

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito

Curso de Mestrado – Área de Ciências Jurídico-Criminais



**A PROVA INDICIÁRIA NO CRIME DE HOMICÍDIO:  
LÓGICA, PROBABILIDADE E INFERÊNCIA NA  
CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA PENAL**

Márcio Schlee Gomes

Lisboa

2014

MÁRCIO SCHLEE GOMES

**A PROVA INDICIÁRIA NO CRIME DE HOMICÍDIO:  
LÓGICA, PROBABILIDADE E INFERÊNCIA NA  
CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA PENAL**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na área de Ciências Jurídico-Criminais, referente ao ano letivo 2011-2012, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

Lisboa

2014

## AGRADECIMENTOS

Registro meu profundo agradecimento ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, pela orientação na elaboração da presente dissertação de mestrado, bem como por toda a sua atenção neste período, trazendo-me novos horizontes no conhecimento jurídico e a possibilidade de pesquisar no *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg, e na *Georg-August Universität*, em Göttingen, na Alemanha.

Aos Professores Doutores Maria Fernanda Palma e Augusto Silva Dias, da mesma forma, com todo apreço e admiração, por toda a experiência e vastíssimo conhecimento passado nas aulas do curso de mestrado.

Ao Professor Doutor Kai Ambos, da *Georg-August Universität*, em Göttingen, registro minha gratidão pela acolhida, orientações e possibilidade de pesquisar na *Bibliothek für ausländisches und internationales Straf- und Strafprozessrecht*. Igualmente, agradeço ao Mestre Eneas Romero, colega de Ministério Público, também pelo apoio e profícuas discussões jurídicas, durante o período em Göttingen, que muito me ajudaram na reflexão sobre o tema desta dissertação.

Ao Professor Doutor Jan-Michael Simon, pela hospitalidade e oportunidade de pesquisar na biblioteca do *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, instituição a que devo meu cordial reconhecimento pela sua grandeza, culto ao saber e a oportunidade de realizar um curso de tão elevada qualidade, possibilitando meu aperfeiçoamento pessoal e jurídico.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, instituição que me orgulho de integrar há mais de 15 anos, dando-me a oportunidade de vivenciar o Tribunal do Júri, sistema democrático de justiça, que tanto respeito.

Agradeço, por fim, a compreensão, amizade e apoio incondicional de todos meus amigos e familiares neste período, em especial, minha esposa, Caroline Fritzen Schlee Gomes, que foram fundamentais para a realização do curso de mestrado.

*Dedicado ao meu avô, August Friedrich  
Michael Frömming Schlee.*

*“Wer keiner Tatsache gewiss ist, der kann  
auch Sinnes seiner Worte nicht gewiss sein”  
(Wittgenstein).*

## RESUMO

O presente trabalho busca investigar os limites de valoração da prova indiciária no contexto do crime de homicídio, com a análise da problemática probatória que envolve essa espécie delitiva, a extensão dos conceitos básicos de indícios e sua classificação na doutrina e na jurisprudência, também com o estudo de um caso específico para comparação de seus fundamentos com diversos outros casos da jurisprudência portuguesa. Além disso, a lógica, a probabilidade, as inferências são assuntos debatidos no sentido de verificar a composição do raciocínio indiciário e assim averiguar que fundamentos lhe conferem eficácia probante a fim de superar os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, de modo a legitimar uma condenação. Para esse fim, por certo, cabe demonstrar os requisitos que dão força à prova indiciária, que deverá ser formada por uma pluralidade de indícios, a concatenação lógica entre estes e com a conclusão final, a partir de máximas de experiência, chegando-se a um resultado que não possa ser abalado por outras hipóteses. A análise crítica, desses requisitos, à luz do direito comparado e da posição da doutrina e da jurisprudência, demonstrará que a prova indiciária não pode ser considerada de eficácia inferior à prova direta e, em diversas situações, apresenta-se como uma prova segura e firme a justificar uma condenação, como “prova acima de dúvida razoável”, respeitando os princípios basilares do processo penal.

**Palavras-chave: Processo Penal. Prova Penal. Prova indiciária. Homicídio.**

## ABSTRACT

This paper investigates the limits of assessing circumstantial evidence in the context of the crime of murder, with the analysis of the evidentiary issues that surround this crime, the application of the basic concepts of evidence, and their classification in doctrine and jurisprudence, and the study of a particular case to compare the pleas considered to other cases of Portuguese jurisprudence. Moreover, the matters of logic, probability, and inferences are discussed in order to determine the composition of evidentiary reasoning required to provide the basis of sufficient proof to overcome the principles of presumption of innocence and *in dubio pro reo*, in order to legitimize a conviction. To this end, it is necessary to demonstrate the requirements that give strength to the circumstantial evidence, which must be formed by a plurality of *indicia*, the logical connection between these, and the ultimate conclusion based on precedence, producing a result that cannot be questioned by other theories. The analysis of these references, in the light of comparative law, the doctrine perspective and jurisprudence demonstrates that circumstantial evidence cannot be considered inferior to direct evidence, and in many diverse situations, presents itself as a sound and firm proof to justify a conviction, while “proof beyond a reasonable doubt” and preserving the basic principles of law.

**Key-words: Criminal procedure. Criminal evidence. Circumstantial evidence. Murder**

## SUMÁRIO

<b>SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	09
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 “CASO JOANA”: HOMICÍDIO E PROVA INDICIÁRIA</b> .....	17
1.1 O caso e suas circunstâncias fáticas.....	17
1.2 Os fundamentos da decisão do STJ.....	20
1.3 Pressupostos sobre a prova indiciária.....	22
<b>2 O CRIME DE HOMICÍDIO E A PROBLEMÁTICA PROBATÓRIA</b> .....	25
2.1 A prova da existência do crime.....	26
2.2 A prova da autoria do homicídio.....	31
2.3 A prova do elemento subjetivo ( <i>animus necandi</i> ).....	36
<b>3 PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL</b> .....	43
3.1 A busca da verdade no processo penal.....	43
3.2 Prova direta e indireta.....	51
3.2.1 Considerações gerais sobre o conceito de prova.....	51
3.2.2 Prova direta.....	56
3.2.3 Prova indireta.....	61
3.3 Prova indiciária.....	66
3.3.1 Índícios: conceito e classificações.....	66
3.3.2 Índícios e presunções.....	83
3.3.3 Posição da prova indiciária no sistema processual penal.....	86
3.3.3.1 Sistema português: livre apreciação da prova e máximas de experiência.....	86
3.3.3.2 Sistemas processuais penais em geral.....	91
<b>4 LÓGICA, PROBABILIDADE E INFERÊNCIA: BASES DA DISCUSSÃO DA PROVA POR INDÍCIOS</b> .....	99
4.1 Modelos probatórios.....	102
4.1.1 Modelo narrativo ( <i>story-telling</i> ).....	103

4.1.2 Modelo probabilístico.....	107
4.1.3 Modelo híbrido.....	112
4.2 Inferência.....	117
4.2.1 Inferência dedutiva.....	118
4.2.2 Inferência indutiva.....	119
4.2.3 Inferência abdutiva.....	120
4.2.4 Inferência e valoração da prova.....	122
4.2.4.1 Inferência e cognição.....	122
4.2.4.2 Inferência probatória, probabilidade indutiva e prova indiciária.....	127
4.3 Prova indiciária e ônus da prova.....	136
4.3.1 Produção da prova indiciária e sistemas processuais penais.....	138
4.3.2 Sistema continental e sistema anglo-americano de ônus da prova.....	140
4.3.2.1 Aspectos gerais.....	140
4.3.2.2 Ônus da prova: ônus de produção, de persuasão e tático.....	143
<b>5 A SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA INDICIÁRIA: LIMITES E PARÂMETROS.....</b>	<b>151</b>
5.1 Sistemas de avaliação de prova.....	151
5.1.1 Prova legal ou tarifada.....	152
5.1.2 Íntima convicção.....	153
5.1.3 Livre apreciação da prova ou persuasão racional.....	155
5.2 Sentença penal: limites e parâmetros na avaliação da prova.....	158
5.2.1 Juízes togados ou Júri popular: motivação da sentença.....	159
5.2.2 Parâmetros constitucionais e processuais.....	166
5.2.2.1 Alcance do princípio da presunção de inocência.....	167
5.2.2.2 Papel do <i>in dubio pro reo</i> no julgamento penal.....	171
5.2.2.3 Limitações probatórias de caráter constitucional ou processual.....	178
5.3 A suficiência de prova indiciária para fixação de um juízo de certeza na sentença penal.....	181
5.3.1 Requisitos específicos sobre a prova indiciária.....	182
5.3.2 A força probatória dos indícios no processo penal.....	190
5.3.2.1 Indícios suficientes e “certeza”.....	190
5.3.2.2 Indícios e o <i>standard</i> “prova acima de dúvida razoável”.....	195
5.4 Comparativo de casos na jurisprudência.....	201
5.4.1 Jurisprudência dos tribunais portugueses em casos indiciários de	

homicídio.....	201
5.4.2 Análise crítica final: “Caso Joana”.....	211
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>225</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>232</b>

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

AAFDL	Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
BGH	Bundesgerichtshof
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF	Constituição Federal do Brasil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
HC	Habeas Corpus
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça de Portugal
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
StPO	Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)
TACrim	Tribunal de Alçada Criminal
TC	Tribunal Constitucional
TJ	Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

## INTRODUÇÃO

Nas palavras de MEIXNER, “vestígios procuram, vestígios encontram, vestígios significam” (*Spuren suchen, Spuren finden, Spuren deuten*)<sup>1</sup>. Os significados desses vestígios ou rastros, em um cenário de crime, constituirão os indícios, matéria há muito controvertida no campo do direito processual penal.

Para chegar-se a uma concepção de certeza sobre a existência de um determinado fato, somente dirimindo-se as dúvidas. Como lembrava WITTGENSTEIN, “quem quisesse duvidar de tudo, também não chegaria a duvidar. O próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza”<sup>2</sup>. Assim é em tudo na vida e, também, num processo criminal. Uma condenação definida em estado de dúvida séria e intransponível constituiria uma decisão arbitrária, nefasta, inaceitável perante os mais comezinhos princípios democráticos.

Por isso, o julgador busca, na maioria das vezes, elementos probatórios que lhe transmitam, da maneira mais imediata possível, as informações sobre os fatos para a elaboração de seu juízo de convicção. Há o receio natural de ser cometido um erro, fator que o processo judicial, por suas formas e técnicas, intenta evitar.

Porém, os crimes sem testemunhas, sem confissões, colocam o julgador na posição de um construtor, em que a análise racional de cada peça (vestígios ou sinais) será fundamental para seu convencimento e decisão, evitando-se a impunidade por antecipação, algo que teria também consequências nefastas para a sociedade.

O presente trabalho visa, assim, pesquisar a questão da prova indiciária no contexto do crime de homicídio, investigando quais os limites e caminhos que podem ser observados pelo juiz para poder atingir um veredicto condenatório, sem descaracterizar um processo penal que esteja ajustado às normas e princípios de um Estado de Direito democrático, à luz da ordem constitucional vigente<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MEIXNER, Franz. **Der Indizienbeweis**. Hamburg: Kriminalistik, 1962, p. 56.

<sup>2</sup> “Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifelns selbst setzt schon die Gewissheit voraus” (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 153).

<sup>3</sup> Sobre a questão, ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154-158, referindo a “dependência do Direito Processual Penal em relação ao Direito Constitucional”. Ainda, FIGUEIREDO DIAS explica a conformação jurídico-constitucional do Direito Processual Penal, observando 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, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74).

Diante de um quadro de criminalidade violenta e organizada, com envolvimento de quadrilhas de traficantes de drogas, esquemas delituosos de corrupção e desvios de verbas públicas, a existência de organizações mafiosas, sem dúvida, há o aumento na prática de crimes de homicídio, causando sensação de insegurança e temor na sociedade<sup>4</sup>.

Nesse campo, em face do cometimento de homicídios, muitas vezes de modo premeditado e em locais ermos, sem a presença de testemunhas, fica o Estado com uma maior dificuldade na apuração destes casos, impondo-se à atividade policial uma maior habilidade e capacidade de trabalho a fim de encontrar provas que possam elucidar a autoria e possibilitar a realização de justiça, levando o Ministério Público ao Poder Judiciário um acervo de provas que garanta o suporte necessário para a formação de um adequado juízo de convicção.

O aumento do número de homicídios ligados a execuções, lamentavelmente, é uma triste realidade. Situações registradas na Itália, por exemplo, pela atuação do crime organizado (organizações mafiosas), são conhecidas e geram sempre preocupação, pelo poder de fogo dessas quadrilhas, o que levou a uma ação estatal forte no intuito de diminuir sua incidência.

No Brasil, o quadro é alarmante, diante do elevado número de homicídios, estando o país entre daqueles com uma das maiores taxas do mundo, em torno de 50 mil pessoas assassinadas por ano<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Relativo a esse ponto, veja-se ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidade organizada na europa: perspectivas teórica e empírica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **2º congresso de investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 91. Também, ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 551-567.

<sup>5</sup> De acordo com estudo governamental, “Mapa da Violência 2012 – os novos padrões da violência homicida no Brasil”, constatou-se que a taxa de homicídios por 100 mil habitantes é de 26, tendo sido vítimas de homicídio quase 50 mil pessoas somente em 2010. No período compreendido entre 1980 a 2010, foram assassinadas mais de um milhão de pessoas no Brasil, havendo um considerável crescimento a partir do final da década de 90 do século passado. Conforme consta no estudo, as taxas de homicídio são maiores ou equiparam-se àquelas existentes em países que estão em situação de conflito armado, em guerra civil ou externa. Disponível em <[http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_web.pdf](http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2013. Igualmente, o estudo específico sobre as mortes causadas pelo emprego de arma de fogo e sobre as condições das vítimas, idade, sexo, etnia, constam no trabalho, demonstrando a gravidade da situação da violência no Brasil. Disponível em <[http://mapadaviolencia.org.br/mapa2013\\_armas.php](http://mapadaviolencia.org.br/mapa2013_armas.php)>. Acesso em: 17 set. 2013. Por outro lado, a taxa de apuração e punição dos homicídios tem índice extremamente baixo, conforme estudo do Conselho Nacional do Ministério Público, pelo qual se observou que “O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%. Este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%” (Disponível em <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatório\\_ensap\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatório_ensap_FINAL.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2013). Veja-se a diferença para a realidade alemã, em que a elucidação dos homicídios supera 90%, conforme ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 136. Quanto à realidade das organizações criminosas na Itália, interessante ver SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20-21. Igualmente, sobre a criminalidade na América Latina, ver BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 253-288.

Portugal, igualmente, no contexto europeu, sobressai-se como um dos países com maior número de homicídios, algo que sempre leva à reflexão, tendo em conta o grau de violência empregada e as nefastas consequências que geram na sociedade, o que impõe a adoção de medidas para a luta contra a impunidade nessa grave espécie delitiva<sup>6</sup>.

E, impende ressaltar, o crime de homicídio é o que atenta contra o bem jurídico mais precioso, a vida humana<sup>7</sup>. Mesmo que hoje se tenha uma grande gama de novos delitos e, assim, novos bens jurídicos que merecem a tutela penal estatal<sup>8</sup>, essa própria criminalidade moderna ou organizada, em muitos casos, acaba por desaguar em crimes violentos, sobretudo, o homicídio<sup>9</sup>.

Nesse aspecto, o estudo da teoria da prova indireta, no campo dessa espécie de delito, pode ser utilizado para análise de casos das mais diversas formas de criminalidade, com sua formação teórica bem delimitada. A identificação de requisitos essenciais e sua confrontação com parâmetros do processo penal podem questionar e trazer soluções sobre o poder de convencimento da prova por indícios no contexto da criminalidade econômica, organizada e, sobretudo, violenta.

Por essa razão, o estudo da prova indiciária, na seara do homicídio, é tarefa importante em face do bem jurídico em discussão e da própria constatação da prática de inúmeros

---

<sup>6</sup> Conforme dados de relatório das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/portugal-com-maior-taxa-de-homicidio-da-europa-ocidental-1365681>>. Acesso em: 17 set. 2013.

<sup>7</sup> De acordo com von LISZT, sobre o histórico do crime de homicídio e sua punibilidade, “o antiquíssimo Direito Romano já considerava o homicídio como crime que atenta contra a ordem jurídica do Estado e retirava o respectivo processo e a punição ao arbítrio dos particulares; em uma pretendida Lei de *Numa* já se equiparava nas penas à morte dada de um modo direto e material, ao *coedere*, a produção mediata da morte, o *mori dare* ou *mortis causam proebere*. Diferenciação do homicídio premeditado para o homicídio de ímpeto, com punições diferenciadas na forma de execução, pena de morte na roda ou espada (Lei Carolina, art. 137)” (LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. t. 2. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 35).

<sup>8</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>9</sup> Veja-se a definição clássica de HUNGRIA, ao referir: “O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão de delinquência violenta ou sanguinária que representa como uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada (...) O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existências dos indivíduos que compõe o agregado social. O problema da criminalidade é, antes de tudo, o problema da prevenção e repressão do homicídio” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1955, p. 25-26). Ainda, ROXIN, ARZT e TIEDEMANN, ao observarem que “os crimes de homicídio mostram quais dificuldades a investigação das causas da criminalidade deve superar (e quão problemática é a aplicação político-criminal)” (ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.131); DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.) **Comentário Conimbricense do código penal**: parte especial. t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 4-6; COSTA, José Faria; KINDHÄUSER, Urs (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Coimbra, 2013.

homicídios no contexto da criminalidade organizada, a qual busca sempre manter a impunidade de seus crimes<sup>10</sup>.

Dessa forma, a inexistência de provas diretas, como testemunhas oculares, confissões ou delações de suspeitos ou acusados<sup>11</sup>, é uma situação que ocorre com maior frequência e exige, assim, do juiz, do Ministério Público, da polícia judiciária, uma preocupação maior com os detalhes, vestígios, sinais, os quais podem assumir uma força probante a partir da verificação de fatos, às vezes, periféricos, mas que, por sua confrontação e profunda análise lógica, podem tornar-se decisivos para a prolação de uma sentença justa, adaptada às particularidades do caso concreto.

Entretanto, até que ponto pode o juiz condenar com base em indícios? Quais os limites de uma decisão baseada em prova indiciária em um processo penal democrático e justo? Tratando-se de uma prova baseada em circunstâncias, as quais deverão ser verificadas em todas suas nuances para haver uma conclusão sobre determinado fato, juízos apriorísticos não poderiam violar garantias fundamentais do acusado<sup>12</sup>?

São vários os pontos questionáveis em relação à prova indiciária, com autores apontando que se trata de prova insegura ou menos confiável, tendo em vista que discute a

---

<sup>10</sup> Importante salientar essa linha, defendida nas lições de Maria Margarida Silva PEREIRA: “É a Constituição a impor, como sabemos, a defesa da vida humana. O direito à vida funda-se na norma constitucional que consagra a sua inviolabilidade e proíbe a pena de morte (art. 24º/2). Decorre da consagração deste direito o comando ao legislador ordinário para que incrimine o homicídio e os comportamentos perigosos para a vida alheia mais relevantes. É uma evidência que o direito à vida se impõe a todos, concidadãos e Estado. Não é possível sustentar o direito a não ser privado da vida como Direito Fundamental prioritário, ignorando ou atribuindo menor importância criminal ao homicídio. Resulta da hierarquia constitucional do direito à vida que sua protecção pelo legislador ordinário seja uma protecção forte. Penso que o comando constitucional (implícito) de incriminação do homicídio, que provém, como dissemos, directamente do princípio da inviolabilidade da vida humana, é inerente também ao princípio da dignidade da pessoa e ao direito à liberdade, os quais dão expressão normativa à ideia de Estado de Direito” (PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito penal II: os homicídios**. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 13-14). Também sobre “a proibição de retrocesso na garantia do Direito à Vida”, veja-se FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Tutela penal do direito à vida**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 54-56.

<sup>11</sup> RUÇO evidencia 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 acções que ele sabe serem desenrosas ou socialmente desvaliosas, as quais, por essa razão, desvalorizam também socialmente o respectivo autor” (RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova indiciária**. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013, p. 21).

<sup>12</sup> Segundo BAUMANN, “En el proceso penal, el derecho penal material no se realiza ‘de cualquier manera’, sino únicamente en la forma prescrita por la Ordenanza Procesal Penal. Cada disposición de la Ordenanza deja sin efecto el principio según el cual el fin superior (la persecución penal) justifica los medios. De ahí que la coerción estatal no se deba emplear porque sería oportuna y llevaría al esclarecimiento del delito, sino únicamente cuando la Ordenanza Procesal penal la autoriza especialmente. El derecho procesal penal se caracteriza pela relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica en la persecución penal y los intereses de los ciudadanos (incluso de los sospechosos de la comisión de un hecho punible) en sus derechos a la libertad. Este conflicto de intereses debe ser solucionado en cada grado del procedimiento de forma particular” (BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal**. Tradução de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 38).

necessidade de um juízo de certeza para a condenação, o que não se admitiria com “meras probabilidades”, como ponderava CAVALEIRO DE FERREIRA<sup>13</sup>.

As posições sobre essa suposta inferioridade da prova indiciária merecem uma maior discussão, mas com um foco que busque questionar qual seria a diferença em termos valorativos quanto à prova direta, se ela realmente existe e se sustenta, debatendo os fundamentos dos indícios, sua significação e os limites de sua apreciação.

Necessário, assim, o estudo da prova indiciária e análise de sua abordagem no direito processual penal português, bem como em países como Brasil, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, de maneira a buscar a delimitação do conceito desta espécie probatória e quais seus pressupostos, tendo em conta que as conclusões derivadas do contexto indiciário são baseadas em raciocínios lógicos, por inferências e conexões com máximas de experiência, sendo necessário discutir-se qual a extensão de seus efeitos para um julgamento em processo penal.

A análise começará com o estudo de um caso concreto, um homicídio praticado em Portugal em que os autores do crime teriam matado a vítima e sumido com seu corpo. Trata-se do chamado “Caso Joana”, em que a própria mãe e seu irmão foram acusados pelo homicídio da menina Joana, de oito anos de idade, crime que foi julgado, principalmente, com base em prova indiciária.

Serão identificados os fundamentos do acórdão do STJ e, assim, observada a base que amparou a decisão do tribunal, de maneira que, a partir de uma confrontação com a teoria da prova, um estudo efetivo acerca da prova formada por indícios, será possível concluir pela adequação ou não de uma decisão lançada nos termos afirmados pelo tribunal.

Para início da busca desse objetivo, será, no segundo capítulo, analisada a problemática da prova do homicídio, abordando-se questões relativas à existência do crime (prova da materialidade delitiva), à autoria e ao elemento subjetivo do tipo (dolo de matar), com a discussão acerca da utilização da prova indiciária diante na ausência de provas diretas, seu manejo pela doutrina e jurisprudência, o que delimitará e contextualizará a grande gama de questões que são os principais problemas para a apuração e punição do homicídio, o que propõe o desafio sobre a suficiência da prova formada por indícios.

---

<sup>13</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de Processo Penal**. v. 2. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970, p. 308-309: “É, em si mesma, enganadora, isto é, consente graves erros. Efectivamente, a verdade final, a convicção, terá que se obter através de conclusões baseadas em raciocínios, e não directamente verificadas. A conclusão funda-se no juízo de relação normal entre indício e o facto probando. O carácter falível destes raciocínios de relação entre dois factos revela o evidente perigo de erro, ou a relativa fragilidade da prova em si mesma”.

No terceiro capítulo será analisada, inicialmente, a discussão sobre a busca da verdade no processo penal e conceitos básicos sobre a prova, para, em seguida, aprofundar-se o exame específico sobre o conceito de “indício”, suas espécies e classificações, com base na doutrina portuguesa e com ampla averiguação no direito comparado, fazendo-se as necessárias diferenciações, sobretudo, em relação às presunções, para que, assim, se tenha a fundamentação conceitual necessária para a confrontação em termos de legitimidade dessa espécie de prova.

Por outro lado, será averiguada a posição da prova indiciária no sistema jurídico português e de outros países, de modo a examinar como a prova formada por indícios é tratada nas legislações processuais penais.

Após, no quarto capítulo, caberá o exame da lógica, da inferência, da probabilidade como fatores fundamentais para a formação de uma decisão baseada em prova indiciária, com a discussão no direito comparado, observando-se o formato adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra, em que essa questão é extremamente desenvolvida.

Os modelos probatórios, as espécies de inferências, aspectos cognitivos, serão pontos abordados para verificação da solidez dos raciocínios que serão empregados na análise e valoração da prova, sendo defrontado, inclusive, com aspectos sobre o ônus da prova, nesse cruzamento de versões e hipóteses que se desfecham no processo judicial, ou seja, momento em que as inferências lógicas e a discussão das probabilidades serão decisivas para a formação do convencimento do julgador e dependerão, sem dúvida, de como serão confrontadas pela acusação e pela defesa.

Por fim, no último capítulo, será debatido até que ponto e como o juiz poderá fazer a valoração dessa prova indiciária, e, por consequência, chegar a um possível decreto condenatório, sem violar os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

A valoração da prova indiciária é ilimitada, a partir da lógica e de inferências? Que espécie de fundamentação deve ser lançada pelo juiz a fim de legitimação do *decisum* e quando poderá falar em “suficiência” de provas indiciárias para condenação? Há possibilidade de definição de requisitos da prova por indícios para uma quantificação que justifique um acervo probatório a ser classificado num patamar de “culpa acima de dúvida razoável” (*guilty beyond reasonable doubt*)<sup>14</sup>?

---

<sup>14</sup> LAUDAN, Larry. **Re-thinking the criminal standard of proof**: seeking consensus about the utilities of trial outcomes. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1369996](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369996)>. Acesso em: 11 jun. 2013.

Fazendo-se a análise de todos os conceitos e fundamentos abordados e discutidos ao longo do presente estudo, bem como o exame de outros casos elencados na jurisprudência, será possível a identificação de pontos relevantes para a motivação e legitimação da decisão judicial lastreada em indícios<sup>15</sup>, de maneira que se apontem alguns parâmetros e suportes necessários para uma decisão adequada ao direito e a um sistema punitivo estatal justo e democrático<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sobre a legitimação da punição, lembra LAUDAN que “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. If that is so, then it is entirely fitting to ask whether the procedures and rules that govern a trial are genuinely truth-conducive” (LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 2).

<sup>16</sup> Não se perde de vista que, embora no momento atual haja movimentos no sentido de maior severidade no tratamento de certas espécies de criminalidade, sobretudo, a organizada e, também, ligadas a atos de terrorismo, deve-se ter muita cautela no respeito às garantias fundamentais do cidadão, com o Estado cumprindo o seu papel dentro de limites bem determinados na Constituição e legislação processual penal, como sustenta Jorge MIRANDA: “a segurança é o ambiente do Direito, mas nunca pode prevalecer sobre o mesmo Direito (...) Os direitos fundamentais ou são indivisíveis ou não são direitos fundamentais” (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 (org.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 173-185). Também, PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o processo penal**. 1. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2007.

# 1 “CASO JOANA”: HOMICÍDIO E PROVA INDICIÁRIA

## 1.1 O caso e suas circunstâncias fáticas

De maneira a contextualizar e discutir a prova indiciária no crime de homicídio, sua formação e estrutura, sua valoração e confrontação com os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, importante examinar os fundamentos do acórdão relativo a um caso que gerou repercussão em Portugal, conhecido como “Caso Joana”, julgado em primeira instância pelo Tribunal do Júri de Portimão e, posteriormente, em fase recursal, rediscutindo-se o mérito, pelo STJ, conforme acórdão n.º 06P306, relatado por Rodrigues da Costa<sup>17</sup>.

Trata-se de um crime cometido na localidade de Vila Figueira, em que a vítima, uma criança, teria sido assassinada, de modo violento e brutal, mediante agressões físicas, sendo, posteriormente, esquartejada, para ocultação do cadáver e, assim, criar maior dificuldade na apuração do crime.

Consta no acórdão que a vítima, Joana, criança de oito anos de idade, a qual era negligenciada nos seus cuidados básicos pela mãe, havia saído de casa por volta das 20 horas, no dia 12 de setembro de 2004. A menina teria ido comprar alimentos em uma pastelaria, a poucas quadras de sua residência e, então, simplesmente, não foi mais vista.

Em casa estavam apenas sua mãe, BB, e seu tio, AA<sup>18</sup>, irmão de BB. A criança foi à pastelaria, fez as compras, entretanto, teria desaparecido. Em torno de uma hora depois da saída da criança, chegaram à residência o companheiro de BB, MM, e um amigo. Ambos foram informados de que Joana não havia retornado e, assim, deslocaram-se ao estabelecimento comercial para verificar a situação. Em contato com a dona do referido comércio, esta confirmou que a menina esteve no local, mas saiu em seguida, após efetuar a compra de leite e duas latas de atum.

Bem mais tarde, BB foi à pastelaria, acompanhada de AA, e perguntou sobre a vítima, sendo informada que ela esteve ali, mas sem qualquer novidade sobre seu paradeiro. A dona do estabelecimento comercial, preocupada, foi à casa de BB e ficou surpresa pelo fato de que BB não havia informado o desaparecimento da criança à polícia, tendo, então, feito este

---

<sup>17</sup> Acórdão 06P306 do STJ, relator Rodrigues Costa, julgado em 20.04.2006. Disponível em <www.dgsi.pt>. Acesso em: 10 set. 2013.

<sup>18</sup> Denominações “AA”, “BB”, “MM” e outras, utilizadas pelo tribunal para manter o sigilo dos nomes dos acusados e testemunhas.

primeiro contato com policiais, noticiando que a menina havia sumido, isso já mais de meia-noite.

BB, MM e o amigo teriam saído a procurar a criança no festival de “berbigão da Figueira”, local em que BB conversou com policiais e foi informada que deveria registrar uma queixa no outro dia. Durante a noite, compraram bolos, beberam e agiram normalmente.

Na manhã do dia 13 de setembro, BB registrou o desaparecimento de Joana na Polícia Judiciária. À noite, foi vista por vizinhos, juntamente com AA, carregando algo em um saco plástico.

Alguns dias após, o chefe do setor de investigação da Polícia Judiciária, desconfiado pelo comportamento de BB e em razão de diversos pontos obscuros sobre o suposto desaparecimento da criança, resolveu, após ouvir testemunhas, ir à casa de BB, cumprindo mandado de busca e apreensão. Os policiais constataram que o local havia sido parcialmente lavado, havia possíveis manchas de sangue em paredes, chão, baldes, esfregona (inclusive na haste) e em uma sapatilha da menina. Com a confirmação de que havia sangue humano no local, AA foi detido e participou de uma reconstituição, afirmando como ele e BB haviam matado a vítima.

Após a apreensão de uma arca frigorífica existente na residência, foi verificado pela perícia a presença de vestígios de sangue humano em algumas partes (gavetas).

De acordo com um dos investigadores, BB, quando foi detida, possuía a nota fiscal de um litro de petróleo e um esfregão de arame. Tal policial, inclusive, fez investigações sobre algumas informações de possíveis suspeitos apontados por BB, um marroquino ou um brasileiro que moravam na localidade, sendo tais suspeitas descartadas após a verificação de que nem mesmo estariam no local na data do “desaparecimento”.

Outros policiais confirmaram os detalhes apontados por AA na reconstituição, inclusive, o esquartejamento da vítima, e que fizeram inúmeras diligências para encontrar o corpo da vítima, seguindo indicações de AA, porém, sem sucesso.

BB e AA, em seus interrogatórios, exerceram o direito de permanecer calados, não se manifestando sobre as acusações, sendo denunciados pelo Ministério Público pela prática de homicídio qualificado, ocultação e profanação de cadáver.

Julgados pelo Tribunal do Júri da Comarca de Portimão, em 11 de novembro de 2005, o arguido AA restou condenado à pena de 19 anos e 02 meses de prisão, e a arguida BB foi condenada à pena de 20 anos e 04 meses de prisão, ambos por homicídio qualificado e ocultação de cadáver, sendo absolvidos da imputação de profanação de cadáver.

Os arguidos interpuseram recurso, postulando a nulidade da decisão ou absolvição, assim como o Ministério Público recorreu com intuito de aumentar a pena fixada na sentença condenatória e também reconhecer a prática do crime de profanação de cadáver.

## 1.2 Os fundamentos da decisão do STJ

O crime não foi presenciado por testemunhas. Não houve o encontro do cadáver da vítima e, por consequência, a realização do exame cadavérico. Os réus mantiveram-se em silêncio, não apresentando qualquer manifestação sobre a acusação, exercendo seu direito constitucional de permanecer calado.

O acusado AA participou de uma reconstituição do crime, na fase policial, ato que foi amplamente contestado pela defesa, entendendo que a utilização de tal prova constituiria evidente violação ao direito ao silêncio, além de alegar que AA teria sido coagido, fundamento que, por sinal, foi a estratégia utilizada pelas defesas de ambos os réus.

Dessa forma, em que pese a reconstituição efetivada na fase extrajudicial, tendo AA, posteriormente, na fase judicial, permanecido calado, mesmo caminho seguido pela arguida BB, há um acervo probatório principalmente baseado em prova indireta, pelos relatos de circunstâncias por testemunhas, provas periciais de vestígios e situações fáticas que revelam a possível dinâmica dos fatos.

Como a discussão que aqui interessa é a análise da prova indiciária, sua valoração e limites, com foco no homicídio, observa-se que os recursos defensivos de AA e BB tocam efetivamente neste ponto, buscando a absolvição dos réus ao sustentarem que a prova indiciária, no caso concreto, não poderia ensejar uma condenação, não tendo força suficiente a embasar um decreto condenatório, além de que a reconstituição seria uma prova inválida.

Apontaram, de modo geral, em suas razões de inconformidade, que não houve a localização do corpo da vítima, inexistindo, assim, prova da materialidade do crime de homicídio, bem como a autoria é negada pelos réus e não há testemunhas presenciais, o que leva a uma prova insuficiente para sustentar uma condenação que seria baseada em meras “conjecturas” ou “suposições”, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

O Ministério Público posicionou-se pela manutenção da condenação em sede recursal e, também, postulou, principalmente, o aumento das penas fixadas na sentença condenatória.

O STJ, ao conhecer e julgar os recursos, manteve, parcialmente, a decisão do Tribunal do Júri de Portimão, por maioria, no que diz respeito à condenação dos acusados por homicídio qualificado e ocultação do cadáver, porém, reduziu as penas para 16 anos e 08

meses de prisão. Igualmente, proveu parte do recurso do Ministério Público, condenando os acusados pelo crime de profanação de cadáver. Houve, contudo, voto vencido, que pugnava pela absolvição de BB quanto ao homicídio qualificado, e a desclassificação de homicídio para lesões agravadas em relação à AA, mas também mantinha a condenação por ocultação e profanação de cadáver.

No que toca à valoração da prova indiciária e sua força probante, o tribunal, no acórdão, pelo voto vencedor, sustentou as seguintes premissas que fundamentaram a condenação dos acusados:

a) após ser percorrida a prova testemunhal do processo, constatou-se que não há prova direta da autoria e até mesmo da ocorrência do homicídio<sup>19</sup>;

b) no processo penal português vigora o princípio da “busca da verdade real”, sendo admitida a prova direta ou indireta<sup>20</sup>;

c) a prova indireta não seria um “minus” em relação à prova direta. Se a prova direta diz respeito diretamente ao tema da prova, já a prova indireta ou indiciária refere-se a fatos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de máximas de experiência, uma ilação quanto ao tema da prova;

d) a prova indireta exige um particular cuidado na sua apreciação, pois apenas se pode extrair o fato probando do fato indiciário quando tal seja corroborado por outros elementos de prova, de forma a que sejam afastadas outras hipóteses igualmente possíveis;

e) vigora, no sistema processual penal português, com base no art. 127º do CPP, o princípio da “livre valoração da prova”, que deve ser entendido pela realização da valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a apreciação, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão.

f) o princípio da livre apreciação da prova tem duas vertentes: na sua vertente negativa significa que na apreciação (valoração, graduação) da prova, a entidade decisória não deve obediência a quaisquer cânones legalmente pré-estabelecidos – tem o poder/dever de alcançar a prova dos fatos e de valorá-la livremente, não existindo qualquer pré-fixada tabela

---

<sup>19</sup> O tribunal entendeu que a prova que constava no processo seria exclusivamente formada por indícios: “Percorrida a prova testemunhal, verificamos que não existe prova directa dos factos, nomeadamente por alguém ter visto cometer o crime. Acresce que nem sequer existe prova directa do homicídio, pois que não apareceu o corpo morto da menor”.

<sup>20</sup> Expressamente, no texto da decisão, nesse ponto, restou registrado que “A prova pode ser directa ou indirecta/indiciária (Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Proc. Penal, II vol., p. 99 ss). Enquanto a prova directa se refere directamente ao tema da prova, a prova indirecta ou indiciária refere-se a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação quanto ao tema da prova”.

hierárquica elaborada pelo legislador; na sua vertente positiva, significa que os fatos são dados como provados, ou não, de acordo com a íntima convicção que a entidade decisória gerar em face do material probatório validamente constante do processo, quer ele provenha da acusação, quer da defesa, quer da iniciativa do próprio.

g) o tribunal apontou que as provas colhidas, todas indiretas, formaram um acervo suficiente a confirmar a ocorrência do homicídio e a autoria. Indicaram como fatos provados, os depoimentos de inúmeras testemunhas sobre a conduta dos arguidos AA e BB, bem como as diversas provas periciais que afirmaram a existência do crime por vestígios de sangue e o próprio desaparecimento da menina<sup>21</sup>.

Assim, mesmo sem o encontro do cadáver, sem a presença de testemunhas, observa-se que o tribunal definiu fundamentos jurídicos que dão amparo à condenação baseada em prova indiciária.

A utilização da reconstituição por AA foi validada, mas não considerada como prova direta (não há qualquer menção no acórdão quanto a essa interpretação), restando um exame das provas como exclusivamente baseada em indícios.

Cabe ressaltar que o voto vencido põe em cheque alguns pontos cruciais que formaram o voto vencedor, como apontado pelo juiz-conselheiro Santos Carvalho:

- a) não há prova direta, somente prova circunstancial;
- b) a Justiça deve vincular-se à verdade processual, baseada na legalidade e nos meios legítimos de prova;
- c) a única prova que estabeleceu como o evento desenvolveu-se foi a reconstituição levada a efeito por AA, sem a presença da co-arguida BB;
- d) os acusados mantiveram-se em silêncio na instrução e julgamento, e não houve testemunhas do crime;
- e) o tribunal não teria como definir: como a menor foi agredida; como bateu a cabeça; que era visível que sangrava na boca, nariz, têmpora; que bateu a cabeça na quina da parede; que esartejaram e colocaram o corpo em sacos plásticos e arca frigorífica.

---

<sup>21</sup> Quanto a essa questão, foi consignado na decisão que “Estes vestígios, segundo perícias efectuadas, são de sangue humano e de sangue humano e animal (cfr. fls. 235), e embora fossem insuficientes para averiguar a quem pertencem através do ADN (fls. 1780 ss), são reveladores de que naquela sala aconteceu algo terrível, algo que deu origem a que houvesse sangue humano no chão e nas paredes, que foram limpos com uma esfregona e balde, sendo que o sangue que estava na esfregona se encontrava na haste, revelador que quem utilizou a esfregona tinha por sua vez as mãos sujas de sangue”.

f) as indagações anteriores só podem ser respondidas pela reconstituição, pois as demais provas apenas permitiriam dizer que houve uma morte, mas não como esta ocorreu e quem a provocou;

g) cotejada a reconstituição de AA com as demais provas, possível sua condenação, porém, por crime diverso do que homicídio, pela inexistência de dolo em relação ao resultado morte, o que consistiu em flagrante violação do princípio *in dubio pro reo*;

h) a reconstituição de AA não poderia ser usada quanto à acusada BB, tratando-se de valoração ilegal e inconstitucional, o que impunha a absolvição de BB quanto ao homicídio;

i) a condenação dos arguidos AA e BB por homicídio qualificado violou o princípio da presunção de inocência, pois uma condenação somente pode ocorrer com prova além de dúvida razoável, jamais por meras suposições ou pelo caráter e personalidade dos acusados.

Esses, assim, os pontos de vista diversos sobre a prova do processo, tendo vingado o entendimento pela condenação dos arguidos, como requerido pelo Ministério Público, nos termos do voto vencedor lançado pelo relator, juiz-conselheiro Rodrigues Costa, no sentido de haver prova suficiente para condenação dos réus por homicídio qualificado, ocultação e profanação de cadáver.

### **1.3 Pressupostos sobre a prova indiciária na decisão**

Nesse contexto, torna-se necessário verificar quais as premissas acolhidas pelo tribunal para a afirmação do valor da prova indiciária para efeito de formação de um veredicto condenatório, o que obriga à identificação de cada fundamento para posterior debate específico ao longo do trabalho, de forma a demonstrar quais os limites da força probante dos indícios, com parâmetros seguros e ajustados aos ditames básicos de um Estado de Direito democrático.

Identificados os fundamentos do acórdão, cabe verificar os pressupostos sobre a prova indiciária e sua dimensão nos termos acolhidos pelo STJ.

A prova indiciária não poderia ser considerada de menor valor e expressão. Nesta, também, exige-se o uso da lógica, inteligência, formando raciocínios que partam de fatos-base (indícios) para atingir os fatos principais (fatos probandos).

Não há qualquer requisito especial para a apreciação da prova indiciária, conforme os artigos 124º e 127º do CPP português, levando-se em conta as regras de experiência e a livre convicção do julgador<sup>22</sup>.

Porém, consta na decisão que, embora o sistema seja de livre apreciação da prova, tal fator não se abre de modo ilimitado a simples percepção do julgador, o que poderia levar a decisões arbitrárias, totalmente subjetivas, e afastadas das provas e do direito.

De acordo com o STJ, a decisão judicial “exige um processo intelectual ordenado que manifeste e articule os factos e o direito, a lógica e as regras da experiência”<sup>23</sup>. A motivação, assim, em que o juiz deve indicar os fatos, as provas e o direito, é a garantia das partes terem pleno conhecimento da posição do magistrado e, dessa forma, restarem convencidos ou não pelos argumentos afirmados na sentença, o que é essencial para evitar o arbítrio estatal.

No campo da prova indiciária, o tribunal observou que se tratando de prova indireta, maior seria a responsabilidade na tarefa de construir um raciocínio lógico e argumentativo em cima dos fatos e provas, de modo a concluir em determinado sentido. De certa forma, constata-se que se entra numa esfera mais ampla em termos de justificação, o que poderia ensejar um maior campo para uma decisão que se baseie em meras ilações ou conjecturas.

Para análise da questão, então, pressupostos da decisão e definições sobre a prova indiciária devem ser aqui questionados e debatidos, frente aos princípios básicos do processo penal, as garantias de defesa e os limites que podem levar à condenação baseada exclusivamente em indícios, sopesando, inclusive, os argumentos destacados no voto vencido.

A prova indiciária é de menor relevância? Possui menor força probante? Baseia-se em simples presunções, suspeitas, ou tem capacidade de gerar um juízo de certeza? Em casos graves como crimes de homicídio, pode o juiz condenar um acusado com base em exclusiva prova indiciária?

---

<sup>22</sup> Veja-se a seguinte passagem do acórdão: “A testemunha AA3, pelas 8h30m / 8h40m viu a CC ir em direcção a casa subindo as escadas perto do mercado, com um saco, sinal que vinha das compras (e sabemos que fez as compras pelo depoimento da testemunha NN). Esta testemunha, que estava à janela a fumar, manteve-se na janela durante mais algum tempo e verificou que no local não havia movimento, não viu carros, nem ouviu qualquer grito. Ou seja, de acordo com as regras da experiência, e dado que o percurso é curto, o normal é que a menor tenha regressado a casa. E não há dúvida de que a CC chegou a casa e que foi nessa altura que os arguidos lhe bateram”.

<sup>23</sup> Foi ainda registrado, nesse mesmo sentido, 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 acordo com as regras da experiência, permita fundamentar a condenação”.

No “Caso Joana” observa-se que o STJ, mesmo sem a localização do cadáver da vítima ou a presença de testemunhas que afirmassem a autoria do crime, entendeu que os arguidos cometeram o crime de homicídio. A reconstituição, entendida como meio indireto de prova, foi admitida, mas como mero reforço dos elementos indiciários de prova. Os indícios, assim, foram considerados suficientes e substancialmente seguros a encaminhar o veredicto condenatório.

Porém, qual a dimensão dessa “suficiência”? Em que parâmetros se pode entender que a “lógica”, a “racionalidade”, a “probabilidade”, a “inferência”, associadas a determinados fatos por um nexo causal, possuem condições de levar à certeza necessária para uma condenação, diante de princípios como presunção de inocência e *in dubio pro reo*, que se constituem em verdadeiros estandartes de um processo penal democrático?

Veja-se a posição esboçada no voto vencido que, por exemplo, defendendo ser inconstitucional e ilegal a valoração da reconstituição quanto à ré BB, encaminhou decisão absolutória, por entender a prova restante, alicerçada em indícios, como insuficiente e incapaz de justificar uma condenação, caracterizando uma violação ao princípio do *in dubio pro reo*. Por essa ótica, não haveria prova da ação conjunta dos acusados, que, de acordo com os indícios, ambos estariam implicados no crime, em divisão de tarefas<sup>24</sup>.

Todavia, sobre a valoração dos indícios e sua força probatória, o tribunal sustentou a possibilidade de condenação, partindo-se da ideia que, em determinadas situações fáticas, com base em regras de experiência, conclusões sobre determinados fatos, em que a lógica, as probabilidades e as inferências são fundamentais, chega-se a um quadro de certeza que justificaria a condenação.

Portanto, foi a decisão tomada pelo tribunal, legítima, diante das provas existentes no processo e as premissas que a doutrina e a jurisprudência professam sobre a prova indiciária, nesse violento caso de homicídio?

Estes são os pontos que irão ser questionados na presente investigação.

---

<sup>24</sup> Ver MORÃO, Helena. **Da instigação em cadeia**: contributo para a dogmática das formas de participação na instigação. Coimbra: Coimbra: 2006, p. 185-202, em que trata de uma das formas mais tênues no concurso de pessoas.

## 2 O CRIME HOMICÍDIO E A PROBLEMÁTICA PROBATÓRIA

O crime de homicídio é considerado um crime material, de resultado, que se consuma com a morte da vítima<sup>25</sup>. Dessa forma, a prova da existência do crime, via de regra, ocorre com a elaboração da prova pericial respectiva, qual seja, o laudo de necropsia elaborado pelos médicos-legistas.

Trata-se de crime que deixa vestígios, o que torna necessária a comprovação pericial.

Entretanto, se o homicídio, muitas vezes, é praticado em situações que surgem inesperadamente, de ímpeto, em meio a discussões ou brigas, por outro lado, em um grande número de casos, há um delito premeditado, às vezes, meticulosamente planejado, em que o autor do crime pensa, já de antemão, além do “como” cometer o fato delituoso, também “o que fazer” para ficar impune. Então, calcula as probabilidades de ser descoberto pelas autoridades policiais ou judiciárias, buscando, a partir de uma bem montada estratégia, diminuí-las e, assim, fazer um “crime perfeito”<sup>26</sup>.

De outro banda, há a questão do crime organizado e a prática de verdadeiras execuções de desafetos, em locais ermos e sem a presença de testemunhas. Também, pela intimidação de testemunhas, as quais acabam por fazer a chamada “lei do silêncio”, o que dificulta, ainda mais, a apuração de tais crimes.

Como o crime de homicídio, por atentar contra o mais precioso bem jurídico, a vida humana, assume, normalmente, uma conotação de extrema gravidade, sendo que, no mundo, de modo geral, é apenado de forma severa, com penas acima de 20 anos de prisão até casos de

---

<sup>25</sup> MONTEIRO observa que “O homicídio é um crime de execução livre ou não vinculada, ou seja, o *iter criminis* não se encontra descrito no tipo: a forma como o resultado morte é provocado é indiferente para o tipo; basta que ocorra a morte de uma pessoa, sendo irrelevantes os meios e o modo através dos quais é provocada. Portanto, é um crime de resultado” (MONTEIRO, Elisabete Amarelo. **Crime de homicídio qualificado e imputabilidade diminuída**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 22).

<sup>26</sup> Nesse sentido, a clássica peroração de Enrico FERRI, na obra “Discursos de acusação”, já ressaltando o preparo de certos criminosos e sua busca pela impunidade: “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”. E, mais adiante, Ferri ponderava que nessa espécie de crime, ou seja, premeditado, em casos que chamava de crime “técnico”, seria necessário que o juiz, para julgar a causa, deveria adotar, como critério, inicialmente, a exclusão da chamada prova direta: “De facto, pode exigir-se a prova directa, por exemplo, num crime provocado por uma explosão de violência sanguinária; mas pretendê-la num crime técnico, tecnicamente arquitetado, é supor que a psicologia do falsário tem a suprema cortesia de realizar as acções criminosas, por exemplo, diante dum operador cinematográfico, para poder, depois, ter a satisfação de ver projectar o filme na sala do Tribunal! É evidente que nestes crimes técnicos, inultamente se procurará a prova directa e explícita, que não pode existir” (FERRI, Enrico. **Discursos de acusação**: ao lado das vítimas. 5. ed. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 166-167).

prisão perpétua e pena de morte<sup>27</sup>, é necessário que sua investigação (e posterior processo criminal) seja revestida de todas as garantias necessárias para um processo justo e adequado à legislação vigente, de maneira que o Estado, ao exercer seu *jus puniendi*, faça isso com legitimidade e com base em provas fidedignas, seguras e coerentes, que atestem a existência de um crime de homicídio, sua respectiva autoria e, inclusive, que houve a intenção homicida, ou seja, a comprovação de que o autor agiu com *animus necandi* (afastando, ainda, quaisquer versões com justificativas por parte do acusado, como legítima defesa, inimizabilidade, etc.).

Nesse diapasão, cabe identificar as principais dificuldades específicas em termos de matéria probatória nos casos de homicídios, que levam a grandes discussões, tal como ocorreu no citado “Caso Joana”, que dizem respeito, de modo geral, à materialidade e à autoria do crime, bem como à questão do dolo do agente.

## 2.1 A prova da existência do crime

Como foi referido acima, o homicídio é um crime que, na quase totalidade dos casos, deixa vestígios. E, nesse contexto, a prova pericial ganha especial relevo nessas situações, trazendo importantes pontos de convicção para delinear a intensidade do dolo do autor do crime, o debate de uma possível tese de excludente de ilicitude, o tempo da morte, se as lesões foram praticadas em vida ou *post-mortem*, todos aspectos que ganham grande relevância para o exame das mais diversas teses que serão debatidas em um processo criminal de homicídio, que serão guiadas, muitas vezes, por detalhes que constam no laudo, tais como órgãos ou

---

<sup>27</sup> As penas mais elevadas dos crimes de homicídio, nos países, em geral, são para a figura do homicídio “qualificado”, no Brasil, Portugal, Espanha, Itália; “Mord”, na Alemanha, “Murder in first degree” nos Estados Unidos e Inglaterra. No Brasil, conforme previsão do artigo 121 do Código Penal, no parágrafo 2º, a figura do homicídio qualificado é apenada com reclusão de 12 a 30 anos; em Portugal, a pena para o homicídio qualificado é de 12 a 25 anos, prevista no artigo 132º. Na Itália, nos artigos 576 e 577 há diversas circunstâncias que agravam a pena do homicídio, que, em sua figura simples, é de no mínimo 20 anos de reclusão chegando a penas de 24 a 30 anos e até prisão perpétua. Veja-se, por exemplo, recente notícia que informa a condenação de 15 integrantes da máfia calabresa “Ndranghta” à prisão perpétua pela prática de três homicídios (MEIRELES, Ana. Tribunal de Milão condena 15 mafiosos à prisão perpétua. **Diário de Notícias**. Lisboa, 13 fev. 2013. Disponível em <[http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=3034560&seccao=Europa](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3034560&seccao=Europa)>. Acesso em: 30 set. 2013). Na Espanha, conforme os artigos 139 e 140 do Código Penal Espanhol, a pena para o homicídio, em sua forma agravada, pode chegar a 25 anos de reclusão. Na Alemanha, conforme prevê o § 211 do StGB, a pena de um homicídio cometido com prazer de matar (*Mordlust*), por impulso sexual, cobiça ou por motivos baixos, atozes ou cruéis, ou com meios que causam perigo comum ou para assegurar ou acobertar outro delito, poderá ser de prisão perpétua (*lebenslanger Freiheitsstrafe*), sendo a figura jurídica denominada “Mord” (ver KINDHÄUSER, Urs. **Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 769-785). Nos Estados Unidos, dependendo do Estado federativo, a punição por “first-degree murder” (assassinato em primeiro grau) poderá levar à condenação à prisão perpétua ou, até mesmo, pena de morte. Na Inglaterra, como refere HORDER, ocorre “the first degree murder: a) intentional killing; b) killing with an intention to do serious injury in the awareness that there is a serious risk of causing death” (HORDER, Jeremy. **Homicide law in comparative perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 19).

membros do corpo atingidos pelos golpes ou disparos de arma de fogo, a distância e trajeto desses disparos, a presença de lesões nas mãos (chamadas de “lesões de defesa”), dentre outras questões que poderão assumir destacada função no deslinde da causa.

