Ana; GODINHO; Inês (eds.). *Jurist's Law and European Identity: Dogmatic-Institucional, Methodological and Legal-Philosophical Problems*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019, pp. 253-289.

**PEREIRA**, Rui Soares. *Evidence models and proof of causation*. In: *Law, probability and risk*, Oxford, nº 12, setembro/dezembro, 2013, pp. 229-257.

**PEREIRA**, Rui Soares. *Los modelos de prueba: cuestionamiento de su elección y aplicación considerando um caso paradigmático*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (eds.). *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pp. 81-125.

**PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ**, Leonardo; **GUTIÉRREZ DE CABIEDES**, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.

**QUIJANO**, Jairo Parra. *Manual de Derecho probatório*. 3ª edição. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992.

**QUIJANO**, Jairo Parra. *Prueba Indiciaria en el Código de Procedimiento Penal Brasileiro y Código de Procedimiento Penal Italiano y su Complementación con Países Europeos y Americanos*. In: *21 Derecho Penal y Criminología* 247, 1999, pp. 254-272.

**RAMPONI**, Lamberto. *Teoria generale delle presunzioni*. Torino: Fratelli-Bocca, 1890.

**RIVERA SILVA**, Manuel. *El procedimiento penal*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1963.

**ROSA**, Eliézer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

**ROSA**, Inocêncio Borges da. *Processo Penal brasileiro*, volume 1. Porto Alegre: Globo, 1942.

**ROBERTS**, Paul; **ZUCKERMAN**, Adrian. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

**RUÇO**, Alberto Augusto Vicente. *Prova Indiciária*. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013.

**SÁNCHEZ DE MOVELLÁN**, Pedro Álvarez: *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, 2007.

**SANTOS**, Manuel Simas; **LEAL-HENRIQUES**, Manuel. *Código de Processo Penal Anotado*, volume I, 3ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2008.

**SERRA DOMÍNGUEZ**, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León e P. Salvador Coderch, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

**SERRA DOMÍNGUEZ**, Manuel. *La función del indicio en el Proceso Penal*. In: Estudios de Derecho Procesal. Barcelona: Ariel, 1969.

**SERRA DOMÍNGUEZ**, Manuel. *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*. Barcelona: Nauta S.A., 1963.

**SILVA**, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, volume II, 4ª edição. Lisboa: Verbo, 2008.

**SIMÕES**, Euclides Dâmaso. *Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente)*. In: Revista Julgar, nº 2, maio/agosto, 2007, pp. 203-215.

**SOUSA**, Miguel Teixeira de. *Por que razão a “probabilidade prevalecente” não é uma medida da prova aceitável no ordenamento probatório português*. Publicado na internet em 17/07/2019. Disponível em: <<https://blogipcc.blogspot.com/2019/07/por-que-razao-probabilidade.html>> (Acesso em: 20/05/2020).

**SOUSA**, Susana Aires de. *Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, volume IV, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2753-2775.

**SPOTTSWOOD**, Mark. *Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence*. In: *Law, probability and risk*, Oxford, julho, 2013, pp. 1-18. Disponível em: <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>> (Acesso em 28/04/2019).

**STEIN**, Alex. *Foundations of evidence Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

**STEIN**, Alex; **ALLEN**, Ronald J.. *Evidence, probability, and burden of proof*. In: *Arizona Law Review*, nº 54, abril, 2013, pp. 1-45. Disponível em: <[www.professoralexstein.com/images/RJA\\_AS\\_SSRN2.pdf](http://www.professoralexstein.com/images/RJA_AS_SSRN2.pdf)> (Acesso em 20/01/2019).

**TARUFFO**, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

**TARUFFO**, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

**TARUFFO**, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

**TEIXEIRA**, Carlos Adérito. “*Indícios Suficientes*”: parâmetro de racionalidade e “*instância*” de legitimação concreta do poder-dever de acusar. In: *Revista do CEJ*, nº 1, 2º semestre, 2004, pp. 151-190.

**TONINI**, Paolo. *A prova no Processo Penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**TORNAGHI**, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume III, 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

**TWINING**, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

**TWINING**, William. *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

**VAZ**, Alexandra Mário Pessoa. *Direito Processual Civil do antigo ao novo Código*, 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

**VÁZQUEZ SOTELO**, José Luis. *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*. In: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006.

**VEGA TORRES**, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1992.

**VISHINSKI**, Andrei. *A Prova Judicial no Direito Soviético*. Traduzido para o português por Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957.

**VIVÉS-ANTÓN**, Tomás. *El Proceso Penal de la presunción de inocencia*. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27-39.