A realização do exame cadavérico pelos peritos é de fundamental importância, então, sendo exigida por lei<sup>28</sup> e trata-se de uma prova que não pode ficar para segundo plano ou passível de ser substituída ou relegada em qualquer caso.

Todavia, há situações em que o criminoso age de modo premeditado, executando um verdadeiro plano delituoso, calculando passo a passo o crime e, também, da própria promoção do desaparecimento do corpo da vítima. Não se pode perder de vista, igualmente, casos em que mesmo sem um planejamento anterior da ação, em um crime cometido em momento de grande alteração do estado anímico, em que o autor, vendo que cometeu um homicídio, passe a prever a possibilidade de desfazer-se do cadáver e, assim, aja no intuito de buscar sua impunidade.

A punição do homicídio sem a localização do cadáver da vítima é uma das situações mais problemáticas e complexas no campo da tutela penal relativa aos crimes dolosos contra a vida.

Se em diversos outros tipos de crimes a doutrina e a jurisprudência aceitam, sem maiores divergências, o suprimento da prova pericial por outras espécies de provas, no caso do homicídio há entendimentos antagônicos, no extremo de não admitir prova por outros meios ou, ainda, abrindo a possibilidade de suprimento por qualquer outra.

Francesco Carrara, conforme ressalta SILVEIRA, entendia que em hipótese alguma poderia haver a condenação por homicídio sem ser encontrado o corpo da vítima<sup>29</sup>. O clássico autor italiano afirmava que não haveria segurança suficiente para um decreto condenatório nesses casos, devendo a dúvida pender para o lado do suposto autor do crime.

---

<sup>28</sup> Ver artigo 151º e 163º do CPP português: “Artigo 151º. A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”; “Artigo 163º do CPP português: 1 – O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. 2 – Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”; e artigo 158 do CPP brasileiro: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, embora o art. 167 disponha que “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

<sup>29</sup> SILVEIRA afirma “que a prova da morte deve constituir-se sob a certeza física, que exige a presença do cadáver. Hoje, porém, prevalece a opinião de que a certeza moral, da existência do homicídio, quando absoluta ou excludente de qualquer outra hipótese em contrário à morte da vítima, supre a certeza física. O corpo de delito, que não se confunde com o corpo da vítima, tanto pode ser direto como indireto, isto é, tanto que pode resultar de autópsia como de prova testemunhal. Visto que não se pode penetrar no foro íntimo do agente, a demonstração ou a prova da vontade de matar não pode ser feita de maneira direta ou positiva, mas deduzida diretamente de conjecturas ou circunstâncias exteriores” (SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito penal**: crimes contra a pessoa. 2. ed. São Paulo: RT, 1973, p. 38-40).

Porém, essa posição foi amplamente rebatida na doutrina. Inúmeros autores apontaram em sentido diverso, pugnando pelo entendimento de que, em casos excepcionais, mediante um acervo probatório indireto, mas seguro e firme, poderia haver a condenação<sup>30</sup>.

Ora, não se poderia admitir que um crime da gravidade do homicídio ficasse impune em razão da astúcia do assassino. Em que pese a maior dificuldade de um juízo de certeza para um caso em que o cadáver da vítima tenha desaparecido ou tenha até mesmo sido destruído, não se poderia garantir que uma manobra realizada pelo agente apagaria a possibilidade de punição.

Seria uma porta aberta para a total impunidade do homicídio e, assim, o desprestígio da tutela penal do direito à vida, considerado um direito fundamental no cenário constitucional, se analisarmos a questão por uma face estritamente jurídica, indo-se muito além por aspectos éticos, morais e filosóficos<sup>31</sup>.

Casos em que o autor, após matar a vítima, joga o corpo no fundo do mar; queima o cadáver atingindo a cremação completa e desfazendo-se, em seguida, das cinzas; enterra em local desconhecido e de impossível localização, como na beira de uma praia de grande extensão, em local incerto, são todas situações em que, obrigatoriamente, a polícia deverá se

---

<sup>30</sup> HUNGRIA defende, em posição totalmente oposta àquela levantada por Carrara, que “Tal critério é demasiadamente rigoroso, e poderia, na sua irrestrição, conduzir à impunidade de manifestos autores de homicídio. Haja vista o caso citado por Irureta Goyena: dois indivíduos, dentro de uma barca no Rio Uruguai, foram vistos a lutar renhidamente, sendo um deles atirado pelo outro à correnteza, para não mais aparecer. Foram baldadas pesquisas para o encontro do cadáver. Ora, se não obstante a falta do cadáver, as circunstâncias eram de molde a excluir outra hipótese que não fosse a de morte da vítima, seria intolerável deixar-se de reconhecer, em tal caso, o crime de homicídio. Faltava a certeza física, mas havia a absoluta certeza moral da existência do homicídio. Conforme justamente observa Goyena, não se pode confundir ‘corpo de delito’ com o corpo da vítima, e para a comprovação do primeiro basta a certeza moral sobre a ocorrência do evento constitutivo do crime” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1955, p. 64). Também MALATESTA: “Conquanto sejam muitas as testemunhas que afirmam ter visto Tício cair morto, se o cadáver não é encontrado e não se explica seu desaparecimento, mais alto que a voz das pessoas soará a voz das coisas. A ausência do cadáver é prova real que tira a fé das vozes das testemunhas contrárias” (...) “Quando a lógica nos diz que normalmente deve haver uma prova melhor do que o simples testemunho ordinário, ou que deve haver um fato material permanente, essencial ao delito e normalmente constatável em si mesmo, se falta esse fato, o espírito do juiz, apesar das afirmações testemunhais, deve abalar-se. Por que razão ele condenaria? Pela hipótese da ocultação ou da destruição? E parece-nos base boa e sólida, para certeza ou a condenação, uma simples hipótese? Dever-se-á ao menos provar o fato da ocultação ou da destruição, para haver legítima certeza” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, p. 617).

<sup>31</sup> Se por um lado há a proibição de excesso na concepção do princípio da proporcionalidade, a doutrina também ressalta a outra face deste relevante princípio, que consiste no “dever de proteção eficiente”. Nesse caso, para uma interpretação que não garante a punição e assim a tutela da vida, em casos de homicídio, seria possível vislumbrar evidente proteção insuficiente por parte do Estado. Sobre a questão, veja-se FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001; HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

socorrer de outros meios probatórios para tentar esclarecer a ocorrência ou não de um homicídio.

No “Caso Joana”, como já se pode ver, os acusados, após matarem a vítima, teriam esquartejado o corpo e levado para um local desconhecido, em que se concluiu que animais (porcos) teriam comido os restos da vítima.

Mesmo assim, o poder judiciário concluiu pela condenação dos réus, admitindo a acusação e considerando que as demais provas constantes dos autos do processo levavam à conclusão de um juízo de certeza capaz de amparar o veredicto condenatório.

A prova indiciária, então, teve fundamental importância na comprovação da própria ocorrência do crime, admitindo o STJ que, mesmo sem a localização do cadáver e a consequente perícia, é possível ter-se como certa a prática do homicídio por outros meios de prova, sendo, porém, necessário que se tenha um acervo de prova indiciária substancial e contundente, não meras presunções ou conjecturas, para evitar qualquer possibilidade de erro judiciário.

Inclusive, em relação a isso, um dos casos mais rumorosos da crônica judiciária brasileira é o chamado caso dos “Irmãos Naves”, em que os acusados, irmãos, foram condenados por um homicídio, no início do século XX, tendo a vítima aparecido, mais de 20 anos depois, quando um dos réus já havia até morrido na prisão. Os réus confessaram mediante tortura e foram absolvidos duas vezes em primeira instância, pelo Tribunal do Júri, porém, o Tribunal de Apelação, formado por juízes togados, cassou a primeira decisão e, depois, como podia se sobrepor à soberania do tribunal popular, condenou os acusados pelo homicídio<sup>32</sup>.

Para que situações como essas sejam evitadas, observa-se que deve haver a exigência de uma prova robusta, mesmo que indireta, mas segura e coerente, que seja capaz de sustentar um juízo de certeza. Inclusive, há, na jurisprudência, casos de condenações de acusados que

---

<sup>32</sup> Sobre o caso, ver a narrativa de PAULO FILHO sobre o rumoroso “caso dos Irmãos Naves, em que há todo o histórico do processo e suas consequências. Os acusados foram absolvidos pelos jurados, em duas oportunidades (1938 e 1939), mas, em razão da entrada em vigor do regime ditatorial de Vargas, a soberania do júri foi afastada, possibilitando a reforma de mérito pelo tribunal togado. Os réus foram condenados à pena de 25 anos e 06 meses de prisão, que, com base em recurso defensivo, foi reduzida, posteriormente, para 16 anos e 06 meses. Em 1946, os acusados obtiveram livramento condicional, tendo um deles falecido em 1948. Em 1952, a vítima reapareceu, causando grande comoção social. Em revisão criminal, houve a decisão absolutória dos réus, bem como foi deferida indenização. O caso é considerado um dos maiores erros judiciários da história brasileira, porém, que denota a lamentável e criminosa prática da tortura como meio de coleta de provas e a afronta à soberania do júri popular no sistema jurídico brasileiro (PAULO FILHO, Pedro, **Grandes advogados, grandes julgamentos**: no júri e noutros tribunais. 3. ed., Campinas: Millennium, 2003, p. 66-73).

se desfizeram do corpo da vítima após a prática do crime, como ocorreu no “Caso Joana” e, por exemplo, no Brasil, no “Caso Denise Lafeté” e “Caso Bruno”<sup>33</sup>.

No sistema da *commow law*, conforme aponta GARDNER, embora exigida a prova direta por prova pericial, há precedentes de condenações por homicídio sem a localização do cadáver da vítima. O referido autor cita os casos *State v. Baker (Ohio)*, *Epperly v. Commonwealth (Supreme Court of Virginia)* e *State v. Franklin (Supreme Court of North Carolina)* em que houve o desaparecimento das vítimas, porém, pelas provas colhidas ao longo dos processos criminais, o acervo indiciário (*circumstantial evidence*) foi forte suficiente para demonstrar a ocorrência de um homicídio<sup>34</sup>.

Em estudo realizado por DIBIASE, em 48 dos 50 estados federados dos Estados Unidos, constatou-se um elevado número de condenações em casos de homicídios mesmo sem o encontro cadáver, não se admitindo a contestada concepção do “no body, no murder”. Na pesquisa foram identificados 392 casos ao longo de um período compreendido entre os anos de 1819 a 2013, com mais de 50% dos casos indo a julgamento ou com acordos, ensejando mais de 88% de condenações, inclusive, 17 casos com a decretação de pena de morte<sup>35</sup>.

Entretanto, nesse ponto, mais uma vez, surge a questão de identificar de que forma seria composto esse acervo de prova indiciária capaz de poder ensejar uma condenação, impondo-se discutir, face ao seu conteúdo e fundamento, o grau de certeza que pode emprestar ao julgamento, em quais situações, em qual contexto e em que limites de exigência de um *standard* de prova frente a todas as garantias individuais do réu.

Veja-se que o voto vencido no acórdão do “Caso Joana”, ao retirar a validade da reconstituição, ressaltava que somente restariam indícios e que seriam insuficientes em relação à arguida BB, constituindo uma condenação firmada em “meras suposições”, porém, a

---

<sup>33</sup> O “caso Lafeté” é descrito no livro de Tibúrcio DÉLBIS, caso de homicídio sem cadáver, em que, na Comarca de Uberlândia, Minas Gerais, Brasil, um acusado foi condenado à pena de 13 anos de prisão por matar sua companheira, Denise Lafeté, e ocultar seu cadáver. Mesmo sem o corpo da vítima ter sido encontrado, a prova indiciária foi robusta o suficiente a embasar a condenação, que foi efetivada pelo júri e mantida pelos tribunais superiores (DÉLBIS, Tibúrcio. **Homicídio sem cadáver: o caso Denise Lafeté**. Belo Horizonte: Inédita, 1999). Já o “caso Bruno” trata-se de processo de grande repercussão no Brasil, envolvendo o então goleiro Bruno, do time de futebol Flamengo, do Rio de Janeiro, que foi acusado e condenado por matar sua namorada, que estava grávida, também não tendo sido encontrado o cadáver da vítima, o qual teria sido lançado, após ser esquarterado, aos cães. A íntegra da sentença, que condenou o réu Bruno a um total de 22 anos e 03 meses de reclusão, consta no link do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Disponível em <<http://www.tjmg.jud.br/portal/imprensa/noticias/integra-da-sentenca-julgamento-caso-eliza.htm#Ujr949KG2so>>. Acesso em 25 set. 2013.

<sup>34</sup> GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 101-102).

<sup>35</sup> DIBIASE, Thomas A. **No body murder cases**. Disponível em <[www.nobodycases.com](http://www.nobodycases.com)>. Acesso em: 14 jan. 2014.

morte da vítima e agressões por AA foram admitidas, embora com a capitulação diversa, sendo a conduta enquadrada como lesões agravadas pela morte (além da ocultação e profanação do cadáver).

Observa-se a complexidade da questão, frente à necessidade de comprovação da própria existência do crime de homicídio em caso que ocultado ou destruído o cadáver, merecendo redobrada cautela na interpretação e valoração das provas, de maneira a evitar o erro e concretizar uma decisão adequada ao caso.

## **2.2 A prova da autoria do homicídio**

No “Caso Joana”, outra tese apresentada pela defesa foi a de negativa de autoria. Os acusados exerceram o direito de permanecer calados, não admitindo a prática do crime (em que pese a reconstituição de AA, tão questionada em sua admissibilidade e valor). Diferentemente da ausência da prova da materialidade, que é situação pontual e excepcional no campo do homicídio, a negativa de autoria por parte dos arguidos é tese recorrente nesse tipo de processo criminal.

Há casos em que autoria vem afirmada, em que pese a negativa do réu, por prova testemunhal, prova direta que aponta o acusado como autor do crime. Entretanto, em muitas situações, tanto em casos premeditados ou praticados em momento de exaltação e de ímpeto, não havendo testemunhas e consumando-se o crime doloso contra a vida, a prova da autoria decorre de “indícios”.

Esses indícios, como no caso aqui enfrentado, para ensejarem uma condenação devem estar lastreados em que conteúdo e fundamento para assumirem uma força probante condenatória, em que o Estado possa, assim, agir com legitimidade?

Em muitos casos, o acusado não apenas permanece em silêncio, mas, sim, alega um alibi. Refere que estava em outro local naquele exato momento em que a acusação estatal descreve que havia cometido o crime, criando-se uma situação de incompatibilidade lógica e física, material, que pode ter força de afastá-lo totalmente da cena delituosa e, por consequência, de qualquer responsabilidade penal.

Torna-se imperativo, então, uma análise profunda de todos os detalhes constantes do processo, prova pericial, testemunhal, documental, dados muitas vezes indiretos na busca da demonstração de que o acusado teria cometido o delito que lhe foi imputado.

As impressões extraídas pelo julgador acerca do comportamento do arguido, suas declarações, sua posição acerca do fato, o confronto com as provas periciais e testemunhais, tudo será considerado para a formação de um juízo de suficiência probatória a fim de levar à conclusão pela condenação ou não do acusado, sobretudo, observado o princípio *in dubio pro reo* e todas as garantias asseguradas no processo penal constitucional e democrático.

Todavia, não se pode perder de vista que, como já ressaltado, o homicídio é um crime de extrema gravidade, com nefastas consequências no campo social, a partir da eliminação de uma vida humana. A sua impunidade representa evidente risco à ordem jurídica, tratando-se de violação de um direito fundamental precioso que é, obviamente, o primeiro a ser assegurado em texto constitucional. Então, a apuração da autoria é tarefa que deve ser meticulosamente realizada, observando-se clara dificuldade em muitos casos de homicídios cometidos sem a presença de testemunhas, sejam casos passionais, sejam casos ligados ao crime organizado (máfia, traficantes de drogas, crimes financeiros).

Necessária, em tais situações, a reconstrução do fato em seus mínimos detalhes, por dados indiretos que vão sendo comprovados e que, caso atinjam um grau de credibilidade suficiente e inabalável, podem derrubar o silêncio ou o álibi apresentado pelo acusado, podendo ensejar a condenação.

O interrogatório do acusado, nesse contexto, ganha relevância, pois em relação à autoria, a versão que apresentará em sua defesa, desde a confissão até uma negativa expressada por um álibi, será pormenorizadamente confrontada com as outras provas existentes nos autos de um processo, sobretudo, em casos de homicídio, onde as questões psicológicas ligadas à motivação e também forma de execução do delito assumem especial importância.

Assim, em inúmeros processos de homicídios, apresentada a negativa de autoria pela defesa, muitas vezes com a alegação de um álibi pelo réu, em seu interrogatório, surge uma evidente necessidade de investigação detalhada de fatos indiretos (caso inexistente qualquer prova direta da autoria) para buscar o revide a essa tese e a verificação de sua veracidade.

Em casos de álibi, o acusado corre risco de, ao não haver comprovação de sua tese, surgir uma possível presunção de que foi o autor do crime (algo discutível e que mais tarde será abordado), a partir de uma conclusão lógica de que, caso inocente, não teria motivos para inventar que não estava no local em que ocorreu o crime.

Embora tal “presunção” seja relativa, se alicerçada em outros indícios fortes e segura poderá, efetivamente, levar à formação do convencimento de que o réu foi o autor do crime<sup>36</sup>.

Se o réu tem direito ao silêncio conforme expressa redação do artigo 61º, n.º 1, “d”, do CPP português<sup>37</sup>, caso sustente uma versão dos fatos, negando a prática delitiva, será, obviamente, confrontado com os demais elementos de prova do processo. A credibilidade de sua versão ou, ao contrário, sua mentira ou dissimulação poderão, em um processo indiciário, assumir grande relevância.

No campo da psicologia judiciária, BONFIM, parafraseando Max Kaufman, observa que “os criminosos, como se apresentam na polícia e no tribunal, nada têm deles próprios”<sup>38</sup>. Sustenta que o acusado, a partir do crime e da formalização da acusação, passa a ter um comportamento diferente, o que se verifica no dia do crime e, igualmente, no dia de seu julgamento.

Nesse caminho, ALTAVILLA faz profunda análise do perfil psicológico do acusado e sobre seu comportamento durante a investigação, o processo e seu julgamento, buscando explicar quais as consequências que decorrem para efeito de ser admitida a sua versão ou não pelo julgador. O álibi rico em detalhes, o excesso de recordações, algo incomum que gera natural desconfiança, parecendo um plano previamente arquitetado; o nervosismo ou a falta de memória para momentos relevantes dos fatos, que podem tanto aparecer na conduta de um réu preocupado e supostamente inocente, que não consegue expressar-se com normalidade, como daquele que, de modo frio, tenta agir como um “esgrimista”, sempre desviando do foco da discussão ao ser questionado (lembra o que lhe convém, esquece o que lhe interessa)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Nesse sentido, a jurisprudência brasileira, por exemplo, fala em presunção de autoria e inversão do ônus da prova, como nos seguintes exemplos, citados por CAMARGO ARANHA: “O entendimento jurisprudencial é no sentido de que o álibi constitui uma exceção de defesa e, como tal, cabe ao incriminado o ônus de sua demonstração: ‘imperativa é a jurisprudência no sentido de que, quem apresenta um álibi, deve comprová-lo satisfatoriamente, pena de ser tido como réu confesso’ (TACrimSP, 54:204); Quem invoca um álibi, para ser absolvido, carece de cumpridamente demonstrá-lo, não bastando, para tal fim, produção de elementos de convicção que não excluam de vez a possibilidade de ter sido o autor da infração (Ap. 53, TACrimSP, Rel. Azevedo Franceschini); Quem apresenta um álibi tem a obrigação de comprová-lo, sob pena de ser havido como confesso (Ap. 145.305, TACrimSP, Rel. Roberto Martins)” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18-21).

<sup>37</sup> Na legislação brasileira, o artigo 186 do CPP prevê: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Na própria Constituição Federal consta, no seu art. 5º, LXIII, em relação ao direito ao silêncio: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

<sup>38</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

<sup>39</sup> ALTAVILLA referia que a “excessiva precisão das recordações de um fato longínquo, deve provocar uma certa desconfiança, a não ser que seja explicada pela conexão com um acontecimento importante, que atue como ponto de referência, para associar e evocar uma recordação que, por si mesmo, se teria perdido no esquecimento” (ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003, p. 14).

Nos casos indiciários, todas essas questões assumem uma primordial relevância, pois se somam com as outras provas, todas estas firmadas em circunstâncias indiretas que precisarão ser analisadas em conjunto na tentativa de esclarecer a autoria do homicídio.

Nesse contexto, a prova pericial em casos de homicídio tem o condão de auxiliar com muita precisão a formação da convicção do juiz.

Vestígios no local do crime, que podem ser identificados e selecionados com a finalidade de haver uma comparação, como em casos de sangue da vítima em objetos que estavam com o suspeito, por exemplo, a faca do crime apreendida na casa do acusado, possibilitando a identificação por exame de DNA, bem como próprios vestígios deixados pelo réu no local, como impressões digitais, objetos pessoais, coleta de esperma em caso de ter mantido relações sexuais com a vítima. Todos esses fatores, sem dúvida, poderão ter uma grande força probatória para a elucidação da autoria do crime de homicídio<sup>40</sup>.

No “Caso Joana”, inclusive, verifica-se que foram encontrados vestígios de sangue humano no local do crime, fator que, mesmo não havendo a possibilidade da confirmação que esse sangue era da vítima, por ser localizado em diversos locais, como na parede e na sala em que a vítima teria sido agredida e na arca frigorífica, em que seus pedaços teriam sido depositados, é elemento de prova com importante função no convencimento sobre a autoria.

Da mesma forma, a prova testemunhal que aponta fatos indiretos que, por inferência, levam a conclusões acerca da possibilidade ou não de determinado fato ter ocorrido da forma indicada pelo investigado ou a própria versão da acusação.

Casos em que testemunha vê o suspeito saindo do local, onde a vítima é, posteriormente, encontrada morta, com manchas de sangue na sua roupa ou com uma faca ensanguentada, fato que leva à pergunta: o suspeito foi o autor do crime ou foi ao local, tentou socorrer e pegou a faca para entregar a polícia?

Essas questões, muitas vezes, vão depender dos motivos, das circunstâncias que ligam o autor à vítima, assim como a verificação de qual a explicação do suspeito nessas condições.

---

<sup>40</sup> MEIXNER, Franz. **Der indizienbeweis**. Hamburg: Kriminalistik, 1962, p. 103-109, aponta diversos vestígios que podem estar no local do crime (*Tatort*) e que poderão ser fundamentais para o esclarecimento do fato e identificação da autoria: marcas de sangue, fios de cabelo, esperma, limpeza, marcas de sapatos, vestígios dos tiros, a arma do crime, impressões digitais, etc.

Se, simplesmente, dissesse que não esteve no local, arquitetando um álibi, teria séria probabilidade de ser apontado como o autor do homicídio, pois não teria motivos para mentir<sup>41</sup>.

Porém, essa situação deve ser considerada no todo, analisado o acervo probatório de modo completo, como modo de, realmente, confirmar que o acusado estaria manipulando os fatos e que havia prova em contrário que confirmava a autoria.

Em casos de homicídios, com a previsão legal de punições severas, dificilmente o réu não trará uma versão defensiva que lhe favoreça com intuito de futura absolvição ou diminuição considerável da pena<sup>42</sup>.

Em face disso, de muitos homicídios cometidos sem testemunhas, planejados por antecipação, meticulosamente, agindo o autor do crime com o intuito de garantir sua impunidade, deve o Estado buscar a coleta de todas as provas possíveis a identificar a autoria, socorrendo-se, em caso de um acervo formado por indícios, também da psicologia judiciária para a abordagem de todo o contexto probatório, desde o estudo das declarações do réu e testemunhas, mas, inclusive, da lógica que se extrai da prova pericial, documental, dados relevantes para investigação e solução do crime.

No “Caso Joana”, embora tenha havido a reconstituição pelo acusado AA, o tribunal utilizou toda uma argumentação lógica em cima dos fatos provados para demonstrar a participação de cada um dos réus na cena do crime, somando indícios anteriores e posteriores ao fato, provas periciais e testemunhais, que, no seu entender, sustentavam a condenação. Mas, no voto vencido, vê-se posição diversa, que absolvía a arguida BB, por entender que não se podia delimitar como o crime ocorreu e qual a participação de BB no fato (sobretudo pela invalidade da reconstituição quanto a BB), o que justificaria a aplicação do *in dubio pro reo*.

---

<sup>41</sup> SOUZA, Moacyr Benedito. **Mentira e dissimulação em psicologia judiciária penal**. São Paulo: RT, 1988, p. 96. Sustentava o referido autor: “Se é certo afirmar-se que o criminoso é, em geral, um hábil manipulador da mentira, não menos correta é a constatação de que ele é um exímio simulador, pelo que tudo que foi dito a respeito de sua mendácia aplica-se à sua capacidade de simulação, já que esta nada mais é do que uma forma esmerada daquela. O delinquente simula perante a justiça e perante as autoridades penitenciárias, quando não perante a polícia. Em juízo, sua simulação visa tanto encobrir um crime como também obter vantagens ou mesmo afastar a autoria, fazendo-a recair sobre outrem. Diante de tais objetivos, engendra as mais variadas formas de álibis para subtrair-se à materialidade do delito”.

<sup>42</sup> Veja-se que ALTAVILLA aduzia que “O interrogatório é um supremo esforço defensivo; cada acusado, mesmo quando confessa, harmoniza sempre a sua narração com um plano de defesa quase sempre errado, mas que traduz a reconstrução mais ou menos deformadora da verdade. Chegamos, assim, a ter duas linhas mais ou menos confundíveis: a verdade e o interrogatório; geralmente, salvo as exceções a que fizemos referência, as linhas aproximam-se quando a verdade é favorável ao acusado e afastam-se quando é contrária; ora se, mesmo de boa fé, se segue uma terceira linha, em que a verdade é alterada em prejuízo do arguido, frequentemente este, num cego movimento de defesa, esquece a orientação tomada pelo seu interrogatório e põe em evidencia a da verdade que, pela maior solidez, melhor o defende dos exageros da acusação. Facilmente se compreende a importância probatória que pode ter esse movimento, por exemplo, nos casos em que o acusado proclamou nada saber acerca dos fatos” (ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40-41).

Vê-se, assim, em um processo penal adequado às normas constitucionais, respeitando-se todas as garantias dos acusados, como é necessário que sejam identificados quais os limites que deverão ser atendidos pelo julgador na formação de sua convicção que será lastreada em indícios. Como referimos em relação à materialidade do crime, aqui também, no que diz respeito à autoria, será impositivo que se busque identificar quais os fundamentos da prova indiciária para legitimação de uma decisão condenatória, qual a base da formação do raciocínio lógico para que se possa justificar uma decisão que vença a dúvida e atinja um grau de certeza e, assim, de suficiência para amparar a condenação, ultrapassando, de modo fundado, a presunção de inocência do réu.

### **2.3 A prova do elemento subjetivo (*animus necandi*)**

Questão que foi também debatida no acórdão do STJ, ao analisar o “Caso Joana”, diz respeito ao dolo, no mínimo eventual, presente na ação dos autores do crime.

Os agentes teriam agredido a vítima com golpes na cabeça, batendo-a contra a parede, o que, por si só, poderia causar a sua morte. Depois, culminaram por cortar o corpo em pedaços, esconderam na arca frigorífica e, posteriormente, desfizeram-se do cadáver, na busca da impunidade, inclusive, simulando, ao conversar com terceiros, surpresa com o suposto “desaparecimento” da criança.

O tribunal, pela tese vencedora, considerou que pela intensidade das agressões e região do corpo visada, houve, no mínimo, o dolo eventual, não sendo caso de homicídio culposo ou lesões corporais agravadas pela morte da vítima.

O tema é corriqueiro em processos que envolvem homicídios, nos quais a imputação estatal é de homicídio doloso, ao que é confrontada a tese de homicídio culposo pela defesa, na tentativa de uma responsabilidade atenuada e totalmente inferior àquela prevista para um homicídio cometido com dolo.<sup>43</sup> A negativa de dolo gera a necessidade de profunda investigação acerca do elemento subjetivo que orientou a prática da ação (ou omissão) pelo autor. A discussão é ainda mais acirrada quando a imputação trata de dolo eventual em oposição à culpa consciente.

No campo do processo penal, a celeuma surge no ponto de debater a prova sobre o elemento subjetivo, de ter-se a comprovação de que o autor do crime de homicídio agiu com

---

<sup>43</sup> No Direito Penal português, o homicídio simples é punido com pena de 08 a 15 anos, enquanto o homicídio culposo é de 2 a 4 anos. No direito brasileiro, o homicídio simples é de 6 a 20 anos, sendo o culposo de 1 a 3 anos (2 a 4 anos se praticado no trânsito).

dolo direito ou eventual. Como saber se o crime foi doloso e não culposos? Certamente a consideração de indícios, também nesse aspecto, não pode ser deixada de lado, até mesmo pelo fato de que a intenção do agente, na grande maioria dos casos, não vem confessada.

HUNGRIA, em razão disso, explicava que para a verificação do dolo do agente não se poderia pesquisar o “foro íntimo” deste, em sua consciência, mas, sim, as circunstâncias e elementos traduzidos por seus atos externos<sup>44</sup>.

WELZEL aponta a problemática probatória no campo da vontade do agente, referindo que a distinção entre dolo e culpa, em determinados casos concretos, é “extraordinariamente difícil”<sup>45</sup>.

Em face disso, a investigação do elemento subjetivo ocorrerá mediante a identificação dos sinais indicados pela própria conduta do agente, agregando-se diversas circunstâncias que possam demonstrar se o delito deve ser considerado doloso ou não. Trata-se, assim, da verificação de indícios, se seguros e contundentes, a indicarem a existência de dolo na conduta do agressor, de forma a ser responsabilizado, então, por homicídio doloso<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre o tema, HUNGRIA, em clássica lição, provoca a questão: “Como reconhecer-se a voluntas ad necem? Trata-se de um factum internum, e desde que não possível pesquisá-lo no ‘foro íntimo’ do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato. O sentido da ação (ou omissão) é, na grande maioria dos casos, inequívoco. Quando o evento morte está em íntima convicção com os meios empregados, de modo que ao espírito do agente não podia deixar de apresentar-se como resultado necessário, ou ordinário, da ação criminosa, seria inútil, como diz Imapallomeni, alegar-se que não houve animus occidendi: o fato atestará sempre, inflexivelmente, que o acusado, a não ser que se trate de um louco, agiu sabendo que o evento letal seria consequência da sua ação e, portanto, quis matar. É sobre pressupostos de fato, em qualquer caso, que há de assentar o processo lógico pelo qual se deduz o dolo distintivo do homicídio” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 49). Nesse mesmo sentido, ALTAVILLA: “a intenção homicida, deduz-se, habitualmente, da arma usada, do número de golpe e da sua direção” (ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003, p. 123).

<sup>45</sup> WELZEL afirma que “para a questão da prova, extraordinariamente difícil nestes casos, presta bons serviços a chamada segunda fórmula de Frank: deve-se supor a vontade incondicional do fato, se para a formação da vontade do autor foi indiferente que representava a consequência antijurídica como segura ou somente como possível; com outras palavras, o autor se diz: seja assim ou de outro modo, chegue a ser assim ou de outro modo, o mesmo ajo (...) Por isso deve ser feita a suposição, no exemplo anterior, em todos os casos, de dolo, dada a consequência do alto grau de probabilidade consciente do autor” (WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 121).

<sup>46</sup> Assim, aduz PEDROSO: “Elemento de natureza interna e subjetiva, o animus (intenção), que conduz o agente ao crime, por obter nascedouro nos recônditos de sua alma e na sua indevassável mente e inexplorável pensamento, assume-se como dado de difícil perquirição e dificultosa constatação. Não obstante árdua e escabrosa que ressurte a *exploratio mentis*, certo é que o dolo que anima a ação do sujeito ativo encontra elucidação e esclarecimento, via de regra, por circunstâncias e elementos fáticos de índole objetiva. Dessa maneira, e de rigor, o elemento subjetivo do crime é denotado pelas circunstâncias objetivas que circundaram o evoluir do episódio” (...) “No caso do homicídio, para que se reconheça em grau de conatus ou mesmo consumado, com prejuízo da tonalização de lesão corporal seguida de morte ou de lesão corporal consumada, adquirem especial relevo, na demonstração do *animus necandi* ou *voluntas ad necem*, a potencialidade lesiva e letal do instrumento empregado para a perpetração do ato de hostilidade física e o endereçamento dos golpes contra regiões nobres e vitais do corpo da vítima” (PEDROSO, Fernando Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 70-71).

Evidentemente que no presente trabalho não cabe o aprofundamento do conceito de dolo, culpa e vontade, por não ser o objeto da pesquisa, porém, não se pode perder de vista que a prova do elemento subjetivo no caso concreto é matéria extremamente debatida e, em muitos processos criminais, o cerne da discussão para efeito do enquadramento legal da conduta do agente e, assim, a realização de justiça, sobretudo em processos de homicídio.

Nesse contexto, interessante observar posições que entendem o conceito de dolo como algo a mais que “vontade”, que poderia ser tomado nesse sentido em caso do chamado dolo direito, por uma concepção meramente psicológica, expressada pelo “querer”. Porém, numa concepção normativa, o dolo seria mais abrangente. Essa é a posição de PUPPE<sup>47</sup>, para quem a ideia de “dolo”, direto (de primeiro e segundo graus) ou eventual, teria o mesmo caráter, sendo concebido como “dolo”, sem a necessidade dessa discussão, de que ou há vontade no “querer” ou, por outro lado, no “consentimento” (dolo eventual). Observa que “uma vez que o dolo não consiste em um desejo de que o resultado ocorra, mas na criação voluntária de um perigo doloso”, pouco importa, inclusive, o comportamento posterior do agente (que pode levar à desistência voluntária ou arrependimento eficaz).

GRECO, da mesma forma, seguindo a linha de PUPPE, fala em casos de “dolo sem vontade”, em que a concepção normativa de dolo deve ser ressaltada, em face da conduta praticada pelo agente e, diretamente, referente a determinado resultado<sup>48</sup>.

Há, portanto, muita controvérsia no campo doutrinário sobre a própria conceituação de dolo, indo parte da doutrina além de alguns conceitos anteriormente aceitos e admitidos como rígidos, em termos de uma classificação de dolo em dolo direto ou eventual, com a conclusão de que em relação a este último teria sido adotada a teoria do consentimento, na linha clássica

---

<sup>47</sup> PUPPE explica que “Na linguagem jurídica e na cotidiana, o predicado ‘querido’ é empregado em dois sentidos completamente diversos, em um sentido descritivo-psicológico, e em um sentido atributivo-normativo. Em sentido psicológico e descritivo, o predicativo ‘querido’ é idêntico ao predicativo ‘almejado’. Em sentido atributivo, normativo, o enunciado ‘o autor quis o resultado’ significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou” (PUPPE, Ingelore. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 31-32). Bernd SCHÜNEMANN apresenta ponto de vista distinto, criticando a normativização extrema do conceito de dolo, rebatendo a posição de Jakobs (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 140-141).

<sup>48</sup> GRECO, buscando discutir o dolo como “vontade”, resalta a posição de Puppe sobre a questão, referindo que “vontade” pode ser compreendida em dois sentidos diversos: sentido psicológico-descritivo, no qual a vontade refere-se a um estado mental que é uma questão de fato, com conteúdo empírico, um estado de coisas que está no mundo; ou, sentido atributivo-normativo, em que a vontade não é mais uma entidade interna ao estado psíquico, mas uma atribuição, ou seja, uma forma de interpretar um comportamento com ampla independência da situação psíquica do autor. “Dizer ‘a vontade do autor estava dirigida a X’ significa, com base neste segundo entendimento, não a existência, em algum momento, de algo dentro da cabeça do autor suscetível de ser designado pelo termo vontade, mas sim que a melhor maneira de compreender o comportamento do autor é aquela que, de alguma forma, o aproxima daquilo que ele veio a realizar e o considera plenamente responsável por isso” (GRECO, Luis. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva, et al. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**: em comemoração ao 70º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903).

exemplificada por Frank<sup>49</sup>. Veja-se a problemática na diferenciação do dolo eventual com a situação da culpa consciente, em que em ambos os casos há suposta previsão do resultado, porém, no primeiro haveria a aceitação do resultado e no segundo não. O critério da indiferença ou egoísmo do agente em relação ao resultado, afirmado por parte consistente da doutrina, para fazer essa diferenciação no caso concreto, é uma tentativa de delimitação dos possíveis parâmetros para tal controvérsia, porém, verifica-se que autores como Puppe, Greco, Fernanda Palma vão além nessa discussão, problematizando a questão da “vontade” no próprio conceito jurídico de “dolo”<sup>50</sup>.

Desse modo, por essas linhas acima, resta fácil deduzir que existindo uma forte discussão no campo doutrinário acerca do dolo (e muita mais ampla se agregada às grandes reflexões filosóficas e, inclusive, psicológicas no que diz respeito à “vontade”), tal questão leva a uma celeuma também considerável na seara probatória, em que se exigem, para investigação do elemento subjetivo, inferências a partir da conduta executada pelo autor do delito, para demonstração, no curso do processo, se houve dolo ou não<sup>51</sup>.

Então, a prova indiciária é essencial, sobretudo em casos que a intenção do agente não seja manifestada expressamente, para a constatação do dolo, tratando-se de questão que exige

<sup>49</sup> Nesse sentido: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Inclusive, PUPPE faz referência a inúmeras decisões de tribunais alemães que seguem perfilando a teoria do consentimento como base sólida no reconhecimento do dolo eventual (PUPPE, Ingelore. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39).

<sup>50</sup> Ver ainda: PALMA, Maria Fernanda. A vontade no dolo eventual: caso do *very-light*, um problema de dolo eventual. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Lisboa, Themis, ano 1, n.º 1, p. 173-180, 2000; ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 289-307, em que observa: “quem conscientemente atua contra o bem jurídico protegido se torna merecedor de uma pena maior que aquele que despreza um bem jurídico unicamente por falta de diligência ou culpa. Decidir-se em favor da possível lesão do bem jurídico é, portanto, critério decisivo para afirmar a existência do dolo” (p. 293); Também FRANCESCO, Giovangelo De. **La prova dei fatti psichici**. Torino: Giappichelli, 2010; PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal: parte geral – a teoria da infração como teoria da decisão penal**. Lisboa: AAFDL, 2013.

<sup>51</sup> VOLK observa que “El problema de perseverar en la estricta dicotomía analítica-sintética, aquí apenas esbozado, nuevamente se refleja en la dificultad de separar las definiciones (proposiciones interpretativas) rigurosa y claramente de las reglas de prueba. A la ciencia jurídica – y particularmente a la penal – se le reprocha que a menudo equivoca o ignora lo que se extrae de la investigación empírica. Así ocurre, por ejemplo, con el concepto jurídico de dolo tratado psicológicamente o, también como siempre, si se lo considera nada más que una ficción. Siempre que este tratamiento se admita en el ámbito de la ciencia jurídica se procura remitirlo (con razón) a la función especial del derecho e de la dogmática. Los conceptos teóricos siempre se completan parcialmente con contenido empírico” (VOLK, Klaus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio C. Sarabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007, p. 52-54). Igualmente: GRACIA MARTIN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. **Los delitos de homicidio y asesinato en el código penal español**. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 61: “El concepto del dolo está perfectamente perfilado en la teoría científica desde hace tiempo: en el homicidio, el dolo es conciencia y voluntad de realización de una acción dirigida a la muerte de outro. La cuestión – se dice que práctica – que mayores dificultades parece es la de la prueba del dolo en el caso concreto. Esta llamada cuestión de la prueba del dolo de matar se plantea sobre todo y en primer lugar en los casos en que se ha producido una agresión de la que han resultado lesiones, generalmente graves, y no ha llegado a producirse el resultado de muerte”.

um somatório de circunstâncias externas, relacionadas à execução, motivos e circunstâncias do crime, para que se chegue a uma conclusão. No caso concreto, a discussão, assim, acaba sendo muito mais em relação à matéria probatória do que em relação às questões conceituais<sup>52</sup>.

Como observam GRACIA MARTIN e VIZUETA FERNÁNDEZ, em sendo o dolo um elemento eminentemente subjetivo, sua prova “solo puede adoptar la modalidad de ‘prueba de indicios’, consistente aquí en inducirlo a partir de determinados hechos objetivos debidamente conocidos y probados”<sup>53</sup>.

A importância dos indícios, assim, é inegável para a formação de tal juízo. Entretanto, e essa a preocupação, em que limites essa análise pode ser feita de modo a não ser uma mera presunção, uma simples suspeita? A presunção do dolo constituiria uma violação aos direitos fundamentais do acusado. O dolo deve estar provado. Que tipo de indícios podem demonstrar o dolo e em que grau de credibilidade?

Além de inúmeros exemplos trazidos por PUPPE, em casos citados na jurisprudência alemã, GRACIA MARTIN e VIZUETA FERNÁNDEZ, em larga pesquisa realizada nos tribunais espanhóis, constataram que a verificação do dolo parte dos seguintes fatos: relações existentes entre o autor e a vítima; personalidade do agressor e do agredido; atitudes anteriores à agressão, sobretudo, a existência de ameaças; manifestação de intervenientes durante a contenda e a conduta do agente; condições de espaço, tempo e lugar; características da arma e sua idoneidade para lesionar ou matar; lugar ou zona do corpo a que se dirige a ação ofensiva e seu caráter mais ou menos vital; insistência ou reiteração dos atos agressivos, assim como sua intensidade; conduta posterior do autor; a personalidade agressiva do autor.

No próprio “Caso Joana”, o voto majoritário no sentido de reconhecer o dolo eventual em relação ao resultado morte, considerou a intensidade dos golpes, a região visada do organismo humano (cabeça), as circunstâncias anteriores e posteriores à prática do crime e personalidade dos agentes.

HASSEMER, embora seguindo outra linha teórica em relação a Puppe, igualmente, giza que somente a partir da investigação da conduta do agente, ou seja, o que é palpável a partir das circunstâncias externas do fato, é que se poderá definir a possível existência de dolo na

---

<sup>52</sup> Veja-se RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999. Também: BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: Editorial B de f, 2007; CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. **Revista Ius et praxis**, Santiago, ano 10, n. 2, p. 59-95, 2004.

<sup>53</sup> GRACIA MARTIN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. **Los delitos de homicidio y asesinato en el código penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 61.

conduta, diante da averiguação de indicadores desse elemento subjetivo, presentes a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão no sentido da ação perigosa<sup>54</sup>.

Voltando-se ao “Caso Joana”, o voto vencido afastava o dolo da conduta do acusado AA, posicionando-se pela existência de dolo de lesionar e apenas culpa em relação ao resultado morte, pois não haveria elementos concretos para se identificar a “conformação do autor” com a morte da vítima”<sup>55</sup>. Entra, assim, no cerne da questão examinada na presente problemática.

O voto vencedor, por sua vez, encaminhou-se pela presença do dolo, apresentando os fatores concretos que denotavam que os acusados assumiram o risco de matar a vítima, assentindo com o resultado mais grave.

Os indícios, com o fato acontecendo no interior da residência, em que somente estavam a vítima e os dois acusados, evidenciam que a ação foi conjunta, com a contribuição de cada um dos acusados para o resultado morte da vítima, sopesadas as circunstâncias anteriores, concomitantes e posteriores ao crime, fatores de grande relevância em casos de homicídios, que vão desde a motivação até o momento da execução e, ainda, ao comportamento dos acusados após o delito.

Porém, todos esses fatores devem passar por um profundo debate no caso concreto para verificação efetiva do elemento subjetivo que inspirou a conduta do agente, permitindo-se a formação de um juízo baseado em prova indiciária, porém, que não sejam meras conjecturas e, igualmente, que não descambem para um Direito Penal do autor, em flagrante interpretação antidemocrática.

---

<sup>54</sup> HASSEMER, exemplificando a situações, observa que “En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs . simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales), comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc (...) El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo . El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa” (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo 43, fascículo III, p. 909-931, set./dez., 1990).

<sup>55</sup> De acordo com o Conselheiro Santos Carvalho, “Por isso, na falta de elementos probatórios sobre se o recorrente se conformou ou não se conformou com o resultado "morte" da menor CC, o tribunal devia ter optado pela solução mais favorável ao arguido, atento o princípio *in dubio pro reo*”.

Em face disso tudo, importante mais uma vez ressaltar, a necessidade de investigação dos limites que podem ser identificados para utilização da prova indiciária<sup>56</sup> com o condão de transpor o princípio *in dubio pro reo*, a dúvida, a incerteza, para que se admita falar em certeza e, conseqüentemente, ser exarada uma decisão condenatória e afinada a um processo penal que respeite os ditames constitucionais.

---

<sup>56</sup> Como observa MATA-MOUROS, “é, com efeito, frequente que em processo penal determinado facto delituoso não conte com prova directa da participação do arguido na sua prática. De resto, 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 da 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, Maria de Fátima. **Direito à inocência**: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário. Estoril: Principia, 2007, p. 70).

### 3 PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL

#### 3.1 A busca da verdade no processo penal

A imputação da prática de um crime, com a conseqüente possibilidade de atentar contra o direito de liberdade dos cidadãos, seguramente, representa a forma mais drástica de imposição Estatal diante dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Se por um lado, o Estado deve buscar a responsabilização das pessoas que cometeram delitos, de modo a tutelar os bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade e, assim, assegurar a pacificação social, por outra esfera, para que se possa vislumbrar essa limitação ao primordial direito de liberdade, será imperativo que haja a comprovação da culpabilidade do agente pela prática de determinada conduta prevista como criminosa.

É uma questão que, acima de tudo, diz respeito à legitimidade da ação estatal. Contudo, para que isso seja, então, legítimo e justificado, faz-se necessária a comprovação de que o acusado cometeu o fato delituoso e deve, em razão disso, ser condenado.

Para a existência de uma condenação e, dessa forma, a conseqüente restrição de liberdade do acusado, é essencial que haja, em um processo que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, provas suficientes que apontem para a responsabilidade criminal do agente<sup>57</sup>.

O processo penal, portanto, a partir de uma hipótese acusatória, serve para a comprovação da culpa do agente, diante das provas produzidas ao longo da instrução, que, somente se entendidas como aptas a um decreto condenatório pelo juiz<sup>58</sup>, poderão ensejar essa responsabilização e punição do autor do crime.

<sup>57</sup> ALBRECHT faz a comparação com um “espartilho”, referindo: “Diante da lei penal todos os cidadãos devem ser iguais, a aplicação da lei precisa ser previsível, a lei penal protege o cidadão contra o arbítrio estatal. O princípio da legalidade processual segue estes axiomas. Cultiva o axioma do tratamento igual, na medida em que deve garantir que iguais vilasões da lei também são tratadas de modo igual. Exclui a arbitrariedade estatal e cuida da segurança pública. Observando-se o princípio, satisfaz-se a exigência de um emprego controlado e previsível da violência estatal. O princípio da legalidade processual impõe ao Estado perseguidor penal um espartilho apertado. Em caso de lesões do Direito, o Estado precisa se mexer, mas é limitado, por meio do espartilho, em seu espaço de movimento. Um espartilho pode ser desconfortável. Consegue-se maior conforto quando não se precisa movimentar o espartilho, ou quando se pode tirá-lo, em caso de movimento” (ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 188).

<sup>58</sup> Conforme STEIN e ALLEN, “Legal factfinding, like most real life decision-making, involves decision under uncertainty. Consequently, the legal system has adopted a set of decision rules to instruct judges and jurors how to decide cases in the face of uncertainty. These rules are collectively known as the burden of proof. They include the well-known requirement that all accusations against the defendant in criminal cases be proven “beyond a reasonable doubt” (STEIN, Alex; ALLEN, Ronald J. Evidence, probability, and burden of proof. **Arizona law review**, n. 54, p. 2, abr., 2013. Disponível em <[http://www.professoralexstein.com/images/RJA\\_A\\_S\\_SSRN2.pdf](http://www.professoralexstein.com/images/RJA_A_S_SSRN2.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013).

A prova é a essência do processo penal, pois representa o caminho para a reconstrução do fato delituoso que foi cometido e torna possível a conclusão acerca da verdade daquele caso concreto. Porém, em que consistem os termos “prova” e “verdade”<sup>59</sup>?

Trata-se de tarefa árdua e amplamente debatida na doutrina, possuindo concepções que vão muito além do direito e encontram profundo debate no campo da filosofia, da psicologia, da história e diversas outras ciências.

Entretanto, a ideia que se extrai para o processo penal, leva em conta que um processo somente poderá ser justo e adequado aos preceitos jurídico-constitucionais, se resguardadas todas as formalidades essenciais para o desenvolvimento completo da ampla defesa e do contraditório, não se tolerando uma “caça à verdade”<sup>60</sup> sem a observância das mínimas garantias dos direitos do acusado e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A diferenciação histórica entre “verdade formal” e “verdade material”, que durante muito tempo foi afirmada pela doutrina, no sentido de que no processo penal a verdade buscada é a “real” ou “material”, enquanto no processo civil seria a mera verdade “formal”, traduz apenas uma ideia incompleta, que não responde a uma série de indagações, sobretudo, acerca dos limites que devem ser respeitados pelo Estado na busca incessante de uma “verdade”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Frauke STAMP, na obra “**Die Wahrheit im Strafverfahren**” (Bade-Baden: Nomos, 1998, p. 30), no ponto sobre “o que é a verdade?” (*Was ist die Wahrheit?*), começa demonstrando o problema filosófico sobre a questão, lembrando a pergunta de Pôncio Pilatos a Jesus Cristo, quando este fala que “quem é da verdade escuta a minha voz”, tendo Pilatos respondido “o que é a verdade?”. Exatamente nesse ponto, GADAMER analisa, pela ótica filosófica, o que é a verdade, apresentando vários ângulos da questão, sustentando que a verdade é “desocultação” pela compreensão de determinada realidade (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 57-71).

<sup>60</sup> SOUSA MENDES, sobre esse assunto, salienta que a questão das proibições de utilização ou valoração de provas proibidas é uma maneira de impedir a tentativa de o Estado obter provas a qualquer custo, o que, repita-se, mesmo com todas as dificuldades práticas que o presente assunto acaba por evidenciar, não há como sobrepor uma interpretação sobre requisitos legais expressos em matéria de Processo Penal. O autor ressalta, nesse caminho, 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 ilícitamente 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, 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, p. 142).

<sup>61</sup> Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 24; CORDON AGUILAR, Julio Cesar. **Prueba iniciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 46. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1DDAFP\\_CordonAguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1DDAFP_CordonAguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013; GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el Proceso Penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, págs. 31-33. Sobre isso, GUZMÁN observa que “la verdad, como más adelante veremos, ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es o que le impone la adopción de un modelo garantista del proceso penal).

Uma verdade formal, no sentido estabelecido no processo civil, evidentemente, é inaceitável na esfera penal, pois, por exemplo, como ocorre quando há a ausência de contestação pelo requerido à pretensão do requerente, tratando-se de causa que envolve bens disponíveis, poderá o juiz dar ganho de causa ao requerente, por uma presunção de admissão que os fatos alegados são verdadeiros.

Tal situação não é admissível no processo penal, em que a possibilidade de uma intervenção no direito de liberdade do indivíduo pode ser a consequência, impondo-se a existência de um juízo de culpa devidamente delineado, com a necessidade de descoberta do que efetivamente aconteceu naquele caso, como se passaram os fatos que ensejaram a instauração daquele determinado processo criminal. Busca-se, assim, a “verdade”, todavia, uma verdade que, de modo seguro, espelhe um juízo de convicção sobre certo fato, estando este amparado em provas<sup>62</sup>.

Portanto, como afirma GONZÁLES LAGIER, não se trata de uma verdade “absoluta”, pois essa é inatingível, mas uma verdade palpável, que possa afirmar a realidade dos fatos<sup>63</sup>. Isso, sem dúvida, leva a algumas questões. Se a busca da verdade deve ser dentro de limites legais, certo que a doutrina atual limita, de certo modo, produção de prova exclusivamente por iniciativa do juiz. Discute-se, assim, a questão do ônus probatório, que será debatido, posteriormente, no presente trabalho, que ficaria a cargo das partes envolvidas no processo, no caso, acusação e defesa. Trata-se do sistema acusatório, o qual, inclusive, pode ter caráter puro ou misto, dependendo da possibilidade ou não de o juiz ter alguma iniciativa probatória.

Antigamente, em um sistema inquisitório, o juiz teria plenos poderes para produzir prova no processo, o que possibilitaria um juiz-acusador que, simplesmente, com sua atuação, desfiguraria um processo penal de ótica garantista e que preservasse os direitos e garantias individuais do cidadão, havendo uma total quebra da imparcialidade do juiz, que estaria a exercer um papel de “acusador”, usando todos os meios possíveis para provar a “verdade real”, mesmo que sacrificando direitos fundamentais do acusado<sup>64</sup>.

Em razão disso, com a adoção de um sistema acusatório, mesmo que em muitos ordenamentos jurídicos o juiz possa, em caráter subsidiário e limitado, ter alguma iniciativa

---

<sup>62</sup> Nesse sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 64.

<sup>63</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

<sup>64</sup> Lembra ANDRÉS IBÁÑEZ, que “como se sabe, a teoria da prova legal guarda íntima relação com a figura de um juiz estreitamente vinculado ao poder que hoje diríamos executivo, e uma concepção fortemente autoritária do processo, concebido, por seu lado, como um instrumento capaz de procurar uma verdade não provável, senão real sobre os fatos, apta para justificar inclusive o uso da tortura. (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 87).

probatória, a carga probatória será das partes, que deverão produzir as provas na busca do convencimento do julgador. Nesse aspecto, a doutrina passou a apontar que, sendo impossível falar-se em “verdade real”, a verdade buscada no processo é a verdade “judicial” ou “forense”<sup>65</sup>, que representa a convicção sobre a realidade verificada no processo, em que o juiz indicará, de forma fundamentada, o seu ponto de vista sobre os fatos trazidos ao seu conhecimento<sup>66</sup>.

CASTANHEIRA NEVES, quanto a isso, destaca que “a verdade que importa ao direito (e assim, ao processo) não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma verdade histórico-prática”<sup>67</sup>

O sistema de prova legal, em que a “busca da verdade real” servia como justificativa, dava ampla margem à arbitrariedade e, inclusive, à tortura dos acusados com a finalidade de extrair uma confissão, a qual foi, por muito tempo, considerada a “rainha das provas”. O modelo era centrado na figura desse juiz perseguidor da “verdade material ou real”, caracterizando um sistema inquisitório brutal e desumano.

Com o passar dos tempos, com a mudança de paradigmas e a vitória da imposição dos direitos humanos sobre a opressão estatal, o processo penal passou a estar adequado a parâmetros constitucionais, em que o papel do juiz não pode ser confundido com o papel de acusador, garantindo-se essa separação de papéis e de poderes, existente, assim, na concepção de um sistema acusatório.

---

<sup>65</sup> Conforme HASSEMER, “El juez penal tiene en su transfondo y em su contexto poco en común com el historiador o el meteorólogo. De manera inmediata y ante sus ojos tienen ante sí detalles cuya relevância sólo es visible mediante buscadores que le ofrece el derecho penal material: enajenación, violència, dano al patrimônio. De tal forma que lós penalistas en lugar de referirse a la verdad material prefieren llamarle, ‘verdad forense’. Trayendo a colación la expresión referente a que la ‘verdad’ exigida hoy en día dentro del Derecho procesal penal es relativa en cuanto a lós límites que son predeterminados por el Derecho penal y el Derecho constitucional” (HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la constitución. Azcapotzalco: Ubijus, 2009, p. 28).

<sup>66</sup> MALATESTA, nesse ponto, aduz: “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa para uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 21).

<sup>67</sup> NEVES, A. Castanheira. **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra, 1968, p. 48-49. Acrescenta, ainda, que: “A sua modalidade não é um juízo teórico, mas daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, como tudo, o que nestas de material e espiritual participa. Se trata de uma racionalização de índole prática-histórica, a implicar menos o racional puro do que o razoável”.

Nesse sistema, a verdade não pode ser buscada a qualquer preço<sup>68</sup>, mas, sim, somente mediante o atendimento de todas as formalidades legais de um processo, respeitados os direitos e garantias individuais do acusado. E essa “verdade”, somente poderá ser entendida como aquela espelhada no livre convencimento motivado do juiz, imparcial, sem tarificação de provas, representando no processo penal, o maior grau de certeza exigível para que se possa concluir pela responsabilidade do acusado.

HASSEMER aponta, assim, que o Tribunal Constitucional alemão, há muito, já pacificou que não se admite a busca da verdade a qualquer custo. Como essa busca pode romper e relativizar princípios e garantias do indivíduo sedimentadas na Constituição, se não estiver de acordo com limites previamente definidos, poderia caracterizar um inegável arbítrio<sup>69</sup>.

Assim, em um Estado de Direito democrático, os meios de prova devem estar regulados na legislação processual penal e, em contrapartida, devem ser respeitadas as limitações constitucionais que garantem, por exemplo, os direitos à privacidade ou intimidade. As limitações previstas na lei processual ou na Constituição serão, então, balizadores do poder estatal na busca de provas contra o indivíduo, restringindo o poder investigatório estatal e adequando-o a um modelo em que se garanta o necessário respeito aos direitos fundamentais afirmados no próprio sistema constitucional<sup>70</sup>.

Como observa MUÑOZ CONDE, todavia, isso não quer dizer que se renuncie à ideia de que o processo penal “busca a verdade”. Defende que não se precisa afastar o reconhecimento dessa finalidade desde que se tenha como pressuposto esses limites legais e constitucionais<sup>71</sup>.

Dessa forma, também admite que se pode falar em uma “verdade material” relativizada pelas normas processuais e constitucionais, aceitando-se, assim, uma verdade “forense”, que

---

<sup>68</sup> “Die Wahrheit wird nicht um jeden Preis erforscht” (VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 4).

<sup>69</sup> HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la constitución. Azcapotzalco: Ubijus, 2009, p. 26. Igualmente, ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, P. 30-40.

<sup>70</sup> GÖSSEL ; El problema de la prohibición de la prueba viene a encuadrarse en la encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales. (GÖSSEL, Karl-Heinz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, Edersa, n.º 45, p. 675, 1991.

<sup>71</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 120. Observa o autor que “El proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”.

nem sempre coincidirá com a verdade “material”, sendo, porém, o preço a pagar, no mínimo, pela evidente necessidade de assegurar as garantias e direitos individuais, sem adentrar na impossibilidade de falar-se em verdade “absoluta”<sup>72</sup>.

Essa é a mesma posição de ALBRECHT, no sentido que a busca da verdade constitui um ideal indissociável do processo penal frente aos direitos que estão envolvidos, porém, com as necessárias limitações para proteção de um núcleo mínimo de direitos dos cidadãos<sup>73</sup>. Haveria uma verdade “funcional”, nos mesmos termos que a mencionada verdade “forense”, sendo que o juiz somente poderia condenar com a formação de um juízo de convicção que espelhe, ao final, aquilo que se pode considerar como verdade, ou seja, uma “convicção da

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, também FIGUEIREDO DIAS, ao afirmar que a “verdade que se procura, mesmo através da actuação do princípio da investigação oficial, é, não de certo, como no processo anglo-americano, a verdade formalmente construída, mas a verdade processualmente válida, hoc sensu, a verdade judicial” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença penal**: o fim do estado de direito ou um novo princípio? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 49). Também, FARIA COSTA ressalta que não há com abrir mão do caráter legitimador da busca da verdade no processo penal: “um direito construído ainda que com o mais amplo dos consensos, que não tivesse em conta a verdade dos dados científicos, a verdade da experiência comum, a verdade da resistência do real verdadeiro, seria uma ficção, um não-direito que espalharia rapidamente o caos social. Da mesma forma, um direito construído exclusivamente nas chamadas verdades científicas, no paroxismo de um cientismo redentor ou em uma verdade religiosa ou mesmo em uma mais frágil verdade moral seria tudo menos direito, seria tudo menos manifestação do justo, mas seria exaltação da mais terrível das tiranias. Logo, vontade consensual e verdade cruzam-se no direito” (COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102). Nessa mesma linha, SCHULZ, Joachim. **Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie**. Köln: Carl Heymanns, 1992, p. 176; VOLK, Klaus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio C. Sarabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007, p. 101; CAFFERATA NORES, José I.; CÓPPOLA, Patricia. **Verdad procesal y decisión judicial**. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000, p. 11-12: “el criterio de verdad constituye un requisito *sine qua non* cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al acusado luego de que la verdad sobre su culpabilidad haya sido plenamente acreditada”.

<sup>73</sup> Como lembra ALBRECHT, “Se o discurso é sobre a busca da verdade no processo penal, então circula uma série de conceitos de verdade, que ultrapassam a simples verdade no texto legal, que dessa forma indiferenciada, mal pode existir. Se a Justiça, para pesquisa da verdade, tem de estender a produção de prova, por força do ofício, a todas as realidades e meios de prova, que são significativas para a decisão (§ 244, seção 2 do CPP), com isto ainda não está esclarecido o conceito específico de verdade, que está subjacente. Fala-se de verdade absoluta, objetiva, material ou formal. Além disto, uma verdade forense, uma verdade filosófica, uma verdade social, em síntese, portanto, uma verdade funcional está à disposição, que diz respeito à determinação de função do Direito Processual Penal e do Direito Penal. Então, além da funcionalização da verdade, e de outras reflexões de conveniência em face do conceito de verdade, sempre precisa existir – com todas as restrições do Estado de Direito –, no ponto central do processo penal, o nível mais elevado possível de investigação e de esclarecimento da realidade. Isto se relaciona, sobretudo, com o melhor esclarecimento possível a respeito da relação de identidade entre acusação e realidade. Somente o esforço constante para uma aproximação da verdade material corresponde ao mandamento de Justiça jurídico-constitucionalmente garantido. A finalidade da Justiça do processo penal, por si só, não é compatível com verdade funcional. Compromisso de fim para o juiz, no processo penal, portanto, é a verdade material, embora o juiz de fato, como de costume, tenha dificuldades no resgate desta determinação. Neste ponto, para a condenação não é necessária a verificação da verdade, mas, ao contrário, a convicção da verdade, que também pode ser designada como ‘ter por verdade’ (ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 385).

verdade”. TARUFFO, nesse ponto, fala, igualmente, da relativização do conceito de verdade “material”, referindo-se a uma verdade “processual”, “científica”<sup>74</sup>.

A questão da verdade, porém, por si só, apresenta-se ainda mais profunda, como aponta LOPES, debatendo três concepções de verdade: a) a concepção objetiva de verdade refere-se à verdade como “correspondência dos fatos”, na linha defendida por Alfred Tarsky; b) a concepção pragmática de verdade, defendida por Charles Peirce, William James e Richard Rorty, entende a verdade como “correspondência com a realidade”, justificando-se essencialmente por razões práticas; c) concepção consensualista de verdade: tese de J. Habermans, que sustenta um enunciado como verdadeiro a partir do momento em que “justificada a pretensão de validade dos actos de linguagem com os quais se afirmam esses enunciados”, em que a verdade constitui-se em “uma pretensão de validade que vincula os enunciados que são afirmados”<sup>75</sup>.

No processo penal, porém, como destaca GÖSSEL, admitindo como pressuposto que uma verdade objetiva plena seria inatingível pelo homem, busca-se uma verdade “relativo-objetiva”, a qual é acessível ao conhecimento humano e desde que seja averiguada nos limites impostos pela legislação<sup>76</sup>.

FERRAJOLI, por outro lado, fala em uma “verdade processual”, como uma verdade “aproximada”, diante da impossibilidade de uma verdade absoluta, concebida pelo ideal da

---

<sup>74</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba**: artículos e conferencias. Madrid: Metropolitana, 2009, p. 97. Observa o autor que “Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción legalracional de la justicia a la que se ha hecho referencia al principio, se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos. En un sentido, entonces, el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrariamente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fundada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa. Por lo que hace al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar, sintéticamente, que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino sólo verdades relativas. Mientras que, por un lado, la definición tarskiana del concepto de verdad vale también en el contexto del proceso, por otro lado hay que destacar que la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para “conocer”, y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciacines de hechos”.

<sup>75</sup> LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 37-44.

<sup>76</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz. A Posição do defensor no processo penal de um Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1985, p. 24. Como lembra, “na verdade, do princípio de estado de direito decorre o dever de averiguar a verdade e, ao mesmo tempo, a delimitação desta averiguação”.

perfeita correspondência<sup>77</sup>. Embora critique e aponte as dificuldades que se extraem a partir disso, certo que admite que a ideia representa um princípio regulador, mesmo que traçado por critérios e limites que diferem de uma verdade científica, por exemplo, pois no campo jurídico, diante de garantias afirmadas por normas e a jurisprudência, a uma obrigatória limitação do poder estatal frente ao indivíduo.

De tudo que foi dito, conclui-se que, o processo penal está diretamente ligado ao ideal de busca da verdade como forma de realização de justiça<sup>78</sup>, dentro de diversos limites que são dispostos nas normas jurídicas e, igualmente, que decorrem do caráter subjetivo referente à produção e valoração da prova<sup>79</sup>.

A ideia, assim, de busca da “verdade” no processo está ligada à própria justificação do poder jurisdicional em um Estado de Direito, a sua legitimação<sup>80</sup>.

No campo da prova indiciária, não se perde de vista que, em não havendo provas diretas, a formação dessa convicção, frente às limitações probatórias estipuladas na legislação

---

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 42. Nesse contexto, ressalta que “Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Este ideal permanece apenas como um ideal. Mas nisso reside precisamente o seu valor: é um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição, assim como a ideia de verdade objetiva é um princípio regulador (ou um modelo limite) na ciência”. Como aduz MÜLLER, uma “verdade funcional” (*funktionale Wahrheit*), diante da impossibilidade de aceitar-se um conceito de verdade “material” (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis in Strafprozess**: am Beispiel der Feststellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998, p. 124).

<sup>78</sup> Nesse caminho, afirma BARROS: “Vale dizer, 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 do fatos. A propósito do ponto de vista do julgador, é mister lembrar que a atividade empreendida com o objetivo de buscar a verdade está cercada de algumas cautelas” (BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 28). Também, GOLDSCHMIDT, Werner. **Justicia y verdad**. Buenos Aires: La Ley, 1978.

<sup>79</sup> Como aduz LOPES, “Daí que a função da prova como elemento fundamental no processo de chegada à descoberta da verdade se situa no interior de um procedimento racional de conhecimento e está orientada à formulação de ‘juízos de verdade’ fundados numa justificação racional” (...) “O processo penal é, no sentido que vem sendo exposto, sempre um processo vinculado à verdade. Trata-se, no entanto, de um modelo que se sustenta no reconhecimento das limitações que decorrem de uma actividade intersubjectiva de produção e valoração de prova, sujeita a regras específicas e pré-definidas e que, por isso se impõe com um valor aproximativo” (LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 49).

<sup>80</sup> MATA-MOUROS: “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. Nos nossos dias, assiste-se mesmo a uma corrente que coloca um dos enfoques do princípio da presunção de inocência precisamente na sua ‘intuitiva’ incompatibilidade com a eleição da busca da verdade para a finalidade do processo penal. Em consequência, o fim do processo penal não seria, pois, a descoberta da verdade, mas sim a prevenção do risco de punição arbitrária” (MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Direito à inocência**: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário. Estoril: Principia, 2007, p. 113).

processual penal e nas normas constitucionais, tende a ser ainda mais complexa e difícil<sup>81</sup>, exigindo a busca de parâmetros determinados a fim de garantir a legitimidade do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado.

## 3.2 Prova direta e indireta

### 3.2.1 Considerações gerais sobre o conceito de prova

O termo “prova” possui várias possibilidades de entendimento, seja numa visão cotidiana ou jurídica<sup>82</sup>. Em sentido geral, emprega-se a palavra “prova” para determinar uma verificação, um ensaio, um exame, uma demonstração. A realização de uma “prova”, tem o caráter de experiência, teste de aptidão ou satisfação com algo<sup>83</sup>. No campo jurídico, porém, o termo ganha, normalmente, a conotação de demonstrar a veracidade do que se busca demonstrar e, assim, contribuir para o convencimento do juiz.

Conforme FLORIAN, “provar” significa fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato de modo que se adquira, em si próprio ou para terceiros, a convicção da existência ou da verdade deste fato<sup>84</sup>. ROXIN afirma que “provar” é convencer o juiz da certeza da existência um fato<sup>85</sup>.

Outros autores, inclusive, demonstram as diversas concepções ou significados de “prova” na esfera jurídica.

---

<sup>81</sup> Veja-se, como exemplo, o próprio “Caso Joana”, em que houve voto vencido, no sentido de absolvição da acusada BB, por insuficiência de provas.

<sup>82</sup> Segundo CAMARGO ARANHA, a palavra “prova” origina-se do latim *probatio*, traduzida por experimentação, verificação, exame, reconhecimento, confronto, dando origem ao verbo *probare*. Afirma o autor que “num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5)

<sup>83</sup> Como refere HAILS, Judy, “we all use evidence every day. For example, we might look out the window to see what the weather is like and use this evidence to decide what to wear. Retailers collect Sales statistics and use that evidence to guide their marketing strategy. Teachers give tests to see how much their students are learning and use this evidence to assign grades. Scientists conduct experiments and use the evidence to find cures for diseases. Police investigators also try to gather as much evidence as possible. If they are convinced a case has been established, they take all the information to the prosecutor. The prosecutor evaluates the evidence in order to decide if the case should be filed. Ultimately, the jury (or judge if both sides decide to forego the jury) will hear all the evidence and decide if the defendant is guilty” (HAILS, Judy. **Criminal evidence**. 7. ed. New York: Wadsworth Cengage, p. 3).

<sup>84</sup> FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Editorial Temis, 1995, p. 44.

<sup>85</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 161: “Beweisen heisst, die Überzeugung von dem Vorliegen einer Tatsache verschaffen”.

TONINI afirma que a “prova”, no seu conjunto, pode ser considerada como um procedimento lógico que extrai do fato conhecido a existência do fato a ser provado e que pode assumir pelo menos quatro significados distintos: fonte de prova; meio de prova; elemento de prova ou resultado probatório<sup>86</sup>, dependendo, respectivamente, de sua abordagem como tudo que for idôneo a fornecer resultados relevantes para a decisão do juiz; ser o instrumento pelo qual o processo adquire um elemento para a decisão; o que se extrai da fonte de prova e não for valorado pelo julgador e avaliação da credibilidade e idoneidade que se extrai do elemento de prova.

Por outro lado, SOUSA MENDES<sup>87</sup> também ressalta que, em uma definição de prova no processo penal, várias são as óticas possíveis. Pode-se falar em “prova”, como atividade probatória, em um esforço metódico pelo qual são afirmados os fatos relevantes sobre todas as circunstâncias do crime; ou como meios de prova, sendo os elementos pelos quais os fatos considerados relevantes podem ser demonstrados; ou como resultado dessa atividade probatória, tomando a face da própria motivação da convicção formada pelo julgador, com base no processo, levando em consideração as regras de experiência, as leis científicas e princípios de lógica; ou, em um contexto prosaico, em um caráter material, são os próprios objetos do crime.

De outra banda, TARUFFO<sup>88</sup> aduz que prova são os instrumentos que as partes utilizam, desde sempre, para afirmar a veracidade de suas alegações para que o juiz possa decidir a respeito da veracidade ou falsidade dos enunciados fáticos sustentados<sup>89</sup>. Em caráter geral, seriam relativos ao método, pessoa, coisa ou circunstância que são capazes de gerar uma informação útil para resolver uma situação de incerteza. Essas provas podem ser típicas ou atípicas, de acordo com o critério de estarem ou não os meios de prova tipificados em lei, sendo consideradas “relevantes”, na medida que podem ser utilizadas para a formulação da

<sup>86</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 52.

<sup>87</sup> 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, p. 133.

<sup>88</sup> TARUFFO ressalta que “se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad” (TARUFFO, Michele. **La Prueba: artículos e conferencias**. Madrid: Metropolitana, 2009, p. 60).

<sup>89</sup> Nesse mesmo sentido CORDÓN AGUILAR, ao afirmar que “con el fin de establecer un concepto de prueba en su aspecto jurídico, es decir, un concepto de prueba procesal o judicial, los autores han relacionado ésta, entre otras cuestiones, con la actividad dirigida a proporcionar al juez los datos necesarios para constatar la veracidad de las afirmaciones de las partes, con los datos e informaciones que se le proporcionan o con el resultado de aquella actividad” (CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 30. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIndiciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013).

decisão, obedecidas as regras referentes à admissibilidade (afastando as ilícitas ou proibidas por lei, por exemplo)<sup>90</sup>.

Duas concepções sobre prova são apontadas por TARUFFO: a) prova como um “instrumento de conhecimento” (concepção cognitivista), informando sobre aquele fato a que se refere para a formação de um juízo sobre o caráter autêntico ou não; b) prova como “instrumento de persuasão” (concepção persuasiva), com a finalidade de convencer o juiz sobre a veracidade ou não de determinado enunciado fático, importando que as narrativas ou discursos constantes no processo possam ensejar o convencimento do julgador, que, assim, não conhece o fato em si, mas, tão somente o conteúdo que lhe foi narrado e será formador de sua decisão<sup>91</sup>.

FERRER BELTRÁN aponta três posições sobre a relação entre prova e verdade: a) prova como fixação dos fatos: na esteira da posição de Carnelutti; b) prova como convicção do juiz acerca dos fatos: de acordo com tal tese, prova seria um conjunto de operações por meio das quais se obtém o convencimento do juiz a respeito de dados processuais determinados; c) prova como certeza do juiz acerca dos fatos: prova seria a atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos dados trazidos ao processo pelas partes<sup>92</sup>.

Porém, em todas essas teses, aponta FERRER BELTRÁN dificuldades por haver uma evidente falta de definição de limites e, ainda, subjetivismo. Refere, então, que numa relação conceitual e teleológica entre prova e verdade, nem sempre se tem como chegar a uma determinação, tendo em conta a amplitude do termo, frente às concepções adotadas.

Importante, portanto, observar que são várias as concepções sobre o aspecto conceitual do termo “prova”, assumindo perspectivas diversas.

---

<sup>90</sup> Interessante a observação de Andrew CHOO sobre o conceito de prova e suas perspectivas, observando que: “Evidence is the information with which the matters requiring proof in a trial are proved. The study of evidence, therefore, is the study of the process by which such matters are proved in court. In very broad terms, the law of evidence may be said to be concerned with the following questions: What is the extent to which particular types of evidence may be considered in a case? In a criminal Trial, for example, the issue may arise as to whether evidence that the person accused has previously been involved in other misconduct can be introduced. If it can be introduced, precisely what use may the jury make of the evidence? If it cannot be introduced, what is the justification for this restriction on the free admissibility of evidence? Are there principles governing the manner in which has been admitted is to be evaluated? By which party in a case must evidence be presented? What are the principles governing the course of evidence in a Trial?” (CHOO, Andrew L-T. **Evidence**. London: Oxford University Press, 2012, p. 3).

<sup>91</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba: artículos e conferencias**. Madrid: Metropolitana, 2009, p. 59. Ver, também, sobre as concepções cognitivista e persuasiva de prova, GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Prueba y verdad en el derecho**. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 71. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>92</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 65-68.

Uma concepção objetiva, pela qual se afirma a prova como o próprio objeto, ou seja, fatos que são provados e assim traçam um fato verdadeiro, conforme aponta BENTHAM<sup>93</sup>. Entretanto, tal posição é restrita e limitada, como refere DEVÍS ECHANDIA, asseverando que seria aplicável às provas indiretas, as quais são extraídas a partir de um raciocínio lógico entre um fato conhecido e outro desconhecido por circunstâncias<sup>94</sup>.

Outro ponto de vista, também objetivo, leva em consideração aspectos da prova direta, sendo assim mais abrangente que o primeiro, entendendo que prova seriam todos os meios que são utilizáveis para o conhecimento do fato que se quer demonstrar e atingir a certeza judicial. A posição, segundo CORDÓN AGUILAR, é defendida por Rosenberg, Fenech, Del Giudice dentre outros, asseverando que prova pode ser todo meio que venha a servir para o conhecimento de coisas ou fatos e contribuem para o convencimento do juiz, considerando-se, para isso, fatos, coisas ou atividades<sup>95</sup>.

Contrária a essa posição, há a corrente de caráter subjetivo, considerando prova como o resultado que se obtém para a própria convicção do julgador, ou seja, seria o que efetivamente está no “espírito do julgador”, quando formou seu convencimento.

A linha subjetiva restringe o termo “prova” ao que foi considerado pelo juiz para definir a causa, não admitindo no conceito qualquer elemento objetivo, pelo fato de que somente seria “prova” aquilo que foi afirmado pelo juiz ao convencer-se para prolatar seu veredicto.

Entretanto, como aponta CORDÓN AGUILAR<sup>96</sup>, e da mesma forma FERRER BELTRÁN<sup>97</sup>, tal conceito apenas subjetivista deixa de lado toda a parte relevante ligada aos meios de prova, critérios objetivos que não podem ser desconsiderados.

Como sustenta DEVÍS ECHANDIA<sup>98</sup>, torna-se necessário para um conceito geral e cabal de prova que, de modo imprescindível, sejam considerados seus aspectos objetivos e

---

<sup>93</sup> BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003, p. 23: “¿Qué es una prueba? 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. Por lo tanto, 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 outro”.

<sup>94</sup> DEVÍS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002, p. 13.

<sup>95</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 30. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciariapdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciariapdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

<sup>96</sup> Ibid., p. 33.

<sup>97</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 65.

<sup>98</sup> DEVÍS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 16.

subjetivos, não sendo possível afastar toda a noção de prova por seus meios utilizados e, sem dúvida, a relevância de seus fins, a busca e o próprio convencimento do juiz.

Essa quarta corrente doutrinária, assim, tem maior adesão, pois soma os critérios objetivos e subjetivos, não deixando de levar em conta os meios de prova, a atividade probatória (que poderão e deverão ser limitadas, dependendo do ordenamento jurídico) e também o resultado dessa atividade, qual seja, o que foi decidido pelo julgador<sup>99</sup>.

Portanto, o conceito de prova poderia ser elaborado como a atividade processual realizada pelas partes (ou julgador, em caráter subsidiário) com o fim de formar o convencimento do juiz sobre a autenticidade dos enunciados fáticos formulados e propostos pelos meios de prova utilizados no processo.

Essa noção do conceito de prova é de fundamental importância para o debate da prova indiciária, observando a questão de sua produção e admissão no processo e, além disso, o seu poder de convencimento no espírito do julgador.

Porém, como frisado no conceito acima, não se perde de vista que a atividade probatória é de responsabilidade primeira das partes (Ministério Público e defesa), observado os parâmetros de um sistema acusatório, porém, com a percepção de que este é mitigado no sistema vigente em Portugal (também no Brasil, Alemanha e outros países) tendo o legislador deixado a possibilidade de o juiz, em determinadas situações, tomar alguma iniciativa probatória<sup>100</sup>.

De outro lado, a questão dos limites de produção, valoração e admissão dessas provas encontram-se nas previsões constitucionais e no processo penal, como as vedações acerca das provas ilícitas ou proibidas, como, por exemplo, quando atingem direitos à intimidade ou privacidade, questões relativas à auto-incriminação, sendo assim, várias regras que não

---

<sup>99</sup> Também nesse sentido, com abordagem das quatro concepções e adesão à chamada “noção integral” de prova, a posição de CUELLO IRIARTE, Gustavo. **Derecho probatorio e pruebas penales**. Bogotá: Legis, 2008, p. 370-376.

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 42. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013); NEVES, Rosa Vieira. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 63-65. Esta última, observa que um sistema misto, retirando as vantagens de cada um dos sistemas, garante eficácia ao processo penal, tanto no que diz respeito à persecução penal e sua importância para defesa da sociedade, assim como a total garantia dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal em relação ao acusado. Como pondera, “Esse sistema fundeia-se na relação dialética decorrente da necessidade sentida pela comunidade de perseguir os culpados pelos crimes cometidos – incumbindo ao Estado a tarefa pública de exercer o seu *ius puniendi* – mas, em cada caso concreto, assegura-se ao arguido a possibilidade de exercer os seus direitos de defesa, evitando-se os perigos decorrentes de uma real aniquilação da condição humana (do arguido) em prol da busca, levada ao extremo no sistema inquisitório, da descoberta da verdade material”.

pactam com a busca da “verdade” a qualquer preço, mas, sim, dentro de um modelo processual que preserva direitos fundamentais dos acusados, em um sistema que permite a ação estatal na esfera penal, mas com limites definidos previamente em lei, como essencial garantia dos cidadãos<sup>101</sup>.

Assim, a “prova” que decorre de indícios e, conseqüentemente, seu resultado para convencimento do juiz em um processo, deverá ser questionada em que limites, qual força probante e valor, pontos que serão debatidos no transcorrer dos capítulos seguintes, partindo-se da necessária fixação da divisão classificatória em provas diretas ou indiretas, segundo o seu objeto.

### 3.2.2 Prova direta

Conforme o artigo 124º do CPP português, constituem objeto de prova todos os fatos relevantes à análise do caso concreto, com influência na verificação da existência ou não do delito, a punibilidade ou não do acusado e a determinação de sua pena ou medida de segurança<sup>102</sup>.

Como observa ROXIN<sup>103</sup>, todos os fatos importantes para a decisão devem ser provados, sendo que podem ser distinguidos em fatos diretamente importantes, os indícios e os fatos que ajudam à avaliação da prova. Excluem-se os fatos notórios, as presunções legais e, de modo geral, o direito, observado o princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o Direito).

<sup>101</sup> Por exemplo, artigo 32º, n. 8, da CRP; artigos 125 e artigo 126 do CPP português. Sobre o tema das proibições de prova, vide 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, p. 133-154; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006; GÖSSEL, Karl Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004; BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julian. **Las prohibiciones probatorias**. Temis: Bogotá: 2009; OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de. Da autonomia do regime de proibições de prova. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 257-290.

<sup>102</sup> ALBUQUERQUE, ao comentar o mencionado artigo e analisar a questão, observa que “o objeto da prova é o ‘facto juridicamente relevante’. A relevância do facto em função do objectivo do processo: apurar a existência do crime e a punibilidade do arguido e determinar as consequências do crime. Mas também abrange os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades, e das proibições de prova. Como abrange ainda os factos relevantes para as decisões sobre as questões prévias, interlocutórias ou incidentais verificadas na pendência do processo, incluindo a determinação dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos das medidas de coacção e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 329-330).

<sup>103</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 162, ressaltam: “Unter den beweisbedürftigen Tatsachen kann man unmittelbar erhebliche Tatsachen, Indizien und Hilftatsachen des Beweis unterschieden”.

CORDÓN AGUILAR resalta que o objeto da prova são as afirmações ou negações sobre “hechos, los enunciados sobre éstos, los que el juzgador habrá de comparar con esas otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquéllas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad”<sup>104</sup>.

Assim, a atividade probatória lançada em um processo criminal visa à verificação e comprovação de fatos que são alegados pelas partes (acusação e defesa) e que são levados ao conhecimento do juízo (“*quod non est in actis non est in mundo*”, ou seja, “o que não está nos autos não está no mundo”), importando para o convencimento do julgador tanto os fatos relevantes e que podem ser apreendidos diretamente, como todos os fatos ou circunstâncias indiretas que, de alguma forma, possam vir a colaborar na elaboração de um juízo de convicção. Em razão disso, destaca-se a posição de ROXIN<sup>105</sup>, ao gizar que fatos importantes que possam ajudar a comprovação da tese alegada também podem depender de prova, o que se ajusta ao que analisamos no ponto acerca de uma concepção persuasiva do conceito de prova, ao menos, em parte.

Por isso, o que deve ser provado, em si, não são nem mesmo os “fatos”, mas, sim, os enunciados relativos a esses fatos. Novamente, a discussão entra no campo da verdade, pois um fato existe ou não existe, sendo que as afirmações ou negativas que decorrem acerca desse fato é que poderão ser verificadas se verdadeiras ou falsas e, assim, as consequências dessas constatações servirão de base para uma decisão em um processo<sup>106</sup>.

Nesse contexto, a classificação sobre o objeto da prova e a definição da prova indiciária nesse campo, torna-se importante no presente estudo.

<sup>104</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 56. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 161.

<sup>106</sup> GUZMÁN aborda essa questão ao questionar: “Ya se dijo que el objeto de la prueba es aquello que se pretende conocer através de los médios de prueba (...) Evidentemente no es la verdad del hecho lo que debe probarse. Un hecho existe o no existe, pero no puede hablarse de él en términos de verdadero o falso. Puede, em efecto, afirmarse que un hecho existió o que um hecho nunca existió, pero no puede afirmarse de igual manera que se ‘verdadero’ o que sea ‘falso’ (...) En consecuencia, puede concluirse que tampoco es el hecho en si lo que debe ser probado. De lo único que puede hablarse em términos de verdadero y falso es de enunciados, cuyo contenido podrá adecuarse em mas o menos a la realidad, de la cual dependerá el valor de verdad del enunciado. Es este, por lo tanto, el qué de la prueba, es decir, qué es lo que debe comprobarse em el juicio a través de los médios probatorios. Ni la veracidad del hecho, ni el hecho em si, sino la veracidad de la afirmación acerca de la existencia de un hecho. De este modo, las expresiones ‘veracidad del hecho’ y ‘prueba del hecho’ sólo prodrán ser entendidas como fórmulas reducidas, como expresiones elípticas de aquella definición, fórmulas éstas de las que también em algunos pasajes nos valdremos em este libro (...) puede concluirse que el thema probandum estará conformado por todos los enunciados descriptivos de un hecho jurídicamente relevante para la decisión, sea éste el principal o uno secundário” (GUZMÁN, Nicolás. **La verdad em el proceso penal: uma contribuição a la epistemología jurídica**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 17-18).

Primeiramente, veja-se o que se entende por prova direta, buscando-se a diferenciação em relação à prova indireta, uma das classificações consideradas mais importantes pela doutrina, embora com diversas controvérsias<sup>107</sup>.

GORPHE salienta que o juiz poderia firmar a sua convicção de três modos diversos: a) comprovando por si mesmo um fato material, como nos casos de análise de um documento, um objeto do crime ou uma inspeção ocular; b) por um raciocínio, ao deduzir de fatos conhecidos os fatos desconhecidos ou objeto de discussão da causa; c) reportando-se a declarações de outros, como peritos, testemunhas, confissão do acusado<sup>108</sup>. A primeira ideia seria caso de uma “prova direta”, ou seja, verificada pelo próprio julgador, não necessitando de fatos intermediários ou inferências a partir de outros suportes fáticos. A segunda já seria relativa à prova indireta, chamada de circunstancial ou indiciária, e a terceira, por sua vez, também teria um aspecto indireto, pois tem por base informações de terceiros que não diretamente o juiz, mas poderia ser direta por sua ligação com o fato principal.

Vários doutrinadores, de modo geral, definem a prova direta como aquela que diz respeito diretamente ao fato probando, sem haver a intermediação de outros fatos<sup>109</sup>. Por exemplo, uma testemunha afirma que viu o acusado, na posse de uma arma de fogo, ameaçar a vítima, intimidando-a. A testemunha, no caso, traz um dado imediato acerca daquilo que se deseja provar, ou seja, a prática dos crimes de porte ilegal de arma em via pública e ameaça.

Entretanto, como ressaltam DEVÍS ECHANDIA e CORDON AGUILAR, sempre houve uma certa indefinição em tais conceitos, tendo em vista as concepções que são adotadas sobre o que se considera uma prova direta<sup>110</sup>.

Numa primeira ideia, conforme apontado por MALATESTA<sup>111</sup>, a prova direta seria aquela percebida pelo próprio julgador, como nos casos de uma inspeção do local, uma

<sup>107</sup> Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

<sup>108</sup> GORPHE, François. **Apresiasi judicial de las pruebas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 45.

<sup>109</sup> APRILE, Ercole. **La prova penale**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 101, refere que “Secondo la tradizionale dogmatica penalprocessualistica, si parla di prova diretta per indicare quella prova che riguarda direttamente il fatto-reato, o i suoi elementi essenziali, e che consente in via immediata la conclusione sulla sussistenza o insussistenza di quel fatto”. Ainda: TARUFFO, Michele, op. cit., p. 55.

<sup>110</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002; CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 30. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

<sup>111</sup> MALATESTA: “a prova pode referir-se, como a objeto imediato, ao delito, mesmo em um dos seus mínimoselementos ou consistir no próprio elemento delituoso, sendo chamada, agora, de prova direta. Pode, ao contrário, a prova, como ao objeto imediato, referir-se a uma coisa diversa do delito, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito referindo-se, assim, a este mediatamente ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa, sendo chamada, agora, prova indireta” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 142).

apreensão da arma do crime, a leitura do bilhete em que consta a ameaça cometida pelo acusado. Leva-se em consideração a relação entre o juiz e os elementos probatórios, sendo considerada prova “direta” se houver um caráter de imediatidade entre o próprio julgador e o fato a ser provado. Não poderia haver intermediários, fatos ou coisas, sendo extraída a percepção pelo próprio julgador, levando-se em consideração a relação direta deste com a prova. O restante, nessa concepção, seria prova indireta.

Entretanto, como ressalta TARUFFO, se essa fosse a ótica para tal questão, a classificação seria inútil, já que na grande maioria dos fatos criminosos, a prova não tem como ser percebida diretamente pelo juiz<sup>112</sup>.

O contexto, portanto, deve ser deslocado, passando-se à compreensão da relação entre os meios probatórios e os fatos que se pretende provar. Passa-se à análise da relação imediata entre o meio de prova e o fato, o que ensejará a classificação como prova direta ou indireta. Se a prova se der por provas mediatas, ou seja, por inferências a partir de provas destinadas a demonstrar um outro fato que leva à conclusão de sua existência ou veracidade, será caso de uma prova indireta<sup>113</sup>.

Por isso, BENTHAM já referia que a prova direta é aquela que diz respeito imediatamente ao fato principal<sup>114</sup>. CARNELUTTI, por sua vez, mesmo tendo elaborado a classificação pela percepção do juiz (imediata = direta), também fez a distinção entre provas diretas e indiretas, pela ótica da coincidência entre o fato que se busca provar e o fato

---

<sup>112</sup> TARUFFO refere que “El origen del problema proviene, por su parte, de la doctrina alemana del finales del siglo XIX, esencialmente a través de La Prova Civile de Carnelutti, y consistente en el uso de un critério oscuro para trazar la distinción. Carnelutti pone especialmente el acento en la percepción del juez en relación con el hecho a probar, distinguiendo en función de que el juez perciba directamente ese hecho o perciba otro del que se pueda obtener el primeiro; sobre la base de este critério sitúa entre las pruebas directas la declaración testifical y el documento y, entre las pruebas indirectas, las presunciones y los indicios. Sin embargo, esa distinción es vaga y poco atendible: es vaga porque se basa en algo genérico y indeterminado como la percepción del juez; es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la percepción directa del hecho a probar escuchando una declaración testifical o leyendo un documento; en realidad, una prueba directa en este sentido se produce sólo en el caso de reconocimiento judicial, pero entonces la distinción resulta casi inútil y deja en la vaguedad a todas las demas pruebas” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 454).

<sup>113</sup> Veja-se a análise SILVA, alicerçado nas lições de Manuel Cavaleiro de Ferreira: “É clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se imediatamente aos fatos 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. A palavra indício usa-se também para designar não só o facto indiciante, mas também o facto indiciado e acontece ainda que o facto indiciante pode ser sua vez ser indiciado por outro” (SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 114).

<sup>114</sup> BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003, p.30-31.

percebido, trazendo, da mesma forma, o caráter de imediatidade em relação ao *thema probandum* para consideração da prova como direta<sup>115</sup>.

Partindo-se de uma análise da percepção que se extrai do meio probatório em relação ao fato, o conceito de prova direta é ampliado e guarda imediata relação ao fato probando<sup>116</sup>.

No direito anglo-americano, da mesma forma, autores como CHOO, DOAK, HAILS, GARDNER dentro outros, apontam a prova direta (*direct evidence*) como a que decorre imediatamente do meio probatório dirigida ao fato principal que se quer provar<sup>117</sup>, diferenciando-se da *circumstantial evidence* (prova indireta, circunstancial).

Dessa forma, a prova testemunhal, documental, pericial, declarações do acusado que digam respeito diretamente ao fato, no sentido de verificar-se a coincidência temporal ou descritiva da situação que se está a determinar no processo, seria possível ser considerada como uma “prova direta”, porém com a ressalva de que em muitas situações haverá a ingerência de elementos indiretos, a partir de inferências, mesmo que de provas que tenham relação com o fato principal a ser provado.

Isso, em um primeiro momento, como já sustentava MALATESTA<sup>118</sup>, traz à baila que dificilmente uma determinada prova direta terá o condão de ser a “única” prova do processo, definindo e levando à conclusão sobre a responsabilidade penal do acusado ou não por sua

<sup>115</sup> CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 55.

<sup>116</sup> CORDON AGUILAR refere: “Por tanto, las pruebas directas se ven ampliadas, incluyendo testimonios, documentos o dictámenes de peritos, entre otros, siempre que versen sobre el hecho que se quiere probar, es decir, son “medios de prueba que no son el mismo hecho por probar [como lo exige la clasificación anterior], pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre este” (CORDON AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 79. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/1106511/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/1106511/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013).

<sup>117</sup> Veja-se como defende CHOO, que “The testimony of a witness concerning matters personally perceived by that witness, which if believed would be sufficient to prove a fact in issue without further evidence or the need for inference, constitutes direct evidence. This is to be distinguished from circumstantial evidence, which is evidence from which a fact in issue may be inferred. To put it another way, circumstantial evidence is evidence of a relevant fact as opposed to evidenc of a fact in issue. While ‘it is no derogation of evidence to say that is circumstantial’ such evidence must be approached with caution” (CHOO, Andrew L-T. **Evidence**. 3. ed. London: Oxford, 2012, p. 5-6). Igualmente, DOAK e MCGOURLAY, afirmam que “Direct evidence: Most commonly, evidence will take the form of direct oral testimony. This means that the witness will be called on to testify under oath in open court, and everything He or she says will be tendered as evidence of the truth of the facts asserted” (DOAK, Jonathan; MCGOURLAY, Claire. **Evidence in context**. 3. ed. New York: Routledge, 2012, p. 6-8); GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013; HAILS, Judy. **Criminal evidence**. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012.

<sup>118</sup> MALATESTA, sobre essa questão, ressaltava que “alguns, pois, falando de prova direta e indireta, têm mostrado não tomar como prova direta senão a prova de todo o delito, como se fosse possível, com uma única prova, demonstrar todo o crime. Admitamos que uma testemunha tenha visto todo o desenrolar da ação criminosa: tenha visto Tício matar Caio. Será esta, talvez, uma prova de todo o delito? Não será necessária talvez mais alguma prova? Quando mais não sucedesse, seria necessário estabelecer a intenção criminosa por meio das presunções, que, como veremos, são provas também da espécie das indiretas. E o próprio cadáver, não será necessário talvez que seja objeto de exame dos peritos?” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 143-144).

exclusiva análise. A prova de “todo o delito”, de modo geral, virá por diversos elementos probatórios, muitas vezes, com a conjugação de apreensões de objetos, inspeções, mas, também, depoimentos de testemunhas, declarações do réu, documentos e perícias.

Assim, como aponta TARUFFO, se há situações mais simples, como no caso de um depoimento de testemunha presencial que abarque praticamente a totalidade do fato discutido no processo, há situações bem mais complexas, sobretudo, que tratam, muitas vezes, de uma possível mistura de elementos indiretos que se extraem por inferências na busca de um convencimento e conclusão<sup>119</sup>.

Portanto, o critério para uma prova ser direta ou indireta deverá ser indicado em razão da relação entre o fato a ser provado e o objeto de prova. Se a relação for imediata, conseqüentemente, a prova poderá ser considerada “direta”. Por outro lado, se essa relação dá-se em decorrência de um raciocínio lógico indicado por um fato que não é aquele diretamente que se busca provar, a prova será denominada “indireta”. Nesta, então, insere-se a prova indiciária.

Observa-se, na linha indicada por TARUFFO, com acerto, que a presente distinção possui caráter “funcional” e “relacional”, não sendo ontológica, que diga respeito à natureza ou estrutura da prova, que, por uma análise geral, poder-se-ia classificar, de antemão, como diretas ou indiretas, a depender da relação do meio de prova como o fato probando, situação a ser verificada no caso concreto<sup>120</sup>.

### 3.2.3 Prova indireta

Como já se pode observar, a distinção entre prova direta e indireta leva em conta a posição do meio probatório utilizado e sua relação, direta ou indireta, como o que se quer comprovar.

Nesse sentido, a prova indireta, também chamada de prova circunstancial ou de conjecturas, apresenta-se como aquela que é formada por fatos relacionados com o fato que se busca demonstrar, partindo-se de raciocínios lógicos, inferências, que poderão levar a uma conclusão ou não acerca da veracidade daquilo que se quer provar (*thema probandum*).

<sup>119</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 457.

<sup>120</sup> TARUFFO, nesse sentido, defende que “Como es fácil observar, esta distinción entre prueba directa e indirecta es funcional y relacional, no ontológica. Es decir, esa distinción no hace referencia a la naturaleza o a la estructura intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son, de forma general, a priori y, en cualquier caso, directas o indirectas. Al contrario, casi todas las pruebas pueden ser directas o indirectas en función de si tienen por objeto el hecho a probar u otro hecho del que puedan extraerse inferencias sobre el hecho a probar (Ibid., p. 457).

Tudo aquilo que não disser respeito imediatamente ao fato que se quer demonstrar, ou seja, que possua relação com o fato debatido no processo, mas que se chegue ao fato a ser demonstrado por fatos periféricos que se liguem ao “principal”, mediante conclusões obtidas por inferências, estará no campo da prova indiciária.

Não que se possa definir, sempre, apenas uma única questão no processo como fato determinante a ser provado, pois, como já analisamos, um processo criminal pode e, na grande maioria dos casos isso ocorre, a prova gira em torno de vários pontos cruciais que devem ser provados, como a materialidade do crime, a autoria, o elemento subjetivo, qualificadoras ou privilegiadoras, além de questões relativas a excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Assim, interagem questões probatórias de conotação direta ou indireta em um mesmo processo.

Evidentemente, em um processo que a tese defensiva é focada em negativa de autoria, com afirmação de um alibi, o ponto central da discussão, com certeza, será focado nessa questão e o grande dilema probatório será acerca da autoria do crime. E isso acaba por gerar, por muito, a ideia de que no processo haveria apenas o debate sobre esse único ponto, com o foco neste tipo de prova direta, ou seja, que diga respeito ao “fato principal” (o réu autor do crime).

Porém, há prova indireta, também, que se extrai de situações paralelas, que buscam a demonstração de fatos “secundários”, mas que podem ter influência na formação de convicção do juiz, por exemplo, ao ser colhido depoimento de testemunha ou juntado documento ao processo que tenha condão de afetar a credibilidade de determinada testemunha (caso até mesmo de prova direta).

Assim, a prova indireta pode dizer respeito ao fato principal ou a fatos secundários que podem estar relacionados à comprovação deste ou, também, terão a finalidade de questionar a credibilidade ou aceitabilidade de outra prova<sup>121</sup>.

Na realidade, a questão é que no raciocínio sobre a prova indireta haverá mais inferências a ser realizadas do que numa situação de prova direta, pois sempre vai ser examinada a relação existente entre o fato que está determinado e que deve estar provado, com o outro que busca delimitar<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 458.

<sup>122</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 9, set./dez., 2012.

Nesse contexto, como evidencia CORDÓN AGUILAR, tem-se na prova indireta a estrutura que se segue para a prova indiciária<sup>123</sup>, considerada indireta por excelência. Inexistindo a coincidência entre o fato a provar e o fato em si percebido, a prova será indireta, pois o fato que se busca comprovar será demonstrado mediante a aproximação pela inferência lógica<sup>124</sup>.

Por isso, a prova indiciária é uma prova exclusivamente indireta.

Essa prova pode ser realizada por depoimentos de testemunhas, documentos, perícias, apreensão de objetos, ou seja, qualquer meio de prova poderá ser utilizado como forma de demonstrar, indiretamente, por inferência, aquele fato a ser provado.

Desse modo, cabe ressaltar a própria situação da reconstituição, a qual embora tenha sido tratada como uma prova indireta pelo STJ, ao julgar o “Caso Joana”, na verdade, constitui-se em prova direta quando se trata da própria representação do acusado acerca dos fatos, comparável à confissão. A mesma situação poderia ser vislumbrada na reconstituição realizada de acordo com a versão de uma testemunha ocular, ou seja, o ponto crucial é mesmo: a posição imediata sobre o fato principal.

No direito anglo-americano a nomenclatura utilizada é de *circumstantial evidence*, termo usado para prova indireta em geral ou prova por indícios<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 83. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/1106511DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/1106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

<sup>124</sup> Conforme APRILE, “La prova indiretta è definita anche prova critica o indiziaria in quanto consente di pervenire alla dimostrazione di un fatto principale partendo dalla prova giudiziale di un fatto secondario: fatti che, nelle loro implicazioni, vengono posti tra loro in connessioni sulla base di un procedimento valutazione critica operata dal giudice” (APRILE, Enrico. **La prova penale**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 15). DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002, p. 43: “la que 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”.

<sup>125</sup> GARDNER e ANDERSON: “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. 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, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 82). DOAK e MCGOURLAY: “Circumstantial evidence is evidence of relevant facts from which the existence, or non-existence, of the facts in issue may be inferred. Such evidence may include any of the above forms of evidence except, of course, direct testimony relating to the facts in issue. It is with direct oral testimony that circumstantial evidence is contrasted. Popular fiction and televised legal dramas often portray circumstantial evidence in rather derogatory terms; phrases such as ‘the case against the accused is only circumstantial’ are relatively commonplace. However, in practice, circumstantial evidence is relied upon by the parties just a much as direct oral testimony. This is, perhaps, unsurprising, since it is in the nature of most crimes that they are not committed in the presence of eyewitnesses and thus circumstantial evidence may be the only available evidence. However, as the Court of Appeal recently acknowledged in R v. Pinnock, contrary to popular perception, circumstantial evidence may be highly cogent” (DOAK, Jonathan; MCGOURLAY, Claire. **Evidence in context**. 3. ed. New York: Routledge, 2012, p. 6-8).

Entretanto, como já questionado anteriormente, também há a constatação da dificuldade de diferenciação de tais conceitos<sup>126</sup>, pois, na realidade, muitas provas “diretas” necessitam de uma inferência, de um raciocínio lógico que será realizado para aferir a credibilidade, a veracidade de tal prova.