**WIGMORE**, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, volume IX. Boston: Little Brown Company, 1981.

**WITTGENSTEIN**, Ludwig. *Da certeza*. Traduzido para o português por Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013.

**ZUCKERMAN**, Adrian; **ROBERTS**, Paul. *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

## Referências legislativas e jurisprudenciais

---

### Referências legislativas:

#### Portugal

- Constituição da República Portuguesa
- Código de Processo Penal de Portugal
- Código Civil de Portugal
- Código de Processo Civil de Portugal

#### Espanha

- Constituição da Espanha
- *Ley de Enjuiciamiento Criminal*
- *Ley de Enjuiciamiento Civil*

#### Itália

- Constituição da República Italiana
- *Codice di Procedura Penale*
- *Codice di Procedura Civile*

#### Brasil

- Constituição da República Federativa do Brasil
- Código de Processo Penal do Brasil

- Código Civil do Brasil
- Código de Processo Penal Militar

### **Legislação internacional**

- Código de Direito Canônico
- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
- Declaração Universal dos Direitos Humanos
- Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional)
- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica)
- Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

### **Referências jurisprudenciais:**

#### **Jurisprudência portuguesa**

##### **Tribunal Constitucional de Portugal**

- Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal nº 391/15, processo nº 526/15, julgado em 12/08/2015

##### **Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 06P306, julgado em 20/04/2006

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, processo nº 07P2279, julgado em 05/07/2007
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 173/05.6GBSTC.E1.S1, julgado em 15/09/2010
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 417/09.5YRPTR.S2, julgado em 26/01/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 233/08.1PBGDM.P3.S1, julgado em 23/02/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 350/98.4TAOLH.S1, julgado em 08/06/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 3612/076TBLRA.C2.S1, julgado em 06/07/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 101/11.OPAVNO.S1, julgado em 26/09/2012
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº14/07.0TRLSB.S1, julgado em 11/06/2014

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 460/10.1JALRA.C1, julgado em 21/03/2012
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 347/10.8PATNV.C1, julgado em 09/05/2012

### **Tribunal da Relação de Évora**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 43/07.3GEELV.E1, julgado em 10/12/2009
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 173/05.6, julgado em 11/03/2010
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 241/07.0PCSTB.E1, julgado em 06/09/2011

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 10693/2008-3, julgado em 07/01/2009
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 504/04.6JFLSB.L1-5, julgado em 15/11/2011
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 679/06.0GDTV.D.L1-3, julgado em 04/07/2012
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 1035/13.9PBAGH.L1-5, julgado em 07/11/2017

## **Tribunal da Relação do Porto**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto nº 233/08.1PBGDM.P3, julgado em 29/06/2011
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto nº 2/13.7GCETR.P1, julgado em 09/09/2015

## **Jurisprudência espanhola**

### **Tribunal Constitucional da Espanha**

- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 31/81, de 28 de julho de 1981
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/83, de 29 de novembro de 1983
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 124/83, de 21 de dezembro de 1983
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 17/84, de 7 de fevereiro de 1984
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/85, de 7 de outubro de 1985
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 175/85, de 17 de dezembro de 1985
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 126/86, de 18 de novembro de 1986

- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 169/86, de 22 de dezembro de 1986
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 150/87, de 1º de outubro de 1987
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 229/88, de 1º de dezembro de 1988.
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 107/89, de 8 de junho de 1989
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 86/95, de 6 de junho de 1995
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 24/97, de 11 de fevereiro de 1997
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 81/98, de 2 de abril de 1998
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 61/05, de 14 de março de 2005
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 145/05, de 6 de junho de 2005
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 300/05, de 21 de novembro de 2005
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 111/08, de 22 de setembro de 2008
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 186/05, de 4 de julho de 2005.
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 123/06, de 24 de abril de 2006

- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 133/11, de 18 de julho de 2011
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012
- Sentença do Tribunal Constitucional, STC nº 15/14, de 30 de janeiro de 2014
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 133/14, de 22 de julho de 2014
- Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 146/14, de 22 de setembro de 2014

### **Tribunal Supremo da Espanha**

- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 5456/86, de 14 de outubro de 1986
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 4 de fevereiro de 1987
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 2976/1987, de 28 de abril de 1987
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 20 de janeiro de 1988
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 22 de abril de 1988
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 22 de junho de 1988
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 18 de março de 1989
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 2258/89 de 29 de março de 1989
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 12501/89, de 29 de março de 1989
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 24 de julho de 1990
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 29 de janeiro de 1991

- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 9344/91, de 8 de março de 1991
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 15 de abril de 1991
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 26 de novembro de 1992
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 9144/92, de 16 de dezembro de 1992
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 35/93 de 21 de janeiro de 1993
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 31 de maio de 1993
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1368/93 de 10 de junho de 1993
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 14 de fevereiro de 1994
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 4 de março de 1994
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1536/94, de 8 de março de 1994
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 24 de abril de 1995
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3068/96, de 21 de maio de 1996
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 8103/97, de 29 de maio de 1997
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 202/98, de 20 de janeiro de 1998
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 9 de fevereiro de 1998
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 649/98, de 12 de maio de 1998
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 584/98, de 14 de maio de 1998
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 861/98, de 22 de junho de 1998

- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 217/99, de 15 de fevereiro de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 269/99, de 26 de fevereiro de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 435/99, de 10 de junho de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha STS nº 4924/99, de 9 de julho de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1676/99, de 23 de novembro de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1654/99, de 26 de novembro de 1999
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 83/00, de 1º de fevereiro de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 141/00, de 9 de fevereiro de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 171/00, de 14 de fevereiro de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 363/00, de 1º de março de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 728/00, de 24 de abril de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 8485/00, de 21 de novembro de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1911/00, de 12 de dezembro de 2000
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3505/01, de 30 de abril de 2001
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3556/01, de 30 de abril de 2001

- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1690/03, de 12 de março de 2003
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 8288/03, de 19 de dezembro de 2003
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 220/04 de 20 de fevereiro de 2004
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 954/04 de 20 de julho de 2004
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 2756/05, de 29 de abril de 2005
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 866/05, de 30 de junho de 2005
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 557/06, de 22 de maio de 2006
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3604/07, de 30 de maio de 2007
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 6531/08, de 21 de novembro de 2008
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 416/09, de 5 de fevereiro de 2009
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4964/09, de 7 de julho de 2009
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 7788/09, de 11 de dezembro de 2009
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 8427/09, de 22 de dezembro de 2009
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1501/10, de 21 de janeiro de 2010
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 5119/10, de 22 de setembro de 2010

- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 6215/10, de 24 de novembro de 2010
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 433/13, de 29 de maio de 2013
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 533/13, de 25 de junho de 2013
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 359/14, de 30 de abril de 2014
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 444/14, de 9 de junho de 2014
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 720/14, de 22 de outubro de 2014
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 318/15, de 28 de maio de 2015
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 500/15, de 24 de julho de 2015
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 797/15, de 29 de novembro de 2015
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 673/16, de 25 de fevereiro de 2016
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 286/16, de 7 de abril de 2016
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 615/16, de 8 de julho de 2016
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017
- Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 2650/18, de 4 de julho de 2018

## **Jurisprudência italiana**

### ***Corte Suprema di Cassazione***

- *Corte Suprema di Cassazione*, de 5 de maio de 1955
- *Corte Suprema di Cassazione*, de 3 de fevereiro de 1990
- *Corte Suprema di Cassazione*, de 14 de junho de 2000

## **Jurisprudência brasileira**

### **Supremo Tribunal Federal**

- Ação Penal nº 470/2012
- Habeas Corpus nº 70344/RJ, julgado pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal em 14/09/1993

### **Superior Tribunal de Justiça**

- Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nº 1206993/RS, julgado em 05/03/2013

### **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

- Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR

## **Jurisprudência norte-americana (*leading cases*)**

- *United States vs. Abbel*, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001)
- *United States vs. Calb*, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995)
- *United States vs. Reiss*, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999)

- *United States vs. Hardwell*, 80 F. 3d 1471 (10th Cir. 1996)
- *United States vs. King*, 169 F.ed 1035 (6th Cir. 1999)
- *Stelle vs. Williams* (425 U.S. 501, 503 (1976))
- *Posey vs. State*
- *Victor vs. Nebraska*
- *Miller vs. Minister of Pensions*
- *In Re Winship*
- *Kollock vs. State*

### **Corte Internacional de Justiça**

- *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, julgado em 9 de abril de 1949

### **Tribunal Penal Internacional**

- *Prosecutor vs. Milomir Stakic*, caso nº IT-97-24-A, de 22 de março de 2006

### **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**

- *Ireland vs. United Kingdom*, julgado pelo plenário da Corte em 18/01/1978, Apelação nº 5310/71, § 161
- *Salman vs. Turkey*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 27/06/2000, Apelação nº 21986/93, § 100
- *Labita vs. Italy*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 06/04/2000, Apelação nº 26772/95, § 121
- *Stoian vs. Romania*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 08/07/2014, Apelação nº 33038/04, § 62