Além disso, durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que a prova indireta, sendo uma prova que não se refere de modo imediato ao fato principal a ser provado, teria um valor menor, inclusive, na grande maioria dos casos, não poderia ensejar uma condenação.

Esse preconceito em relação à prova indireta é verificado em vários momentos históricos, sobretudo, em sistemas processuais penais da Idade Média em que a verdade “material” era buscada a partir de um modelo inquisitório absoluto, em que a tortura era o meio usado para extrair a confissão do réu. As provas indiretas, então, eram justificativas para a investigação e, por consequência, a tortura do acusado, para que fosse angariada a sua confissão, processo que perdurou durante anos, como se vê na *Lex Carolina*, de 1532, de origem germânica, que regulou, de certo modo, o valor da prova indiciária<sup>127</sup>.

Porém, mesmo com a evolução dos sistemas judiciais, a partir dos séculos XVIII e XIX, seguiu-se, por muitos doutrinadores e, assim, com reflexo na jurisprudência, uma desconfiança em relação à prova indireta.

HAILS, por exemplo, faz referência aos “mitos” e “fatos” quanto à distinção de prova direta e indireta e seu valor probatório.

Aponta como “mitos” sobre a prova indireta:

- a) a convicção não pode ser baseada em prova indireta;
- b) a prova direta tem maior peso (*weight of evidence*) que a prova indireta;
- c) a prova direta significa um “objeto físico”, ou seja, a arma do crime, o bilhete de um resgate de refém;

<sup>126</sup> Nesse sentido, HEETER, Eugénie M. **Chance of rain, rethinking circumstantial evidence jury instructions**. Disponível em <<http://www.hastingslawjournal.org/wp-content/uploads/2013/02/Heeter-64-HLJ-529.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013: “The need for the continued use of this example is obvious: The terms “circumstantial” and “direct” evidence are difficult to define, especially to laypeople. Since juries are comprised of laypersons, this difficulty presents a real obstacle. Defining circumstantial and direct evidence has been a topic of extended legal discussion, but general definitions include the following concept of inference as a dividing line: Direct evidence is ‘based on personal knowledge or observation that, if true, proves a fact without inference or presumption’. Conversely, circumstantial evidence is based on inference and not on personal knowledge or observation”.

<sup>127</sup> Sobre a questão, vide MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17: “A *Lex Carolina* enumerou oito grupos de indícios gerais, exemplificativos, nenhum dos quais, isoladamente, era suficiente à tortura, mas, uma vez reunidos vários deles contra a mesma pessoa, ficava a cargo do juiz ponderá-los e verificar se, unidos, valiam o mesmo que um só daqueles que isoladamente era considerado suficiente à aplicação da tortura” (p. 18). Também, na parte que analisa os indícios no “*Das alte germanische Recht*”, DEPPENKEMPER, Gunter. **Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis**. Göttingen: V & R Unipress, 2004, p. 180-185.

d) a prova indireta seria uma prova de “ouvi dizer” ou de rumores sobre o caso.

Entretanto, na realidade, HAILS desfaz tais “mitos”, ressaltando que:

a) não há qualquer regra, norma legal, que preveja qual tipo de prova deve ser usada para a formação da convicção do juiz;

b) o julgador decide qual o peso que caberá a cada parte da prova, como em casos que uma testemunha do fato principal tenha sua credibilidade afetada ou questionada;

c) a prova direta é baseada em um conhecimento de primeira mão (*firsthand knowledge*) sobre o fato a ser provado;

d) a prova indireta não é de “ouvi dizer”, mas, sim, por exemplo, por testemunhos que indiretamente comprovam o fato – o julgador precisa usar uma inferência lógica para relacionar a prova indireta com o crime<sup>128</sup>.

Nos sistemas jurídicos, em geral, não há distinção de valor probatório para as provas diretas ou indiretas.

Evidentemente, como vimos no capítulo sobre a problemática probatória do crime de homicídio, algumas situações são mais complexas que outras. A prova da ocorrência do homicídio dá-se pelo exame cadavérico, a prova pericial. A sua comprovação, assim, por outros meios probatórios é assunto controverso, justificado pelo risco de erro judiciário. O encontro do cadáver e consequente perícia (laudo de necropsia) é de suma importância para demonstrar a ocorrência do homicídio. A prova indireta, nessas circunstâncias, poderá levar a essa demonstração, mas, por certo, deverá estar revestida de um poder de convicção muito forte.

Já a autoria ou a própria questão do *animus necandi*, além de qualificadoras ou privilegiadoras, ensejarão uma ampla discussão sobre a substância dessa prova indireta, seu grau de credibilidade e força para ensejar a demonstração do fato que se busca apontar no processo.

Importa, porém, ressaltar que a prova direta, embora 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, como já afirmado, pela circunstância de que, muitas

---

<sup>128</sup> HAILS, Judy. **Criminal evidence**. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012, p. 106. Igualmente, em artigo específico sobre o “mito da prova direta”, assinalando a importância da prova indireta com a mesma (ou até, dependendo das circunstâncias do caso concreto, maior) eficácia probante, ver: GREENSTEIN, Richard K. **Determining facts: the myth of direct evidence**. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1116644](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644)>. Acesso em: 15 jun. 2013.

vezes, a prova indireta pode cercar melhor o fato principal e, então, demonstrá-lo com maior credibilidade.

A situação, portanto, dependerá do caso concreto, devendo o juiz cotejar as provas em um mesmo patamar e avaliá-las conforme o peso que cada uma tem para a comprovação dos fatos, seja direta ou indireta<sup>129</sup>.

Desse modo, em face da relação do meio probatório com o fato probando, conforme unívoco entendimento doutrinário, a prova indiciária é uma prova genuinamente indireta.

A partir desse pressuposto, passa-se à análise dos indícios, impondo-se sua delimitação para que se possa verificar sua força probante no processo penal, de maneira adequada a um sistema de justiça democrático.

### 3.3 Prova indiciária

#### 3.3.1 Indícios: conceito e classificações

A palavra “indício”, no sentido comum, quer dizer sinal, vestígio, rastro, indicativo<sup>130</sup>.

Conforme COELHO, a palavra possui origem no latim, “indicium”, decorrente de “induco” pela junção do prefixo “in” e o verbo “ducere”, com o significado de “levar” ou “conduzir a”, ou também do verbo “indicare” e até mesmo de “index”, no sentido do que indica ou aponta<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Sobre a construção do raciocínio acerca da prova direta (*direkt Beweis*) ou indireta (*indirekt Beweis*), ver também SCHNEIDER, Egon. **Logik für Juristen**. 5. ed. München: Franz Vahlen, 1999, 161-193.

<sup>130</sup> A importância de afirmação de um conceito, já era tratada por ARISTÓTELES: “É útil ter examinado a pluralidade de significados de um termo, tanto no interesse da clareza (pois um homem está mais apto a saber o que afirma quando tem uma noção nítida do número de significados que a coisa pode comportar), como para nos certificarmos de que o nosso raciocínio estará de acordo com os fatos reais e não se referirá apenas aos termos usados. Pois, enquanto não ficar bem claro em quantos sentidos se usa um termo, pode acontecer que o que responde e o que interroga não tenham suas mentes dirigidas para a mesma coisa; ao passo que, depois de se haver esclarecido quantos são os significados, e também qual deles o primeiro tem em mente quando faz a sua asserção, o que pergunta pareceria ridículo se deixasse de dirigir seus argumentos a esse ponto” (ARISTÓTELES. **Tópicos**: dos argumentos sofísticos. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 55).

<sup>131</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 13. Sobre a etimologia da palavra etimologia, explica MIXÁN MASS: “no existe unanimidad sobre la palabra que exprese la etimología del concepto indicio. Para demostrar esa falta de unidad de criterio recurrimos a las siguientes citas, a título de ejemplo: Devís Echandia explica que la voz latina *indicium* es una derivación de *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo. Henrique 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 otra idea al respecto al sostener que ‘atendida su naturaleza y según su nombre mismo lo expresa (*index*), el indicio es, por decirlo así, el dedo que se señala un objeto” (MIXÁN MÁSS, Florencio. **Prueba indiciaria**: carga de la prueba, casos. Lima: Ediciones BGL, 1995, p. 25).

Nesse mesmo caminho, sobre a definição semântica de indício, GIANTURCO observa que “indício” decorre de “indicere” (*inde dicere*), o que confere o sentido de apontar, indicar o caminho a ser seguido, ideia que fomenta a base estrutural da prova indiciária pela argumentação lógica. Como refere, o “indício” constitui um *argumentum demonstrativum delicti*, pois de um fato conhecido, por intermédio de um juízo lógico, em que se agrega um característico silogismo probatório, se chega pela argumentação à existência de um fato ignorado, constituindo este o *thema probandum*<sup>132</sup>.

Como evidencia SCAPINI<sup>133</sup>, o sentido da palavra indício na terminologia comum não se diferencia de modo especial no campo técnico-jurídico: se indício decorre de “indicere”, de uma ideia de “indicação”, “mostra” ou vestígio, rastro, certo que o seu significado na esfera jurídica é de que ao partir-se de um fato que se tem como conhecido, identificado, por um exercício lógico, pode-se chegar a um fato desconhecido, o qual é objeto de prova, pendendo de demonstração.

DELLEPIANE, igualmente, afirma que “indício” é “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância”, ou seja, um fato conhecido e provado que poderá levar o intérprete, por meio de inferência, ao conhecimento de um fato ignorado<sup>134</sup>.

Por indício, segundo CORDÓN AGUILAR, entende-se aquele fato ou enunciado sobre determinado fato que está devidamente comprovado em um processo, a partir do qual sobre uma base de um nexos concreto e direto com outro fato distinto, se extrai uma conclusão acerca da constatação deste fato que se busca, então, demonstrar (fato indicado ou fato-consequência)<sup>135</sup>.

Por sua vez, TONINI observa que o termo indício, que pode ser descrito como “prova lógica”, deve ser entendido como o procedimento pelo qual se seguindo de um fato provado (o que chama de circunstância indiciária) será extraído, pela utilização de regras de experiência e leis científicas, um fato histórico que deve ser provado.

<sup>132</sup> GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958, p. 3.

<sup>133</sup> SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milão: Giuffrè, 2001, p. 9.

<sup>134</sup> DELLEPIANE, ainda, observa que: “Como é que mediante um fato comprovado podemos chegar a conhecer outro, que ignoramos e que nem foi percebido por nós, nem caiu sob a percepção de uma testemunha que no-lo refere, nem foi consignado em nenhum documento escrito, nem nos foi revelado por seu autor? Graças a uma operação da mente, como acabamos de antecipa-lo, graças a uma inferência que, para lograr tal fim, se apoia nas relações necessárias derivadas da natureza das coisas” (DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 77).

<sup>135</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 107. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

Exemplifica a situação, citando o seguinte caso: na residência de uma família rica, verifica-se que a gaveta de um móvel foi forçada e que as joias que eram guardadas no local foram subtraídas. Neste mesmo instante, é constatado que o empregado da família fugiu, descobrindo-se, em seguida, que viajou para outro país. Partindo-se de uma máxima de experiência por já ter acontecido vários outros casos em que o empregado fugiu no dia do furto na residência (único estranho à família), chega-se à conclusão de que este é o autor do crime. Como ressalta, ao reunirem-se todas as circunstâncias indiciárias, devem elas ter aptidão suficiente para admitir a convergência dos indícios ao suspeito do crime apenas<sup>136</sup>.

Seguindo essa ideia, CAFFERATA NORES<sup>137</sup>, citando Mittermaier, refere que o indício (*index*), conforme a própria acepção da palavra, “é o dedo que assinala para um objeto” e sua força probatória está no grau de necessidade que da relação que revela um fato conhecido, psíquico ou físico (fato indiciário), devidamente demonstrado, e outro fato que é desconhecido (fato indicado), o qual se busca conhecer e afirmar.

Para que haja essa necessidade, obrigatoriamente, o fato indiciário deve relacionar-se não com qualquer outro fato, mas, sim, com o fato indicado. Como observa, há um “silogismo indiciário”, em que o indício não se basta por si só, dependendo de máximas de experiência ou leis científicas, ensejando raciocínios lógicos que atinjam o conhecimento acerca do fato probando.

No exemplo de um furto, a posse da *res furtiva* só passa a ter relevância a partir da regra de experiência de que o autor do crime de furto comumente fica na posse do objeto subtraído, levando à conclusão, *a priori*, que se o suspeito foi detido na posse do bem é porque foi o autor do crime.

CHAIA sustenta que o indício é um “fato certo” que possui uma íntima relação com outro fato, ao qual o juiz chega por uma conclusão natural ou inferência. O indício forma-se a partir de todos os elementos probatórios que cumprem a função de “apontar o caminho”, iluminar a obscuridade de um fato e, assim, clarear o conhecimento do juiz<sup>138</sup>. Pode, nesse sentir, decorrer de uma perícia, de um rastro de sangue, de um depoimento de testemunha, de uma prova de DNA: constitui um elemento distinto ao delito, mas que pode revelá-lo ou mostrar aspectos sobre este.

Afirmando que o “indício” não é um meio de prova e, por isso, não deve estar expresso na legislação processual penal, JAUCHEN observa que em todos os processos e durante a

<sup>136</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 53-55.

<sup>137</sup> CAFFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 203.

<sup>138</sup> CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 650.

análise dos elementos de prova colhidos, caberá a realização de raciocínios lógicos e inferências, que partem de um fato comprovado para chegar-se a outro fato<sup>139</sup>. Evidentemente, há casos que a percepção ocorre de modo direto (sobre a qual deverá, igualmente, ser lançado um juízo de valor), mas é necessário, em muitas situações, o trabalho mental específico sobre fatos secundários para que seja possível lançar uma conclusão sobre o fato que se está a discutir em determinado processo.

Já na definição de MALATESTA, “o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”<sup>140</sup>. Frisa a necessidade da existência de um nexos causal, ou seja, uma relação de causa ou efeito entre o fato conhecido e aquele que se busca provar, o qual é vislumbrado a partir de raciocínio lógico embasado em regras de experiência.

Por fim, TARUFFO ressalta, resumindo, de certa forma, os entendimentos sobre o conceito de indício, que há três acepções sobre o tema<sup>141</sup>:

a) uma posição mais antiga, que aponta indício como sinônimo de “presunção” e “conjectura”, na medida em que indica o raciocínio ou argumento mediante o qual se relacionam os fatos, extraindo-se de um deles consequências para o outro;

b) outra posição, que afirma que indício distingue-se de presunção, na medida em que faria referência àqueles elementos de prova que, apesar de não carecerem de eficácia probatória, não apresentam os requisitos exigidos por lei para utilização das presunções simples. Seria, assim, indício o que não chegasse a ser uma presunção simples, conceito muito genérico;

<sup>139</sup> JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006, p. 28.

<sup>140</sup> MALATESTA giza a importância da relação “causa e efeito” entre o fato conhecido (indiciário) e o fato desconhecido (fato probando), sustentando: Sua forma lógica, dissemos, é o raciocínio. Reuni todos os indícios possíveis, fazi sua análise lógica e vos encontrareis sempre diante uma premissa maior, que tem por conteúdo um juízo específico, de causalidade; a uma premissa menor, que afirma a existência de um sujeito particular, contido no sujeito específico da maior e de uma conclusão, que atribui ao sujeito particular em questão o predicado atribuído na premissa maior do sujeito específico. Nesta conclusão está, propriamente, o argumento probatório. É necessário, aqui, um esclarecimento. Falamos de juízo específico e de sujeito específico por precisão de linguagem, pois o juízo verdadeiramente genérico de causalidade é o próprio princípio da causalidade: todo acontecimento supõe uma causa. O juízo de causalidade, expresso pela premissa maior do raciocínio indicativo, não exprime propriamente senão a relação entre uma espécie de causas e efeitos; eis em que sentido o chamamos específico. Compreende-se, pois, que este juízo específico de causalidade seja sempre geral, relativamente ao particular juízo que dele se quer deduzir (...) No indício, a coisa que se apresenta como conhecida é 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 ou efeito, porquanto entre coisas diversas não há, conforme demonstramos, senão a relação de causalidade, capaz de conduzir a uma outra” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 197-198).

<sup>141</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

c) a terceira posição considera o indício faz referência ao “fato conhecido” ou à “fonte” que constitui a premissa da inferência presuntiva, considerando, assim, o indício como qualquer coisa, circunstância ou comportamento que o juiz possa considerar significativo na medida em que por sua decorrência poderá tirar conclusões relacionadas ao fato a provar. Indício, então, não se confunde com presunção, como não se confunde a premissa de fato com o raciocínio.

Essa última posição, como se pode ver, é a mais aceita em geral na doutrina, como conceito técnico-jurídico de indício.

No processo penal alemão, DEDES apresenta a definição de indícios (*Indizien*) em dois sentidos: um primeiro, como o próprio objeto ou matéria que deixa vestígios, como um rastro no local do crime, os instrumentos utilizados; segundo, o fato conhecido, que seria irrelevante por si só, porém que, por raciocínio lógico, leva ao conhecimento de outro que será, então, relevante<sup>142</sup>.

No direito anglo-americano, os “indícios” são tratados como *circumstantial evidence*, termo também utilizado para descrever “prova indireta” de modo geral, com grande relevância na doutrina.

WIGMORE, em clássica obra sobre o tema, fez profundo estudo discutindo a importância da prova “circunstancial”, na época em que muitos defendiam que seu peso seria inferior à prova direta<sup>143</sup>. Relatou a relevância da *circumstantial evidence* em diversos casos e situações, como meio de demonstração, por exemplo, da premeditação do crime pelo acusado, de sua intenção, de sua ligação com o fato criminoso em razão dos motivos que tinha para executar o delito.

MURPHY entende que na *circumstantial evidence* a conclusão desejada acerca de um fato ocorre por inferência, relacionando-o com outro, o que a diferencia da prova direta<sup>144</sup>. Por exemplo, refere que uma testemunha vê alguém saindo de uma agência bancária, correndo com notas de dinheiro e nesse local houve um assalto: a testemunha não viu o crime, mas seu depoimento demonstra, indiretamente, que aquela pessoa que fugia com o dinheiro praticou o

<sup>142</sup> DEDES, Christos. **Beweisverfahren und Beweisrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 71: “Der Indizienbegriff hat in seiner geschichtlichen Entwicklung mehrere Bedeutungen oder Interpretation gehabt. Er ist mehrdeutig. Er bedeutet: Erstens, die Objekte oder Gegenstände, die mit einer strafbaren Handlung in irgendeiner Beziehung oder Verbindung stehen, wie z.B. Spuren, *instrumenta sceleris*, usw.; Zweitens, die Tatsache, die für sich allein betrachtet rechtlich unerheblich ist, aber dadurch rechtlich unerheblich wird, dass sie durch logisches Denken einen Rückschluss auf die rechtlich unerheblichen Tatsachen gestattet”. Assim, também, por exemplo, VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 202; e KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 230.

<sup>143</sup> WIGMORE, John Henry. **Wigmore on evidence: evidence in trails at commom law**. New York: Wolters Kluwer, 2013, p.25.

<sup>144</sup> MURPHY, Peter. **Murphy on evidence**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 22.

roubo. Nesse mesmo sentido, inclusive, com o mesmo exemplo de roubo a um banco, ALLEN aduz que na *circumstantial evidence* não há o caráter imediato da prova direta, sendo necessário que as conclusões relacionadas ao fato principal sejam resultado de inferências que se extraem de outros fatos<sup>145</sup>.

Por sua vez, MAY distingue *direct evidence* de *circumstantial evidence*, indicando que esta última é a prova em que circunstâncias que envolvem um fato (*event* ou *offence*) precisam ser inferidas por outro<sup>146</sup>. Explica que, como de modo geral, muitos crimes são praticados sem a presença de testemunhas, a acusação será baseada em circunstâncias delineadas por outros fatos que, por inferências lógicas, poderão levar ao fato que se pretende provar.

Nesse mesmo caminho, a posição da doutrina de ZUCKERMANN e ROBERTS<sup>147</sup>, IMWINKELRIED<sup>148</sup>, SMITH<sup>149</sup>, LAFAVE e ISRAEL<sup>150</sup> dentre outros, seguindo a mesma ideia que se vê na doutrina continental sobre o conceito de indício, embora não haja uma maior diferenciação entre o termo “indícios” e “prova indiciária”, algo que, vários autores fazem questão de distinguir, sendo o indício o substrato para uma possível “prova indiciária”<sup>151</sup>.

Estando delimitado o conceito de indícios, surge outra questão que sempre foi objeto de análise no campo doutrinário e, dependendo da situação, com forte respaldo jurisprudencial, as diversas classificações de indícios.

<sup>145</sup> ALLEN, Ronald J. **Evidence: text, cases, and problems**. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 151.

<sup>146</sup> MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 4.

<sup>147</sup> ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>148</sup> IMWINKELRIED, Edward J.; et al. **Courtroom criminal evidence**. v. 1. 5. ed. São Francisco: Lexis Nexis, 2011.

<sup>149</sup> SMITH, John. **Criminal Evidence**. London: Sweet & Maxwell, 1995.

<sup>150</sup> LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal procedure**. St. Paul: West Publishing, 1985.

<sup>151</sup> Nesse sentido, KEANE, Adrian. **The modern law of evidence**. 6. ed. London: Oxford University Press, 2006, p. 13, ao referir que: “circumstantial evidence has already been defined as evidence of relevant facts (facts from which the existence or non-existence of a fact in issue may be inferred) and contrasted with ‘direct evidence’, a term which is used to mean testimony relating to facts in issue of which a witness has or claims to have personal or first-hand knowledge. Circumstantial evidence may take the form of oral or documentary evidence (including admissible hearsay) or real evidence. Circumstantial evidence, it has been said, works by cumulatively, in geometrical progression, eliminating other possibilities and has been likened to a rope comprised in of several cords”. Igualmente, SIGNORELLI, Walter P. **Criminal law, procedure and evidence**. New York: CRC Press, 2011, p. 335, ao asseverar: “circumstantial evidence is not based on actual personal knowledge or observation of the fact in controversy. It is personal knowledge or observation of known facts from which the existence of the unknown fact in controversy can reasonably be inferred, because according to the common experience of humankind such inference usually follows”. Como se pode observar, exatamente na linha apontada pela doutrina continental, em que o papel da prova formada por indícios é de encaminhar, via inferências, a uma conclusão sobre outro fato, este, o cerne do debate do processo.

Sua relevância dá-se pelo fato de que, conforme o entendimento acerca da espécie de indício será em diversas oportunidades debatido o valor e importância deste como prova, ou seja, seu poder de convencimento.

Portanto, a classificação dos indícios serve para definir uma teoria sobre a prova indiciária, possibilitando seu manejo em um contexto probatório para determinação de uma condenação (caso atinja um grau de suficiência a ensejar um juízo de certeza) ou absolvição (insuficiência de elementos de prova)<sup>152</sup>.

Inicialmente, cabe observar que as primeiras classificações de indícios, além de sistematização, colocava a questão num patamar hierárquico, como se determinada espécie de indício, por seu caráter objetivo e até mesmo por expressamente estar previsto em lei, tivesse, assim, mais valor. Era o que acontecia na *Lex Carolina*, em que a prova era tarifada, inclusive, a indiciária, com todos os passos que deveriam ser seguidos pelo juiz, em um sistema de extrema rigidez<sup>153</sup>.

Isso, com a adoção posterior de um sistema de avaliação de provas que se afastou da prova legal ou tarifada, baseando-se no livre convencimento motivado do juiz, passou a ser modificado e, assim, o julgador deveria analisar os indícios mais variados que constam no processo, porém, com a obrigação de apontá-los em sua decisão e, de forma fundamentada, explicar o valor que emprestará a cada um deles, que formarão a base de sua decisão condenatória ou absolutória.

Essa classificação, então, assume relevância por esse fator: ser um caminho para justificação da apreciação feita pelo juiz acerca do valor dos indícios e seu alcance probatório.

---

<sup>152</sup> Como lembra MOURA, “Relacionar os objetos, por sua natureza, pô-los em contraste e em confronto, estabelecer-lhes as semelhanças e ordená-los, consiste no caminho de descobrir as leis que os regem. Classificar os indícios é, pois, buscar estabelecer a teoria, ou a sistemática da prova indiciária e tal tarefa parece-nos de suma importância” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63).

<sup>153</sup> GORPHE refere que a “Lex Carolina”, Código Criminal do Imperador Carlos V, de 1532, era um verdadeiro código de “prova por indícios”, sendo uma legislação de grande autoridade importância em todo território europeu. Exemplificando a situação, citando os artigos XXV, XXXIII e seguintes, eram indícios suficientes para justificar o início do tormento: 1) A má reputação do suspeito, afirmada por pessoas que não tivessem também má reputação ou fossem inimigas do acusado; 2) o fato de o suspeito estar no local do crime e com os motivos da prática do delito; 3) ser parecido com o autor do delito, quando tivesse sido visto (questão de identificação); 4) sua relação frequente com pessoas que cometessem ações semelhantes; 5) os motivos que o tenham arrastado ao ato criminoso: rancor, inimizade, ameaças ou interesse; 6) a declaração acusadora do ferido ou querelante, quando motivada e prestada sob juramento; 7) 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 ou diferenças com a pessoa envenenada; ainda se espera alguma vantagem ou proveito pela morte da vítima; ou, ainda, ter uma conduta tão má que seria capaz de cometer o crime” GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 223. Sobre a questão também: CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 656-657.

GORPHE descreve uma classificação de indícios<sup>154</sup>, dividindo-a em critérios: por sua força probatória, extensão, cronológica, citando, ainda, uma classificação “lógica” de Ellero, sobre o papel incriminador dos indícios.

Por sua força probatória, os indícios seriam “manifestos”, “próximos” ou “remotos”, dependendo, pois, de sua direta relação com o fato a ser provado, uma conexão necessária e praticamente irrefutável ou, de outro lado, apenas um vínculo contingente.

Exemplifica o referido autor: indícios “manifestos” seriam considerados em um caso de flagrante adultério, em que homem e mulher são encontrados juntos em um mesmo quarto; indícios “próximos” como nos casos em que os instrumentos do crime estão na posse do acusado; indícios “remotos” poderiam ser justificados pelos maus antecedentes do acusado.

Já em relação à extensão, os indícios seriam “comuns” ou “gerais” e indícios “próprios” ou “específicos”, dependendo se podem referir-se a qualquer espécie de crime ou, de outra banda, estão ligados a uma espécie particular de delito<sup>155</sup>.

Como indícios “comuns” ou “gerais”, poderiam ser citados: a fuga do acusado, o interesse na prática do crime, a má reputação ou os maus antecedentes criminais. Em relação aos “próprios” ou “específicos”, em casos de roubo, a apreensão do objeto roubado com o acusado, ou, em um homicídio, o encontro da arma do crime na residência do acusado. Alguns indícios, assim, são específicos de determinadas condutas criminosas e seu peso no convencimento do julgador pode, também, ser extraído dessa análise: a verificação da presença de um indício característico daquele delito.

Quanto ao aspecto cronológico, os indícios podem ser “antecedentes”, “concomitantes” ou “subsequentes”, de acordo com o tempo em que se situam em relação ao momento da prática do crime.

Ameaças praticadas pelo acusado contra a vítima, antes do cometimento do homicídio é um indício “antecedente”; a descoberta de uma arma do acusado no local em que aconteceu o crime é um indício “concomitante”; e a fuga do acusado logo após a prática do delito, por sua vez, pode ser considerada um indício “subsequente”.

---

<sup>154</sup> GORPHE, François, **Apreciación judicial de las pruebas**. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 222-225.

<sup>155</sup> GIANTURCO também aponta uma classificação de indícios, praticamente, nesse mesmo sentido, na obra **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958, p. 83 e ss.

Referente à classificação lógica de acordo com o papel incriminador, conforme Ellero, são apontados três grupos: condições morais e físicas que tornam possível a prática do delito pelo acusado e comprovam virtualmente, como se vê pela capacidade de delinquir e cometer o crime, a oportunidade de cometer o delito e a motivação do crime; os vestígios (rastros) materiais deixados na execução do delito; as manifestações do culpável ou de terceiros, antes ou depois do delito.

Por sua vez, COELHO, fazendo profunda análise sobre as espécies de indícios e seu possível valor para a formação de convencimento, sugere a seguinte classificação<sup>156</sup>:

a) quanto ao resultado: indícios manifestos (de certeza) ou indícios contingentes (de probabilidade); b) quanto à probabilidade e aspectos cronológicos: veementes ou muito próximos; de alta ou média probabilidade (próximos), leves, de simples possibilidade (remotos); inexpressivos, de baixa credibilidade ou inverossímeis (vagas suspeitas); c) quanto ao fator estritamente cronológico: indícios antecedentes, concomitantes ou subsequentes; d) quanto à sua natureza probatória: indícios em sentido estrito e indícios em sentido lato; e) quanto à sua natureza intrínseca: indícios objetivos e indícios subjetivos ou morais.

Cabe destacar que COELHO acrescenta a classificação de indícios quanto a sua natureza probatória ou intrínseca, importando em uma distinção em que os indícios em sentido estrito referem-se a uma realidade de imediata apreensão, como vestígios, peças de convicção, em caráter material, enquanto seriam indícios em sentido lato todas as circunstâncias advindas de provas testemunhais, documentais, inserindo-se na discussão sobre sua credibilidade, podendo perder sua força e, como diz o autor, sua “original integridade”, mesclando-se com outras provas que não tenham natureza puramente indiciária<sup>157</sup>.

Igualmente, os indícios objetivos são aqueles que se extraem dos fatos, ou seja, apreensão de material ligado à execução do crime, vestígios de sangue em roupas, depoimentos de testemunhas, perícias, documentos; já os subjetivos referem-se aos aspectos psíquicos, mentais, ligados à conduta do acusado, como a motivação do crime.

Esta, em muitos casos, é um fator muito importante de ser examinado, pois diz respeito à conexão lógica entre o acusado/suspeito e o crime, trazendo-o para a cena. Evidentemente, no caso do homicídio, mesmo que não apurado o motivo ao ponto de um total esclarecimento, não quer dizer que o acusado não esteja envolvido. Tudo depende das circunstâncias do caso

---

<sup>156</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 63.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 66.

concreto<sup>158</sup>. No próprio “Caso Joana”, o STJ entendeu que não restaram plenamente provados os motivos (a vítima teria surpreendido os acusados fazendo sexo), porém, considerou certa a prática do crime e sua autoria. A dificuldade de certos casos, em que não se tem como extrair o motivo do foro íntimo do réu, cabe a averiguação das peculiaridades do contexto fático. Entretanto, a motivação, quando em casos indiciários, pode auferir grande importância ao demonstrar a conexão, a relação de causa-efeito: motivos – crime.

Também, por outro lado, merece destaque a ideia de indícios manifestos (necessários) e indícios contingentes, que, na realidade, se diferenciam pelo seu maior ou menor grau de probabilidade para comprovação do fato que se busca demonstrar.

Importa a verificação da conexão e causalidade entre o indício e o fato probando, o que será determinante, no seguinte aspecto, para que seja o valor do indício maior ou menor: o indício demonstra tanto melhor um fato quanto menos pode revelar outros fatos diferentes.

A questão da exclusão de outras hipóteses, sem dúvida, possui forte caráter confirmatório do que se extrai de um indício em relação ao fato. Na prova indiciária, quanto mais cercar o fato e excluir outras possibilidades, maior o grau de probabilidade, podendo-se, dentro do contexto do caso concreto, chegar-se à conclusão de certeza.

Seguindo essa linha de raciocínio, interessante a classificação citada por GARCÍA CAVERO, que divide em duas espécies determinadas em que se enquadram diversos tipos de indícios, não por seu valor, mas circunstâncias específicas que, caso verificadas no fato que se discute no processo, poderão ganhar especial valor, dependendo de sua configuração e força delineada pelas peculiaridades do caso concreto:

a) indícios do delito “em potencial”: a capacidade do acusado para delinquir; a motivação do crime; a oportunidade para cometer o delito; b) indícios do delito “no ato”: indícios “antecedentes”, pelos atos preparatórios para o cometimento do crime ou manifestações prévias; indícios “concomitantes”, que podem ser vestígios ou rastros de

---

<sup>158</sup> Sobre os motivos do crime e sua análise, ver BEX, Floris; BENCH-CAPON, Trevor; ATKINSON, Katie. **Evidential reasoning about motives: a case study**. Disponível em <[http://www.academia.edu/922867/Evidential\\_reasoning\\_about\\_motives\\_A\\_case\\_study](http://www.academia.edu/922867/Evidential_reasoning_about_motives_A_case_study)>. Acesso em: 10 fev. 2014; HORDER, Jeremy. **Homicide law in comparative perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 8-12. Também, conforme lembra COELHO, “Como toda ação humana, não há crime imotivado. O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, estará sempre presente no delito. Tal móvel poderá ser desconhecido, inaceitável ou mesmo incompreensível, mas sempre existe. Não há uma ‘pura ação’, causada por si mesma ou movida ‘per se’. Toda conduta humana, como comportamento voluntário, tem um móvel que a impulsionou, sujeitando-se às leis da causalidade (...) Aliás, motivação (móvel propulsor) e personalidade (atributos psíquicos e morais) se inter-relacionam para uma explicação plausível do delito. Pode haver significativa motivação que não encontre viabilidade de ação criminosa no caráter ou temperamento de alguém; de outra parte, uma motivação mínima ou mesmo fútil pode encontrar, em certas personalidades impulsivas, desequilibradas ou mesmo perigosas, o pretexto para eclodir a predisposição ao crime” (COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 83).

sangue no local do crime, permitindo exames periciais; e indícios “subsequentes”, como a má justificação do crime pelo acusado, fuga inexplicável do local do crime, tentativa de suborno de autoridades, obstrução das investigações, a confissão extrajudicial, o retorno ao local do crime, a posse de objetos do crime e a mudança da situação econômica<sup>159</sup>.

Essa distinção lançada por GARCÍA CAVERO traz uma enumeração de situações que poderão caracterizar indícios, com maior ou menor força probante, dependendo da verificação no caso concreto, as suas próprias circunstâncias e o grau de credibilidade e, assim, de segurança que poderão levar ao julgador.

Todavia, essa classificação é mais simples, embora bastante exemplificativa, linha adotada pelos autores anglo-americanos.

A classificação dos indícios, assim, traz a aproximação e agrupamento de possíveis circunstâncias de um fato que estarão diretamente relacionadas, em uma relação de causalidade (ou não) com o fato criminoso em si e todas suas conseqüências (materialidade, autoria, elemento subjetivo do tipo, culpabilidade).

No direito anglo-americano, da mesma forma, o valor probatório da *circumstantial evidence* e a relevância de cada circunstância propriamente dita são de suma importância, levando em consideração a relevância (*relevance*) e o peso (*weight*), abordando a doutrina diversas espécies de indícios, separadamente, que, de modo usual, são discutidos nos *cases*.

HAILS indica várias circunstâncias que podem ser consideradas para a comprovação do fato e que devem ser ponderadas em casos indiciários, como por exemplo<sup>160</sup>:

- a) a habilidade específica para cometer o crime;
- b) ter disponíveis os meios para a prática do crime;
- c) capacidade física e mental do acusado;
- d) o *modus operandi*;
- e) motivos para a prática do crime;
- f) ameaças;
- g) a reputação das testemunhas;
- h) fuga do local do crime;
- i) ocultação de provas;
- j) riqueza súbita (crimes patrimoniais ou econômicos, principalmente);
- l) caráter do acusado ou da vítima.

<sup>159</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. **La prueba por indicios en el proceso penal**. Lima: Reforma, 2010, p. 48-65.

<sup>160</sup> HAILS, Judy. **Criminal evidence**. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012, p. 108-129.

Nesse mesmo caminho, CHOO refere alguns exemplos de *circumstantial evidence* que poderão ser conclusivas para a formação do convencimento do julgador: a oportunidade para cometer o crime (presença do acusado no local do crime); impressões digitais ou amostras corporais (*body samples*); continuidade delitiva; reação de cães rastreadores; a motivação do crime<sup>161</sup>.

Por sua vez, MAY exemplifica a prova indiciária que pode acabar por ser considerada de extrema relevância, apontando que esta pode estar baseada indícios tais como os motivos, impressões digitais no local do crime, atos preparatórios para o cometimento do delito, mentiras contadas pelo réu em seu interrogatório ou a apreensão de proveitos do crime na posse do acusado<sup>162</sup>.

GARDNER<sup>163</sup>, seguindo essa mesma linha, sem referir uma classificação específica dos indícios, trabalha com várias hipóteses e casos concretos similares ao referidos pelos demais doutrinadores, questionando, isso sim, a questão relativa ao peso e relevância desses indícios em um contexto probatório que não contenha qualquer prova considerada “direta”. Nesse ponto, observa a possibilidade de superação de uma dúvida razoável e chegar-se a um veredicto de culpa baseado em dois ou mais indícios que tenham força suficiente a ensejar um juízo de certeza para efeitos de condenação.

“Quem tinha os meios para cometer o crime”? “Quem tinha a oportunidade para cometer o crime”? “Quem tinha os motivos para cometer o crime”? São perguntas que, respondidas no sentido que aponte para o acusado, poderão fomentar um forte acervo indiciário. Entretanto, como pondera GARDNER, isolados não possuem suficiência para tal finalidade, sendo essa a questão crucial. Aponta, também, como indícios, analisando caso a caso, a conduta do acusado como “consciência de culpa” (*consciousness of guilty*), dando como exemplo, a destruição de provas, a fuga, interferência nas investigações policiais; o *modus operandi* do acusado, servindo como ferramenta de investigação; impressões digitais ou vestígios em calçados do acusado; provas científicas em crimes sexuais, como teste de DNA em vestígios de sangue, sêmen, cabelos; inferências pelo comportamento do réu ou vítima (a qual nem sempre poderá ser admitida em julgamento).

De todo o exposto, observa-se que a classificação dos indícios difere em alguns aspectos na doutrina continental, mas, de certa forma, os termos utilizados e sintetizados por

<sup>161</sup> CHOO, Andrew L-T. **Evidence**. London: Oxford University Press, 2012, p. 5-6.

<sup>162</sup> MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 4-6.

<sup>163</sup> GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence**. 8. ed. New York: Weadsworth, 2013, p. 84-89.

GORPHE<sup>164</sup> são seguidos na doutrina portuguesa, brasileira, italiana, espanhola, por exemplo, em uma classificação pela força probatória, pela extensão e ponto de vista cronológico, com a divisão, respectivamente, em indícios manifestos (gravíssimos), próximos (graves) ou remotos (contingentes); comuns (gerais) ou próprios (específicos) e antecedentes, concomitantes e subsequentes.

Dentro dessas classificações, giram os mais diversos exemplos que são minuciosamente trabalhados pela doutrina anglo-americana, que insere a questão mais no campo das circunstâncias que ocorrem, de modo geral, nas mais variadas espécies delitivas, e que assumirão (ou não) um papel de extrema importância no processo, ganhando relevância e peso no contexto probatório, e que podem justificar uma “culpa acima de dúvida razoável” e, assim, levar a um juízo condenatório com exclusiva prova indiciária.

Entretanto, seja na doutrina continental ou na doutrina anglo-americana e com essas distintas formas de abordagem da questão, no campo da prova indiciária ou *circumstantial evidence*, o fator preponderante é a verificação do valor dos indícios e quando assumem maior ou menor força probante.

Nesse ponto, algumas questões devem ser ponderadas.

Primeiro, de todas as classificações e exemplos de indícios que se analisou acima, é imperativo investigar até que ponto tem força de modo isolado e desacompanhado de outras circunstâncias um determinado indício ou, por outro viés, se necessária a conjugação, a convergência de indícios.

Essa força e relevância vêm amparadas em que critério, em quais limites?

Embora a questão da suficiência deva ser analisada nos capítulos seguintes, no mínimo por necessidade de constatação neste momento, observadas as classificações, verifica-se que o critério inicial tem direta ligação entre a força do indício e sua probabilidade de indicar a certeza necessária para a decisão.

Por exemplo, o fato de possuir motivos para praticar o crime ou ser inimigo da vítima jamais poderia, isoladamente, ter qualquer força persuasiva de que o investigado foi o autor do crime. É que, examinando a questão pela ótica da probabilidade, esta, por óbvio, sendo ligada a um indício solto, sozinho, seria mínima. Existiria uma suspeita, mas sem qualquer peso. Já, ao contrário, se além dos motivos, o suspeito é visto saindo da casa da vítima, que se descobre ter sido assassinada neste mesmo momento, é indubitável que este fato, aliado à

---

<sup>164</sup> GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

motivação e inimizade, já enseja uma probabilidade extremamente alta de que tenha cometido o crime.

Por isso, a classificação dos indícios pode ser vista como efetivada de modo pouco científico pela maioria da doutrina que aborda a questão, muitas vezes, deixando de aprofundar o principal ponto de discussão da prova indiciária, a questão da probabilidade agregada a indiscutível comprovação do fato indiciário que será o vetor de comprovação do fato principal, do *thema probandum*.

Por essa razão, alguns doutrinadores, afirmando que por vigorar o princípio do livre convencimento e não mais das provas tarifadas ou legais, não mais haveria a necessidade de uma classificação<sup>165</sup>.

Como já dissemos, porém, a questão da classificação é relevante por primeiro tentar delimitar sua dimensão na teoria da prova indiciária e, a partir da sua comprovação no caso concreto, avaliar sua contribuição para o juízo de certeza, o que somente poderá ser alcançado com a realização de inferências que levarão a uma maior ou menor probabilidade daquilo que se busca demonstrar.

Como salientava GORPHE<sup>166</sup>, nenhuma das classificações efetivamente poderá seguir uma lógica rigorosa, sobretudo no que diz respeito à força probatória do indício, mas serve, sobretudo, como um meio de fazer a divisão de uma multiplicidade de fatos, permitindo, assim, a facilitação do estudo da questão por partes, o que, sem dúvida, colabora para melhor avaliação do peso da prova indiciária, ao final, como um todo.

Portanto, com a delimitação de cada indício, verificada sua comprovação (pressuposto essencial), natureza e possível classificação, cabe a discussão de sua convergência, concurso ou concordância com outros e, ainda, a questão dos contraíndícios. Trata-se não de uma classificação propriamente dita, mas, sim, de uma questão de avaliação dos indícios.

Como refere COELHO, “convergência”, “concurso” e “concordância”, no aspecto processual, apresentam conceitos e amplitudes diversas, não sendo sinônimos<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958; MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

<sup>166</sup> GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 225.

<sup>167</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 67-69.

Convergência quer dizer que apontam para a mesma finalidade, resultando em um produto único, ou seja, existe no processo mais de um indício e estes apontam no mesmo sentido, extraindo-se uma determinada conclusão. Concurso traduz um aspecto apenas aritmético, numérico, uma soma de indícios que, não obrigatoriamente, apontem num mesmo caminho. A concordância refere-se à existência de indícios em justaposição que não se anulam nem se repelem.

Assim, pode haver um indício isolado ou um “concurso” de indícios, os quais, porém, não convergem. Igualmente, pode haver mais de um indício em concordância, porém, ao fim da operação lógica, verifica-se que não há convergência<sup>168</sup>. Esta poderá ocorrer em caso de concurso e concordância de indícios, levando-se à conclusão, por inferência, que estes convergem, o que lhe poderá emprestar maior força probatória no contexto geral a ser avaliado no caso concreto.

Esse importante fator, a convergência de indícios, será analisado no capítulo final, sobre o peso da prova indiciária e sua força, sendo, portanto, relevante, deixar bem delimitado seu conceito.

Por fim, outro ponto deve ser gizado neste momento: os chamados contraindícios.

São indícios que se contrapõem aos indícios que inculcam o acusado, contrapondo-se a essa prova indiciária com outros indícios, no caso, favoráveis ao réu.

GORPHE, observando as lições de Ellero, afirma que na valoração dos indícios um critério deve ser ressaltado: uma circunstância indica tanto mais e melhor um fato quanto menos puder revelar outros fatos distintos<sup>169</sup>. Todas as circunstâncias que circundam o fato principal (que está em discussão na causa) relacionam-se sob a égide de uma mesma causa.

---

<sup>168</sup> Nesse sentido, DELLEPIANE, criticando a terminologia indistinta utilizada por Lopez Moreno, observa: “para nós, concordância e convergência são coisas diversas: a primeira, refere-se aos indícios ou fatos indicadores; a segunda, às deduções ou inferências formadas indiciárias. São estas, são as deduções ou inferências formadas com os indícios as que convergem ou concorrem a um mesmo ponto, isto é a uma mesma conclusão, como, por exemplo: Fulano é o autor. Os indícios ou fatos indicadores não convergem propriamente, senão que, na sua qualidade de partes acessórias de todo, como fatos parciais ou modalidades circunstanciais de um mesmo acontecimento, concordam entre si, isto é, justapõem-se uns aos outros de forma a constituírem um fato natural, lógico, coerente. E porque esta concordância dos indícios ou dos fatos? Já o insinuamos: porque sendo os indícios fatos acessórios do principal ou partes circunstanciais de um acontecimento único, de um pequeno drama humano, devem necessariamente obedecer à lei das três unidades: de tempo, de lugar e de ação; de sorte que cada indício, qual os episódios de uma tragédia, estará obrigado, ao combinar-se com os outros, a tomar o lugar que lhe corresponde o tempo e o espaço, e todos coordenarem-se entre si, cada um segundo o seu caráter ou natureza, segundo as relações de causa e efeito, de meio e fim, de coexistência etc., que os vinculam, e em conformidade com as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, nos termos da fórmula de Monstesquieu”. (DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Editora Minelli, 2004, p. 118).

<sup>169</sup> GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 225.

Desse ponto extrai-se que o papel dos chamados contraíndícios é de arrefecer, diminuir ou até mesmo refutar a acusação que se baseava em indícios no sentido da responsabilização do acusado, fazendo prova em contrário.

Se a prova indiciária, de modo a embasar uma conseqüente condenação, precisará de vários requisitos e de uma força contundente para demonstração da culpa e necessária responsabilização do acusado, deve ser uma prova firme e segura sem a possibilidade de admitir uma interpretação dúbia e conclusão contrária.

A discussão que trataremos sobre os limites da valoração, requisitos e quando se pode considerar suficiente um acervo probatório indiciário para transpassar o princípio da presunção de inocência e que não contemple, em qualquer hipótese, a situação de dúvida, passível de aplicação do princípio *in dubio pro reo*, já tem fixados pontos relevantes pela classificação dos indícios, em que dificilmente um indício isolado teria força para justificar uma condenação e, numa situação em que se assemelham e até pode ser considerada pior e mais grave, em que haja contraíndícios. A questão de fundo é a efetiva diminuição do grau de probabilidade, que restaria no campo da incerteza e mera possibilidade ou, até mesmo, pelo valor do contraíndício, por comprovar totalmente a inocência do réu.

Contraíndícios, como os próprios indícios, são fatos, não meras alegações ou raciocínios que se fazem em sentido contrário aos apresentados pelos indícios que sustentam a acusação.

Como pondera COELHO, alguns doutrinadores confundem “contraíndícios” com “contramotivos”<sup>170</sup>. Na realidade, os motivos que infirmam a tese acusatória baseada em indícios são contramotivos, tratando-se de hipóteses que tentam rebater as inferências lógicas que se extraem dos indícios.

Os contraíndícios, por outro lado, são fatos que se opõe aos indícios, fazendo prova contrária. Não se trata de hipótese, suposição ou ilações que contestam os indícios, mas, sim, fatos que sustentarão inferências em sentido totalmente oposto ao que se quis afirmar pelos indícios que fundavam a acusação.

CLIMENT DURÁN<sup>171</sup> aduz, também, que os contraíndícios possuem esse aspecto fático de contraposição aos indícios e ressalta que, além de ter o poder de afastar a pujança acusatória e contribuir para o convencimento do julgador à decisão favorável ao acusado, poderá haver um efeito contrário, de formar uma lógica e, conseqüentemente, inferências que reforçam os indícios acusatórios.

<sup>170</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 67-69.

<sup>171</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 656-658.

Exemplificando uma clara situação de contraindício, veja-se o caso de alegação de um alibi pelo acusado, baseada em prova de que estava em outro local no momento da prática do crime, o que constitui um contraindício de peso, que poderá levar à absolvição seja pelo entendimento que restou comprovado que o réu, realmente, não estava no local em que foi cometido o delito, seja por abalar a força dos indícios acusatórios e ensejar uma situação de dúvida<sup>172</sup>.

Mais uma vez, volta-se à questão do abalo ao grau de probabilidade formado pelos indícios. Se houver outras hipóteses, outras possibilidades, a acusação baseada em prova indiciária será evidentemente fragilizada se os contraindícios tiverem essa força. Porém, não se perde de vista que a doutrina e jurisprudência tratam, por exemplo, da questão do alibi improvado como uma possível “presunção de autoria”, algo que deverá ser aprofundado nos capítulos posteriores. Todavia, cabe observar que, como refere CLIMENT DURÁN, como apontado acima, esse “contraindício” não comprovado poderá gerar esse efeito contrário como algo que se some a um acervo substancial e seguro formado pelos indícios que se unem contra o acusado.

Cabe, então, registrar que os argumentos sobre a credibilidade ou relevância de cada indício, o debate de questões de análise da prova afirmada pela defesa do réu, na realidade, são “contramotivos”, inferências em sentido oposto que tentam, no campo da argumentação, desfazer a força da acusação.

Como complementa COELHO, “contraindício é o contramotivo que, saindo do mundo abstrato de meras conjecturas, vem a corporificar-se como um dado concreto de real peso e significação probatória”<sup>173</sup>. Além disso, como observa os chamados indícios “negativos” não se confundem com os contraindícios, pois a classificação em indícios positivos e negativos, simplesmente, aponta que um determinado fato existiu ou não existiu, tendo isso alguma implicação na análise probatória, de acordo com a situação específica que se quer provar. O contraindício, assim, é um “indício” em sentido contrário ao indício (fato-base) que sustenta a tese acusatória<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> MOURA, citando Carrara, lembra que “demonstrando o acusado, de modo positivo, que uma série de indícios, ainda que sejam gravíssimos e dos que os autores chamam próximos, se refere a uma causa inocente, a força probatória deixa de ser unívoca. E cita, como exemplo, que de nada vale ter sido encontrado, junto ao cadáver, um objeto reconhecido como pertencente ao réu, se este prova que lhe havia sido roubado meses antes, e que, inclusive, havia denunciado o roubo” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101).

<sup>173</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 67-69.

<sup>174</sup> Também MIXÁN MÁSS, Florencio. **Prueba indiciaria: carga de la prueba, casos**. Lima: Ediciones BGL, 1995, p. 185.

### 3.3.2 Indícios e presunções

Como já se pode ver acima, os indícios não se confundem com as presunções. Houve tempo em que a doutrina entendia que ambos apresentavam a mesma definição e mesmo objeto. Entretanto, de acordo com o que já se apontou na posição de TARUFFO, os indícios devem ser distinguidos das presunções.

Como lembra MOURA, o conceito de presunção, etimologicamente, quer dizer “ideia antecipada”, “previsão”, “crença”, “suposição de algo como certo”, derivando de *praesumptio*, do verbo *praesumere*<sup>175</sup>.

Desde uma concepção literal, que entende “presunção” como juízo antecipado, um pressuposto, algo preconcebido, a uma acepção vulgar, em que a palavra é ligada, comumente, à ideia de suspeita, suposição, opinião ou juízo de aparência, chega-se ao campo jurídico, onde a presunção, geralmente, vem definida como “consequência ou ilação que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido”<sup>176</sup>.

Por esse último conceito, se analisado por um aspecto geral e atécnico, dá-se a confusão entre a definição de indícios e presunções.

CORDÓN AGUILAR distingue esses conceitos, observando que indício é o fato ou enunciado sobre o fato; a presunção é a própria operação mental que se faz na busca de uma conclusão sobre o fato em questão, acrescentando a “afirmação presumida”, que consiste na conclusão que se chegou, a partir da presunção, a qual pode tomar por base um indício<sup>177</sup>.

Assim, observa-se a relevância de duas questões: primeiro, a distinção entre indícios e presunções. Indícios, como já vimos, são os fatos ou circunstâncias (ou enunciados sobre determinados fatos) que são conhecidos e levam, por raciocínio lógico, a um outro, desconhecido, e que se busca conhecer; as presunções, que partem de determinados fatos ou enunciados são as percepções que se extraem desses fatos para encaminhar um conclusão, a afirmação presumida; segundo, a ideia de que a presunção decorre obrigatoriamente do indício, é também algo totalmente discutível.

<sup>175</sup> LACERDA ressalta que “o vocábulo presunção deriva do verbo *sumere* e da preposição *prae*, significando ‘ter por verdadeiro alguma coisa antes de ser provada’”. (LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006, p. 29).

<sup>176</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

<sup>177</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 107. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

Diversos autores que traçam essa distinção de indício em relação à presunção, acabam por assinalar que as presunções decorrem dos indícios. Essa posição encontra-se no estudo de CORDON AGUILAR, citando inúmeros autores que seguem esse entendimento.

Entretanto, não nos parece a melhor ideia. O que decorre do indício é uma inferência. Do indício, um fato determinado e provado que, indiretamente, relaciona-se àquilo que se busca conhecer e demonstrar (fato probando) pode decorrer uma inferência lógica, raciocínio que leva à confirmação, não uma “presunção”.

Nesse sentido, MOURA não concorda com o entendimento de que o indício constitui um fato-base para a presunção, ressaltando que concluir nessa linha seria confundir presunção com inferência indiciária, pois dos indícios extraem-se, pela lógica e raciocínio, que leva à probabilidade e até mesmo certeza, determinado juízo sobre um fato desconhecido, enquanto na presunção chega-se à conclusão por uma dedução empírica. Como aponta, “a presunção é subjetiva, abstrata, genérica. O indício é objetivo, concreto, específico. Ambos não podem e não devem ser confundidos”<sup>178</sup>.

No direito angloamericano, de modo geral, a prova indiciária (*circumstantial evidence*) é distinguida das presunções, sendo tratada pela doutrina em planos diferentes, tanto que a questão dos raciocínios lógicos, das inferências, a questão da probabilidade, são todas extremamente aprofundadas, o que nos interessa para análise nos capítulos seguintes para a discussão do raciocínio que decorre dos fatos (base para a inferência e constituição como indício) e, então, sua relevância na formatação da prova indiciária, em sua essência, o que terá grande importância para análise da suficiência desta prova para a formação do convencimento do juiz acerca do fato concreto que está em discussão em determinado processo criminal.

Nesse contexto, basta analisar alguns exemplos de doutrinadores ingleses ou norte-americanos, como SMITH, MAY, ROBERTS e ZUCKERMANN, LAFAVE e ISRAEL, para observar que a discussão da prova por indícios vem tratada em ponto distinto do que as presunções, com o aprofundamento, no campo indiciário, dos temas ligados à inferência, causalidade e probabilidade (além da estatística)<sup>179</sup>.

<sup>178</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

<sup>179</sup> SMITH, John. **Criminal evidence**. London: Sweet & Maxwell, 1995; MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004; ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010; LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal procedure**. St. Paul: West Publishing, 1985.

As presunções, que são geralmente classificadas como “legais ou de direito”, podendo estas ser absolutas (*juris et jure*) ou relativas (*juristantum*), e “comuns ou judiciais” (*ad hominis*).

CAVALEIRO DE FERREIRA explica que as presunções não são provas, representando, sim, uma inserção no objeto da prova, seja pela imposição do legislador ou por formação de juízo aliados à experiência humana<sup>180</sup>.

Uma presunção legal absoluta, por exemplo, pode ser citada na situação da previsão legal da maioridade penal a partir dos 18 anos de idade, tratando-se de uma questão de política criminal que afasta a responsabilidade penal dos menores de 18 anos, entendendo-os como incapazes de compreender o caráter ilícito do fato praticado ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Pode não ser verdade, pode não ser uma certeza aquela incapacidade, porém, a lei impõe que se presuma essa incapacidade como regra sem exceção. E assim funcionam as presunções, de modo diverso do que os indícios, sendo que nestes há um raciocínio lógico-indutivo, enquanto naquelas um raciocínio lógico-dedutivo<sup>181</sup>.

A presunção de inocência, embora considerada por alguns não como uma verdadeira “presunção”, mas, sim, uma ficção jurídica ou um direito/garantia constitucional<sup>182</sup>, pode ser entendida como uma “presunção” *juristantum*, que cede diante provas da culpabilidade e determinados requisitos que ensejam a prisão cautelar, por exemplo, no curso do processo ou a própria condenação criminal.

Os indícios, portanto, estão ligados diretamente à questão probatória, partindo de fatos que encaminham as inferências lógicas na busca de conclusões sobre um outro fato, o qual se tem a finalidade de determinar.

---

<sup>180</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, sobre as presunções, afirma que “constam dum imperativo ao julgador; não são um instrumento lógico de apreciação da prova pelo julgador. Desta sorte as presunções legais não são regras de apreciação de provas a lei não pode impor uma convicção ou uma certeza, ainda que baseada na experiência do presumido; não há uma certeza do legislador, pois que um juízo de certeza não se formula antes da verificação dos factos; e não é uma certeza do juiz porque o legislador se substitui à sua apreciação. A lei, através de presunções, faz surgir um equivalente do facto presumido. Não age, por isso, sobre o mecanismo das provas, mas sobre o objecto das prova. O facto, base de presunção, torna-se equivalente legal do facto presumido” (FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de Processo Penal**. v. 2. Lisboa: Serviço Social da Universidade de Lisboa, 1970, p. 333).

<sup>181</sup> COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 25.

<sup>182</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49-50.

### 3.3.3 Posição da prova indiciária no sistema processual penal

Realizada a análise conceitual dos indícios, cabe, agora, verificar o tratamento que é dispensado à matéria nos ordenamentos jurídicos em geral, de modo a constatar o seu papel como prova no processo penal e sua possível força na formação de um juízo de convicção.

Assim, importante delimitar se os indícios são admitidos no sistema processual penal, se há regras específicas para sua apreciação e se há alguma hierarquia entre provas.

#### 3.3.3.1 Sistema português: livre apreciação da prova e máximas de experiência

No sistema processual penal português os indícios não estão previstos, especificamente ou de modo expresso, como meio de prova.

Entretanto, isso não quer dizer que não sejam reconhecidos ao longo das regras que compõem o sistema, já que em diversos pontos do ordenamento processual penal há referência a “indícios”.

O indício, conforme entendimento doutrinário que se analisou acima, é um fato que, devidamente demonstrado, leva ao fato desconhecido que se busca provar no processo. Dessa forma, não constitui um “meio de prova”, mas sim uma decorrência lógica que se extrai da prova produzida pelos mais diversos meios admitidos na legislação processual penal e levados ao processo, sujeitos à avaliação pelo juiz.

Em razão disso, o legislador português não inseriu os indícios dentre o “meios de prova”, mas deixou em aberto para que o juiz analisasse, com base no sistema de livre apreciação da prova, se de testemunhos, documentos, perícias, etc., com base no raciocínio lógico e inferências, se extraem indícios que sustentem uma determinada tese no processo.

O art.127º do CPP aponta nesse sentido, com a previsão de que o juiz, ao julgar, pode avaliar a prova livremente, levando em consideração as regras de experiência. Nesse ponto, portanto, entram os indícios, extraídos de testemunhos, perícias, documentos, declarações da vítima e do próprio réu, ou seja, a partir da prova colhida pelos meios de prova admitidos no sistema processual penal vigente.

Os fatos que são demonstrados e que não tem o condão de diretamente levar o intérprete a uma conclusão sobre o *thema probandum*, constituirão a prova por indícios. E tanto essa prova é extremamente relevante no processo penal, que, no CPP português, há diversas passagens em que os indícios são previstos como “fortes”, “fundados”, “suficientes”, sendo pressupostos para uma determinada decisão judicial.

Assim, pode-se ver em algumas situações, como:

- a) artigo 27º, n.º 3, al.ª c, da CRP;
- b) artigos 200º, n.º 1, 201º, n.º 1 e 202º, n.º 1, al.ª a, do CPP, há referência a “indícios fortes”;
- c) artigo 174º, n.º 5, al.ª a, do CPP, “indícios fundados”;
- d) artigos 277º, n.º 2; 283º, n.º 1; 285º, n.º 2, 298º, 302º, n.º 4, 308º, n.º 1, 391º-A, n.º 1, do CPP, “indícios suficientes”;
- e) artigos 171º, n.º 1; 174º, n.ºs 1 e 2; 246º, n.º 5, al.ª a, do CPP.

Como se observa, os indícios não são tratados como “meio de prova”, porém, poderão formar um acervo probatório que parte dos mais diversos meios de prova que levarão à suficiência ou não para que o juiz adote determinadas medidas coercitivas ao longo do processo (prisão cautelar, buscas e apreensões, interceptações telefônicas) ou faça análise na sentença sobre o mérito da demanda (absolvição ou condenação do réu).

Nesse ponto, cabe observar que inexistente qualquer critério para definição do grau de suficiência dos indícios, ficando a análise totalmente aberta para a verificação no caso concreto.

A doutrina e a jurisprudência admitem a prova indiciária como apta a ensejar medidas gravosas como prisão preventiva ou, com restrições, a própria condenação do acusado, sendo que os indícios, a partir da lógica, da utilização das máximas de experiência, poderão atingir a suficiência probatória necessária a legitimar uma condenação. A problemática, porém, está nos limites e critérios para fundamentar a decisão nesse sentido, baseada em indícios.

As máximas de experiência, como refere MESQUITA, na perspectiva de Friederich Stein, são “regras gerais construídas indutivamente com base no conhecimento empírico sobre determinados estados de coisas, servindo como premissa maior de silogismos judiciais”<sup>183</sup>. Seu manejo na decisão judicial é inerente à formação do juízo de convencimento, via inferências ligando o fato, as regras de experiência e, assim, a conclusão<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 368.

<sup>184</sup> Como define TONINI, “a ‘máxima de experiência’ é uma regra que expressa aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), ou seja, é uma regra extraída de casos similares. 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, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p.55).

Essas regras de experiência serão extraídas de generalizações do senso comum e também apelo às leis científicas, tudo a dar corroboração ao raciocínio feito e a consequente conclusão<sup>185</sup>.

Como observa LOPES, as máximas de experiência “funcionam como premissas de argumentação e têm um valor variável”<sup>186</sup>, do que decorrem diversas críticas a sua utilização<sup>187</sup>, pois dependerão de fatores distintos, principalmente, sócio-culturais, que são indiscutivelmente variáveis, porém, sua legítima aplicação decorre do grau de adequação a essa realidade que o julgador estiver inserido, assim como, a sua utilização deve estar devidamente expressa e justificada na decisão, permitindo o controle pelas partes.

Então, a formação do juízo de convencimento para definir se há prova “suficiente”, levará em conta as inferências realizadas a partir dos fatos, das provas, a aplicação de máximas de experiência, a conexão lógica entre estes, e esse percurso lógico deverá ser devidamente demonstrado na decisão judicial.

A discussão, portanto, insere-se na seara do grau de convicção que se exige para as medidas coercitivas e a deliberação de um juízo de certeza para condenação, em que grau se pode falar em suficiência de indícios para sua admissão como elemento de prova que ampare o veredicto condenatório.

ALBURQUERQUE trata dessa questão, apontando a existência de quatro graus de convicção no direito português<sup>188</sup>:

- a) “indícios para além da presunção de inocência”, correspondente ao crivo do direito internacional criminal de *guilt beyond reasonable doubt*;
- b) “indícios fortes” ou “sinais claros”, correspondente ao crivo da *clear evidence* ou *dringende Tatverdacht*;
- c) “indícios suficientes” ou “prova bastante”, correspondente ao crivo da *reasonable suspicion, probable cause* ou *hinreichende Tatverdacht*;

<sup>185</sup> DÖHRING, Erich. **La prueba su practica e apreciación**. Tradução de Thomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1988, p. 323-339.

<sup>186</sup> LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 238-241.

<sup>187</sup> Nesse sentido, TARUFFO entende que “O conceito de máxima de experiência nasce da confusão entre generalidade e generalização e tende a atribuir um carácter de generalidade – e por vezes de universalidade – a meras generalizações, que, na maioria dos casos, não tem fundamento (...) as generalizações de senso comum são necessárias mas perigosas. No entanto, elas podem ser mais ou menos perigosas, ou não o serem de todo, em função do tipo de narrativa em que são usadas” (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 153, jan./abr., 2011).

<sup>188</sup> ALBURQUERQUE. Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 346.

d) “indícios”, “indícios fundados”, “suspeitas”, “suspeitas fundadas”, “fundado receio”, “imputação do crime”, correspondente ao crivo da *bona fide suspicion* ou *Anfangsverdacht*.

São esses pontos que serão tratados a seguir, para que se tente definir quais os limites ou pressupostos para que se possa entender a prova indiciária como “suficiente” a formar um juízo de certeza na construção da sentença penal.

Ao falar-se em graus, como “suficientes”, “fortes”, “fundados”, deve-se observar que nos diferentes momentos do processo, alguns defendem que, no processo penal, o *standard* de prova pode ser mais ou menos exigente. A formalização da acusação, o deferimento de uma medida de coação, a decisão que pronuncia o acusado, a sentença final do processo<sup>189</sup>.

Certo que, no presente trabalho, o foco está no julgamento do processo, no qual, obrigatoriamente, o julgador apenas poderá condenar com prova seguras e robustas, que se enquadrem nesse conceito de “suficiência” que, segundo veremos adiante, merece ser explicado em um grau de alta probabilidade, mas cercado de parâmetros que sustentem a adequação da decisão frente às provas do processo.

NEVES, analisando a questão dos indícios “suficientes”, ressalta que a prova para que o réu seja processado, deve contar com o mesmo grau de probabilidade para eventual condenação, não bastando, porém, uma probabilidade mínima ou intermediária<sup>190</sup>. Nesse mesmo sentido, NORONHA defende que indícios “suficientes” são aqueles que contam uma probabilidade particularmente forte de futura condenação, sendo muito além da ideia de “probabilidade predominante”, que seria extraída da interpretação literal da lei, por trazer a expressão “possibilidade razoável”, mas “qualificada” como uma probabilidade bem maior do

<sup>189</sup> FERRER BELTRÁN, em “La valoración racional de la prueba” faz uma abordagem dos diferentes momentos processuais na legislação processual penal espanhola, tratando da questão da suficiência de indícios e as espécies de medidas judiciais nos mais diversos momentos processuais (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 141-142). No processo penal alemão, para a instauração do processo, fala-se em “suspeita suficiente”, como explica ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 100. GRAF, explica, em relação ao § 153 StPO, o elevado grau de probabilidade necessário já para o deferimento da medida de coação “der Tatverdacht muss einen höheren Grad als bei der Einstellung nach § 153 StPO erreicht haben. Er muss nach dem Verfahrensstand mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Verurteilung ausgegangen werden, weil nur dann dem Beschuldigten die Übernahme der ihm auferlegten Pflichten zugemutet werden kann” (GRAF, Jürgen Peter. **Strafprozessordnung**. München: C. H. Beck, 2010, p. 643).

<sup>190</sup> NEVES, Rosa Vieira. **Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 51-55. Também, sobre a questão, LOPES, José António Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica 83. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 133-139, em que refere: “A exigência de ‘indícios’ ou de ‘indícios fortes’ será assim a medida da aplicação de cada um dos grupos de medida de coação, a efectuar pelo juiz em função do objecto do processo. Para efectuar esse juízo diferenciado terá o juiz de ter tido o conhecimento da factualidade que envolve a consistência do conteúdo da hipótese de acusação, assim se evidenciando o seu grau de prejudicium entretanto adquirido”.

que mero 50%. Não bastaria, assim, ser um pouco além da metade, mas uma alta probabilidade<sup>191</sup>.

Por sua vez, PALMA refere, expressamente, que “a relação entre indícios e a possibilidade de condenação é que caracteriza a suficiência dos indícios”<sup>192</sup>. Obrigatoriamente, o grau de probabilidade de que se extrai da contundência das provas que constam do processo será fator determinante para justificar um decreto condenatório, permitindo inferências que formem uma conexão lógica e que levem a uma conclusão com alto grau de probabilidade.

Em face disso, a admissão da prova indiciária no processo penal português está consubstanciada em diversos pontos da legislação processual, bem como encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Assim, certas posições que confundem alguns pontos relevantes sobre a questão da suficiência de prova, discriminando, inclusive, a prova indiciária, somente podem ser vistas como um equívoco interpretativo.

Essa a razão de verificar, a seguir, a questão das inferências e da probabilidade, que são fundamentais para uma conclusão sobre o valor da prova indiciária. Dizer que a prova indiciária resulta em uma prova de “mera” probabilidade não condiz com a realidade, pois um “juízo de certeza”, para efeito de um processo criminal, somente se justifica por um “elevado grau de probabilidade”, que discute a questão da confirmação de uma hipótese e refutação das outras possíveis ou mesmo pelas probabilidades matemáticas (a depender dos modelos adotados), chegando-se à “verdade processual”, que, caso condenatória, vencendo a presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, deverá estar “acima de qualquer dúvida razoável”<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> SILVEIRA: “Só uma forte ou alta possibilidade pode justificar a dedução da acusação ou prolação do despacho de pronúncia. Não apenas por esta ser a solução que melhor se adapta á particular estrutura do processo penal, como também por ser a única que consegue a imprescindível harmonização entre o critério normativo presente no juízo de afirmação da suficiência de indícios e as exigências do princípio da presunção de inocência do arguido” O conceito de indícios suficientes no processo penal português” (SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 171.

<sup>192</sup> PALMA, com precisão, evidencia que “Na lógica do Código de Processo Penal, os indícios que justificam a acusação são, segundo me parece, necessariamente graves ou fortes, no sentido de serem factos que permitem uma inferência de tipo probabilístico da prática do crime (enquanto facto) de elevada intensidade, permitindo estabelecer uma conexão com aquela prática altamente provável. E é assim porque os indícios de elevada intensidade são suficientes, isto é, justificam um juízo normativo de ‘possibilidade razoável’ da condenação” (PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 270).

<sup>193</sup> Assim, vê-se de modo diverso a interpretação de que a prova indiciária não levaria a um juízo de certeza, como se observa em FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. v. 2. Lisboa: Serviço Social da Universidade de Lisboa, 1970), e SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008. O “juízo de certeza”, como veremos, dependerá do grau de probabilidade atingido pela hipótese acusatória, que poderá, tanto por prova direta, como indireta (indiciária), atingir essa possibilidade.

### 3.3.3.2 Sistemas processuais penais em geral

No sistema brasileiro, os indícios estão inseridos no art. 239 do CPP como “meio de prova”. Diferentemente do sistema português, então, há previsão expressa dos indícios como meio probatório, inclusive, havendo a definição de “indícios” como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”<sup>194</sup>.

Em face do já mencionado preconceito que a prova indiciária sofreu ao longo dos anos, o legislador brasileiro entendeu como necessária a positivação do tema em seu sistema processual penal, inserindo-o como meio de prova.

Assim, autores como TOURINHO FILHO<sup>195</sup>, BONFIM<sup>196</sup>, NUCCI<sup>197</sup>, CAMARGO ARANHA<sup>198</sup> e MOURA<sup>199</sup>, por exemplo, tratam da questão no campo dos meios de prova, porém, não adentrando na discussão sobre a natureza jurídica. KERR aponta, por outro lado, que os indícios não podem ser considerados “meios de prova”, observada sua estrutura: fato conhecido que permite conhecer outro fato por meio de raciocínio indutivo-dedutivo<sup>200</sup>.

Certo que, de acordo com a previsão expressa da legislação processual penal, o entendimento doutrinário e posição da jurisprudência, os indícios são considerados meio de prova e podem assumir papel preponderante na análise probatória de um determinado processo, capazes de ensejar um decreto condenatório.

A prova indiciária, assim, não é considerada uma “prova de menor valor” e, sua inserção na legislação processual penal dentre os meios de prova, tem o condão de evidenciar essa situação, não pairando qualquer dúvida quanto a sua capacidade de sustentar o convencimento acerca da condenação do réu.

De acordo com PEDROSO, inaceitável a afirmação de Carmignani de que a prova indiciária seria “a mais falsa das provas”, levando a juízos equivocados, mas, em

<sup>194</sup> Redação do artigo 239 do Código de Processo Penal Brasileiro em vigor desde 1941.

<sup>195</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 363.

<sup>196</sup> BONFIM ressalta que “Sendo meio de prova, é entendimento majoritário que os indícios poderão servir de fundamento seja à condenação, seja à absolvição do acusado” (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406).

<sup>197</sup> NUCCI, Guilherme de. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 201.

<sup>198</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 195.

<sup>199</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

<sup>200</sup> KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

contrapartida, é uma prova baseada em um processo lógico-constutivo capaz de formar um juízo condenatório<sup>201</sup>.

Nesse sentido, há posição no Superior Tribunal de Justiça brasileiro e Tribunais estaduais, bem como, com algumas ressalvas, na doutrina, sendo a prova indiciária aceita e considerada para uma possível condenação, desde que robusta, firme e que aponte apenas para uma conclusão lógica<sup>202</sup>.

Já no sistema italiano, os indícios não estão inseridos dentre os “meios de prova”, porém, há previsão expressa na parte da teoria geral da prova, em que consta que para o juiz levar em consideração a prova indiciária, esta deve estar afirmada por requisitos especiais.

O CPP italiano é expresso ao prever o valor e suficiência da prova indiciária no art. 192, n.º 2: “a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e consonantes”.

Assim, como no sistema português, os indícios não são previstos como um meio probatório, todavia, o legislador italiano entendeu por positivar determinados requisitos que, normalmente, são necessários para que a prova indiciária tenha a devida eficácia.

Em razão disso, expressamente, adentrando na seara geral da classificação de indícios, fez questão de ordenar que os indícios somente poderão levar à conclusão da existência de determinado fato, caso haja mais de um indício, obrigatoriamente, pois da leitura do dispositivo legal extrai-se que foi utilizado o termo no plural, de modo que se conclui que um indício apenas é insuficiente, devendo ser, ainda, graves (força de convencimento), precisos (força demonstrativa) e consonantes (somam para uma mesma conclusão).

---

<sup>201</sup> Segundo PEDROSO, “não constitui, pois, a prova indiciária, como advogou Carmignani, a mais falsa de todas as provas, afirmando que nela se une o que mais de enganoso existe nas outras e a falácia que lhe é própria e exclusiva. Por conseguinte, possuem os indícios, inobstante despontem como modalidade indireta de prova, força instrutória bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória” (PEDROSO, Fernando Almeida. **Prova Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 72).

<sup>202</sup> Por exemplo: “Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerente e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação” (Ac. Agravo Regimental n. 1206993/RS, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Sebastião Rei Nunes, julgado em 05.03.2013); “Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa” (HC 15736/MG, Ac. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Fernando Gonçalves, julgado em 03.04.2001); “Apelação-crime. Homicídio duplamente qualificado e furto qualificado. Condenação pelo tribunal do júri. Apelo defensivo. Alegação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Improcedência. Existindo prova, ainda que indiciária, apta para sustentar o veredicto dos jurados, não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos” (Apelação Crime nº 70035684745, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 26.05.2010).

TONINI, analisando a questão, observa que “o indício não é uma prova menor”<sup>203</sup>, porém, ressalta a necessidade de cautela e uma verificação idônea e criteriosa da prova para reconstituição dos fatos com base em indícios. Ao interpretar a regra do art. 192 do CPP italiano, refere que, além da presença necessária de mais de um indício no contexto probatório, bem como que sejam os indícios graves, precisos e consonantes, a questão mais controvertida está no campo do objeto a receber esse juízo qualitativo de gravidade, precisão e consonância, ou seja, se cada indício deve possuir essas três qualidades, se ao menos em parte ou sempre em seu todo, o que, então, dá margem a três entendimentos.

Na primeira situação, de cunho mais rigoroso, cada indício deveria possuir as três qualidades, ou seja, ser grave, preciso e consonante. A tese, segundo TONINI, está isolada.

Na segunda posição, chamada de “intermediária”, os indícios deve ser considerados, inicialmente, de modo individualizado, verificando-se sua gravidade e precisão, para, depois, em um segundo momento, ser analisada a sua consonância.

A terceira corrente, denominada “convergência dos múltiplos”, leva em consideração o todo, impondo uma análise dos indícios sempre em seu conjunto, sem destacar ou individualizar a relevância de cada um isoladamente,

Segundo TONINI, a posição adotada pela jurisprudência é a intermediária, em que os indícios são verificados, um a um, em sua gravidade e precisão, sendo, posteriormente, cotejados e avaliados, de modo a extrair-se uma conclusão de que são coerentes e endereçam uma mesma conclusão, ou seja, são consonantes<sup>204</sup>.

Dessa forma, observa-se que a legislação processual penal italiana contempla a prova indiciária, trazendo os indícios não como um meio de prova, mas, sim, como uma prova indireta que, extraída de outros meios probatórios, poderá assumir valor relevante, capaz de ensejar a comprovação da existência de determinado fato e, desse modo, ensejar uma condenação. Entretanto, a legislação trouxe restrições e pressupostos para a efetivação dessa valoração, impondo determinados requisitos para que haja a possibilidade da utilização de indícios para formação do juízo de convicção.

<sup>203</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 58. Em sentido contrário, CONTE afirma que em razão da própria previsão legal, os indícios constituem um prova de valor menor em relação à prova direta, citando jurisprudência dos tribunais italianos nos dois sentidos (CONTE, Mário; GEMELI, Maurizio; LICATA, Fabio. **Le prove penali**. Milão: Giuffrè, 2011, p. 23-27). Igualmente, ANGELETI, mesmo observando o valor da prova indiciária, aponta a distinção que consta na legislação italiana sobre “prova” e “indício”, o que gera interpretação de uma menor eficácia dos indícios para demonstração dos fatos. Porém, como pondera, tudo dependerá da presença dos pressupostos da prova indiciária que poderá, assim, assumir pleno valor como “prova indireta” (ANGELETI, Riziero. **La costruzione e la valutazione della prova penale**. Torino: Giapicchelli, 2012, p. 351-376).

<sup>204</sup> TONINI, Paolo, ob. cit., p. 58-59.

No sistema espanhol, por outro lado, não há previsão expressa acerca da prova indiciária, nem como meio de prova especificamente ou na parte geral sobre a prova. Porém, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a prova indiciária é admitida e, de modo geral, atendidos determinados pressupostos, que lhe confirmam força e eficácia probante, poderá ser capaz de encaminhar a formação de um juízo condenatório.

Segue-se, assim, a mesma linha adotada em Portugal, em que os indícios não são tratados no campo específico da prova, mas apenas em alguns pontos da legislação processual penal, como, por exemplo, no art. 384 da LECRIM, com expressa menção à necessidade de “indício racional de criminalidade” para o início do processo criminal<sup>205</sup>.

PASTOR ALCOY ressalta que Tribunal Supremo espanhol, por inúmeras decisões, em diversos tipos de crimes, entende pela licitude e constitucionalidade da prova indiciária, que, embora não prevista expressamente no texto legal na parte que se refere às provas, é admitida na doutrina e jurisprudência, observados os requisitos estipulados pelos tribunais, principalmente<sup>206</sup>.

Nesse mesmo caminho, RIVES SELVA, ao analisar a prova indiciária no contexto da jurisprudência dos Tribunais da Espanha, aponta que os indícios são considerados como capazes a formar uma convicção condenatória, independentemente de haver prova direta no processo, tudo a depender de sua força e, por certo, cumpridos requisitos mínimos pacificados na jurisprudência<sup>207</sup>. Essa, também, é a posição de MIRANDA ESTRAMPES, ao anotar que os tribunais espanhóis aceitam a prova indiciária, afastando o entendimento do que chama a “hipoavaliação” dos indícios<sup>208</sup>.

Em relação à posição da jurisprudência espanhola, SIMÕES aponta, em estudo sobre decisões do Tribunal Supremo<sup>209</sup>, em diversos acórdãos que tratam do crime de branqueamento de capitais e a prova indiciária, o reconhecimento do valor probatório dos indícios para efeito condenatório, superando a presunção de inocência do acusado.

Nessas decisões, todas lançadas entre 2006 e 2007, observa-se que o Tribunal Supremo espanhol baliza a valoração da prova indiciária com determinados requisitos, entre os quais a

<sup>205</sup> Conforme a redação do art. 384 da LECRIM: “Desde que resulte del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesado y mandado 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>206</sup> PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocencia**: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística. Valencia: Práctica de Derecho, 2002, p. 13.

<sup>207</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. **La prueba en el proceso penal**: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo. Navarra: Arazandi, 2008, p. 233.

<sup>208</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 22, set./dez., 2012.

<sup>209</sup> SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007.

necessidade de pluralidade de indícios, a força pela inexistência de contraindícios, que a conclusão seja retrato de critérios lógicos do discernimento humano, que haja convergência entre os indícios.

Por exemplo, no acórdão n.º 190/2006, no caso da prática de um crime de branqueamento de capitais, o Tribunal entendeu que os seguintes indícios poderiam levar à superação do princípio da presunção de inocência, ensejando a prolação de veredicto condenatório: aumento desusado do patrimônio do acusado; inexistência de negócios lícitos que justificassem esse aumento; aquisição de embarcação utilizada, frequentemente, na prática do tráfico de drogas; relacionamento do acusado com atividades e pessoas ligadas ao tráfico de drogas; as viagens realizadas pela embarcação do réu com transporte de haxixe; a inverossimilhança da versão apresentada pelo acusado.

Entretanto, vários casos são citados por MIRANDA ESTRAMPES, noticiando situações em que indícios únicos, de certa forma, isolados, sem qualquer corroboração em provas seguras, não possuem a força necessária a justificar a condenação, que pressupõe um juízo de certeza, como exemplifica, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol: a) STCE 157/1998: o fato de acompanhar ao aeroporto a pessoa que iria pegar a droga, não é suficiente, por si só, para concluir pela participação no crime de tráfico de drogas; b) STCE 24/1997: a simples posse de uns pássaros que foram subtraídos não é suficiente para concluir pela autoria do roubo; c) STCE 61/2005: o dado único de que o mesmo no veículo viajavam, uma semana antes, os acusados, não cabe concluir, necessariamente, que todos eles ocuparam-no uma semana depois no momento e no lugar em que se cometeu um novo roubo e que foram os autores; d) STCE 137/2002: o simples fato de ser destinatário de um pacote postal que continha drogas não é suficiente para concluir que o destinatário conhecia seu conteúdo e participava da operação de tráfico de drogas<sup>210</sup>. Em todas essas situações, a decisão foi absolutória, em que identificada a falta de elementos que convergissem para a certeza da autoria dos crimes.

A jurisprudência, bem como a doutrina, estipulam, assim, os pressupostos para a valoração da prova indiciária, não havendo uma hierarquia entre as provas e, cabe registrar, mesmo inexistindo qualquer dispositivo expresso sobre o tema na legislação processual penal espanhola no que se refere ao tema da prova penal.

---

<sup>210</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. *Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa*, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 34, set./dez., 2012.

No direito processual penal alemão, do mesmo modo, segue-se a linha de não haver uma previsão expressa sobre a prova indiciária, seja em regras gerais ou elencando-a como um meio de prova específico<sup>211</sup>.

A questão entra na esfera do princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, podendo ser valorada sem hierarquia com os demais meios probatórios e possuindo, assim, plena eficácia probante, a depender do caso concreto, como evidencia DEDES<sup>212</sup>.

No § 261 do StPO há a regra geral sobre o sistema de avaliação das provas, ficando os indícios decorrentes dos meios de prova específicos dentro da esfera de análise do julgador, de acordo com o mencionado princípio da “livre apreciação da prova” (*freien Beweiswürdigung*).

MEYER-GROSSNER destaca alguns exemplos, de modo a afirmar o mesmo valor da prova indiciária (*Indizienbeweis*) quanto à prova direta (*direkt Beweis*), inexistindo qualquer hierarquia preestabelecida na legislação. De acordo com vários casos pinçados na jurisprudência, tem-se a extração de requisitos exigidos pelos tribunais para ser a prova indiciária considerada capaz de demonstrar a existência de determinado fato e poder, assim, levar a um decreto condenatório<sup>213</sup>.

A questão será decidida pelo exame das provas, no todo, sendo que os indícios em uma sequência lógica e afirmados em regras de experiência (*Erfahrungssätze*) aplicáveis ao caso concreto, poderão assumir força para formação do juízo de convicção do julgador.

---

<sup>211</sup> Nesse sentido, MESQUITA chama à atenção que “no direito alemão, onde está expressamente fixado o princípio da livre apreciação (§ 261 da StPO), existe uma tradição de empenho doutrinário na vinculação da liberdade do juízo à fundamentação identificadora dos passos inferenciais, que se repercute na respectiva jurisprudência, centrada na possibilidade de escrúnio dos motivos, em particular se fundados em indícios (*Indizienbeweis*), embora não sejam sujeitos a uma graduação probatória que os classifique como inferiores aos factos que permitem uma inferência directa (*Haupttsachen*), podendo a condenação estribar-se em indícios, está convencionada uma exigência específica do processo inferencial, com discriminação na sentença dos passos mentais e das regras de experiência (*vermittelnder Erfahrungssätze*) empregues. Desenvolve-se, desta forma, uma pretendida objectivação do julgamento do facto por força da exigência de as inferências sucessivas se deverem estribar em regras de experiência fundadas objectivamente” (MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no proceso penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 360).

<sup>212</sup> DEDES, Christos. **Beweisverfahren und Beweisrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 45: “Die Indizien werden nicht als Beweismittel bezeichnet. Der indirekt Beweis kennt keine Regelung”.

<sup>213</sup> MEYER-GOSSNER, Lutz. **Strafprozessordnung**. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 1111-1112: “Der Indizien- oder Anzeichenbeweis ist ein Beweis, bei dem von einer mittelbar bedeutsamen Tatsache auf eine unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache geschlossen wird. Hilfstatsachen, die einen Schluss auf den Wert des Beweismittels zulassen, zB frühere Verurteilung des Zeugen wegen falscher Aussage, bilden eine Untergruppe der Indizien”. Vários casos são citados: BGH NSTz 88, 212; BGH NSTz 08, 303; BGH NSTz 99, 423; BGH NSTz 83, 133). Nesse sentido: KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 230; VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 220-221. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Straverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p.390; MEIXNER, Franz. **Der Indizienbeweis**. Hamburg: Kriminalistik, 1962.

Como afirmam PUTZKE e SCHEINFELD, os indícios encadeados (*Indizienkette*) ou em sequência (*Indizienreihe*) podem ser valorados pelo juiz e, assim formarem sua convicção sem qualquer dependência de prova direta sobre o fato principal<sup>214</sup>.

No direito anglo-americano, como já se pode ver no capítulo anterior, da mesma forma, embora sendo baseado no sistema da *commom law*, a doutrina e a jurisprudência dão total força à admissão da prova indiciária. A *circumstantial evidence* é amplamente admitida e levada em consideração com a mesma força probante da prova direta (*direct evidence*).

Evidentemente, alguns autores citam a possibilidade de a prova direta, em determinados casos, assumir maior relevância no escopo de demonstração de um fato específico, porém, isso sempre deverá ser analisado no caso a caso, sem existir um preconceito em relação à prova formada por indícios. Nesse contexto, há doutrina que entende que a prova indiciária, por ser uma prova baseada na inferência lógica, no raciocínio, pode chegar a uma certa conclusão, às vezes, de modo mais eficaz que aquele com amparo em um depoimento de testemunha que esteja com interesse na causa e venha a mentir. Mereceria, portanto, em alguns casos, maior crédito que a própria prova direta.

Nesse diapasão, a posição da jurisprudência norte-americana, inclusive em casos de criminalidade econômica, como cita CABRAL<sup>215</sup>, é no sentido de reconhecer a prova indiciária como capaz de ensejar um juízo de condenação, como nos casos *United States v. Abbel*, 271 F.3d 1286 (11th Cir. 1001); *United States v. Calb*, 69 F.3d 1417 (9th Cir. 1995); *United States v. Reiss*, 186 F.3d 149 (2nd Cir. 1999); *United States v. Hardwell*, 80 F.3d 1471 (10th Cir. 1996).

Em casos de homicídio, especificamente, é o mesmo entendimento jurisprudencial que prevalece, como recorda GARDNER, ao citar casos em que o cadáver da vítima não foi encontrado ou de álibis refutados, sinalando a possibilidade de um veredicto condenatório mesmo que somente sustentado em prova indiciária, quando robusta e coerente<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> PUTZKE, Holm; SCHEINFELD, Jörg. **Strafprozessrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck Verlag, 2012, p. 164. Também: MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis in Strafprozess**: am Beispiel der Feststellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998, p. 152-153; GRÜNWARD, Gerald. **Das Beweisrecht der Strafprozessordnung**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 86-90: “Indiztatsachen, so wird gesagt, kämen als Basis für einen Schluss auf unmittelbar relevante Tatsachen nur dann in Betracht, wenn sie ihrerseits zur Gewissheit feststehen. Damit wird jedoch die Komplexität des Vorgangs der Überzeugungsbildung verkannt. Bei diesem hat der Richter auch blosse Wahrscheinlichkeitsannahmen einzusetzen”.

<sup>215</sup> CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 16-17, maio/ago., 2012.

<sup>216</sup> Caso *United States v. Holland*, 1954, segundo GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence**: principles and cases. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 83.

Igualmente, SIGNORELLI indica um caso em que as marcas do sapato do acusado no local do crime, somadas a outras circunstâncias que o ligavam à cena delituosa, foram consideradas provas aptas à condenação, no caso *United States v. Campbell* 146 III, 2.d 363, 586 N.E. 2.d 1261 (1992)<sup>217</sup>. Entre critérios para a consideração da prova indiciária, aponta que a jurisprudência entende que os motivos, oportunidade, propensão não podem por si só servir de prova para uma incriminação, a qual poderá advir, mesmo por indícios, em casos de exames de DNA, provas periciais em geral, prova testemunhal, documentos, ou seja, elementos que, além de aspectos subjetivos, tenham por base pontos objetivos que demonstram a existência daquele fato em questão e a autoria do delito.

Portanto, de tudo que se extrai, observa-se que os indícios, de uma maneira geral, mesmo que não previstos como um meio específico de prova previsto expressamente na legislação processual penal, são admitidos e considerados, sem haver qualquer grau de hierarquia com a prova direta.

Assim, os indícios, independentemente de estarem previstos na legislação como um “meio de prova” (como ocorre no Brasil), são considerados aptos a sustentar um acervo probatório que ampare uma condenação, vencendo o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, inexistindo qualquer hierarquia entre prova direta ou indireta nos ordenamentos jurídicos estudados.

Importante, então, passar-se à análise da formação da convicção judicial baseada em indícios e quais os requisitos que essa prova terá que ostentar para ter eficácia, observados os limites e pressupostos inseridos na Constituição e legislação processual penal.

---

<sup>217</sup> SIGNORELLI, Walter P. **Criminal law, procedure and evidence**. New York: CRC Press, 2011, p. 336.

#### 4 LÓGICA, PROBABILIDADE E INFERÊNCIA: BASES DA DISCUSSÃO DA PROVA POR INDÍCIOS

A prova indiciária é uma prova que parte de um fato conhecido para que, mediante um raciocínio lógico, por inferência, se tenha elementos para a demonstração de um outro fato, desconhecido, mas que se busca apontar.

Esse juízo, conforme lembra LÖWE-ROSENBERG, é de probabilidades, sendo essa a concepção de grande parte da doutrina continental e, sobretudo, anglo-americana<sup>218</sup>.

Um processo consiste num debate de hipóteses, a iniciar com a acusatória e, em seguida, rebatida pela defensiva, além de muitas que digam respeito ao fato principal, em si, mas, também, a fatos secundários que devem ser provados.

Diante da busca de uma verdade “forense ou processual”, de certo que o julgamento baseado nos graus de probabilidades é o caminho para a delimitação desta “verdade”, a qual será considerada como a exigível “certeza” em caso condenatório.

HUME já referia a importância das probabilidades nas discussões das hipóteses, em que quanto o maior o aumento da força de uma delas, diminuindo a da outra, maior a crença na superioridade da hipótese, partindo-se de uma análise proporcional<sup>219</sup>. A ideia de que uma proposição será válida e ganhará força a partir de um determinado grau de probabilidade, que afaste outras hipóteses, é também abordada por WITTGENSTEIN, o qual afirma que quanto mais a hipótese estiver adequada à realidade, mais poderá ser admitida como verdadeira. Como destaca, uma hipótese é “uma regra para formar proposições” e, assim, para criar expectativas, sendo que a probabilidade diz respeito à forma e a um padrão de expectativa, em que se observa “uma questão de esperar que a experiência futura obedeça a uma regra a que a experiência anterior obedeceu. É provável que ocorra um dado evento significa: algo fala em favor da ocorrência desse evento”<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> LÖWE-ROSENBERG. *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. 26. ed. Berlin: De Gruyter, 2013, p. 200-232. Também, na clássica concepção de LOPEZ MORENO, Don Santiago. *La prueba de indícios*. Madrid: Velascos Impresos, 1891.

<sup>219</sup> HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 55: “Há, certamente, uma probabilidade que resulta de uma superioridade de possibilidades a favor de umas 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”.

<sup>220</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Observações filosóficas*. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1998, p. 242.

A discussão sobre a prova no processo passa, assim, por esse debate e estudo de como trabalhar com a reconstrução dos fatos, sua discussão, confirmação ou não, culminando com a decisão.

Ao inexistir prova direta, por exemplo, a confissão do acusado ou uma testemunha presencial do crime, toda a prova girará em torno de reconstruir o fato por elementos probatórios que trarão as informações de modo indireto e que somente poderão levar a uma conclusão por exercício de um grau de verificação e confirmação do acontecimento fático por um prisma probabilístico.

Mesmo que nos casos de prova direta tenha-se a discussão sobre probabilidade, inferências lógicas, pois essa questão desenvolve-se em qualquer contexto<sup>221</sup>, na prova indiciária há um especial foco, tendo em conta o próprio preconceito em relação a essa espécie de prova, um certo receio preconcebido<sup>222</sup> e falta de uma melhor abordagem sobre assunto de tão elevada relevância.

Nesse contexto, cabe observar como esses indícios serão inseridos no campo da verificação judicial, o que enseja a necessidade de abordagem de pontos relativos aos modelos probatórios, a questão do raciocínio que é necessário para cotejar os indícios no caso concreto e a questão do ônus da prova, importante elemento que tratará da produção e persuasão dessa prova por indícios, onde se chocam as inferências e análises sobre os graus de probabilidade que estão em discussão na causa, a depender das estratégias de acusação e defesa.

Como afirma GONZÁLES LAGIER, no processo judicial, por um prisma analítico, há duas fases distintas: a primeira, na qual há a produção e coleta da prova, trazendo as informações para os autos do processo, de maneira que sejam demonstrados os fatos por meios probatórios diversos, tais como depoimentos de testemunhas, perícias, documentos, dentre outros; a segunda, por sua vez, constitui-se na extração de uma conclusão a partir das informações trazidas pelas provas<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Lembra MIRANDA ESTRAMPES 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 directa 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, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 9, set./dez., 2012).

<sup>222</sup> Será abordado no capítulo 5, porém veja-se a posição absolutória ressaltada no voto vencido no Caso Joana, que entendeu pela insuficiência de prova para condenação de BB e do agir doloso de AA, quanto ao resultado morte.

<sup>223</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

Nessa primeira fase, em que as provas são produzidas no processo, essencialmente, são agregados os argumentos que buscam demonstrar qual o objetivo, a finalidade daquela prova de maneira a demonstrar a veracidade ou não de determinada hipótese levantada.

Já no segundo momento, deverá ocorrer, então, a inferência acerca das provas e argumentos sobre o material probatório, passando-se das possíveis premissas às conclusões.

Essa fase reveste-se de relativa complexidade, pois envolve a formação de um raciocínio lógico que trará em seu desenvolvimento as premissas que partem das provas e argumentos até um juízo de valoração que será o julgamento. Entretanto, tal questão é, em diversas situações, quiçá na maioria delas, de extrema complexidade, pois as inferências são, em muitos casos, realizadas já na coleta da prova, como em casos que a testemunha é ouvida e, mesmo sendo uma prova direta, por ser uma testemunha que se declara presencial de um crime, recairá uma discussão sobre a sua credibilidade (vejam-se todos os motivos de suspeição ou impedimentos para testemunhas).

No campo da prova indiciária, em que de determinados indícios poderão (ou não) reconstruir o fato principal que se busca demonstrar no processo, tratando-se de prova indireta, baseada, portanto, em elementos que não geram uma conclusão imediata sobre os fatos, mas, sim, por via literalmente indireta, em que é necessária a conjugação das provas presentes no processo criminal e do todo se tenta extrair uma conclusão, sem dúvida, a tarefa será árdua no sentido de montar um “quebra-cabeça”, em que as peças deverão ser encaixadas, possibilitando essa conclusão<sup>224</sup>.

No caso do crime de homicídio, por exemplo, como já mencionado, em situações de crimes premeditados, sem a presença de testemunhas oculares, torna-se muito importante a reconstrução de cada detalhe que envolva a prática do delito, circunstâncias que são extraídas no local do crime, no histórico do acusado e da vítima, das pessoas de suas relações, fatores que ensejam a formulação de versões, as quais serão debatidas no processo, em pleno antagonismo, que somente poderão vingar (ou não) se amparadas em provas e argumentos que deem suporte a essas versões.

---

<sup>224</sup> Como bem anota RUÇO, “um facto é 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 interacção recíproca entre peças que permitem formar apenas uma dada configuração singular (...) um facto, para ser considerado uma peça daquele puzzle ou um certo fragmento daquela realidade, tem de se harmonizar com todas as peças e fragmentos com os quais está em contacto” (RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova indiciária**. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013, p. 62).

Mas, e este é o ponto que se pretende debater neste capítulo, como se chega a uma conclusão sobre essas possíveis versões que surgem nos autos de um processo criminal, ainda mais em casos da complexidade de homicídio em que a prova é baseada em indícios?

Pelo menos três modelos são discutidos no campo doutrinário do direito processual, que devem ser analisados: o sistema narrativo (*story-telling*); sistema probabilístico e sistema híbrido.

A lógica, a inferência e o grau de probabilidade da ocorrência de certo fato de acordo com a versão apresentada pelas partes envolvidas no processo são fundamentais na discussão de um processo fundado em prova essencialmente indiciária.

Nos processos com prova direta, geralmente, fala-se que houve a confissão, testemunhas viram e confirmaram o crime e sua autoria, pouco sendo analisado quanto a essas questões. São casos, geralmente, mais simples, que não guardam maior complexidade. Já nos casos indiciários, a situação é inversa, impondo-se um profundo exame e cautela na tomada de decisões.

Muitas vezes essas questões são deixadas de lado nas decisões judiciais, quando, na realidade, a sua demonstração no caso concreto será uma forma de clarificar toda a relação de causalidade entre o fato, a prova e a conclusão que se chegou, legitimando, assim, o ato judicial, ou mesmo a tese apresentada pela acusação ou pela defesa, na busca do convencimento do julgador.

#### **4.1 Modelos probatórios**

Em que pese não haver uma sistematização acerca do assunto, diversos doutrinadores colocam a questão no plano de uma teoria narrativa e uma teoria probabilística. A narrativa caracteriza-se pela construção de versões antagônicas, em que poderá prevalecer a “melhor”, considerada como boa e, assim, a verdadeira. Esta, igualmente, não deixa de levar em conta as probabilidades, porém, não no patamar estatístico ou matemático, apenas colocando a discussão da causa na comparação entre as versões (*cores*).

De outro lado, a teoria probabilística-matemática firma-se na ideia de que a conclusão acerca de um processo ocorre por probabilidades que podem ser calculadas e, assim, demonstradas, fundadas no sistema *bayesiano*. Há, contudo, uma terceira corrente, que propõe um sistema híbrido, que agrupa fundamentos das duas concepções anteriores, não formulando uma tese com caráter exclusivo destas, mas, sim, conciliando ideias que são defendidas nas

correntes narrativas e probabilísticas, posição defendida, por exemplo, por SPOTTSWOOD<sup>225</sup>.

Essas questões, então, serão objeto de análise, tendo em conta sua relevância no presente estudo, que busca definir e identificar limites para o reconhecimento de um juízo de suficiência da prova indiciária em casos de homicídio, sendo um ponto que deve ser questionado, pois dependendo do modelo, tal definição será relevante para abordagem do *standard* de prova adotado e a situação do ônus da prova, tratando-se cada ponto de questões distintas, porém que se interligam e relacionam para a formação do juízo de convencimento e suficiência de prova a fim de possibilitar um decreto condentório justo e legítimo.

#### 4.1.1 Modelo narrativo (*story-telling*)

O chamado modelo narrativo, *story-telling* ou *story model* é apresentado na doutrina como aquele em que as versões defendidas no processo deverão ser comparadas e analisadas, cabendo a escolha, se possível, entre uma daquelas que, efetivamente, apresentar força suficiente para a demonstração do fato posto em juízo.

Nesse modelo, não se discute a questão sob a ótica de probabilidades matemáticas, mas, tão-somente, pela comparação das histórias debatidas no processo. A busca da solução, ou seja, da definição da demanda judicial, deverá considerar qual versão prevalece sobre a outra e pode ser aceita como adequada ao conteúdo do processo.

Afastando-se de qualquer caminho estatístico ou matemático, nesse ponto, a teoria busca, conforme ressalta SPOTTSWOOD, para que haja um julgamento com critério, na maior quantidade de provas, na coerência da história e, até mesmo, na simplicidade dessa história, suporte para a realização da escolha entre as versões que disputam o convencimento do julgador<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

<sup>226</sup> SPOTTSWOOD, nesse caminho, giza que “Story model proponents have pointed 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) (Pennington & Hastie 1992; Thagard 2004; Pardo & Allen 2008)” (Ibid., p. 8).

Trata-se de um sistema descritivo, fortemente indutivo e lógico, como observa DENNIS<sup>227</sup>, sendo o raciocínio sobre a prova realizado em três estágios, como ocorre no sistema norte-americano: a compilação das versões e as provas que as embasam; a explicação do juiz aos jurados sobre as opções de veredicto; e, finalmente, a comparação das narrativas (*stories*) pelos julgadores, optando pela mais coerente e aceitável, que merece ser considerada a “melhor”<sup>228</sup>.

Segundo TARUFFO, essas histórias ou narrativas processuais abrangem todos os pontos e aspectos do processo, indo além da própria matéria fática, pois pode ensejar a discussão de matéria de direito<sup>229</sup>. Nesse plano, a separação da matéria de fato e de direito é, em diversos casos, difícil de ser realizada, quando diversos conceitos jurídicos são traçados sobre fatos e encontram-se intimamente interligados.

Tal situação, por exemplo, pode ocorrer em uma acusação por homicídio qualificado por motivação fútil, em que a prova vai recair sobre o móvel da ação (v. g., a banalidade de uma discussão), porém, no campo da argumentação jurídica, essencialmente, terá a acusação de demonstrar que aquela discussão existiu, que era por motivo ínfimo e insignificante, agregando a definição de que esse fato constitui uma motivação “fútil”, sobre a qual recai uma maior reprovabilidade e caracteriza, portanto, a qualificadora.

Assim, as versões que existem nos autos e as narrativas que destas decorrem podem dizer respeito a fatos e à matéria jurídica. Porém, como bem adverte TARUFFO, as questões de direito não carecem de prova (*jura novit curia*), sendo a matéria fática aquela que deverá ser provada no processo, englobando o fato principal (*facts probanda* fundamentais), bem como os fatos juridicamente relevantes, sendo aqueles que, mesmo não sendo o principal, são importantes para a utilização como premissas para inferências que levarão a uma conclusão sobre uma versão apresentada no processo pelas partes, tendo o condão de confirmar ou não a veracidade ou falsidade de certo enunciado relacionado ao fato que se busca provar na causa.

---

<sup>227</sup> DENNIS, Ian. H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 116. Nos termos propostos por PENNINGTON e HASTIE: “Story construction, verdict representation e story classification” (PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. **Explaining the evidence: tests of the story model for juror decision making**. Disponível em <[http://ist-socrates.berkeley.edu/~maccoun/LP\\_PenningtonHastie1992.pdf](http://ist-socrates.berkeley.edu/~maccoun/LP_PenningtonHastie1992.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2014).

<sup>228</sup> No sistema continental, caso o julgamento seja realizado pelo juiz, sem participação de jurados leigos, o segundo estágio será elaborado pelo próprio julgador, relacionando as versões, fatos e provas, para posterior comparação e decisão.

<sup>229</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, jan./abr., 2011. Ver também: DENNIS, Ian. H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 91.

TWINING, assim, define *stories* como “uma narrativa de determinados eventos organizados em uma sequência de tempo e formando uma totalidade significativa”<sup>230</sup>. E, nesse sentido, o referido autor salienta a necessidade de que os “fatos sejam levados a sério”, sobretudo por ser a efetiva matéria de prova de um processo, necessitando que o discurso dos advogados, e a decisão do juiz tenham em conta a importante premissa probatória sobre a matéria fática.

Nesse contexto, é interessante a observação de TARUFFO ao afirmar, no mesmo caminho do alerta feito por TWINING, que as *stories* são necessárias, mas também são perigosas<sup>231</sup>.

Ora, são de extrema importância por constituírem a espinha dorsal do processo, pois juntam todas as informações que serão necessárias para a reconstrução do fato passado que ensejou a demanda judicial e, desse modo, são essenciais para a demonstração deste. Pela narrativa de uma história será possível a verificação da veracidade ou não daquela versão apresentada, seja no todo ou em parte, pela concatenação dos fatos e argumentos, pelas inferências realizadas para extração de uma conclusão sobre aquilo que foi discutido no processo.

Porém, por outro lado, há o caráter perigoso e que torna ainda mais complexa a tarefa de valoração e análise de uma *story*, fato que se depreende da falta de clareza das versões ou diversas variáveis relacionadas a questões circunstanciais e, ainda, pela própria possibilidade de manipulação dos fatos em razão do que as partes visam no processo, sendo esta não só pela possível má-fé dos litigantes ou pessoas envolvidas no processo (réu, vítima, testemunhas, peritos), mas, também, pelos argumentos distorcidos, manobras, tudo relacionado aos objetivos que se quer atingir, turvando, assim, uma límpida reconstrução dos fatos.

Em um processo de extrema gravidade, relacionado a um crime de homicídio doloso qualificado, por exemplo, em que há premeditação, sendo a prova, na totalidade, indiciária, não resta dúvida que o confronto de versões, acusatória *versus* defensiva, acaba-se por levar a

---

<sup>230</sup> Como observa TWINING, “In the discourse of advocacy the word ‘story’ tends to be used rather loosely to encompass a party’s or witness’s version of what happened; or a chronological statement of a sequence of events; or a statement of ‘the facts’ of the case by a judge or advocate; or the formal allegations (the material facts) set out in the pleadings; or even the advocate’s theory of the case.<sup>20</sup> In considering the role of narrative in forensic argument, it is important to give the term ‘story’ a more precise, restricted meaning. Adapting Ricoeur, I propose the following definition: ‘A story is a narrative of particular events arranged in a time sequence and forming a meaningful totality.’ 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, William. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 290).

<sup>231</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, jan./abr., 2011; e TWINING, William, op. cit., p. 283.

uma ampla discussão sobre os mais diversos elementos fáticos do processo, e, também, inúmeras teses jurídicas, em elevado clima de choque e de tensão.

Nisso, o papel desempenhado pela acusação e pela defesa na condução de suas *stories*, construindo suas narrativas, é de buscar o convencimento do julgador, tentando persuadi-lo a acolher a tese que sustentam. Nesse aspecto, embora TARUFFO aborde a questão analisando o papel do advogado das partes (como autor e réu) e, depois, do juiz<sup>232</sup>, não se pode perder de vista que no processo penal o papel do Ministério Público não pode ser equiparado ao do advogado do acusado.

Essa questão merece ser observada, pois o Ministério Público, por possível infringência de dever funcional, não pode manipular fatos, nem sustentar uma acusação com omissões, falhas, argumentos tendenciosos ou não racionais<sup>233</sup>.

O Ministério Público, portanto, narra uma determinada *story*, porém, baseada em uma investigação que resultou na formalização de uma acusação contra o réu. Não deverá sustentar a sua versão se verificado que não há elementos suficientes a amparar um juízo condenatório. Portanto, tem a mesma necessidade de persuadir o juiz e convencê-lo da responsabilidade criminal do réu, enquanto a defesa busca o totalmente inverso. Entretanto, o Ministério Público, não pode buscar qualquer fundamento para uma condenação, o que constituiria uma ação arbitrária; já a defesa, no seu exercício mais amplo, tem a possibilidade de utilizar todos os meios para a demonstração da inocência de seu cliente (réu).

Assim, no processo penal, os “narradores de histórias” são o Ministério Público, os advogados, as testemunhas, réus e o juiz.

Distinguida a função estatal exercida pelo Ministério Público em relação à advocacia (seja defesa constituída, pública ou nomeada), certo que, no processo penal, ambos intentam o convencimento do julgador acerca da hipótese que sustentaram a partir de suas versões.

O advogado, conforme aponta TARUFFO, na sua narrativa, tem como função essencial “persuadir o juiz a decidir em favor de seu cliente”<sup>234</sup>, o que, segundo o autor, tende a gerar a

<sup>232</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 145, jan./abr., 2011.

<sup>233</sup> Essa questão acaba por influir, também, na discussão sobre o ônus da prova. Vigora em relação ao Ministério Público, o princípio da objetividade, não importando quaisquer outras finalidades que não sejam a aplicação da lei penal de modo justo e adequado, nos exatos termos da legalidade. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004; SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. No sistema alemão, segue-se esse mesmo entendimento, como demonstram PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 67-86; GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho: estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal**. Lima: Grijley, 2004. .

<sup>234</sup> TARUFFO, Michele, op. cit., p. 146.

manipulação dos fatos em sua argumentação no intuito de garantir o ganho da causa, não possuindo vinculação com uma narrativa verdadeira dos fatos, mas sempre na tentativa de conquistar uma posição favorável ao cliente.

Assim, a tarefa de analisar as versões, as narrativas, compará-las, tentar encontrar a verdade no que diz respeito ao que realmente aconteceu no caso posto em juízo para julgamento, é da esfera do julgador.

O juiz, como destaca TARUFFO, é “o mais importante narrador no âmbito do processo”<sup>235</sup>. Será quem, em sua decisão, deverá fazer a comparação das *stories* apresentadas pela acusação, defesa, réu, testemunhas, definindo, então, qual a melhor e que merece crédito, versão que será apresentada na sentença e, então, passará a ser a “verdadeira”.

Portanto, no modelo narrativo, as partes apresentam suas versões, que são distintas e antagônicas, concluindo o juiz qual a melhor hipótese para aquele determinado caso, não adentrando em questões estatísticas ou matemáticas sobre probabilidade de acerto ou aproximação do que seria verdadeiro. Busca-se, como fundamento de seu convencimento por certa hipótese, a quantidade de prova apresentada, sua coerência, sua credibilidade, critério subjetivo que pressupõe uma tese “melhor”, mais convincente, com amparo nas provas que constam nos autos do processo<sup>236</sup>.

#### 4.1.2 Modelo probabilístico

O modelo probabilístico, diferentemente do modelo narrativo, constrói seu sistema baseado em probabilidades matemáticas ou estatísticas, não observando qual a versão ou história pode ser considerada a verdadeira por ser a “melhor”, mas de acordo com o grau de

---

<sup>235</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 131, jan./abr., 2011.

<sup>236</sup> Nesse aspecto, como observa SPOTTWOOD, “This basic structure, which involves reasoning from observables to unobservable underlying possibilities, has much in common with legal fact-finding, which is similarly devoted to reconstructing a historical truth from trial testimony and evidence. For this and other reasons, theorists such as Josephson (2001), Thagard (2004), and Pardo and Allen (2008) have proposed that we should conceptualize the fact-finding process as a choice among possible hypotheses, presented by contending parties, that explain the evidence offered at trial and produce divergent legal consequences. By doing so, they argue, we may be able to avoid some of the difficulties that plague probabilistic accounts of proof, such as the combinatorial explosion, the theories’ alleged psychological implausibility, or the difficult problems with identifying appropriate reference classes to support conditional probability estimates” (SPOTTWOOD, Mark. Bridging the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt.010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 abr. 2013).

probabilidade que aquele fato, da maneira como foi exposto no processo, deva ter ocorrido, considerado o resultado matemático<sup>237</sup>.

Seu fundamento está na utilização no teorema de Bayes, que, conforme TARUFFO, é um sistema de cálculo em que se busca valorar determinada hipótese sobre um fato “X”, medindo-se a possível frequência de “X” no encadeamento e contexto de eventos, verificada a quantidade de precedentes deste fato “X” naquela determinada classe<sup>238</sup>.

SPOTTSWOOD observa que é um sistema que adota uma interpretação subjetiva de probabilidade e utiliza o método analítico, baseado no teorema de Bayes, sendo chamados os adeptos desse modelo, de “bayesianos”<sup>239</sup>.

Conforme NIEVA FENNOL<sup>240</sup>, a utilização do teorema de Bayes pode ser exemplificada na seguinte situação: quatro pessoas estão juntas em um restaurante, compartilhando a mesma mesa, sendo seus nomes Caín, Carlos, Sara e Ana e deseja-se saber se Caín furtou a câmera fotográfica de Carlos, quando este deixou o objeto em cima da mesa e ausentou-se para ir ao banheiro. No momento da ausência, as duas mulheres ficaram de costas, observando um espetáculo que estava sendo apresentado no restaurante, ficando de frente apenas Caín. Apenas com estes dados pouco há para afirmar a autoria, mas, certamente,

<sup>237</sup> Ver PUNDIK, Amit. The epistemology of statistical evidence. **The international journal of evidence and proof**, Oxford, Vathek Publishing, vol. 15, 2011, p. 117-143.

<sup>238</sup> TARUFFO explica a utilização do teorema de Bayes, observando que: “és un método de cálculo sobre la base del cual, frente a la necesidad de valorar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho X, se establece la probable frecuencia de X dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de los X en esa clase. El teorema de Bayes permite atribuir e esa frecuencia probable un valor numérico fraccionado comprendido entre 0 y 1: este valor representa el grado de convencimiento racional sobre X” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 195). GEIPEL, na análise da formação do convencimento judicial, no processo penal alemão, faz também profunda análise da aplicação do Teorema de Bayes, inclusive com demonstração sobre o caso “O.J. Simpson”, ocorrido nos Estados Unidos (GEIPEL, Andreas. **Handbuch der Beweiswürdigung**. Münster: Lexis Nexis, 2008, p. 183-234; 429-431).

<sup>239</sup> Na definição do modelo probabilístico, na linha de Bayes, SPOTTWOOD assevera que “often identified as “Bayesian” by reference to its preference for a subjective interpretation of probability and its use of Bayes’ Theorem as an analytic tool—has viewed the internal process of deliberating about facts as a series of internal probability adjustments propagating through a vast network of inferential connections. In this view, a fact-finder identifies a number of key factual questions that are being disputed in a case early in the fact-finding process. Each new piece of evidence either increases or decreases the degree to which the fact-finder believes that each key fact in question is demonstrated or refuted. The fact-finder’s changing degree of conviction can be modeled using traditional probability notation, so that it varies between 0—where a fact has been proven false beyond any doubt—and 1, where a fact has been proven true beyond any doubt. Over the life of a case, jurors will make innumerable updates to their degree of belief regarding what facts have, or have not, been shown. Then, after all the evidence has been presented, they will choose the winner and loser by applying legal rules to those probable facts. The Bayesian model, therefore, envisions fact-finding as the construction of an inferential network of conditional probability relations, from which the ultimate probabilities of legal interest are computed” (SPOTTWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013).

<sup>240</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

pode-se calcular, teoricamente, a probabilidade da prática do crime pelo principal suspeito, por estar de frente, ou seja, Caín.

O indício para a partida do raciocínio é que Caín era quem estava de frente para a mesa, enquanto Ana e Sara estavam viradas, olhando para o lado em que transcorria o espetáculo, nada havendo de diferente na cena, tendo apenas Caín referido que poderia alguém ter passado e pego a câmera, porém, fato que não viu.

Com a aplicação do teorema de Bayes<sup>241</sup>, tem-se que a probabilidade (P) de a hipótese (H) de que foi Caín o autor, levando em conta o indício (I) de que nada viu e que nenhuma pessoa passou pela mesa, é igual à possibilidade de que Caín tenha furtado (sem ter em conta esse indício I), multiplicado pela possibilidade de que ninguém ficou à volta da mesa, dividido pela possibilidade de que Caín tenha furtado sem que ninguém tenha rondado a mesa, multiplicando-se pela possibilidade de que alguém tenha rodeado a mesa, supondo-se que Caín tenha subtraído o objeto, somado à possibilidade de que Caín não tenha furtado (sem que ninguém tenha rondado a mesa) e multiplicado pela possibilidade de que ninguém tenha rondado a mesa e supondo-se, ao fim, que Caín não furtou a câmera.

Essa construção, como aponta NIEVA FENOLL, tem o sentido de contrastar a possibilidade de que a hipótese seja certa com a possibilidade que o indício exista, combinados ambos os acontecimentos para verificar, então, a probabilidade matemática de que se hajam produzido ao mesmo tempo a hipótese e o indício, sendo que isso traduz o que um juiz, de modo intuitivo, questionaria: se ninguém cercou ou passou pela mesa, é verossímil que Caín que estava sentado de frente, tenha furtado a câmera? Dessa forma, o teorema de Bayes é expresso na seguinte fórmula<sup>242</sup>:

<sup>241</sup> SPOTTSWOOD refere que o Teorema de Bayes nos proporciona tanto uma forma holística para modelar o processo de julgamento geral, bem como uma maneira de pensar sobre a evolução das crenças de um intérprete no decorrer de um julgamento. O processo geral de recolha de fatos podem ser entendidos como uma avaliação da probabilidade de culpa contra inocente, baseada numa probabilidade anterior de pré-ensaio, uma probabilidade de que a matriz existente de provas teria sido produzida em caso de culpa, e a probabilidade que a mesma matriz teria resultado se o réu era inocente (Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. *Law, probability and risk*, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://pr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em 25 jul. 2013).

<sup>242</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Explicam ROBERTS, AITKEN e JACKSON, sobre o Teorema de Bayes que: “Bayes’ Theorem: a formula for legitimately “transposing the conditional”, according to which the posterior odds are equal to the product of the likelihood ratio and the prior odds. For example, the posterior odds in favour of guilt after having heard (conditioned on) the evidence is the product of (i) the likelihood ratio of the evidence and (ii) the prior odds in favour of guilt before the evidence was heard. The likelihood ratio is the ratio of (i) the probability of the evidence assuming that the prosecution’s proposition is correct to (ii) the probability of the evidence assuming that the negation of the prosecution’s proposition (‘the defence proposition’) is correct” (ROBERTS, Paul; AITKEN, Colin; JACKSON, Graham. *Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings*. Disponível em <<http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/Guide-1-WEB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013).

$$P(I/H) = P(H) P(I/H) / P(H) P(I/H) + P(\text{no H}) P(I/\text{no H})$$

Caso tenha sido reconhecida a responsabilidade de Caín pela prática do crime de furto, admitindo-se a utilização do teorema de Bayes, numa escala de 0 a 1, é possível uma valoração do indício (I), que no caso é bastante seguro já que somente Caín estava no local, de frente e não havia qualquer outra explicação para sumir a câmara, ficando no patamar de 0,9. A possibilidade de ter furtado mesmo com a aproximação de alguém ficaria em 0,1. A dificuldade maior, então, vem para a determinação de H, pois se fosse um caso que pudesse ser calculado de modo objetivo, como um teste de DNA, seria muito tranquila a quantificação<sup>243</sup>. Porém, trata-se de uma valoração subjetiva, pois o juiz vai quantificar de acordo com tudo que extrai do processo judicial, considerando livremente por sua convicção.

No exemplo, tendo o juiz uma posição mais firme e rígida, poderia colocar o índice em 0,8. De outro lado, um juiz mais indulgente, poderia colocar em 0,2.

A diferença, como demonstra NIEVA FENOLL é total:

Na primeira situação ficaria:  $(0,8) (0,9) / (0,8) (0,9) + (0,2) (0,1) = 0,97$ .

Na segunda situação:  $(0,2) (0,8) / (0,2) (0,9) + (0,8) (0,1) = 0,69$

A fórmula mantém, neste exemplo, alta a probabilidade da possível culpabilidade do acusado, mesmo com a extrema subjetividade que envolve a estatística baseada na teoria *bayesiana*, pois depende da avaliação subjetiva do juiz sobre o acervo probatório existente no processo<sup>244</sup>.

Mas, como se observa, é a aplicação da matemática, por cálculo aritmético, na confirmação de uma hipótese em um processo judicial, o que é muito apreciado na doutrina anglo-americana<sup>245</sup>. ROBERTS, AITKEN e JACKSON, nesse sentido, salientam que no

<sup>243</sup> CARDINETTI, Bruno; CAMMAROTA, Camillo. Negative conclusion cases: further proposal for likelihood ratio evaluation. **Law, probability and risk**, Oxford, n. 5, p. 119-134, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

<sup>244</sup> KAHNEMAN analisa aplicação do teorema de Bayes no exemplo do táxi: “Um táxi envolveu-se, de noite, num acidente de atropelamento e fuga. Duas companhias de táxis, a Verde e a Azul, operam na cidade. São fornecidos os seguintes dados: 85% dos táxis da cidade são Verdes e 15% são Azuis. Uma testemunha identificou o táxi como sendo Azul. O tribunal testou a fiabilidade da testemunha nas mesmas circunstâncias que existiam na noite do acidente e concluiu que a testemunha identificou corretamente cada uma das cores em 80% das vezes e falhou 20%. Qual a probabilidade de o carro envolvido no acidente ser Azul e não Verde? (...) a resposta é 41%. Porém, poderão facilmente adivinhar o que as pessoas fazem quando são confrontadas com esse problema: ignoram a taxa básica e optam pelo testemunho. A resposta mais comum é 80%” (KAHNEMAN, Daniel. **Pensar depressa e devagar**. 4. ed. Tradução de Pedro Vidal. Lisboa: Temas e Debates, 2013, p. 223).

<sup>245</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 131.

processo penal inglês a prova por estatística é potencialmente admissível e, usualmente, colaboram na definição dos julgamentos<sup>246</sup>.

Mas, essa utilização de uma probabilidade matemática ou estatística é questionada, igualmente, pela doutrina, em razão da dificuldade de definir um juízo de valor sobre condutas e fatos, que envolve as mais diversas questões jurídicas, sociais, culturais, etc., com base em um cálculo aritmético<sup>247</sup>.

Chega-se a buscar um patamar numérico para que se possa entender quando o réu deve ser condenado, estipulado, pela doutrina, entre 90 ou 95%<sup>248</sup>, ou mesmo mais que 80% para outros. Trata-se, assim, da realização do julgamento com base em probabilidades sobre o todo e o somatório de fatores que são trazidos pelas provas, que tenderão a aumentar ou diminuir a probabilidade de condenação.

Todavia, como aponta NIEVA FENOLL, a probabilidade é uma teoria matemática que regula fenômenos aleatórios, sendo que a atividade jurisdicional não é um fenômeno aleatório, pois não é um lance de um jogo, uma roleta, uma estatística sobre cartas ou dados, mas, sim, tem seu caráter de imprevisibilidade pela necessidade de ser conhecida a prova do processo, que será avaliada pelo julgador, um trabalho muitas vezes ligado não só à

---

<sup>246</sup> Nesse aspecto, ROBERTS, AITKEN e JACKSON, por exemplo, ressaltam, no contexto anglo-saxão, as dificuldades da utilização de estatísticas no campo da prova, porém, observam que há essa possibilidade em determinados casos, explicando, de modo bem claro, que: “These key concepts include: (a) (absolute and relative) frequencies; (b) likelihood of the evidence; (c) the likelihood ratio; (d) base rates for general issues (prior probabilities); (e) posterior probabilities; (f) Bayes’ Theorem; and (g) independence” (ROBERTS, Paul; AITKEN, Colin; JACKSON, Graham. *Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings*. Disponível em <<http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/Guide-1-WEB.pdf>>. Acesso em 15 set. 2013). Ainda: LIGERTWOOD, Andrew; EDMOND, Gary. Discussion paper: A just measure of probability. *Law, probability and risk*, Oxford, n. 11, p. 365-369, aug., 2012. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013; NORDGAARD, Andres; RASMUSSEN, Birgitta. The likelihood ratio as value of evidence: more than a question of numbers. *Law, probability and risk*, Oxford, n. 11, p. 303-315, aug., 2012. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

<sup>247</sup> Por exemplo, a crítica de ALLEN e STEIN: “We show that the relative plausibility approach outperforms mathematical probability operationally and normatively. Application of mathematical probability in the courts of law engenders paradoxes and anomalies that are not easy to avoid or explain away. Relative plausibility, on the other hand, faces no such predicaments. It seamlessly resolves all uncertainty problems that might arise in adjudicative factfinding. A further advantage is its alignment with the natural reasoning of ordinary people, which reduces the cost of adjudication and helps the legal system guide individuals’ behavior. Last, but not least: relative plausibility is the best available tool to get factfinders to the actual facts of the case they are asked to resolve. Mathematical probability, on the other hand, abstracts away from those facts. As a substitute, it prods factfinders to derive their decisions from the general frequencies of events” (STEIN, Alex; ALLEN, Ronald J. *Evidence, Probability, and Burden of Proof*. *Arizona law review*, n. 54, p. 4, abr., 2013. Disponível em <[http://www.professoralexstein.com/images/RJA\\_AS\\_SSRN2.pdf](http://www.professoralexstein.com/images/RJA_AS_SSRN2.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013).

<sup>248</sup> ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal evidence*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 257. LAUDAN, Larry. **Re-thinking the criminal standard of proof**: seeking consensus about the utilities of trial outcomes. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1369996](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369996)> Acesso em: 11 jun. 2013; TILLERS, Peter. **Trial by mathematics**: reconsidered. Disponível em <<http://lawandlogic2012.files.wordpress.com/2012/03/tillers-trial-math-reconsider.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

reconstrução do fato em si, mas sobre credibilidade e veracidade de certos meios de provas, o que já torna uma análise matemática muito complicada<sup>249</sup>.

Em um caso citado por BODZIAK, por exemplo, vê-se que a Corte de Apelação na Inglaterra cassou uma condenação por homicídio baseada, exclusivamente, em uma marca de sapato na cena do crime, avaliada por prova pericial e que, por cálculos pelo teorema de Bayes, teria assim comprovado a autoria do crime. A discussão centrou-se na hipervaloração dessa prova afirmada em parâmetros matemáticos, sendo considerada definitiva em primeiro grau, mesmo inexistindo outros elementos probatórios. BODZIAK, então, critica a condenação sustentada apenas por cálculos aritméticos, ressaltando a possibilidade de contribuir para a avaliação da prova, mas, de modo algum, ser a única fonte para o julgamento<sup>250</sup>.

Certo que tentar a quantificação do valor de uma hipótese via probabilidade numérica, constitui uma tarefa extramente complicada, pois tratando com questões que possuem inúmeras variáveis que dizem respeito às relações humanas, como aponta POPPER<sup>251</sup>, não há como quantificar em números a prevalência ou corroboração de determinada hipótese.

#### 4.1.3 Modelo híbrido

---

<sup>249</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 136. No processo penal alemão, SCHNEIDER observa que a jurisprudência rejeita a valoração da prova com base em critérios matemáticos na análise de juízo de probabilidade: “eine Wahrscheinlichkeitsrechnung an Hand mathematischer Regeln – des Bayes’schen Theorems – hat der BGH für unzulässig erklärt, dabei allerdings anscheinend diese Beweisführung gar nicht verstanden” (SCHNEIDER, Egon. **Beweis und Beweiswürdigung**. 5. ed. München: Franz Vahlen, 1994, p. 100).

<sup>250</sup> BODZIAK refere, expressamente que “I have no reservations that some examiners in theUK have good intentions and the conviction that in the use of the Bayesian approach and the calculation of a likelihood ratio is a proper approach. But sufficient data are not and never will be available to accurately predict the frequency of a particular shoe design and size in a particular locale on a particular date, nor to predict how many of those shoes may contain a certain condition of generalwear or possess specific individual characteristics. I strongly disagree with this approach and I commend the Appeal Court in its thorough review in R v. T and agree with their appellate ruling. Not only does the practise of formulating a likelihood ratio on notional and estimated data contribute nothing toward assuring a more accurate conclusion, but seriously risks misleading the examiner and/or a jury. Statistics may be able to help support a theory and assist in research, but it has no role in establishing the proof of facts in a real case where insufficient or potentially inaccurate data is used. Instead, I believe that when conclusions are supported with documented and confirmable characteristics, including supporting photographs embedded within or attached to the report, and containing traditional wording to clearly express those observations and conclusions, a more thorough and transparent way of transmitting an opinion to both the investigator and a jury in a clear concise and fair manner is accomplished” (BODZIAK, William J. **Traditional conclusions in footwear examinations versus the use of the Bayesian approach and likelihood ratio: a review of a recent UK appellate court decision. Law, probability and risk**, Oxford, n. 11, p. 279-287, aug., 2012. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013).

<sup>251</sup> POPPER, nesse aspecto, observa: “The degree of corroboration of two statements may not be comparable in all cases, any more than the degree of falsifiability: we cannot define a numerically calculable degree of corroboration, but can speak only roughly in terms of positive degree of corroboration, negative degrees of corroboration, and so forth” (POPPER, Karl. **The logic scientific discovery**. London: Routledge: 2005, p. 266).

Diante da discussão proposta por cada um dos modelos expostos, narrativo ou probabilístico, há uma terceira corrente que tenta conciliar os pontos positivos de cada um dos sistemas, em que tanto a comparação entre as histórias narradas no processo e a realização de um juízo valorativo para concluir qual a “melhor”, assim como, a realização de atualizações probabilísticas, serão mecanismos utilizados para elaboração da decisão em um processo judicial.

SPOTTSWOOD observa, nesse sentido, que a tarefa de averiguação pode envolver tanto o trabalho com probabilidades matemáticas, como a avaliação da coerência e plausibilidade das histórias<sup>252</sup>.

As críticas a cada um dos modelos são específicas e sempre levam em conta a dificuldade de quantificação de dados para que se possa falar em certeza no julgamento, seja no método que busca a comparação de narrativas, seja no campo probabilístico.

Os perigos apontados por TWINING e TARUFFO, por exemplo, na esfera do *story-model*, são uma realidade na grande parte dos julgamentos. Depoimentos falsos, mentiras, suposições, fraudes, manipulações, tudo pode levar ao ganho de causa uma história “boa”, mas “falsa”, gerando um julgamento injusto<sup>253</sup>.

Já no modelo probabilístico-matemático as dificuldades não são diferentes, pois ao tentar definir a certeza em um processo por adoção de cálculo aritmético, necessariamente, dever-se-ia ter em conta dados fidedignos e concretos que independessem de uma valoração totalmente subjetiva que torna a quantificação uma grande incerteza, possivelmente, também ensejadora de um julgamento injusto.

TILLERS, nesse contexto, observa que no sistema norte-americano é usual o debate das teses de acusação e defesa amparadas na tentativa quantificação de certeza ou incerteza, com vista ao *standard* de prova “culpa acima de dúvida razoável”. Como refere, embora haja a crítica à utilização de cálculos matemáticos para indicar uma porcentagem numérica da possível culpa (ou não) do acusado, tal fator representa a busca de alguma forma mais concreta de quantificação do juízo de valor que é efetuado na sentença, ou seja, o que

---

<sup>252</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

<sup>253</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 148 e ss., jan./abr., 2011; TWINING, William. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 290.

efetivamente justifica o veredicto condenatório e como deve se dar a demonstração desse grau de suficiência probatória.

Por isso, o exemplo que TILLERS cita, ao noticiar que em alguns casos julgados nos tribunais norte-americanos a probabilidade admitida, pelos juízes ou jurados, era de 76% ou até mesmo pouco mais de 50%, demonstra que essa situação pode ser um sintoma da necessidade de ampla discussão sobre o sistema legal de ônus da prova e persuasão<sup>254</sup>.

Assim, podem-se verificar as dificuldades que os dois modelos apresentam, levando a uma corrente que defende um aproveitamento de pontos importantes das duas teorias.

Interessante ressaltar o ponto de vista de SPOTTSWOOD que, além de defender um sistema híbrido, observa que as questões relativas às percepções e avaliações dizem respeito à própria formação do raciocínio, buscando em ciências cognitivas e na psicologia, algumas ponderações relevantes que servem de auxílio aos modelos narrativo e probabilístico<sup>255</sup>.

Salienta que, segundo cientistas cognitivos como Kahneman, em alguns casos as respostas vêm rapidamente, sem maior esforço, e de modo automático, porém em outros, conscientemente acaba-se por experimentar um processo lento, de esforço contínuo, para chegar-se a uma conclusão.

---

<sup>254</sup> TILLERS, Peter: “In *United States v. Hall*, 854 F.2d 1036 (7th Cir. 1988) Judge Richard Posner, concurring, wrote: When judges and juries are asked to translate the requisite confidence into percentage terms or betting odds, they sometimes come up with ridiculously low figures—in one survey, as low as 76 percent, see *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388, 410 (E.D.N.Y. 1978); in another, as low as 50 percent, see McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 Vand. L. Rev. 1293, 1325 (1982) (tab. 2). The higher of these two figures implies that, in the absence of screening by the prosecutor’s office, of every 100 defendants who were convicted 24 (on average) might well be innocent. Judge Posner may be right that it is ridiculous for triers of fact—trial judges and jurors—to come up with widely varying probabilities to describe the degree of certitude that they (these judges and jurors) think the reasonable doubt standard requires for conviction. But if the choice of such widely varying numerical probabilities is an ailment, an important question remains: is the ailment a disease or is it a symptom? It is unclear that outlawing the use of numbers by trial judges and jurors is the right medicine for the tendency of jurors and judges to select widely divergent numerical probabilities to describe the requirements imposed by the reasonable doubt standard. To outlaw such erratic quantification of the reasonable doubt standard by outlawing its quantification might be akin to trying to cure a disease by excising the symptoms of the disease. It is possible that Judge Posner has gotten cause and effect mixed up: it is possible that the possibly ridiculous numbers that some triers of fact choose when they are asked to quantify the reasonable doubt standard *reflect* a serious problem rather than *cause* one. It is possible that different triers of fact choose very different probabilities to describe the reasonable doubt standard, not because triers of fact are confused, but because the reasonable doubt standard as it now exists is *in reality* extraordinarily fuzzy.<sup>41</sup> In short, dear Brutus, the fault may lie not in the numbers, but in our law: perhaps judges and jurors use strange numbers to describe the burden of persuasion in criminal trials primarily because of the strange way that our law now describes the burden of proof and persuasion in criminal trials” (TILLERS, Peter. Case comment – *United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A collateral attack on the legal maxim that proof beyond a reasonable doubt is unquantifiable? **Law, probability and risk**, Oxford, n. 5, p. 135-157, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/5/2/135.full>>. Acesso em: 15 jun. 2013).

<sup>255</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

E, cada vez mais, têm-se identificado tais diferenças como indicativo de dois modos distintos de raciocínio e julgamento, trabalhando-se lado a lado em nossas mentes, às vezes de forma colaborativa e, por vezes, em conflito uns com os outros<sup>256</sup>.

Assim, o próprio estudo sobre a cognição humana e seus fatores de influência deve ser conjugado com as possibilidades advindas da adoção de um sistema que privilegie a comparação entre as histórias narradas no processo ou, dependendo do caso, por atualização probabilística.

Em outro plano, há a posição por uma “teoria híbrida” defendida por BEX, PRAKKEN e VERHEIJ, consistente em um modelo argumentativo-narrativo<sup>257</sup>.

Como observa PEREIRA, ao analisar os modelos probatórios e defender a ideia de uma teoria híbrida, considerando-se todos os aspectos que adentram nesta discussão, na linha adotada por BEX, verifica-se que o raciocínio causal não é incompatível com o uso de "histórias" e "argumentos", para provar onexo de causalidade, considerando que: a) precisa levar em conta o conhecimento não só lógico do mundo, quando se avalia as relações causais; b) a condicionalidade lógica em que se baseiam os testes comumente usados para determinar a causação factual que não fornece uma resposta adequada a todos os problemas de causação; c) modelos de provas com base na racionalidade lógica não são necessariamente adequados e não são a única evidência admissível, e, por sua vez, os modelos de narrativa de provas, por si só, também pode não ser adequado ou suficiente para provar uma causação<sup>258</sup>.

Nessa teoria, como defende BEX, adicionando argumentos de prova para conectar as fontes de evidência, resolvem-se os problemas da abordagem abduativa que se tem com estas fontes, e dá-se às peças individuais de uma prova, lugar separado na teoria. As conclusões dos argumentos probatórios podem ser usadas para definir os critérios para a comparação e

<sup>256</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

<sup>257</sup> BEX, PRAKKEN e VERHEIJ, em estudo sobre o tema, observam: “In this paper we have argued for a combined story and argumentative approach to reasoning with evidence. In our opinion, such an approach solves the problems of the individual approaches as discussed in section 3.2. When stories are represented as causal networks, the overview of ‘what happened’ in the case is retained, and the abductive approach to explaining the explananda nicely captures the intuitive process of comparing different stories. Also, the role of stories as ‘gapfillers’ is captured by this abductive reasoning. Adding evidential arguments to connect the sources of evidence solves the problems the abductive approach has with these sources, and gives the individual pieces of evidence a separate place in the theory. The conclusions of the evidential arguments can be used to define criteria for comparing explanations, and the evidential arguments are a good tool for analysing the causal generalisations in a theory” (BEX, F. J.; PRAKKEN, H.; VERHEIJ, B. **Formalising argumentative story-based analysis of evidence**. Disponível em <[http://www.academia.edu/2956007/Formalising\\_argumentative\\_story-based\\_analysis\\_of\\_evidence](http://www.academia.edu/2956007/Formalising_argumentative_story-based_analysis_of_evidence)>. Acesso em: 10 dez. 2013).

<sup>258</sup> PEREIRA, Rui Soares. Evidence models and proof of causation. **Law, probability and risk**, Oxford, v. 12, n. 3-4, p. 229-258, set./dez., 2013.

explicações e os argumentos de prova são uma boa ferramenta para analisar as generalizações causais<sup>259</sup>.

As hipóteses debatidas num processo, assim, serão confrontadas e discutidas, possibilitando ao julgador a tomada de uma decisão pela versão, se possível, que lhe possa garantir o total convencimento de que os fatos se deram daquela forma, sobretudo, se for decisão em sentido condenatório. No dizer de POPPER<sup>260</sup>, “uma afirmação é verdadeira, quando corresponde ou está em conformidade com os fatos”. WITTGENSTEIN, analisando a questão da certeza em uma proposição, também ressaltava que “evidência segura é a que aceitamos como absolutamente segura, conforme a qual agimos com segurança, sem duvidar”, ou seja, parte-se da ideia da exclusão do erro (*muss der Irrtum logisch ausgeschlossen sein*), e, desse modo, tem-se uma hipótese definida, que afaste a dúvida e o erro<sup>261</sup>.

Assim, diante dos modelos probatórios, verifica-se que tanto o sistema de narrativas ou histórias, agregadas à argumentação e comparação, assim, como o sistema de probabilidades estatísticas<sup>262</sup> são importantes ferramentas que podem ser utilizadas para elaboração do ato decisório em um processo judicial, sendo de extrema relevância a busca da identificação de critérios, que sejam mais palpáveis e concretos, que possam, assim, garantir uma decisão adequada à situação fática constante no processo.

Na comparação de histórias (versões) e decisão pela mais coerente, ou no campo da probabilidade, importa encontrar linhas de raciocínio que consigam ir por um possível caminho adequado, afirmado em vários fatores, como qualidades de veracidade, credibilidade,

<sup>259</sup> Em relação a algumas críticas que são feitas à teoria híbrida de Bex, veja-se PEREIRA, Rui Soares. Evidence models and proof of causation. **Law, probability and risk**, Oxford, v. 12, n. 3-4, p. 229-258, set./dez., 2013.

<sup>260</sup> POPPER aduz, em relação à discussão sobre a verdade, que “é estranho que tanta gente acredite que não há resposta para a pergunta de Pilatos ‘Que é a verdade?’ Afinal, em milhares de tribunais de justiça, milhares de testemunhas são advertidas para dizerem a verdade. E maior parte delas parece saber muito bem o que delas se espera” (POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Tradução de Paulo Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 280).

<sup>261</sup> WITTGENSTEIN acrescenta que “Agora, se tu depõe a favor de uma hipótese e nada contra – então ela é certamente verdadeira? Pode-se dizer isso. Mas ela corresponde certamente à realidade dos factos? Com essa pergunta, tu já te moves num círculo (...). O que quer dizer: a verdade de uma proposição é certa? Com certa exprimimos a completa convicção, a ausência de qualquer dúvida, e procuramos com isso convencer as outras pessoas. Isso é certeza subjectiva. Mas se quando algo é objectivamente certo? Se um erro não for possível. Mas que tipo de possibilidade é essa? O erro não tem que ser logicamente excluído?” (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 179-181).

<sup>262</sup> Veja-se a observação de Paul Roberts, apontando a necessidade, em certos casos do manejo de probabilidades matemáticas ou estatísticas, ressaltando sua importância em certos tipos de processos, que envolvem provas periciais, casos de DNA, questões de criminalística, etc.(ROBERTS, Paul; AITKEN, Colin; JACKSON, Graham. **Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings**. Disponível em <<http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/Guide-1-WEB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013. p. 28).

coerência, aliadas a todas às questões de admissibilidade da prova, relevância, proibição ou não.

Na esfera da prova indiciária, não havendo provas diretas em relação ao fato probando principal, em determinados casos, impõe-se uma árdua tarefa de desenvolver o raciocínio lógico, a identificação dos fatos e provas, seu nexos de causalidade e, assim, por inferências ao longo desse processo complexo, mas dinâmico, chegar a uma conclusão, que traduz uma grande responsabilidade: o julgamento do acusado e a definição de sua condenação ou absolvição.

Nessa linha, passa-se à análise da inferência, suas espécies e relevância na formação do juízo de convicção, examinando-se, ainda, especificamente, o caso de prova formada por indícios.

## 4.2 Inferência

Conforme THOMPSON, a inferência é “a ferramenta lógica que permite o julgador de um fato prosseguir de um fato para outro”<sup>263</sup>.

GARDNER refere que as inferências são conclusões razoáveis ou deduções que um julgador (juiz ou jurados) pode fazer a partir das provas que lhes são apresentadas, levando em consideração o senso comum e sua bagagem de conhecimento da vida para formação de seu raciocínio e juízo sobre um processo<sup>264</sup>.

Inferir, como salienta ANDRÉS IBÁÑEZ, considerando o contexto da prova no processo judicial, é realizar um processo discursivo que passa de uma informação (que produz um estado de conhecimento), a outro estado de conhecimento pelo uso de regras que são

---

<sup>263</sup> THOMPSON, Alan. **An introduction to criminal evidence: a casebook approach**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 99. Segundo MOURA, “Por inferência entendemos 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” (**A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38). JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G., observam que: “Inferences are movements of thought within the sphere of belief. The function of inference is the acceptance (or sometimes rejection) of propositions on the basis of purported evidence. Yet, inferences are not wholly or merely psychological; there may be objective relationships of evidential support (or its absence) between propositions that have nothing much to do with whether anyone thinks of them. Thus a science of evidential relationships is possible that has very little to do with empirical psychology. This science is *logic* in the broad sense” (JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. **Abductive inference**. Disponível em <<http://www.cse.ohio-state.edu/~jj/pubs/AbdInfCh1.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014).

<sup>264</sup> GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013.

generalizações de saber empírico, sendo, então, considerado um “meio de saber empírico, de utilização habitual e imprescindível no desenvolvimento da atividade probatória”<sup>265</sup>.

Segundo COPI, a inferência é uma atividade em que se afirma uma proposição sobre a base de outra ou outras proposições aceitas como ponto de partida para um raciocínio<sup>266</sup>. A cada inferência possível corresponde um argumento e destes argumentos trata a lógica, pois em todos estes se terá o que se denomina “premissas” e “conclusões”, que caracterizam a estrutura do argumento. A sua adequação será avaliada pela pertinência e lógica entre premissas e conclusões, tratando-se de uma necessidade de caráter universal, a busca da correção do raciocínio, a logicidade da conclusão em relação às premissas, isso em qualquer situação na relação cognitiva.

PEIRCE observa que a inferência pode ser conceituada como um ato voluntário que leva à adoção controlada de uma crença como consequência de um outro conhecimento, por um método científico baseado na sistemática de submissão de fatos<sup>267</sup>, podendo ser por dedução, indução ou abdução.

Assim, passa-se ao exame de cada uma dessas espécies de inferência.

#### 4.2.1 Inferência dedutiva

A dedução, conforme explica GONZÁLES LAGIER<sup>268</sup>, caracteriza-se como um silogismo subsuntivo em que se tem uma regra geral, no sentido de um enunciado geral que correlaciona uma classe de indivíduos com uma classe de propriedades, e tem-se o caso que se relaciona a essa regra de maneira que se busca inferir um resultado.

De acordo com o raciocínio dedutivo, as premissas são postas, e as conclusões, obrigatoriamente, se adequadas em termos lógicos, estarão de acordo com as premissas, jamais indo além ou em termo contrário, sendo que a verdade da premissa garante a verdade da conclusão, embora, obviamente, se as premissas forem falsas, as conclusões também serão.

O exemplo seria: “todos os corvos são negros; “X, Y e Z são corvos”; assim, “X, Y e Z são negros”.

<sup>265</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29.

<sup>266</sup> COPI, Irving M. **Lógica simbólica**. Ciudad de México: Continental, 1982, p. 16-17.

<sup>267</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix - Universidade de São Paulo, 1975, p. 32.

<sup>268</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

WALTON, analisando as inferências dedutivas, também exemplifica nesse sentido: “Todos os pássaros voam”; “Tweety é um pássaro”; assim “Tweety voa”<sup>269</sup>.

Como se observa, parte-se de uma premissa maior, englobante, para uma premissa menor.

MOURA salienta que a dedução, em lógica formal, vem definida como uma operação mental em que se conclui, efetivamente, de uma ou mais proposições apresentadas (premissas), uma outra proposição, a qual é uma consequência necessária.<sup>270</sup>

Pela dedução, então, chega-se à demonstração ou constatação pelo conteúdo da premissa, não indo além daquilo que já, em tese, definido como uma verdade na premissa.

Como aponta FERRAJOLI<sup>271</sup>, o raciocínio dedutivo é realizado na tipificação jurídica de um fato provado (subsunção ou dedução jurídica), como no exemplo em que, constatado que o acusado matou uma pessoa (matéria fática que demonstra esse acontecimento), essa situação será classificada como um “homicídio” (correspondendo a uma previsão legal).

#### 4.2.2 Inferência indutiva

Diferentemente do raciocínio dedutivo, na indução parte-se do particular para o geral. Entretanto, como adverte PEIRCE, a indução é a inferência de uma regra a partir do caso e do resultado. Desse modo, esta ocorrerá quando for generalizado a contar de um determinado número de casos em que algo é considerado verdadeiro e, assim, inferimos que a mesma situação será verdadeira no total dos casos<sup>272</sup>.

Segundo GONZÁLES LAGIER, os argumentos indutivos em sentido estrito partem de uma série de casos e resultados que conhecemos, e queremos identificar a regra que relaciona um com os outros, extraindo uma premissa geral a partir das premissas do caso particular, ou seja, indo-se além, em termos de conhecimento, na conclusão, daquilo que era tratado no

<sup>269</sup> WALTON, Douglas. **Argumentation and theory of evidence**. Disponível em <[http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation\\_evidence.pdf](http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation_evidence.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>270</sup> MOURA refere que “assim entendida, a dedução é a argumentação, cuja conclusão resulta das premissas por necessidade ou exigência formal da posição das mesmas, e independentemente do caráter verdadeiro ou errôneo da respectiva matéria ou assunto” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37).

<sup>271</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 52-54.

<sup>272</sup> Conforme PEIRCE “A grande diferença entre a indução e a hipótese está em que a primeira infere a existência de fenômenos semelhantes aos que observamos em casos similares, ao passo que a hipótese supõe algo de tipo diferente do que diretamente observamos e, com freqüência, de algo que nos seria impossível observar diretamente. Daí deflui que quando estendemos uma indução para bem além dos limites do observado, a inferência passa a participar da natureza da hipótese. (...) A indução é claramente um tipo e inferência muito mais forte do que hipótese; e essa é a primeira razão para distinguir uma da outra.” (PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix- Universidade de São Paulo, 1975, p. 161).

caso. Como refere, há um “salto” na conclusão em relação às premissas, em que a verdade de uma não garante a da outra e a situação fica no campo de uma maior ou menor probabilidade<sup>273</sup>.

A indução, então, liga-se em dois sentidos com as probabilidades:

a) probabilidade inferencial: mesmo que as premissas sejam verdadeiras, a conclusão insere-se num juízo de “provavelmente verdadeira”, passando-se à análise do grau de amparo que as premissas dão à conclusão e, assim, garantem a sua razoabilidade e credibilidade racional;

b) probabilidade causal: a partir da inferência indutiva se conclui que há uma correlação entre os fatos, numa relação causa-efeito, como no exemplo de aqueles que entram em contato com um doente com sarampo, “provavelmente” (em razão do contato) será contaminado e terá sarampo.

No exemplo de indução, pode-se ver: “X, Y e Z são corvos”; “X, Y e Z são negros”; assim, “todos os corvos são negros”. WALTON refere o seguinte raciocínio: “alguns pássaros voam”; “Tweety é um pássaro”; assim, “Tweety voa”.

A indução pode ser generalizadora (em sentido estrito) ou probabilística. Na generalizadora, a partir da premissa, em que há um grau de situações, chega-se à conclusão tomando em conta os casos no todo, como uma projeção ou ampliação<sup>274</sup>. Já a probabilística, leva em conta o grau de probabilidade para inferir-se a conclusão no todo a partir de uma situação particular.

#### 4.2.3 Inferência abduativa

A abdução, conforme aponta PEIRCE, é a adoção probatória da hipótese, em que a quase totalidade das ideias das ciências dá-se através dela. Essa espécie de inferência consiste em estudar fatos e modular uma teoria para que se possa explicá-los, sendo um processo para formar hipóteses explicativas. Nesse sentido, a dedução tem como demonstrar algo que deve

<sup>273</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

<sup>274</sup> JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G.: “An inductive generalization is an inference that goes from the characteristics of some observed sample of individuals to a conclusion about the distribution of those characteristics in some larger population. As Harman pointed out, it is useful to describe inductive generalizations as abductions because it helps to make clear when the inferences are warranted” (JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. **Abductive inference**. Disponível em <<http://www.cse.ohio-state.edu/~jj/pubs/AbdInfCh1.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014).

ser, enquanto a indução prova algo que atualmente é operatório, e a abdução traduz uma determinada sugestão de algo que pode ser<sup>275</sup>.

De tal sorte, apreender ou compreender certos fenômenos, é a abdução fundamental como método. Pelo raciocínio abduutivo, temos as hipóteses que são formuladas mesmo antes da confirmação (ou negação) daquele certo caso.

GONZÁLES LAGIER observa que se fala em abdução quando conhecemos a regra e o resultado, partindo de um caso e de uma regra universal (universal ou probabilística), a qual se supõe correta, para tentar demonstrar um outro caso. Chega-se, como aponta, a uma hipótese, que pode ou não ser verdadeira, formando uma convicção mais ou menos, dependendo do caso, razoável.

Exemplificando: “X, Y e Z são negros”; “todos os corvos são negros”; assim, “X, Y e Z são corvos”. WALTON, seguindo sua linha de exemplos sobre os raciocínios lógicos, aponta em relação à abdução: “pássaros tipicamente voam”; “Tweety é um pássaro”; assim, “Tweety voa”<sup>276</sup>.

Sobre a abdução, ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>277</sup> afirma que a primeira situação que se conhece é a conclusão, a qual será o ponto de partida do raciocínio. Se na dedução se dispõe de uma premissa maior, que é uma regra cuja natureza já foi aludida, e de uma premissa menor, da qual será extraída a conclusão, na abdução tem-se a conclusão e, na busca de certas regras, que podem estar mais ou menos codificadas ou ter alguma precisão (ou não), parte-se, assim, para hipóteses.

Nesse campo, de hipóteses, não se tem uma conclusão que seja necessariamente válida, mas, sim, que fique na seara do provável. Assim, se na dedução a conclusão leva à ideia de que algo “tem que ser”, na abdução a ideia é de uma suposição, sugere-se que algo “pode ser”.

---

<sup>275</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix-Universidade de São Paulo, 1975, p. 42. Segundo JOSEPHSON, “Abduction, or inference to the best explanation, is a form of inference that goes from data describing something to a hypothesis that best explains or accounts for the data. Thus abduction is a kind of theory-forming or interpretive inference. The philosopher and logician Charles Sanders Peirce (1839-1914) contended that there occurs in science and in everyday life a distinctive pattern of reasoning wherein explanatory hypotheses are formed and accepted. He called this kind of reasoning abduction” (JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. **Abductive inference**. Disponível em <<http://www.cse.ohio-state.edu/~jj/pubs/AbdInfCh1.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014).

<sup>276</sup> WALTON, Douglas. **Argumentation and theory of evidence**. Disponível em <[http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation\\_evidence.pdf](http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation_evidence.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>277</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85.

Na abdução busca-se uma teoria, alguma regra que venha a amparar uma versão sobre fatos, já na indução o estudo da hipótese sugere os experimentos que esclarecem os fatos autênticos aos quais a hipótese se refere<sup>278</sup>.

#### 4.2.4 Inferência e valoração da prova

Analisadas, sucintamente, as inferências dedutiva, indutiva e abdução, cabe verificar como é desenvolvido o raciocínio do julgador para a investigação dos fatos e provas que foram cotejadas nos autos do processo criminal e qual a forma de proceder a análise para a valoração da prova.

A doutrina, de modo geral, refere que o juiz, ao fazer a valoração da prova, vai realizar uma inferência indutiva. A seguir demonstraremos essa posição, porém, passando à análise de uma questão ligada à própria da formação do raciocínio, o que vem sendo estudado na psicologia e ciências cognitivas e que pode ser relacionado com os modelos probatórios (*story-model* ou probabilístico).

Tais fatores são importantes para verificar como é realizado esse raciocínio, o que acaba por muitas vezes influenciando a formação do juízo sobre determinado caso ou situação, ou seja, questões de altíssima relevância na esfera da valoração da prova.

Uma inferência feita sem a menor reflexão ou sem observar certas premissas, pode ensejar um juízo falso, inadequado. Dessa forma, a análise dessa relação, sistema cognitivo, modelos probatórios, espécie de inferência e valoração da prova, são de fundamental importância para a posterior verificação dos limites de valoração de uma prova indiciária, que exige a realização, obrigatoriamente, pela maior complexidade, de um juízo acurado para que não haja injustiça na decisão<sup>279</sup>.

##### 4.2.4.1 Inferência e cognição

Como foi mencionado, quando da análise dos modelos probatórios, SPOTTSWOOD defende a possibilidade de discussão da matéria sob a ótica da teoria sobre os sistemas

<sup>278</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 87.

<sup>279</sup> LOPEZ MORENO, Don Santiago. **La prueba de indícios**. Madrid: Velascos Impresos, 1891, p. 43-44: “Comprende-se que la base de todo indicio es siempre una posibilidad, que el espíritu humano convierte en realidad mediante el raciocinio. Las varias relaciones que entre los hechos existen, son la luz que le guía por esta escabrosa senda. A medida que más necesarias son, con tanto más seguro paso se camina. La prueba circunstancial no puede existir sino por inferencias de las cuales apenas existe una sola que no se halle sujeta a error”.

cognitivos, que demonstram a complexidade das questões relativas à percepção, entendimento e formação de um juízo de convicção.

Nesse sentido, são apontados dois sistemas, denominados “Sistema 1” e “Sistema 2”, na linha apresentada por STANOVICH e EVANS, bem como detalhada por KAHNEMAN, que são a identificação da forma que se desenvolve o nosso sistema cognitivo nas mais diversas situações, o que influenciará a qualidade do julgamento pela percepção dos fatos (que podem já ser fruto de conhecimento anterior e ser usado no raciocínio acerca de outros fatos), tudo a depender de como são realizados os raciocínios lógicos, as inferências.

Por isso, então, a relação feita por SPOTTSWOOD com os modelos probatórios, ao ressaltar a importância do estudo dos sistemas cognitivos, desenvolvidos no campo da psicologia e ciências cognitivas, para a análise da prova no campo jurídico<sup>280</sup>.

KAHNEMAN<sup>281</sup>, assim, examina as concepções desses dois sistemas:

a) Sistema 1: opera de forma automática e rápida, com pouco ou praticamente nenhum esforço, sem sensação de controle voluntário;

b) Sistema 2: distribui a atenção pelas atividades mentais esforçadas que a exigem, incluindo cálculos complexos; suas operações muitas vezes estão associadas à experiência subjetiva de atuação, escolha e concentração.

O Sistema 1 é rápido, intuitivo e emocional, enquanto o Sistema 2 é mais lento deliberativo e lógico. Em muitas situações da vida as conclusões são tomadas de acordo com um ou outro sistema, ou, também, com a interação e conjugação das formas de raciocínio.

As inferências que decorrem do Sistema 1 dão-se de forma automática, muitas vezes por impulso, tendo em conta uma bagagem de conhecimentos que levam à rápida deliberação.

De outro lado, interessante o que chama de “facilidade cognitiva” e seus fatores, que podem ir até à “tensão cognitiva”, tudo a depender do grau de exigência da situação, se não há ameaças, se está tudo a correr bem ou se há um problema que mereça um maior esforço e, assim, uma mobilização do Sistema 2.

Por exemplo, são situações que ensejam uma “facilidade cognitiva”, a experiência repetida, apresentação clara, ideia impulsionada, boa disposição, assunto que parece familiar, “parece verdade”, “parece bom”, “parece sem esforço”. Essas causas de facilidade que, em sentido oposto, ensejarão tensão cognitiva, são verificáveis pelo próprio comportamento, pois

---

<sup>280</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

<sup>281</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, depressa e devagar**. Tradução de Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Temas e debates, 2013, p. 31.

diante da facilidade, as pessoas estarão bem-dispostas, gostam do que assistem, podem acreditar no que ouvem e estão confiantes em suas intuições, sentindo a situação como familiar. Já na tensão fica-se vigilante, desconfiado, investindo-se muito mais esforço naquilo que se faz, restando, como consequência, menos intuição e criatividade<sup>282</sup>.

No Sistema 2 há desprendimento de maior esforço para análises, comparações mais profundas, pensamento direcionado com mais agudez para que se possa concluir em determinado sentido. É o chamado sistema “preguiçoso”, pois só entrará em ação quando, rapidamente, o Sistema 1 não resolver, tendo, entre as suas principais funções, monitorar e controlar pensamentos e ações que são sugeridas pelo Sistema 1<sup>283</sup>.

STANOVICH e EVANS fazem a diferenciação dos Sistemas 1 e 2 de acordo com as seguintes características: a) Sistema 1 (processo intuitivo): não requer trabalho de memória e é autônomo; rápido, alta capacidade, paralelo, inconsciente, automático, associativo, contextualizado, baseado na experiência para tomada de decisão, independente de habilidade cognitiva; emoções básicas; b) Sistema 2 (processo reflexivo): devagar, capacidade limitada, serial, consciente, controlado, baseado em regras, abstrato, tomada de decisão por sistema causal, correlacionado à habilidade cognitiva, emoções complexas<sup>284</sup>.

Interessante observar que STANOVICH e EVANS, embora admitam que em algumas situações o Sistema 1 possa levar a erros de avaliação, em face da percepção realizada por impulso ou automática, ressalvam que tal fator não é obrigatório, pois, em muitos casos a própria utilização do Sistema 2, por si, na situação em que demandado, pode ocasionar equívocos. Ocorre, porém, que esse estudo sobre a formação do raciocínio, sobre o conhecimento, a percepção, as suas influências na decisão, são fundamentais na formação dos juízos de avaliação e convicção.

---

<sup>282</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, depressa e devagar**. Tradução de Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Temas e debates, 2013, p. 84.

<sup>283</sup> KAHNEMAN dá dois exemplos sobre a questão. Primeiro, sugere um problema simples, em que se deve diretamente responder, com base na simples intuição: um taco e uma bola custam 1,10 dólares; o taco custa mais 1 dólar do que a bola; quanto custa a bola? Surge uma resposta automática: 10, ou seja, 10 centavos. Porém, como pondera, a marca distintiva do problema é que traz uma resposta intuitiva, porém errada, pois se a bola custasse 10 centavos, o custo total seria de 1,20 dólares (10 centavos da bola e 1,10 dólares do taco). A resposta certa, então, é 5 centavos. Segundo exemplo: “todas as rosas são flores; algumas flores murcham rapidamente; logo, algumas rosas murcham rapidamente”. Embora, rapidamente, muitos entendam o silogismo como válido, verifica-se que é falacioso, pois é possível que não existam rosas entre as flores que murcham rapidamente. Não se detendo com mais atenção à ideia, acaba-se por concluir em sentido equivocado. Como observa KAHNEMAN, “Sugere que, quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, é também muito provável que acreditem nos argumentos que a suportam, mesmo quando estes argumentos não são consistentes. Se o Sistema 1 estiver envolvido, a conclusão vem primeiro e o argumento segue-se-lhe” (Ibid., p. 63).

<sup>284</sup> STANOVICH, Keith E.; EVANS, Johnatan St. B. T. Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate. **Perspectives on Psychological Science**, Amsterdam, vol. 8, n. 3, p. 223-241, maio, 2013. Disponível em <[http://www.keithstanovich.com/Site/Research\\_on\\_Reasning\\_files/Evans\\_Stanovich\\_PoPS13.pdf](http://www.keithstanovich.com/Site/Research_on_Reasning_files/Evans_Stanovich_PoPS13.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

Nesse sentido, STANOVICH e EVANS ressaltam a importância da compreensão desses sistemas e sua teoria, de maneira que se possam entender melhor as questões sobre a elaboração de raciocínios, tomada de decisões e realização de julgamentos<sup>285</sup>.

Esse ponto, por sinal, é o desafio do julgador em um processo, criminal ou civil, mas, com uma responsabilidade muito pesada na esfera penal, por lidar com bens jurídicos de alta relevância e, ainda, com a liberdade do acusado. A verificação desses estudos das ciências cognitivas e psicologia trazem auxílio sobre a necessidade de compreensão do que envolve uma decisão judicial, a visão de um magistrado sobre a prova (bem como do Ministério Público e defesa), devendo-se, acima de tudo, tentar diminuir a possibilidade de erros.

Ora, um julgamento em processo criminal firmado em premissas equivocadas, preconceitos, experiências ruins, visão distorcida, mero impulso, representa um sério risco à liberdade e aos direitos e garantias individuais<sup>286</sup>. A adoção de certos padrões de julgamento ou posições previamente determinadas na jurisprudência, que, por vezes, assumem o papel de gerar decisões automatizadas, sem maior reflexão e ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto, podem representar uma fácil abertura à prática injusta de erros em decisões judiciais.

Assim, a análise dessas questões que dizem respeito à formação das inferências, o que move o raciocínio humano e a tomada de decisões, torna-se de fundamental importância no campo jurídico, inclusive, quando se está a buscar uma identificação dos limites dos juízos de valor que são lançados sobre a prova indiciária, espécie de prova indireta que, como vimos, ainda sofre alguma ressalva na sua consideração.

KAHNEMAN, ao analisar esse ponto, sob a ótica cognitiva e psicológica, refere que “muitas decisões são baseadas em crenças respeitantes à probabilidade de acontecimentos incertos, como o resultado de uma eleição, a culpa de um réu, ou o futuro valor do dólar”<sup>287</sup>, sendo expressas por ideias como “penso que”, “há hipóteses que”, “é improvável que”, pelas quais as pessoas costumam confiar em um número limitado de princípios heurísticos que condicionam as tarefas complexas de avaliar probabilidades, partindo-se para uma expressão dessas crenças em hipóteses e probabilidades subjetivas.

---

<sup>285</sup> STANOVICH, Keith E.; EVANS, Johnatan St. B. T. Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate. **Perspectives on Psychological Science**, Amsterdam, vol. 8, n. 3, p. 223-241, maio, 2013. Disponível em <[http://www.keithstanovich.com/Site/Research\\_on\\_Reasning\\_files/Evans\\_Stanovich\\_PoPS13.pdf](http://www.keithstanovich.com/Site/Research_on_Reasning_files/Evans_Stanovich_PoPS13.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

<sup>286</sup> Veja-se as ponderações de TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, jan./abr., 2011; TWINING, William; ANDERSON, Terence. **Analysis of evidence: how to do things with facts**. London: Weindenfeld and Nicolson, 1991.

<sup>287</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, depressa e devagar**. Tradução de Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Temas e debates, 2013, p. 551.

Nesse caminho, para realização de juízos em situação de incerteza, três heurísticas são apontadas como importantes: representatividade, disponibilidade e ajustamento por ancoragem<sup>288</sup>.

A representatividade diz respeito à consideração do grau de probabilidade de “A” ser representativo de “B”, levando em conta aspectos referentes à semelhança.

A disponibilidade refere-se às situações em que as pessoas atribuem uma determinada frequência de uma classe ou a probabilidade de um fato acontecer, pela facilidade que essas questões podem vir à mente.

Já o ajustamento por ancoragem ocorre nas situações em que geralmente as pessoas acabam por fazer estimativas, as quais começam por um certo valor inicial, o qual é ajustado até chegar-se à resposta final.

A combinação de um Sistema 1 à procura de coerência com um preguiçoso Sistema 2 implica que o Sistema 2 adotará muitas crenças intuitivas, que refletem intimamente as impressões geradas pelo Sistema 1. Claro que o Sistema 2 é também capaz de uma abordagem mais sistemática e cuidadosa à evidência e de seguir uma lista de tarefas que têm de ser verificadas antes de se tomar uma decisão. Contudo, espera-se que o Sistema 1 influencie mesmo as decisões mais cuidadosas. O seu *input* não cessa e irradia-se sobre o Sistema 2.

Assim, importante observar que a formação do raciocínio e a deliberação individual sobre determinadas situações é fruto de uma interação entre Sistema 1 e Sistema 2 como observam os cientistas cognitivos, fatores que são extremamente relevantes e poderão auxiliar, efetivamente, o julgamento realizado em processos.

Deve-se ter a plena consciência da forma como se pensa e se formam as decisões tanto no contexto cotidiano como um juiz. Isso, certamente, a chamar à atenção da necessidade de ponderação e, acima de tudo, compreensão sobre o que se está a decidir, de maneira a evitar erros (e, no campo jurídico, erros e injustiças).

Não se perde de vista, como se pode ver nas concepções cognitivas, que as pessoas estão inseridas num contexto e acabam, muitas vezes, tomando decisões impulsivas, emocionais ou com uma racionalidade que parte de pressupostos totalmente equivocados. Por relacionar uma experiência (seguindo uma heurística equivocada), toma uma atitude, mas que não é adequada ao caso concreto que deveria decidir. E esse é o mesmo equívoco que pode

---

<sup>288</sup> Ver SOUSA, Luíz Filipe Pires. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 154-169, em que o autor faz a análise dessas heurísticas, analisando como tema de fundo na discussão sobre a prova testemunhal, de modo específico.

acontecer na análise de um processo criminal, diante de absolvições ou condenações em total desacordo com os fatos e provas do processo.

Tendo em conta essas reflexões, obviamente que não se pode esperar que o juiz seja impassível à influência de suas emoções, de suas vivências e leve isso em conta na análise da causa. Porém, deve buscar o caminho da prudência com reflexão que assegure sua imparcialidade (não confundida com neutralidade) e tomada de uma decisão adequada à solução do conflito<sup>289</sup>.

Na esteira observada por PALMA, “juiz burocrata, o juiz tecnicista, tanto como o juiz emotivo incapaz de realizar uma ponderação de valores com imparcialidade e de se desviar de suas pré-compreensões, conduz, irremediavelmente, à transformação do processo penal garantístico e da presunção de inocência num simulacro disso mesmo”<sup>290</sup>.

Assim, a compreensão sobre os equívocos em julgamentos apressados, impulsivos ou que parta de premissas equivocadas, dentre tantas outras situações que se pode ver pelo estudo dessas contribuições das ciências cognitivas, deve ser considerada para o exercício pleno do ato de julgar, que visa, acima de tudo, na área jurídica, fazer justiça.

Não por acaso, SPOTTSWOOD faz essa relação entre os modelos probatórios (probabilístico ou narrativo) e os sistemas cognitivos, chamando à atenção para a possibilidade de interação de conceitos, de modo a contribuir para a finalidade do próprio processo, que é atingir a verdade (“forense” ou “processual”) e, desse modo, haver uma decisão judicial legítima e adequada aos fatos que constaram nos autos do processo<sup>291</sup>.

#### 4.2.4.2 Inferência probatória, probabilidade indutiva e prova indiciária

<sup>289</sup> Como salienta TARUFFO, o autor de uma narrativa constrói a sua própria versão dos fatos: “construindo a sua narrativa, o autor dá forma à realidade”. Vários tipos de construções são utilizadas para a elaboração de uma narrativa: construção categorial; linguística, semântica e lógica; social ou institucional; cultural, em que importa o *stock of knowledge*, em que o narrador está inserido naquele contexto e sentindo a bagagem cultural daquele meio – fator que importa para as regras de experiência, generalizações, quantificações, devendo existir especial cautela, em todos os fatores que influenciam, no caso, a formação da convicção e, conseqüente, decisão (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, jan./abr., p. 133-144, 2011). Também, SACAÚ, Ana; RODRIGUES, Andreia. Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada das decisões judiciais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 8, p. 155-160, maio-ago., 2009.

<sup>290</sup> PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 280-281.

<sup>291</sup> SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

Diante desse quadro, cabe tecer considerações sobre as inferências que são realizadas em um processo judicial no que diz respeito ao acervo probatório, relacionando-as com os casos de prova indiciária.

Sobre a estrutura da inferência probatória, GONZALES LAGIER<sup>292</sup> observa que vários elementos compõem o raciocínio que se faz na análise de um caso, pois referem-se ao “fato que se quer provar”, “a informação que se dispõe” (indícios, provas ou fatos probatórios) e “a relação entre o fato que se quer provar e os indícios”<sup>293</sup>. Há uma pretensão (hipótese) que se quer chegar com base na relação argumentativa em cima de fatos e provas. Assim, em regra, a estrutura seria definida na seguinte linha:

- a) normas que estabelecem presunções, casos anteriores, experiências do juiz;
- b) máximas de experiência, presunções, definições;
- c) fatos probatórios;
- d) fatos a provar ou hipóteses do caso.

Em um exemplo de caso, em que havia a acusação da prática do crime de tráfico de drogas, tendo sido apreendida a quantidade de 1,80g de cocaína com o réu e com a delação de um usuário que buscou eximir-se de sua responsabilidade, a decisão absolutória, como refere GONZÁLES LAGIER, edifica-se com o seguinte suporte argumentativo:

- a) jurisprudência dos tribunais espanhóis de casos anteriores (que exigem o mínimo de 3g de droga para presunção de tráfico);
- b) máximas de experiência: no caso, a delação, possivelmente falsa, do usuário, por ser, como constou no acórdão, “desgraçadamente frequente” tal ocorrência (garantia na fundamentação);
- c) fatos: 1) só foi encontrado 1,80g de droga; 2) delação de usuário não ratificada (são as razões na fundamentação);
- d) a hipótese: o réu não traficava drogas (pretensão).

Nesse aspecto, importante ressaltar que a conexão entre a hipótese, fatos provados ou indícios e o que se quer provar, é denominada de “garantia”, pois é a ligação ou enlace entre

<sup>292</sup> GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

<sup>293</sup> Como observa TARUFFO, “en cierto sentido, la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real: una película muestra ‘lo que sucedió’; una grabación permite oír ‘o que se há dicho’; un testigo veraz narra ‘lo que ha visto o escuchado’ en el mundo de los hechos reales. Mediante este nex el juez reconstruye ‘la realidad’ de los hechos relevantes para la decisión. (TARUFFO, Michele. **Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad**. Disponível em <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fa34c68046e1188e991c9944013c2be7/Algunas+consideraciones+sobre+la+relaci%C3n+entre+la+prueba+y+la+verdad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fa34c68046e1188e991c9944013c2be7>>. Acesso em: 12 dez. 2013).

os raciocínios referentes a cada um destes elementos, sendo indicados como essenciais três pontos: fundamentos, finalidade e força.

Fundamentos são os requisitos para a correção e adequação dessa conexão; finalidade é o objetivo que se busca atingir com essa conexão; e a força é o grau de solidez que essa conexão dá à inferência probatória.

Esses elementos, sem dúvida, mantêm-se relacionados, pois, geralmente, os fundamentos dependerão da finalidade que se busca em determinado caso ou situação e a sua força será maior ou menor diante do grau que está fundamentado e, até mesmo, a relevância da finalidade<sup>294</sup>.

Portanto, as inferências probatórias desenvolvem-se no campo processual mediante as conexões entre fatos, provas, finalidade dessas provas, chegando-se a conclusões, confirmações ou não de hipóteses (pretensões lançadas na causa), que estarão ligadas a um juízo de probabilidade tão eficiente capaz de corresponder à verdade daquele processo.

Não há como fugir, diante de tudo que já foi exposto, que a busca de provas dos fatos e a sua demonstração no processo enseja a elaboração de um juízo probabilístico acerca da suficiência ou não para amparar, por exemplo, uma condenação em um processo criminal.

Nesse ponto, FERRER BELTRÁN, na linha de Cohen, sustenta que a teoria mais adequada é aquela que defende a realização de um juízo de probabilidade “lógico ou indutivo”<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Explica GONZÁLES LAGIER: “En ocasiones, el enlace consiste en una máxima de experiencia, esto es, en una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios. Estas máximas de experiencia, por tanto, tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse en la mayor medida posible -dadas las circunstancias de la prueba- a la verdad acerca de los hechos que se infieren. Su fuerza viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan. En otras ocasiones, se trata de reglas (presunciones) dirigidas al juez que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (es el caso de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas). Estas reglas pueden tener como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son similares a máximas de experiencia, pero con rango normativo) o algún valor o principio que se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etc.). En el primer caso, su finalidad es también la averiguación de la verdad; en el segundo caso, su finalidad es la protección de ese valor o principio. Ahora bien, dado que son reglas o normas, en uno y otro caso su fuerza viene determinada -al menos en un primer momento- por el carácter normativo del Derecho” (GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013).

<sup>295</sup> Interessante ressaltar a observação de FERRER BELTRÁN ao citar a posição de SCHUM, distinguindo cinco grandes escolas de raciocínio probatório: “1) la escuela de Pascal/Bayes de la probabilidad y la incertidumbre, 2) la escuela de Bacon/Mill/Coehn de probabilidad inductiva, 3) la escuela Shafer/Dempster de las creencias no aditivas, 4) la escuela de Zadeh de la probabilidad y la inferencia fuzzy y 5) la escuela escandinava del valor probatorio. La tesis de Schum es que ninguna de ellas es capaz de dar cuenta de modo general del razonamiento probatorio, siendo cada una de ellas adecuada para algunos de los tipos de inferencia probatoria que componen esse razonamiento”. FERRER BELTRÁN, na mesma linha de Cohen, considera a probabilidade indutiva a tese mais adequada para a questão de valoração probatória (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120-121).

A prova é colhida ao longo de um processo judicial, sendo a sua finalidade a busca da verdade. Coletados todos os elementos probatórios, em que pese a valoração que possa ser realizada a cada ato, a cada etapa processual (*in itinere*), há o momento da efetiva elaboração do ato decisório, tanto na manifestação final de acusação e defesa, seja na sentença. Neste momento, então, caberá a determinação do grau de corroboração das possíveis hipóteses fáticas que estão em conflito na demanda judicial.

Como já podemos observar, a “verdade” no processo é alcançada mediante a adoção de concepções narrativas ou probabilísticas em que, tanto numa tese como na outra, uma versão possui maior sustentação e isso é o que dá força suficiente para a definição e julgamento da causa, seja numa posição que atenda à comparação de narrativas e definição pela mais coerente e verossímil, seja na posição que siga a linha probabilística matemática<sup>296</sup>.

No processo penal, a pretensão estatal lançada em juízo pelo Ministério Público será acolhida para efeito de prolação de um decreto condenatório ou, ao contrário, será rechaçada mediante decreto absolutório, tudo a depender da análise de, na maioria das causas judiciais, um emaranhado de informações e discussão de pontos de vista sobre a prova<sup>297</sup>.

Assim, as inferências probatórias culminam na busca de um julgamento que represente a “verdade” daquele processo, daqueles fatos, ou seja, do caso concreto, impondo-se um raciocínio lógico que faça a conexão entre fatos, provas e argumentos, possibilitando ou não, no campo processual penal, uma conclusão que aponte a suficiência probatória para dar sustentação a uma condenação.

Essa suficiência probatória dá-se pela verificação de que determinada hipótese apresentou maior grau de corroboração de seus elementos, atingindo, nesse mesmo patamar,

<sup>296</sup> Como refere GASCÓN ABELLÁN, “Existen al menos dos grandes modelos de valoración racional de la prueba: a) el primero está basado en la *aplicación de métodos o instrumentos matemáticos* al proceso de valoración; b) el segundo está basado en *esquemas de confirmación*. Ambos modelos corren paralelos a los dos grandes conceptos de probabilidad: la probabilidad matemática y la probabilidad inductiva. La *probabilidad matemática* se predica de *sucesos* y se interpreta en términos de *frecuencia relativa* de la clase de eventos a la que pertenecen, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática. El concepto de *probabilidad lógica o inductiva* se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad, y se predica de *proposiciones* y no de sucesos. Quizá debido al gran desarrollo alcanzado por el cálculo matemático de probabilidades, no faltan los planteamientos que entienden que este cálculo es un buen instrumento para dar también cuenta de los procesos de prueba judicial, aunque aplicando la probabilidad a proposiciones en vez de a sucesos<sup>16</sup>. Con todo, en el intento de racionalizar la valoración de la prueba (o de medir su grado de probabilidad), los modelos que más predicamento han alcanzado son los basados en esquemas de confirmación” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La prueba judicial: valoración racional y motivación**. Disponível em <[http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2013).

<sup>297</sup> Segundo ANDRÉS IBÁÑEZ, “apresentada a hipótese, a simples contestação desta e a (s) hipótese (s) alternativa (s), quando for o caso, desenvolve-se a atividade probatória: geralmente testemunhas, e também documentos, perícias, etc., todos examinados em contraditório. O objetivo desta fase é comprovar a hipótese da acusação, que se apresenta dotada, em princípio, de qualidade explicativa, pode ou não ser provada. (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181).

um grau de probabilidade que garanta a segurança necessária para o acolhimento de uma tese acusatória, transpondo os limites que são afirmados pelo princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo* (situação de dúvida).

Como refere FERRER BELTRÁN, lembrando Popper, em que pese a grande discussão sobre a impossibilidade de atingir a “verdade” de uma hipótese e, assim, de uma pretensão em um processo judicial, isso não afasta a capacidade de análise de todos os fatos e hipóteses investigadas e, então, que se possa preferir, racionalmente, uma certa hipótese em detrimento de outras, em face desta apresentar maior grau de corroboração<sup>298</sup>.

Volta-se à ideia da verdade “processual”, “científica”, ou seja, como nas palavras de GADAMER<sup>299</sup>, que signifique “desocultação” e que revele uma ideia de realidade, possibilitando uma definição pela confirmação de uma hipótese.

Para a realização dessa diferenciação, diante da problemática da adoção de critérios matemáticos, como já explanado, sendo uma concepção rechaçada pela grande maioria da doutrina continental (e também anglo-americana)<sup>300</sup>, resta a adoção de um juízo de probabilidade lógica ou indutiva, em que há a aplicação de um “método de indução eliminativo”, nos termos que seguem as ideias de Francis Bacon, conforme aponta COHEN, afastando-se da concepção probabilística matemática de Pascal<sup>301</sup>.

Nesse diapasão, COHEN<sup>302</sup> trabalha com a ideia de uma probabilidade indutiva na linha de Bacon, que não aceita a utilização de cálculos matemáticos para uma tarefa como a que é desenvolvida no raciocínio probatório jurídico.

Porém, como sustenta FERRER BELTRÁN, e como já se pode observar na discussão acerca dos modelos probatórios, isso também não quer dizer que a concepção de probabilidade indutiva baconiana, por não admitir cálculos matemáticos, categoricamente,

<sup>298</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91-92.

<sup>299</sup> Conforme GADAMER, “A verdade é desocultação. O sentido do discurso é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele. Alguém apresenta algo, que desse modo ali comunicado ao outro, do mesmo modo que está para este primeiro. Assim fala Aristóteles: um juízo é verdadeiro quando deixa e propõe uma reunião daquilo que está reunido na coisa; um juízo é falso quando deixa e propõe uma reunião no discurso daquilo que não está reunido na coisa. A verdade do discurso, portanto, determina-se como adequação do discurso à coisa, isto é, como adequação do deixar e propor, pelo discurso, a coisa proposta. Daqui surge aquela definição de verdade amplamente atribuída à lógica: *veritas est adaequatio intellectus ad rem*” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 61).

<sup>300</sup> ALLEN, Ronald J. **Evidence: text, cases, and problems**. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997; TWINING, William; STEIN, Alex. **Evidence and proof**. Aldershot: University Press, 1992; DENNIS, Ian H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002; TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

<sup>301</sup> COHEN, L. J. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 3-32. Ver também EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**: Spezialkommentar. 6. ed. München: C. H. Beck, 2008, p. 303-304.

<sup>302</sup> COHEN, L. J., op. cit., p. 245-281.

para definição de uma hipótese, não possa, às vezes, ser levada em conta como um reforço para comparar e graduar o suporte indutivo que conta cada uma das hipóteses para efeito de sua corroboração ou não, em que pese não se aceitar que isso possa ser, de maneira definitiva, quantificado numericamente<sup>303</sup>.

Assim, a probabilidade lógica ou indutiva é exemplificada na seguinte situação: três testemunhas afirmam ter visto João efetuar disparos de arma de fogo contra Pedro. A primeira testemunha afirma esse fato. É necessário inferir que João atirou em Pedro, sendo que isso dependerá da credibilidade do depoimento, pois a hipótese seria considerada falsa, se a testemunha mentisse ou apresentasse problemas graves de visão ou em razão das condições de visibilidade do local.

Dessa forma, os depoimentos das outras duas testemunhas, as quais também afirmam que viram João atirar em Pedro, servem como apoio indutivo à hipótese que se refere ao enunciado proposto, afastando hipóteses alternativas, que poderiam ser a mentira das testemunhas, a má percepção, problemas de visão. Nesse mesmo caminho, provas periciais poderiam reforçar a hipótese, avaliando a capacidade visual da testemunha ou as condições de visibilidade do local.

Verificada a prova do enunciado, permite-se, então, inferir que João disparou a arma contra Pedro, com um maior grau de probabilidade<sup>304</sup>.

Esse raciocínio probabilístico é realizado, portanto, ao longo da análise e cotejamento de cada elemento probatório, individualmente, assim como, em momento posterior, em seu conjunto, podendo verificar a fidelidade e credibilidade das provas produzidas separadamente, o que será fundamental para a valoração da prova, ao final, como um todo.

Seguindo essa mesma linha, GASCÓN ABELLÁN<sup>305</sup> aponta a utilização da inferência indutiva na atividade lógica de investigação e justificação no processo judicial, propondo um

---

<sup>303</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 122.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>305</sup> GASCÓN ABELLÁN ressalta, nesse aspecto, que “El esquema valorativo basado en el grado de confirmación entiende que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide aquí, no en términos de frecuencia relativa, sino de “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de una información. El esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible. Es cierto que las situaciones con que puede encontrarse el juez pueden ser muy distintas, por lo que hablar de “esquema de valoración”, sin más, seguramente constituya una simplificación excesiva. No obstante, esta simplificación permite aquí mostrar más claramente los criterios centrales de aceptabilidad de las hipótesis; es decir, las condiciones que autorizan a considerar verdadera la versión de los hechos que representan” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La prueba judicial: valoración racional y motivación**. Disponível em <[http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf)> Acesso em: 13 nov. 2013).

esquema valorativo do grau de confirmação de hipóteses, em que a probabilidade indutiva, na discussão e verificação das hipóteses que deverão observar pelo menos três requisitos:

a) não refutação da hipótese: não haver hipóteses alternativas que afastem a hipótese aventada ou que a contradigam;

b) confirmação da hipótese: uma hipótese vem confirmada por uma prova se existe um nexos causal ou lógico entre ambas (que é uma simples lei probabilística ou uma máxima de experiência) que faz com que a existência desta última constitua uma razão para aceitar a primeira, sendo a confirmação uma inferência indutiva, pois o grau de confirmação de uma hipótese é equivalente à probabilidade, ou seja, a credibilidade da hipótese à luz do conjunto de informações disponíveis. Esse grau de probabilidade é maior ou menor de acordo com as seguintes ideias:

b.1) fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expressado pelas regras e máximas de experiência usadas;

b.2) grau de certeza das provas que a confirmam;

b.3) número de passos inferenciais que separam as hipóteses das provas que a confirmam;

b.4) a quantidade e variedade de provas ou confirmações;

c) maior probabilidade do que qualquer outra hipótese sobre os mesmos fatos: importante adoção de um critério de coerência narrativa, sendo mais improvável a hipótese que exige pressupor um maior número de eventos e recorrer a um maior número de princípios explicativos auxiliares para permitir a coerência entre a hipótese e as provas<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Exemplifica GASCÓN ABELLÁN a seguinte situação: “Considérese, por ejemplo, el caso de una prostituta que recibe a los clientes en su habitación mientras su marido está en casa. Si estuviera en cuestión si el marido conoce tal actividad, podría pensarse (hipótesis-1) que sí, que está perfectamente al tanto de la misma y que nunca entra a molestar. Podría pensarse también (hipótesis-2) que el marido no se hubiese percatado de nada. Sostener esta segunda hipótesis exige, sin embargo, formular toda una serie de hipótesis suplementarias: que el marido nunca ha entrado en la habitación mientras su mujer estaba con otros, que jamás haya oído un ruido extraño, etc. Según el criterio de la coherencia narrativa, resulta menos improbable, y por tanto más racional, la primera hipótesis. Con todo, es posible que al final ninguna de las hipótesis en liza resulte suficientemente probada en detrimento de la otra, o que, siendo la probabilidad de una de ellas superior a la de la otra, esa probabilidad siga sin ser suficiente según los estándares institucionalmente exigidos (por ejemplo, mientras que en los procesos civiles suele bastar con una probabilidad *preponderante*, en los procesos penales suele exigirse un resultado *más allá de toda duda razonable*). La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de *reglas legales de decisión* que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El *in dubio pro reo* en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Prueba y verdad en el derecho**. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 75. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisos/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014).

Parte-se, portanto, de um raciocínio indutivo que visa à corroboração de hipóteses, que passam pela comparação, análise de probabilidade e, então, a definição sobre o fato individual ou conjunto de elementos.

ANDRÉS IBÁÑEZ também aponta a inferência indutiva como a forma de estruturação do raciocínio judicial sobre o acervo probatório, observando que ao terminar o processo de conhecimento dos fatos, o juiz formula uma hipótese de como os fatos realmente ocorreram, baseando sua decisão em graus de probabilidade de confirmação e, assim, a conclusão vai além das premissas dando um salto para frente, em termos de inferência e consequente análise final sobre o fato principal que está sendo debatido em juízo<sup>307</sup>.

Nesse mesmo sentido é a posição de FERRAJOLI, ao gizar que a inferência probatória realizada pelo juiz, ao fazer a reconstrução do fato histórico que se busca analisar no processo, a partir de um conjunto de provas, é um raciocínio indutivo, em que a conclusão tem o valor de uma hipótese de “probabilidade”, numa ordem de conexão causal entre o fato que será considerado aceito como prova e o conjunto de provas em geral. Como ressalta, “sua verdade não está demonstrada como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente comprovada como logicamente provável ou razoavelmente plausível” e seguindo princípios da indução<sup>308</sup>.

Desse modo, a construção de uma posição sobre as vertentes fáticas e probatórias no processo levam em conta inferências indutivas que adotarão determinada posição a partir da constatação de um maior grau de probabilidade da hipótese que conta com maior força de confirmação, o que lhe dá, então, a definição de “verdadeira”.

No campo da prova indiciária, como já pudemos ressaltar, não subsiste o certo preconceito que prevaleceu em determinado período histórico, pois o fato de ser uma prova

---

<sup>307</sup> Como observa ANDRÉS IBÁÑEZ, “acolher metodologicamente o caráter de inferência indutiva da averiguação dos fatos supõe ao mesmo tempo assumir um dado que, não obstante sua aparente objetividade, tem uma relevância que não deve desconhecer-se. Refiro-me ao dado de que com isso se situa reflexivamente o trabalho cognoscitivo do juiz a respeito dos fatos no âmbito das explicações probabilísticas, que são as que permitem afirmar algo, mas só, e se a derivação é correta ‘com um alto grau de probabilidade e, quiçá, com certeza prática’. Disso segue uma consequência que não se deve perder de vista: probabilidade implica uma margem de incerteza e de liberdade de eleição entre opções; quando esta conduz a decisões que afetam a bens pessoais extraordinariamente sensíveis, a incerteza implica, por sua vez, uma forma de poder. Um poder que, como inevitavelmente discricionário em algum grau, nunca será de todo controlável. Sendo assim as coisas, e para que essas margens de incerteza possam ver-se reduzidas tanto quanto seja possível, é fundamental que a inferência judicial tenha sempre um referente empírico bem identificável, que faça possível afirmar, com rigor, se as proposições relativas a ele são verdadeiras ou falsas” (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95-97).

<sup>308</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 44.

indireta, tudo dependerá da força probatória dos indícios e o grau de probabilidade que as inferências poderão levar à formação do juízo de valor que será lançado pelo juiz<sup>309</sup>.

Se na prova direta, considerada, por exemplo, por um depoimento de testemunha presencial de um crime de homicídio, essencialmente, o valor do depoimento dependerá muito do grau de coerência do relato e, também, da credibilidade da própria testemunha, fatores que obrigam a realização de inferências no decorrer da coleta da própria prova testemunhal.

Assim, se, em tese, neste processo hipotético de homicídio, a testemunha diz que viu João matar Pedro a facadas, muitas questões serão discutidas para verificação prévia da validade deste depoimento, tais como se a testemunha é isenta, se estava mesmo no local, quais as condições de visibilidade no local, se a testemunha está mentindo, etc., sendo questões que intrinsecamente se debruçam nessa espécie de prova direta.

Na prova indiciária, tal questão também ocorre, pois em depoimentos de testemunhas sobre fatos periféricos, que cercam o fato principal, como o testemunho de alguém que viu o suspeito saindo do local do crime com uma faca ensanguentada nas mãos, impõe-se, também, o debate sobre coerência e credibilidade, fatores que são fundamentais para a validade da inferência no sentido de confirmação da hipótese acusatória ventilada na denúncia contra o acusado.

Além disso, o cotejamento com outras provas documentais, periciais, detalhes colhidos por prova digital, questões diversas que possam afirmar a autoria do crime, por exemplo, são fechadas por inferências diversas, que são, como vimos, verificadas, individualmente, em cada resultado acerca de cada meio probatório, para posterior análise conjunta final, permitindo a formação de um juízo de valor derradeiro sobre a causa.

Diferentemente da prova direta, em que o juiz absorve o conteúdo expressado pela testemunha ou outro meio probatório, tendo uma relação causal imediata de acordo com a expressão identificada desta prova, na prova indiciária as inferências são sucessivas no sentido de “cercar” a hipótese sustentada, levando-a ao maior grau de probabilidade de confirmação pelo valor do todo ao considerar cada peça do acervo probatório<sup>310</sup>. Constitui, assim, um somatório de inferências diante dos fatos, argumentos, provas que permite chegar a

---

<sup>309</sup> Lembra MESQUITA que “a centralidade da livre convicção que determina a simples indicação de bases gerais de cognição judicijaria, as regras de experiência e a livre convicção, sem fixar coordenadas abstractas em termos de processos inferenciais, optando-se, nomeadamente, por não discriminar entre inferências directas ou indirectas” (MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no proceso penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 360).

<sup>310</sup> TWINING, William; ANDERSON, Terence. **Analysis of evidence**: how to do things with facts. London: Weindenfeld and Nicolson, 1991, p. 386.

um denominador comum e, assim, uma valoração da hipótese à conclusão por sua validade ou não.

Como vimos, esse caminho cognitivo deve levar em conta tanto os apontamentos sobre a forma como se desenvolve o raciocínio humano e os riscos que advém de prejulgamentos, influências descontextualizadas, uma posição já definida por critérios outros que não a própria estrutura probatória constante no processo. Por outro lado, a inferência indutiva que procura a confirmação de determinada hipótese é a forma de buscar aquilo que comumente se fala nos processos indiciários, ou seja, a montagem de um “quebra-cabeça”<sup>311</sup>, única forma de poder-se chegar à conclusão, a qual, na grande maioria dos casos, necessita um maior trabalho mental em termos de comparação, análise e formação do juízo de convicção.

A construção do raciocínio, a análise acurada dos fatos e das provas, as inferências para a confirmação das hipóteses, sem dúvida, no campo da prova formada por indícios é um caminho obrigatório para evitar erros e, assim, poder-se falar em superação da presunção de inocência e constatação de um grau de suficiência probatória, ensejando o convencimento do julgador por uma condenação legítima, amparada em fatos concretos e provas. Isso, sem dúvida, somente ocorrerá com um *standard* de prova altamente exigente para permitir uma condenação.

Nesse contexto, uma outra questão é importante de ser analisada, que diz respeito à produção da prova indiciária no processo, o que impõe analisar o ônus probatório, que traz uma discussão relevante sobre *standards* de prova, o princípio acusatório e a relevância da questão das inferências diante da argumentação apresentada no processo penal, ainda mais em caso de prova indiciária. Em cima da ideia de corroboração, confirmação de hipóteses, integra-se o trabalho estratégico e argumentativo, além da necessidade de provar.

### 4.3 Prova indiciária e ônus da prova

A prova indiciária, por ser espécie de prova indireta, depende ainda mais do grau de precisão das inferências probatórias para evitar julgamentos injustos. Verificou-se que seja qual o modelo probatório utilizado, a questão cognitiva, em si, já merece todo o cuidado possível para formação de um juízo de valor isento e adequado, sendo que, no processo

---

<sup>311</sup> GORPHE, citando RITTLER, especificamente sobre a prova indiciária e sua valoração, faz uma comparação com um jogo de “palavras-cruzadas”, em que há necessidade de um encaixe entre estas, em todos os sentidos, para haja um desfecho lógico e, assim, se possa chegar a uma conclusão adequada e inteligível (GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 302).

judicial, a comparação de hipóteses visando à confirmação e determinação de uma “verdade processual”, afirmada por um juízo de probabilidade, é fundamental.

Entretanto, deve-se identificar a tensão que existe entre essas hipóteses: a primeira delas, como aponta ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>312</sup>, é a versão da acusação, formulada a partir de uma investigação estatal (polícia ou Ministério Público) e que será afirmada na acusação formalizada em juízo contra o réu.

No processo penal, no conflito entre a pretensão punitiva estatal e os direitos e garantias individuais do cidadão, numa linha democrática e adequada à Constituição, princípios básicos como ampla defesa, contraditório, devido processo legal, serão fundamentais para garantia de um processo justo e legítimo.

Por outro lado, uma acusação é uma “hipótese” de que os fatos tenham acontecido naqueles termos denunciados pelo Ministério Público, o que deverá ser posto em cheque e profundamente debatido durante o trâmite do processo, porém, com a observância do princípio da presunção de inocência. Se a hipótese não restar comprovada ou houver dúvida intransponível, o acusado deverá ser absolvido.

Essa tensão de interesses leva à discussão da questão sob alguns marcos interpretativos e principiológicos:

a) o reconhecimento da presunção de inocência como garantia de um processo justo e democrático, com todos seus corolários, tais como direito ao silêncio, direito a não-autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*);

b) regras de ônus da prova que não violem as garantias do acusado, devendo a acusação provar o conteúdo de sua denúncia contra o réu, não se impondo à defesa a obrigação de produção de prova da inocência;

c) uma condenação, para ser legítima, deve estar amparada em um acervo probatório que seja capaz de transpor as dúvidas existentes e que se extraem do choque de versões e argumentos, vencendo o *in dubio pro reo* e havendo, no processo, “prova acima de dúvida razoável”.

No campo da prova indiciária, como se pode ver, a formação da convicção ocorre por inferências que se relacionam a fatos conhecidos (provados) para buscar conclusões sobre um fato principal que se quer demonstrar.

Em caso de um homicídio, como, por exemplo, o narrado no “Caso Joana”, a prova da materialidade e da autoria do crime, bem como do elemento subjetivo do tipo, encontram-se

---

<sup>312</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 180-181.

em um grau de tensão elevado. A inexistência do cadáver da vítima, a negativa de autoria por parte dos acusados, a negativa do *animus necandi*, são questões que, inexistindo prova direta, vão ensejar profunda reflexão sobre as provas e uma grande responsabilidade na formação de um juízo definitivo, pois serão inúmeras inferências lógicas que serão exigidas para cada prova e, depois, para análise conjunta. Ademais, punir por homicídio, um crime que é apenado com sanções severas e elevadas, sem o encontro do cadáver da vítima, obriga a um cuidado extremo e uma investigação dos elementos probatórios em todos os detalhes.

Necessariamente, deve-se analisar, então, como ocorre essa distribuição do ônus da prova no processo penal, pois, ainda mais em um caso baseado em indícios, os fatos serão fonte de grande aporte argumentativo, de convencimento, de persuasão, impondo, na grande maioria das vezes, um trabalho lógico-mental extremamente delicado.

#### 4.3.1 Produção da prova indiciária e sistemas processuais penais

A discussão sobre o ônus da prova tem direta relação com o sistema processual que é adotado em determinado Estado.

No caso de Portugal, a doutrina reconhece a adoção de um sistema processual acusatório mitigado pelo princípio da investigação (acusatório misto ou eclético), em que a produção da prova fica a cargo da acusação, porém, é admitida a intervenção pelo juiz, conforme previsão do artigo 340º do CPP português<sup>313</sup>.

No sistema brasileiro, da mesma forma, é adotado o sistema acusatório, porém com a mitigação prevista, expressamente, no artigo 155 do CPP.

Cabe ao Ministério Público produzir a prova da responsabilidade criminal do acusado, excepcionando-se, entretanto, em algumas situações, que o próprio juiz intervenha e possa buscar as provas para formação de sua convicção<sup>314</sup>, de acordo com o princípio da investigação, inserido no sistema acusatório misto.

---

<sup>313</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 187-210; NEVES, Rosa Vieira. **Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra, 2011; LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar**. Coimbra: Almedina, 2011. SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 61: “o processo penal, como expressamente consta da Lei de Autorização Legislativa (art. 2º, al. 4), é um processo de estrutura basicamente acusatória integrada pelo princípio da investigação judicial”. Já SOUSA MENDES, fazendo análise no direito comparado, observa a existência de um sistema misto, além de Portugal, na Alemanha, Itália, França, Espanha, Brasil (MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 32).

<sup>314</sup> Ver BACHMAIER WINTER, Lorena. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008; PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Por outro lado, ao réu, presumido inocente, não recai ônus de provar sua inocência, pois o processo é iniciado sob a égide da probabilidade, da hipótese, em que, se a acusação não logrou êxito em demonstrar a culpa do acusado, não se pode impor que este seja obrigado a fazer qualquer tipo de prova para ser declarado inocente e ser, assim, absolvido.

Todavia, a questão não é tão simples como pode parecer, pois como já se observou, os enunciados fáticos e argumentos que são lançados em um processo, com a finalidade de convencimento do juiz, deverão, em muitas situações, gerar uma zona de tensão, em que a defesa pode ser instada a demonstrar a força de sua argumentação, de maneira a convencer o julgador. As inferências lógicas, a sustentação de graus de probabilidade quanto a sua tese, os pontos de vista de acusação e defesa que entram em choque, a persuasão do julgador, são a realidade do processo penal.

No processo civil, há a regra geral de que a prova cabe a quem alega. Ao autor, então, caberia provar os fatos constitutivos de sua pretensão, enquanto ao réu surge o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do autor. Tal modelo não pode ser trazido para o processo penal, pois o princípio da presunção de inocência impede essa situação, de modo a preservar o bem jurídico liberdade individual diante do poder investigatório estatal.

No caso de uma alegação de legítima defesa, não pode o mero fato de entender-se não suficientemente provada a excludente de ilicitude no caso concreto para ensejar a prolação de um decreto condenatório. Ora, este deve ser resultado da prova acusatória, lastreada em elementos sólidos e suficientes, capazes de afastar qualquer dúvida sobre a imposição da condenação ao acusado.

Assim, a ideia central é que o ônus da prova em processo penal recai sobre a acusação, devendo o Ministério Público comprovar a responsabilidade criminal do acusado, vigorando o princípio da presunção de inocência como um fiel da balança, não deixando recair o ônus à defesa. Porém, alguns aspectos merecem maior análise e aprofundamento, como será abordado em seguida.

Na seara da prova indiciária, a questão desenvolve-se da mesma forma, porém não se perde de vista que, sendo uma prova lastreada em inferências que decorrem de diversos fatos e fatores, razão pela qual há um histórico preconceito contra tal espécie de prova, maior a responsabilidade de demonstração dos fatos e, sobretudo, da necessidade de convencimento do julgador pelos argumentos e versões apresentadas sobre estes próprios fatos.

Nesse ponto, entram certas questões que são pouco debatidas na doutrina e na jurisprudência portuguesa e brasileira, mas que se encontram muito desenvolvidas no direito

anglo-americano, as quais possuem importante relação com a questão da argumentação que é feita com base em inferências lógicas e terão bastante relevância na discussão sobre o ônus da prova, pois, em que pese a definição jurídico-legal sobre a questão, não se perde de vista o caráter dialético do processo e as consequências que podem advir do confronto argumentativo sobre as provas.

### 4.3.2 Sistema continental e sistema anglo-americano de ônus da prova

#### 4.3.2.1 Aspectos gerais

No direito processual penal português, tal como ocorre no Brasil, a regra é de que o ônus da prova recai sobre a acusação, a qual deverá comprovar a responsabilidade penal do acusado. Fala-se, inclusive, em um princípio da objetividade que se aplica ao Ministério Público, que não possuiria, verdadeiramente, um ônus, já que adstrito à legalidade e oficialidade de sua acusação, buscando uma decisão justa, o que não importa apenas em condenação, mas, sim, também, na absolvição do réu<sup>315</sup>.

Por outro lado, nos sistemas jurídicos, de modo geral, segue-se a previsão do princípio da presunção de inocência, positivado no artigo 6º, n.º 2º, da CEDH, e afirmado na jurisprudência do TEDH.

Parte da doutrina e da jurisprudência em Portugal segue a linha de que no processo penal, de modo oposto ao processo civil, a discussão do ônus da prova não teria maior relevância, pois se houver dúvida sobre a veracidade da hipótese acusatória, a decisão absolutória seria o corolário lógico pela aplicação da presunção de inocência<sup>316</sup>.

A possível divisão no ônus probatório entre acusação e defesa perderia maior relevância, pois é pressuposto básico que em um Estado democrático, não cabe ao réu provar que é inocente, mas, sim, pelo contrário, deve o Estado demonstrar, de forma cabal, a culpa do réu. Se o Estado não o fizer, mesmo que o acusado tenha exercido seu direito de

---

<sup>315</sup> SOUSA MENDES lembra, nesse aspecto, o entendimento de que no processo penal português, o Ministério Público deve ser considerado uma “parte imparcial”, como já alertava Cavaleiro de Ferreira (MENDES, Paulo de Sousa. Lições de direito processual penal. Coimbra: Almedina, 2013, p. 119). Também, GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **A prova do crime: meios legais para a sua obtenção.** Coimbra: Almedina, 2009, p. 51.

<sup>316</sup> SILVA refere: “o princípio da presunção de inocência é também um princípio de prova, segundo o qual um *non liquet* na questão da prova deve ser sempre valorado a favor do arguido. Sendo assim, a questão do ônus da prova não tem relevância em processo penal, a dúvida sobre os factos resolve-se em função do princípio da presunção de inocência (in dubio pro reo)” (SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal.** v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 51).

permanecer calado, não tendo produzido qualquer espécie de prova no processo, a absolvição seria medida imperativa.

Na doutrina portuguesa, como afirmam FIGUEIREDO DIAS, ALBUQUERQUE, FARIA COSTA, SILVA, CAVALEIRO DE FERREIRA, dentre outros, a relação entre ônus da prova e presunção de inocência é uma forma de preservar essa garantia individual do acusado<sup>317</sup>. Nesse mesma esteira, a doutrina brasileira, com BONFIM, TOURINHO FILHO, FERNANDES, aponta por este papel delimitador do ônus da prova pela presunção de inocência, em que não se pode exigir do acusado fazer prova de sua inocência<sup>318</sup>.

Na Alemanha, igualmente, a situação não é diferente, de acordo com ROXIN, VOLK, MEYER-GOSSNER, JOECKS, dentre outros<sup>319</sup>.

A posição adotada, avaliando-se por uma ótica geral, impediria que se tivesse a inversão do ônus da prova em processo penal (adoção de presunções no campo probatório) ou a obrigação de a defesa provar causas justificativas ou exculpantes, como legítima defesa, álibi, etc., em que o réu alega uma versão que confronta a acusação com tese totalmente oposta.

Porém, tais questões já não são tão pacíficas, pois, por exemplo, por muito tempo na jurisprudência brasileira a posição que vigorava era de que se o álibi afirmado pelo réu não fosse plenamente comprovado, haveria uma “presunção de autoria”; ou que a legítima defesa deveria ser amplamente comprovada pelo réu; ou que a apreensão do produto do crime de furto na posse do acusado inverteria o ônus da prova. Mesma situação é constatada em diversos países europeus<sup>320</sup>.

Na realidade, não se pode deixar de considerar que o ônus é da acusação e esta é que tem a obrigação de demonstrar e comprovar a materialidade, a autoria, o elemento subjetivo do tipo, bem como as circunstâncias que qualificam o crime ou agravam a pena.

---

<sup>317</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011; COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005; SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008; FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. v. 2. Lisboa: Serviço Social da Universidade de Lisboa, 1970.

<sup>318</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>319</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012; VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010; MEYER-GOSSNER, Lutz. **Strafprozessordnung**. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011; JOECKS, Wolfgang. **Strafprozessordnung: Studienkommentar**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2011. Ver também: GOMEZ COLOMER, Juan-Luiz. **El proceso penal alemán: introduction y normas básicas**. Barcelona: Bosch, 1985, p. 131-132; BOHLANDER, Michael. **Principles of German criminal procedure**. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 143-144.

<sup>320</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 623-625.

A questão da obrigação de a defesa demonstrar o álibi ou a legítima defesa, ou explicar de modo satisfatório os motivos da posse da *res furtivae* pelo réu, na realidade, não podem ser levadas em consideração nesses termos categóricos, tanto frente ao princípio da presunção de inocência, como por questões de lógica, que, por máximas de experiências, terão influência no manejo das regras sobre o ônus da prova.

O assunto, então, gira em torno do convencimento, da avaliação, da formação do juízo de convicção, a partir da persuasão argumentativa que pode adentrar na discussão sobre tudo aquilo que já se viu quanto às narrativas processuais, a confirmação de hipóteses, a análise no campo das probabilidades, para gerar uma conclusão sobre determinada demanda judicial. A questão, assim, é muito mais complexa. Em processo penal, embora o aspecto delimitador do princípio da presunção de inocência, não se há de confundir com as controvérsias existentes sobre as alegações, as vertentes argumentativas, que buscam tensionar as teses que possam surgir no processo penal entre acusação e defesa, tudo para a persuasão do julgador.

No sistema anglo-americano, nesse sentido, há amplo desenvolvimento da matéria, que divide o ônus da prova (*burden of proof*), em “*burden of production*”, “*burden of persuasion*”, “*tactical burden*”, muito pelo “*adversarial system*”, em que as partes do processo, acusação e defesa, disputarão suas teses em um contexto teórico-prático distinto do sistema processual continental<sup>321</sup>.

Porém, mesmo sendo a aplicação do princípio da presunção de inocência uma realidade que protege os direitos e garantias individuais e a utilização do *standard* de que para uma condenação deve haver “prova acima de dúvida razoável”, concepções consagradas no direito anglo-americano, não se perde de vista que a matéria relacionada ao “*burden of proof*” representa um ponto altamente debatido na doutrina, em que as espécies de ônus da prova são diferenciadas no campo da necessidade de produção, tática e persuasão, estudo que pode trazer interessantes ponderações no sistema continental, mesmo que se tenha um sistema diferente (acusatório misto) do anglo-americano.

---

<sup>321</sup> Ver DAMASKA, ao alertar que “continental criminal law is said to have abandoned guilt presumptions in the course of the last century. Devices resembling affirmative defenses were also discarded in the belief that they were better suited to the private rather than public law style of litigation. As these differences between the two systems clearly affect the prosecutor's burden of proving guilt, it is tempting to assume that presumptive devices and affirmative defenses on the common law side counteract any greater burdens initially placed on prosecutors in the Anglo-American legal system”. Exemplifica o caso do crime de embriaguez ao volante de veículo automotor, em que a quantidade de álcool no sangue é medida por aparelho específico (DAMASKA, Mirjan R. **Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure**: a comparative study. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss_papers)>. Acesso em: 11 fev. 2014).

#### 4.3.2.2 Ônus da prova: ônus de produção, de persuasão e tático

O ônus da prova constitui o encargo que recai sobre determinado sujeito do processo, de demonstrar a veracidade dos fatos defendidos em sua tese<sup>322</sup>.

Se na grande parte do direito continental as questões sobre o ônus da prova são desenvolvidas pela sua relação com o princípio da presunção de inocência que vigora no processo penal, no sistema anglo-americano, como frisamos, há algumas características especiais, amplamente aprofundadas na doutrina e na jurisprudência.

Em que pese a adoção do sistema *adversarial*, diferente do sistema acusatório da maioria dos países continentais, a abordagem do ônus da prova no sistema anglo-americano traz pontos que são de extrema relevância técnico-jurídica.

O ônus da prova (*burden of proof*) é dividido em “ônus de produção” (*burden of production* ou *evidential burden*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion* ou *persuasive burden*)<sup>323</sup>. Alguns doutrinadores ainda referem o *tactical burden*, que também, por vezes, é tratado como corolário do *burden of production*.

---

<sup>322</sup> Como explica INGRAMM, “The term 'burden of proof' imports the duty of ultimately establishing any given proposition. This phrase marks the peculiar duty of him who has the risk of any given proposition on which the parties are at issue, who will lose the case if he does not make this proposition out, when all has been said and done” (INGRAMM, Jefferson L. **Criminal evidence**. 9. ed. Washington: Lexis Nexis, 2007, p. 44. Já segundo WALTON, “*burden of proof* is defined as an allocation made in reasoned dialogue which sets a strength (weight) of argument required by one side to reasonably persuade the other side. Making this definition useful presupposes prior definition of the concept of reasoned dialogue, and, in particular, the concept of persuasive reasoned dialogue” (WALTON, Douglas. **Burden of proof**. Disponível em <file:///C:/Users/Marcio/Download/s/79e4150c5fdd965e7e.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013).

<sup>323</sup> Conforme McNAUGHTON, “Burden of Persuasion. One party, it is said, has the burden of persuasion as to the existence of a fact. This in recent years has been interpreted to mean that one party has the risk of nonpersuasion to some predetermined degree of probability, the degree always being in excess of 50 per cent. But a jury determination of the degree of probability of the existence of a fact necessarily implies a simultaneous determination of the complementary degree of probability of the nonexistence of the fact. Does it not follow that both parties have risks of nonpersuasion as to an issue? Burden of production has two meanings. In its first meaning, burden of production describes a standard: evidence which would justify a reasonable jury in finding the existence or nonexistence of the fact must be adduced if a judicial ruling for the other party is to be avoided. The standard, as in the case of the burden of persuasion, applies to both parties. It describes the risk of nonpersuasion of the judge that the burden of persuasion of a reasonable jury may have been fulfilled. In its second meaning, burden of production describes the onus cast upon one party or the other during the trial by a comparison of the above standard with the evidence actually adduced. The onus can of course be on only one party at a time” (McNAUGHTON, John T. **Burden of production of evidence: a function of a burden of persuasion**. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1337319?uid=3737664&uid=2&uid=4&Sid=21103676348303>>. Acesso em: 30 abr. 2013. Veja-se também: LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal procedure**. St. Paul: West Publishing, 1985, p. 458-460. MURPHY, Peter. **Murphy on evidence**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 76-80; KIRALFLY, Albert. **The burden of proof**. London: Professional Books, 1987, p. 12-18; GASKINS, Richard H. **Burdens of proof in modern discourse**. New Haven: Yale University Press, 1992.

O *burden of persuasion* constitui no encargo que as partes detêm no sentido de demonstrar a força e veracidade de sua argumentação no processo e, assim, conseguir o maior grau de convencimento do julgador sobre sua versão dos fatos e tese desenvolvida ao longo do trâmite processual.

Essa espécie de ônus é tratada como *risk of non-persuasion*, pois, nesse ponto crucial, importa a força de persuasão dos argumentos sobre as provas, de maneira a garantir o ganho de causa, pois, caso contrário, não conseguindo atingir um grau de persuasão exigido para o caso, a parte correrá sério risco de sair derrotada no curso da demanda judicial<sup>324</sup>.

Assim, à acusação cabe provar a culpa do réu “acima de qualquer dúvida razoável”, devendo demonstrar, pela discussão dos elementos probatórios que constam no processo, o grau de probabilidade (que represente um juízo de certeza) que supere a presunção de inocência e possa ensejar uma condenação.

Por outro lado, o *burden of production* diz respeito ao encargo que recai às partes de apresentarem as provas no processo. Se a acusação busca demonstrar que o réu matou, dolosamente, a vítima, deve demonstrar a prova da morte da vítima e a intenção do acusado em produzir, de forma intencional, esse resultado.

De outra banda, a defesa pode tanto produzir elementos probatórios para refutar as provas e argumentos acusatórios ou, mesmo, apresentar provas que sustentem sua tese ou versão dos fatos.

Já o *tactical burden* refere-se ao aspecto estratégico de produção de prova, em que a sua apresentação durante o processo constitui uma ação tática de tentar afastar ou rebater uma suposta vantagem da parte contrária.

Seria algo diferente do *burden of production*, pois vai além da ideia de produção mínima de uma linha probatória a sustentar uma versão sobre os fatos, mas, sim, dar uma conotação estratégica durante o trâmite processual na busca do ganho da causa, com adoção de uma nova linha probatória, sob pena de não ter sua pretensão reconhecida pelo julgador<sup>325</sup>.

A acusação, portanto, tem o ônus de produzir a prova necessária para demonstrar que o acusado cometeu o crime, sendo essa prova capaz de convencer o julgador (juiz ou jurados) de que o réu é “culpado acima de dúvida razoável” (*guilt beyond a reasonable doubt*). Essa

---

<sup>324</sup> Veja-se WILLIAMS e JONES, tratando das estratégias e táticas que são utilizadas no júri, que denominam “Courtroom as a social influence arena” (WILLIAMS, Kipling D.; JONES, Andrew. Trial strategy and tactics. In: BREWER, Neil; WILLIAMS, Kipling D. **Psychology and law: an empirical perspective**. New York: 2005, p. 276-321).

<sup>325</sup> Sobre uma análise do ônus da prova, relacionando-o com o direito anglo-americano, ver MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 216-217.

prova diz respeito a todos os elementos do crime, objetivos e subjetivos, que constituem a pretensão punitiva estatal no caso concreto.

Por sua vez, a defesa, pelo reconhecimento da presunção de inocência, não tem a obrigação de produzir prova em contrário, porém, tudo dependerá, evidentemente, do peso e força da prova acusatória, trazendo a necessidade de produção de provas. Nesse caminho, a defesa pode negar a autoria do crime, apresentando um álibi; alegar causas excludentes de ilicitude (p. ex., legítima defesa) ou culpabilidade (coação moral irresistível), negar o dolo na prática do delito, alegar insanidade mental, etc., teses que refutam a acusação, mas que, como se disse, dependerão, em muitos casos, de uma contraprova, ou seja, provas que rebatem a acusação.

O que se vê no direito anglo-americano, por outro lado, é que o *standard* de prova para a condenação no processo criminal consiste em haver provas “acima de dúvida razoável”, impondo-se à acusação a produção dessa prova, também capaz de convencer o julgador, sendo que à defesa, mesmo que apresente provas com caráter justificante ou exculpante, o *standard* é no nível do “balanço de probabilidades”<sup>326</sup>, ou seja, bem menos exigente.

Uma defesa considerada “afirmativa”<sup>327</sup>, em que há a alegação de álibi ou legítima defesa, em que pese a aplicação do princípio da presunção de inocência e trabalhar-se com a concepção de que, para ser prolatado um veredicto condenatório, é imperativa a existência de prova acima de dúvida razoável, torna-se necessário que a defesa consiga colocar a probabilidade que levaria à condenação (teor alcançado pelo trabalho da prova acusatória) em cheque, pela produção de prova contrária ou por sua força de neutralizar a argumentação acusatória. Assim, a defesa possui esse encargo a partir do momento que passa a rebater os argumentos articulados pela acusação e seu material probatório, sendo que a presunção de inocência apenas diminui o grau de probabilidade que se exige dessa prova defensiva para efeito de convencimento.

---

<sup>326</sup> DOAK e MCGOURLAY traz um exemplo de advertência feita pelo juiz aos jurados, antes da votação se o réu é culpado ou inocente, explicando como deverão os jurados proceder no momento do julgamento: “If the prosecution has not made you sure that the defendant has (set out what the prosecution must prove), that is na end of the matter and you must find the defendant ‘not guilty’. However, if and only if, you are sure of those matters, you must consider whether the defendant (e. g., had a reasonable excuse etc. for doing what he did). The law is that it is a matter for him to prove on all the evidence; but whenever the law requires a defendant to prove something, He does not have to make you sure of it. He has to show that is probable, which means it is more likely than not, that (e. g. he had reasonable excuse etc. for doing it). If you decide that probably he did (e. g. have a reasonable excuse etc. for doing it), you must find him ‘not guilty’. If you decide that he did not, then proving that prosecution has made you sure of what it has to prove, you must find him guilty” (DOAK, Jonathan; MCGOURLAY, Claire. **Evidence in context**. 3. ed. New York: Routledge, 2012, p. 64). Veja-se, ainda: MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 79.

<sup>327</sup> THOMPSON, Alan. **An introduction to criminal evidence: a casebook approach**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 65-75.

Resumindo, é a acusação que necessita convencer e comprovar a responsabilidade criminal do acusado, possibilitando a formação de um juízo de certeza pelo julgador. Para a defesa, se a sua prova alcançar o nível de minar a versão acusatória e gerar um estado de dúvida no julgador, já bastará para a prolação de um juízo absolutório.

Por isso, vê-se a relação entre fatos, provas, inferências, probabilidades e ônus na prova na questão do processo criminal, sendo essencial que alguns “dogmas” que acabam sendo criados e gerando resultados possivelmente injustos e, sobretudo, sem legitimidade, sejam revistos. O caráter dialético do processo, todas suas nuances, seja no campo das formalidades legais e garantias do réu, mas, por outro lado, na área da argumentação e formação do juízo de convicção, interligam-se com questões profundamente complexas como verdade, certeza, probabilidades e disso decorrem a condenação ou a absolvição.

Assim, a discussão sobre o ônus da prova é de extrema relevância no processo penal, pois posições que sustentam a existência do ônus da defesa comprovar sua tese “afirmativa”, também consideram que, improvada tal versão, não se pode admitir uma condenação automática, mas dependerá, obviamente, da conjugação dos elementos probatórios trazidos ao processo pela acusação.

PRAKKEN e SARTOR chamam à atenção que, em um caso de homicídio, por exemplo, se a defesa alegar a tese de legítima defesa, terá o ônus de produzir prova dessa excludente, mas até o sentido de gerar dúvida, enquanto a acusação terá que demonstrar que essa possível dúvida não é “razoável”, devendo ser afastada<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> PRAKKEN e SARTOR afirmam: “In criminal cases the burdens of production and persuasion on an issue can be on different parties, since the principle according to which one cannot be convicted unless one’s guilt is proved also covers the non-existence of exceptions preventing such guilt. More precisely, this principle implies that the accused has to be acquitted when there remains reasonable doubt concerning the existence of such an exception (for instance, self-defence in a murder case), so the prosecution also has the burden of persuasion for the non-existence of such exceptions. In other words, in criminal cases the prosecution has the burden of persuasion not only for the legal operative facts for a claim (say, for murder that there was a killing and that it was done with intent) but also for the nonexistence of exceptions (such as that the killing was not done in self-defence). However, for the burden of production this is different: the prosecution has this burden only for the legal operative facts (in our murder example ‘killing’ and ‘intent’); for the exceptions the burden of production is on the defence. As Spencer and Spencer (2007, Chapter 2) say”, in the British legal system: “the prosecution cannot be expected to put up evidence to anticipate every specific defence the accused may present; thus in order to plead self-defence the accused will have to provide some evidence to enable the court to consider the matter.” So in our murder case example the defence must produce evidence that he acted in selfdefence but once he has produced such evidence, the prosecution has the burden of persuasion that there was no self-defence. Similarly, in the Italian legal system, the accused has the burden of producing evidence sufficient to create such a doubt on the existence of a cause of justification, while the prosecutor then has the burden of persuading the court that the cause of justification does not exist (see Tonini 2007, 311, who grounds this conclusion on art. 530 of the Italian Code of criminal procedure, specifying that the judge has to acquit the accused person in case there is doubt on the existence of a cause of justification). In sum, in criminal proceedings the two burdens go together only for operative facts; for exceptions they are separated” (PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. More on presumptions and burdens of proof. *EUI Working Papers Law*, San Domenico di Fiesole, n. 30, 2008, p. 01-11).

O ônus da prova, assim tem níveis distintos em relação ao *standard* de prova, dependendo se acusação ou defesa. Se o réu alega um alibi, porém não o comprova, a sua condenação não pode decorrer a título de uma “presunção de autoria”, “presunção de confissão”, mas em razão de que a tese defensiva não conseguiu abalar a solidez da prova acusatória que apontava o réu como o autor do crime<sup>329</sup>.

Na realidade, alguns falam até mesmo na “inversão do ônus da prova” em situações como essas, de alibi não provado, apreensão de objetos do crime na posse do acusado<sup>330</sup>, porém, diante da presunção de inocência que vigora no sistema processual penal (com força normativa constitucional<sup>331</sup>), é muito extrema essa concepção, pois o trabalho defensivo vem no sentido de abalar os argumentos acusatórios, neutralizá-los, no mínimo, o que diminuindo a probabilidade de certeza da versão acusatória, levará à aplicação do *in dubio pro reo* e absolvição. No caráter persuasivo, obviamente, o alibi improvado causará um profundo abalo na tese defensiva, que, diante de provas firmes da acusação, terá efeito de reforçar o poder de convencimento da hipótese acusatória e, portanto, a conclusão da veracidade da tese do Ministério Público<sup>332</sup>.

<sup>329</sup> Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães que enfrenta a questão nesse sentido, por exemplo: “Sendo o arguido encontrado na posse de arma proibida e alegando que a tinha encontrado e que tencionava entregá-la de seguida à polícia, caber-lhe-á fazer a prova desse alibi modelo, superando a convicção mais lógica da tese acusatória ou, pelo menos, lançando sobre ela alguma dúvida, o que, no entanto, não foi feito. Na verdade tal versão, se bem que não sendo completamente inverosímil, só pode ter sido o resultado de uma série de sucessivas coincidências que, naturalmente, só deverão ser aceites se cabalmente demonstradas. Tais coincidências começam no facto de alguém ter deixado ou ter perdido a arma no local onde alegadamente diz que a encontrou e continuam pelo facto de ter sido o recorrente e não qualquer outro passante a encontrá-la, pelo acaso de ter resolvido guardá-la para alegadamente a entregar à polícia e terminam pela coincidência de ter havido a intercepção da polícia pouco tempo depois. Nessa perspectiva, e atendendo à necessidade de verificação do supra referido conjunto de coincidências, compreende-se perfeitamente uma maior exigência do tribunal para acreditar na sua verificação simultânea, a qual, segundo as regras da experiência comum, não se mostra nem muito, nem nada, provável” (Ac. n. 31/04-1, TRG, Rel. Anselmo Lopes, julgado em 06.10.2004. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 13 mar. 2014).

<sup>330</sup> “Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Júri: Soberania. CF, art. 5º, XXXVIII. CPP, art. 593, III, d. Alibi: ônus da prova. CPP, Art. 15. (...) Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de alibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156) (STF, HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 16.08.1994); “Habeas Corpus - Alibi - Circunstância invocada após a condenação - Contradição com os demais elementos de prova - Impossibilidade de reexame dessa matéria em sede de habeas corpus - Alegação de cerceamento de defesa - Inocorrência - Ordem denegada - O alibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita” (STF, HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 17.12.1991); “De outra parte, não há se falar em ofensa à regra processual da inversão do ônus da prova, contida no art. 156 do Código de Processo Penal, visto que os alibis apontados pelo paciente foram apreciados pelas instâncias ordinárias, entretanto, revelaram-se frágeis e inverossímeis diante do harmônico contexto probatório constante nos autos” (Superior Tribunal de Justiça, HC 37522, 6ª Turma, Rel. OG Fernandes, julgado em 23.03.2009).

<sup>331</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

<sup>332</sup> Sobre a questão do ônus da prova e a falta de eficácia na alegação de alibis, em abordagem no direito anglo-americano, ver: GOODERSON, R. N. **Alibi**. London: Heinemann, 1997; OLSON, Elizabeth A.; CHARMAN, Steve D. “But can you prove it”? – examining the quality of innocent suspects alibis. **Psychology, crime & law**. New York, Routledge, n. 5, v. 18, jun./jul., 2012, p. 453-472.

Não se deve perder de vista, porém que no sistema anglo-saxão há situações específicas em que se verifica a inversão do ônus da prova, mesmo no processo penal, com posição do TEDH admitindo essa corrente, entendendo que não há violação da presunção de inocência, devendo ser respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os casos são geralmente ligados à criminalidade econômica, envolvendo pessoas jurídicas, como ocorre na situação do *bribery*, no crime de falha da empresa em prevenir a quebra, positivado no Reino Unido, gerando a necessidade de a própria defesa demonstrar que tomou as medidas preventivas para evitar o *bribery*<sup>333</sup>.

Casos graves de corrupção fomentadas por pessoas jurídicas, certos crimes contra o sistema financeiro, levam a uma responsabilidade praticamente independente da demonstração da culpa, de acordo com o *strict liability* que se vê no Reino Unido, que gera uma verdadeira inversão no ônus probatório, pois consumado e constatado o ato criminoso, a defesa deverá demonstrar que não agiu dessa maneira<sup>334</sup>.

Essas são ponderações que bem demonstram a amplitude que se pode dar à questão do ônus da prova e o alcance da presunção de inocência, num contexto que dirá respeito à produção da prova (e todas as limitações quando à admissão), mas também quanto ao seu caráter persuasivo. E esse é um ponto crucial.

No sistema continental, em geral, fala-se na impossibilidade de inversão do ônus da prova, tendo em conta a interpretação do princípio da presunção de inocência<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> A questão do crime de falha de prevenção do *bribery*, no Reino Unido, está prevista no *Brybery Act 2010*, em vigor desde 2011, que traz espécies de *strict liability*, em que a incriminação prescinde do *actus reus* e *mens rea*, com possibilidade inversão do ônus da prova (*burden of persuasion*). O TEDH, quanto a essa espécie de delitos, admite sua legitimidade, entendendo que não viola a presunção de inocência, como nos casos *Salabiaku vs. France*, *Lingers vs. Austria*. Veja-se a crítica de ROBERTS, Paul. Drug dealing and the presumption of innocence: The Human Rights Act (almost) bites. **The international journal of evidence and proof**, Vathek Publishing, vol. 6, 2002, p. 17-37. Sobre o assunto, também ver SIMESTER, Andrew P.; SULLIVAN, George R.; SPENCER, John R & Virgo. **Simester and Sullivan's Criminal Law: theorie and doctrine**. Portland: Hart Publishing, 2010; O'SHEA, Eoin. **The Bribery Act 2010: a practical guide**. Bristol: Jordan, 2011; KOOIJMANS, Tijs. The burden of proof in confiscation cases: a comparison between the Netherlands and the United Kingdom in the light of the European Convention of Human Rights. **European journal of crime, criminal law and criminal justice**, vol. 18, n. 3, Freiburg, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 225-236.

<sup>334</sup> TAPPER, Colin; CROSS, Rupert. **Evidence**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Na Alemanha, DETZNER defende a possibilidade de inversão do ônus da prova (*Beweislastumkehr*) no processo penal, nos casos específicos de criminalidade econômica, gizando a modificação do contexto que se vive no mundo atual e o grande mal que essa espécie delitativa representa (DETZNER, Madeleine. **Rückkehr zum klassischen Strafrecht und die Einführung einer Beweislastumkehr: eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrug gem. §§ 264, 263 StGB**. Heidelberg: Peter Lang, 1998).

<sup>335</sup> FARIA COSTA, ao analisar a questão do aumento de ações contra a criminalidade econômica, no contexto de um mundo globalizado, critica a posição que defende a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal: "Pela simples razão de que, não existindo repartição do ônus probatório, é impensável promover sua inversão" (COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 99).

Porém, em alguns casos, como citados na situação do álibi, apreensão de objetos ou drogas, coloca-se a matéria como uma “inversão disfarçada” do ônus de persuasão. Na jurisprudência do TEDH, inclusive, além de algumas situações ligadas ao direito anglo-saxão, há casos específicos de entendimento de que não viola a presunção de inocência a imposição da obrigação à defesa de provar que a droga não se destinava ao tráfico ou que determinados objetos não seriam produto de crime. Poderia ser, assim, afastada a presunção de inocência, desde que houvesse uma ponderação por critérios da razoabilidade<sup>336</sup>.

Na realidade, não é admissível, no sistema constitucional e amplitude da presunção de inocência, como garantia fundamental, a caracterização dessa “inversão do ônus probatório”. A questão, certamente, está no grau de convencimento de uma hipótese e força das inferências que são feitas no debate judicial (riscos inerentes à discussão das provas e teses propostas<sup>337</sup>), relacionando-as com os *standards* de prova exigidos no processo penal.

Ora, a acusação quando aponta que, por exemplo, o réu matou a vítima mediante disparos de arma de fogo, sem a presença de qualquer causa justificativa, se a defesa alegar “legítima defesa”, evidentemente, suas testemunhas ou demais provas que venham a amparar tal tese, deverão ter essa força de refutar ou estremecer a tese acusatória, que, caso se mantiver firme e inabalável, poderá sustentar a condenação.

As questões do ônus da prova, assim, amplamente debatidas no sistema anglo-americano, são, de certa forma, pouco aprofundadas na doutrina portuguesa, espanhola, brasileira, salvo algumas exceções, pois na realidade, essa lógica do ônus da prova, parece que, instintivamente, vem seguida pelos tribunais<sup>338</sup>.

Entretanto, é importante frisar que o desenvolvimento da questão, no que tange ao tema prova no processo penal, especificamente, o ônus da prova, é de crucial importância, pois, como já pudemos observar no decorrer do presente trabalho, a relação da formação do juízo de convicção no processo penal está intimamente ligada à argumentação em cima dos fatos e das provas, a demonstração, a sua capacidade persuasiva em uma lógica de probabilidades com relação direta com o *standard* probatório exigido, dependendo se acusação ou defesa (*proof beyond reasonable doubt* ou *balance of probabilities*).

---

<sup>336</sup> Por exemplo, caso *Salabiaku vs. France*, julgado pelo TEDH, em que é o réu foi condenado por tráfico de drogas, sendo afastada a tese de que desconhecia a natureza ilícita da substância que portava, conforme DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 624.

<sup>337</sup> Veja-se BREWER, Scott. Logocratic method and the analysis of arguments in evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, n. 10, p. 175-202, 2011. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

<sup>338</sup> Sobre as discussões sobre o sistema acusatório e sistema adversarial, ver BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). **Proceso Penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

O grau de probabilidade de uma hipótese a partir das inferências lógicas que são realizadas acerca dos fatos e provas e a forma como estas serão utilizadas no processo, dependerão muito de como acusação e defesa trabalharão com o ônus probatório, seja de produção, tático ou de persuasão, dependendo do caso concreto, mas, sobretudo, com consequência direta na busca de convencer o julgador.

Na esfera da prova indiciária, em caso criminal unicamente baseado em indícios, como já se disse, a diferença substancial para a prova direta é a cadeia causal de inferências e a necessidade de uma maior trabalho lógico-cognitivo, que pode fugir de uma discussão sobre credibilidade ou fiabilidade em certas situações (por exemplo, prova testemunhal), mas exigirá uma plena discussão de cada pequeno detalhe e sua conjugação com o todo para possibilitar uma decisão justa e adequada ao caso concreto.

Essa, sem dúvida, a difícil tarefa do julgador em caso plenamente indiciário, cabendo, então, apontar os limites e requisitos para essa prova indiciária atingir o valor e patamar de certeza, o que se extrairá da motivação do ato sentencial.

## 5 A SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA INDICIÁRIA: LIMITES E PARÂMETROS

Analizados aspectos relevantes sobre a problemática probatória do crime de homicídio, diversos pontos sobre a teoria da prova indiciária e a questão da formação das inferências e raciocínios lógicos que são essenciais para o convencimento do julgador sobre a prova e, especificamente, daquela formada por indícios, passa-se ao momento de avaliação, valoração e busca de identificação dos limites e parâmetros que devem ser observados na decisão judicial baseada em prova indiciária.

Assim, inicialmente, cabe tecer algumas ponderações sobre os sistemas de avaliação de prova, a importância da fundamentação das decisões no processo penal, para, então, conjugando-se todos os fatores ligados à prova indiciária e inferências lógicas, modelos probatórios, ônus da prova, traçar esses possíveis parâmetros, relacionando os requisitos de um acervo de prova por indícios à presunção de inocência, princípio do *in dubio pro reo*, proibições de prova, *standard* de prova e analisar, alguns casos julgados pelos tribunais portugueses, a fim de averiguar os critérios utilizados quanto à prova indiciária, fazendo-se, ao fim, a análise crítica do “Caso Joana”.

### 5.1 Sistemas de avaliação de prova

O momento processual de realizar a abordagem final das provas do processo, para a análise do mérito da causa, constitui o marco principal do processo criminal, quando ao juiz caberá a decisão pela culpa ou inocência do acusado.

A forma de valoração dos elementos probatórios, ao longo dos tempos, apresentou inúmeras variações, influenciadas pelos costumes da época, o sistema político adotado, as concepções sobre sistema de justiça, momentos históricos que foram do total arbítrio, de decisões com inspirações “divinas”, crenças ou superstições, também decisões que sujeitavam os réus a verdadeiras “provas de fogo”, como nos remotos tempos das “Ordálias”<sup>339</sup>, até a adoção de sistemas democráticos, amparados em um papel legítimo por parte do julgador,

---

<sup>339</sup> NIEVA FENOLL explica que “Ordalia, latinismo de la palabra germánica ‘Urtheil’ – ‘Urtheil’ en alemán moderno – no significa outra cosa que juicio o sentencia. Al parecer, proviene etimológicamente del verbo ‘erteilen’, que significa conceder o otorgar, lo que vincularia semánticamente esta palabra con vocablos de otras lenguas indoeuropeas como ‘dispositiff’, ‘dispositivo’ o ‘dispositiva’, que significan ‘fallo’ respectivamente en francés, italiano y catalán” (NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 42).

sendo este obrigado a fundamentar seu veredicto, demonstrando as razões de seu convencimento formado a partir da prova colhida no processo e decorrente de uma operação lógica racional.

Essa evolução de modelos de avaliação da prova é destacada pela doutrina, de modo geral, em três sistemas: prova legal ou tarifada; íntima convicção e livre apreciação da prova (persuasão racional ou livre convencimento motivado).

### 5.1.1 Prova legal ou tarifada

O sistema denominado de “prova legal” ou “tarifada”, era representado pelo caráter taxativo de avaliação da prova, em que o juiz, ao prolatar sua decisão, deveria tomar por base qual a previsão legal sobre aquela espécie de processo e de fatos em questão, de modo que ficaria vinculado à disposição legal sobre a prova.

A lei, assim, determinava como a prova deveria ser valorada. Se uma testemunha apresentasse uma versão adequada aos fatos, mas acabasse sendo contrariada por duas ou mais testemunhas que ofertassem uma versão inverossímil, em face da regra de que apenas uma testemunha não serviria para afirmar uma pretensão, o juiz não poderia seguir a linha expressada por aquela única testemunha: *testis unus testis nullius*. Dessa forma, o julgador estava totalmente atado aos mandamentos legais sobre o valor das provas, não podendo livremente formar sua convicção e, de acordo com esta, decidir.

Em que pese, de certa forma, pudesse ser considerado uma evolução em relação há tempos totalmente desregrados ou, ao contrário, definidos com base normas de inspiração divina, puras crenças religiosas e superstições, como nos sistemas de “ordálias ou juízos de Deus”<sup>340</sup>, a taxatividade no campo da avaliação da prova determinava um juiz totalmente maneado por uma pré-avaliação da prova, já disposta na legislação.

Se, por um lado, buscava-se evitar um possível arbítrio do julgador, tolhendo a sua liberdade de valorar a prova de acordo com suas convicções, bem como uma maior uniformização dos julgamentos, o sistema da prova “tarifada” gerava uma hierarquização de provas e o resultado do julgamento estaria vinculado diretamente à correspondência entre a

---

<sup>340</sup> BONFIM, sobre as Ordálias, explica que eram divididas em unilaterais e bilaterais: as unilaterais eram as que utilizavam a água e o fogo como elementos reveladores, dividindo-se em ordália da água fervente, ordália do ferro vermelho, ordália da água fria e ordália cruz; as bilaterais eram as que utilizavam o duelo como forma de decisão. Como refere, “tal sistema probatório é evidentemente fundado em crenças supersticiosas e desvinculadas da racionalidade e da busca da verdade dos fatos, relacionando-se historicamente ao período da Idade Média.” (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356).

prova e a lei, sendo o juiz um mero aplicador da norma, mesmo que contra suas convicções e constando uma possível injustiça.

Dessa época, então, vem a concepção de que a confissão era “a rainha das provas”<sup>341</sup>, sendo, por isso, um recurso utilizado no período em que a Inquisição foi a ordem na Europa e, conseqüentemente, nas Américas, justificando os meios mais horrendos e nefastos para extrair a admissão de culpa dos “suspeitos”, institucionalizando o emprego da tortura no processo penal.

Nesse aspecto, a busca da “verdade real” servia como justificativa para esse processo arbitrário e abusivo, suprimindo garantias individuais do cidadão e, assim, gerando processos ilegítimos, sem a mínima consideração do indivíduo. Valia a taxatividade da prova e, conseqüentemente, com um processo que permitia uma gama de abusos e violência, o fim de alcançar a “verdade” a qualquer custo. Era a tarefa do juiz, assumindo, efetivamente, o papel de inquisidor.

No sistema de prova legal ou tarifada, na referência de CHAIA, o papel do juiz poderia ser resumido como o de um autuário que tem como responsabilidade certificar a presença de circunstâncias fáticas em um processo e, ao final, aplicar a legislação prevista sobre as provas, decidindo pela aplicação da sanção penal ou absolvição, abstraindo toda a possibilidade de o magistrado julgar de acordo com sua posição pessoal e consciência<sup>342</sup>.

FERRAJOLI observa que a superação do sistema de prova legal foi fruto da crítica e proposta do movimento iluminista, que culminou com a eclosão da Revolução Francesa, a qual trouxe grandes modificações no sistema judicial, implementando o julgamento pelo júri e prestigiando o princípio da livre convicção do juiz<sup>343</sup>.

### 5.1.2 Íntima convicção

---

<sup>341</sup> Como observa MESQUITA, que faz uma análise sobre esse momento histórico do processo penal, “o interrogatório do arguido assume uma clara prevalência no sistema de provas de um processo inquisitório em que a dimensão simbólica e religiosa não se perde, como assinala Voltaire, ‘confissão é um sacramento’” (MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 37).

<sup>342</sup> Como exemplos de provas taxadas, encontradas em diversas legislações, afirma CHAIA: a confissão como fonte mais importante do conhecimento; a impossibilidade de condenação com apenas um testemunho; a exclusão de testemunho de mulheres; a maior credibilidade dos depoimentos de idosos em relação aos mais jovens pela experiência de vida; maior credibilidade dos nobres e dos ricos por possuírem menos motivos para mentir; em pedidos relativos a testamento requer-se pelo menos sete testemunhas, oito se o testamenteiro for cego (CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 141).

<sup>343</sup> A mudança para um sistema de julgamento pelo júri ou baseado na livre convicção do julgador, na realidade, como pondera FERRAJOLI, não constituiu grande novidade, pois desde os tempos da Grécia e Roma antigas, já havia julgamentos que seguiam essa linha procedimental (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 110-111).

O sistema da íntima convicção, em sentido totalmente oposto ao da prova legal ou tarifada, dá total liberdade de decisão ao julgador, que não precisa motivar seu veredicto, encontrando as suas razões seja nos autos do processo e na prova colhida ou de acordo com seus critérios íntimos de justiça, alinhados por sua própria consciência.

Se pelo sistema da prova legal buscava-se retirar o poder da convicção íntima e própria do julgador, no sistema da íntima convicção afasta-se a ideia de um julgamento por pré-valorização da prova por parâmetros legais e passa-se, então, a dar-se total crédito à convicção do juiz, que decide pelo senso comum, por máximas de experiência, tudo sem precisar justificar-se no processo.

Durante muito tempo vigorou essa espécie de julgamento, inclusive na Grécia clássica e Roma antiga, que, diferentemente dos modelos atuais, já conheciam o júri e conferiam plenos poderes ao magistrado. Entretanto, como já se demonstrou acima, os modelos de valorização da prova, durante a evolução histórica, variavam, sendo que durante séculos foram adotadas as Ordálias e, por longo período, o sistema das provas legais<sup>344</sup>.

A íntima convicção, em que pese ser uma ideia de avanço, depois de muitos séculos de um sistema opressivo e inquisitório, por outro lado, manteve, agora, no extremo oposto, uma total liberdade para o poder jurisdicional, que, aliada a um modelo inquisitório de processo, continuou a reproduzir transgressões a direitos individuais, já que os réus poderiam ser condenados sem saber com base em qual fundamento, pois valeria a livre apreciação do juiz sem necessidade de demonstrar as suas razões.

Assim, o sistema abre um caminho de total liberdade ao julgador, mas de total insegurança para o indivíduo, pois não há garantia alguma sobre os critérios de racionalidade da decisão. Entretanto, esse modelo é adotado, de certa forma, no júri brasileiro, pois os jurados julgam por íntima convicção, de forma sigilosa, sem comunicar-se entre si, havendo a decisão por maioria de votos e sem fundamentação direta por cada jurado.

Trata-se, de acordo com a doutrina majorante, de uma exceção prevista no art. 5º, XXXVIII, “b”, da CF do Brasil em relação à necessidade de fundamentação das decisões judiciais prevista no artigo 93, IX, do referido diploma legal<sup>345</sup>. Obviamente, tal questão é motivo de grande discussão no cenário brasileiro, porém, não caberia ser objeto no presente

---

<sup>344</sup>NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010; CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. **Valoración de la prueba: sana crítica**. Santiago: Librotecnia, 2011; IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1985.

<sup>345</sup>BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

estudo, apenas mais adiante algumas ponderações serão expostas sobre a questão da motivação das decisões, nos sistemas jurídicos em geral, no júri ou pelo juiz singular.

### 5.1.3 Livre apreciação da prova ou persuasão racional

Se na concepção do sistema da íntima convicção o julgador está totalmente livre para decidir, sem qualquer vinculação à lei, provas ou fatos, mas apenas à sua consciência, o sistema de livre apreciação da prova, também chamado de livre convencimento motivado ou persuasão racional, o juiz mantém sua plena liberdade de decidir, todavia, devendo estar adstrito a parâmetros racionais e vinculados ao processo, sendo obrigado a fundamentar sua decisão, demonstrando os motivos que o levaram a dar aquela determinada solução à demanda judicial.

Como observa TONINI, nesse sistema, “a valoração das provas constitui uma atividade legal e racional”. Diz-se legal por ser relativa às provas que tenham sido legitimamente colhidas, ou seja, provas admitidas no sistema jurídico e obtidas validamente; e racional, pois é imposto o dever de fundamentar a decisão, apresentando o julgador suas razões e motivos, que devem estar de acordo com a lógica, a ciência, as máximas de experiência comum<sup>346</sup>. As provas não possuem uma hierarquia prévia estipulada em lei, apresentando um caráter relativo quanto ao seu valor, pois, em cada caso, o juiz deverá apreciá-las individualmente e em seu conjunto, sopesando os mais diversos fatores implicados na questão probatória, com ampla liberdade de convencimento para formação de sua conclusão.

Embora alguns fatos ou tipos penais pressuponham certas espécies de provas especificamente previstas em lei, como ocorrem nas questões de estados de pessoa por certidões ou materialidade de crime violento com prova pericial<sup>347</sup>, a regra é de que a apreciação da prova é livre, impondo-se, porém, como limites, a necessidade de

---

<sup>346</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 103.

<sup>347</sup> Como recorda CAVALEIRO DE FERREIRA, “não obstante o princípio da livre convicção ter destruído em processo penal quase totalmente o sistema de provas legais, algumas exceções são ainda de anotar no direito positivo português. A mais importante respeita ao valor probatório dos documentos autênticos. Nos termos do § único do art. 468º do Código de Processo Penal, os factos constantes de documentos autênticos ou autenticados consideram-se provados e sobre eles não haverá quesitos, salvo o caso de falsidade” (FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. v. 2. Lisboa: Serviço Social da Universidade de Lisboa, 1970, p. 320-321). NUCCI também ressalta, no campo do processo penal brasileiro, sobre o sistema das provas legais, que ‘há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exige determinada forma para a produção de alguma prova, v. g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão’ (NUCCI, Guilherme de. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 19).

fundamentação aos aspectos legais e racionais, o que evita a arbitrariedade e o abuso de poder.

Segundo lembra SILVA, essa “liberdade” de análise da prova não representa que isso seja feito num campo estritamente subjetivo, em que a conclusão sobre um fato seja extraída por conjecturas ou impressões que não possam ser objetivadas e, assim, inteligíveis a terceiros<sup>348</sup>. Na realidade, impõe-se uma “valoração racional e crítica”, ligada à lógica, à razão, às regras de experiência, aos conhecimentos científicos, tudo o que possa ser demonstrado pelo juiz, em sua decisão, dando, assim, todos os passos de seu raciocínio acerca dos fatos e das provas e, ao fim, como chegou àquela conclusão.

Nesse mesmo sentido, LOPES refere que o sistema da livre apreciação da prova insere-se numa perspectiva de “discricionariedade”, mas “racionalizada”, pois implica “que o juiz efectue as suas valorações segundo uma discricionariedade guiada pelas regras da ciência, da lógica e da argumentação”, em que, embora o juiz tenha se libertado das limitadas regras do sistema da prova legal, segue vinculado às regras da razão, bem como a motivação evita que esse critério torne-se ilimitado<sup>349</sup>.

O sistema da livre apreciação das provas é adotado expressamente na legislação processual penal portuguesa, no artigo 127º<sup>350</sup>, bem como no artigo 155 do CPP brasileiro<sup>351</sup>.

No campo da prova indiciária, não se perde de vista que tudo o que foi abordado acima, desde as espécies de indícios, os modelos probatórios, à questão da formação dos raciocínios lógicos e inferências, tem fundamental importância para que essa racionalidade e fundamentação sejam demonstradas objetivamente numa decisão judicial.

No sistema português, pelo artigo 125º, verifica-se que são admitidas todas as provas que não forem proibidas, ou seja, há possibilidade de admissão da prova por indícios, que não sofre qualquer vedação ou restrição. No direito brasileiro, a legislação é expressa ao tratar dos

<sup>348</sup> SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. 2. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008, p. 113.

<sup>349</sup> Acrescenta LOPES que “A esta discricionariedade vinculada contrapõe-se a exigência de uma segunda garantia de racionalidade que se concretiza na justificação ou fundamentação da livre escolha e valoração efectuada pelo juiz. Tudo isto para que se evite ou impeça a possibilidade de arbítrio no domínio da valoração da prova decorrente de uma actuação dominada pelas impressões ou afastada do sentido determinado de um conjunto de regras que devem condicionar a valoração. A fundamentação da decisão de facto cumpre precisamente a função de controlo daquela discricionariedade, obrigando o juiz a justificar as suas próprias escolhas” (LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 234-235).

<sup>350</sup> A redação do dispositivo legal é a seguinte: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

<sup>351</sup> O artigo 155 do CPP brasileiro prevê: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

indícios no capítulo referente às provas, porém, sem fazer qualquer exigência específica, como ocorre na legislação italiana<sup>352</sup>, que requer, expressamente, que haja pluralidade de indícios e que estes sejam graves, precisos e consonantes, o que traz um resquício do sistema legal de provas, pois exige, de antemão, alguns requisitos para a apreciação da prova indiciária.

No geral, portanto, a discricionariedade do juiz para a análise da prova indiciária, segue a mesma linha relativa a situações de provas diretas, inexistindo hierarquização seja por imposição legal ou construções doutrinárias.

O que impende frisar é que os caminhos tomados pelo juiz na formação de sua convicção sobre um processo com prova indiciária, os percursos cognitivos adotados, as inferências lógicas, a racionalidade de sua decisão, terá que ser integralmente delimitada em sua justificação no processo, ou seja, na fundamentação da sentença.

A construção da sentença penal, em termos de valoração da prova, é, então, realizada de forma livre pelo juiz, porém vinculada às normas legais referentes à matéria probatória e à racionalidade na formação de sua convicção, sendo a fundamentação uma garantia de controle<sup>353</sup> contra decisões arbitrárias e abusivas.

Esse, sem dúvida, representou o avanço no sistema judicial de avaliação das provas, permitindo o controle pelo acusado e seu defensor, como garantia dos direitos individuais, bem como ao Ministério Público na defesa da sociedade, além da legitimação perante toda a comunidade pela publicidade da sentença e, conseqüentemente, da sua motivação, tornando a sentença não uma incógnita para as partes e para a comunidade, mas, sim, um ato de demonstração e, também, de convencimento.

Certo que o juiz não está imune a influências, pressões naturais da própria atividade jurisdicional, mas, nesse aspecto, a motivação cumpre esse fundamental papel de controle da racionalidade da decisão, afastando-se de uma ideia perigosa de “íntima convicção”.

---

<sup>352</sup> O artigo 192 do CPP italiano exige que os indícios só sejam “graves, precisos e consonantes”.

<sup>353</sup> ALBUQUERQUE, citando dois acórdãos do Tribunal Constitucional português, observa que “o princípio da livre apreciação da prova é direito constitucional aplicado (acórdão do TC n.º 1165/96, reiterado pelo acórdão n.º 464/97): ‘A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisitos necessários para uma efectiva motivação da decisão’. Por isso é admissível a livre valoração da prova prestada por testemunha que não indica a razão de conhecimento (acórdão do TC n.º 248/2009, sobre a não inconstitucionalidade do artigo 638º do CPC)” (ALBUQUERQUE. Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 345).

A solidez e a conclusividade da prova, expressadas em uma sentença que demonstre os passos inferenciais realizados no julgamento, transparecem em um ato que une a substância, ou seja, os fundamentos do ato decisório, com o caráter democrático e público da motivação, que impede o arbítrio de decisões eivadas de preconceitos, discriminações ou posições ilógicas e irracionais<sup>354</sup>.

No dizer de TARUFFO, assim, o último a apresentar a sua “narrativa” é o juiz no momento de sua decisão<sup>355</sup>. Essa, com certeza, será analisada e sujeita à crítica, a recursos, porém, as razões que levaram o magistrado concluir em determinado sentido estarão, obrigatoriamente, delineadas no seu ato fundamentado, o que legitima seu agir como ato de poder que é, pois torna pública sua motivação, que deve estar baseada em ditames legais e seguindo critério de racionalidade.

## 5.2 Sentença penal: limites e parâmetros na avaliação da prova

Como já se pode analisar, seguindo a linha exposta na teoria da prova indiciária, os casos criminais que contam apenas com um acervo probatório lastreado em indícios, sofreu, ao longo dos tempos, forte preconceito em termos de sua validade. Isso, entretanto, embora em grande parte tenha sido superado na doutrina sobre o tema, afirmando que mesmo na prova direta há uma problemática sobre a valoração da prova, com a realização de inferências sobre credibilidade e fiabilidade dessas provas que são inerentes a essa análise, obrigatoriamente, faz com que os casos indiciários sejam fundamentados à exaustão para que não pese qualquer dúvida sobre a lógica desenvolvida pelo magistrado ao considerar cada indício e, ao final, o que justifica a sua conclusão.

Assim, inexistindo hierarquia de provas nem taxatividade, sendo o magistrado livre para apreciar a prova e decidir de acordo com sua convicção, os indícios poderão assumir uma força conclusiva para motivar uma condenação, porém, isso deve estar devidamente delineado no processo e, conseqüentemente, na decisão.

---

<sup>354</sup> Veja-se ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 155-173, jan./abr., 2011; IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1985; 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, p. 221-279; DIAS, Marta João. A fundamentação do juízo probatório: breves considerações. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 175-199, jan./abr.; MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. **Revista de Ciências Criminais**, Coimbra, ano 20, n. 4, p. 555-578, out./dez., 2010; POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 3, p. 21-44, set./dez., 2007.

<sup>355</sup> TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, jan./abr., 2011.

Nos casos de homicídio doloso, muitas vezes, não havendo provas diretas, como testemunhas, a responsabilidade penal do autor do crime será investigada e analisada no campo da prova indiciária, exigindo-se, para que um crime dessa gravidade não fique impune e, em contrapartida, um inocente não seja punido injustamente, que essa análise seja realizada com extrema cautela e uma integral demonstração: cada indício, seu enlace causal, a força dessas inferências lógicas, a probabilidade lógica que afasta hipóteses contrárias, a conclusão de acordo com as premissas, que restam irrefutáveis.

Na motivação, então, todos os requisitos e pressupostos sobre a força da prova formada por indícios devem ser expressamente explanados, como uma garantia de controle sobre a atividade jurisdicional.

Ocorre, porém, que para delimitarmos esses requisitos sobre a força da prova indiciária para fins de uma possível condenação, não se pode deixar de observar que, como acontece em diversos países, há um sistema de julgamento que pode ser realizado apenas por um juiz singular ou, diferentemente, por júri popular. Tal ponto merece algumas ponderações sobre a questão da motivação e interessa-nos na questão da sentença penal em caso de homicídio, pois dependendo do sistema adotado, a valoração da prova poderá ser realizada por um juiz (juízo técnico) ou por jurados (juízo leigo).

Entretanto, alguns pressupostos legais, inclusive, de cunho constitucional, como a presunção de inocência, a aplicação do *in dubio pro reo*, as limitações probatórias<sup>356</sup>, devem ser adequadamente delimitados, para que esse juízo de valor sobre as provas e, por consequência, a decisão final do processo, espelhem um poder jurisdicional legítimo<sup>357</sup>.

### 5.2.1 Juízes ou Júri popular: motivação da sentença

---

<sup>356</sup> Nesse sentido, conforme ALBUQUERQUE, a livre apreciação da prova, pelas normas constitucionais e processuais penais, possui limites endógenos e exógenos, consistentes em: grau de convicção requerido para a decisão, a proibição dos meios de prova; observância da presunção de inocência (endógenos); e o *in dubio pro reo* (exógeno). Os três primeiros condicionam a formação da convicção e busca da verdade material, enquanto o último condiciona o resultado da avaliação e interpretação da prova (ALBUQUERQUE. Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 345-346).

<sup>357</sup> LOPES ressalta que “é através da fundamentação das decisões que se concretiza a função legitimadora, no sentido político, da função judiciária na medida em que decisões penais sustentando-se na verdade determinável nun certo contexto, através de um modo racional de procedimento e exigem a demonstração ou explicação do modo como foi determinada essa verdade. A exigência da fundamentação das sentenças traduz assim a dimensão legitimadora da decisão e, num Estado democrático, do órgão que a profere, ou seja, dos juízes” (LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 142-143).

As decisões judiciais devem ser fundamentadas. Trata-se de norma constitucional. No sistema português, no artigo 205º, n.º 1, da CRP, há norma expressa sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Na esfera do processo penal, do mesmo modo, nos artigos 374º e 375º do CPP português há o regramento acerca da fundamentação da sentença penal.

No direito brasileiro, da mesma forma, o artigo 93, IX, da CF, impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, bem como o artigo 381 e seguintes do CPP dispõem sobre a forma que deve ser adotada para a fundamentação.

Segue-se a linha prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10º<sup>358</sup>, assim como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conforme previsão do artigo 6º, 1º<sup>359</sup>.

A motivação das decisões representa, então, uma garantia aos cidadãos, exercendo um controle sobre a discricionariedade dos juízes quanto à avaliação da prova, exigindo respeito aos critérios legais e de racionalidade. Possui, assim, um caráter duplo, como refere TARUFFO, em sentido endoprocessual e extraprocessual<sup>360</sup>.

No sentido endoprocessual, a motivação demonstra a racionalidade técnica da decisão, que servirá de meio para que o juiz exprima suas razões, seguindo uma lógica sobre fatos e provas, e adstrito aos mandamentos legais (aspectos formais na elaboração e também materiais no campo probatório) e, dessa forma, sejam examinados seus elementos, a cautela na verificação das provas, as inferências realizadas, a lógica consequencial dos argumentos com as conclusões. Igualmente, está intrinsecamente vinculada ao convencimento das partes, informando-as sobre o porquê daquela decisão, fator que engendra o caráter de pacificação social a partir da decisão judicial, pondo fim ao litígio, além de possibilitar a tentativa de reversão da manifestação judicial, por algum erro ou vício, se prevista a possibilidade de recurso.

---

<sup>358</sup> “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

<sup>359</sup> “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

<sup>360</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. Ver também: POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 3, p. 23, set./dez., 2007.

Já no aspecto extraprocessual, assume o papel de garantia política, que busca limitar a ação estatal diante do cidadão, não se admitindo um poder ilimitado dos juízes, de julgarem por convicções estranhas ao processo, inspirações divinas, superstições, crenças políticas, mas, obrigando-os a definir e demonstrar as razões de decidir, baseada em fatos e nas provas, ou seja, um julgamento com critério de racionalidade em que, também, o julgador está sujeito à lei, o que se torna uma garantia aos direitos individuais do cidadão.

A sentença, portanto, deve traduzir a posição do juiz sobre aquela causa, possibilitando, via fundamentação, que se possa verificar a inexistência de abusos ou arbítrios no transcurso do processo e na formação da convicção do julgador, bem como as partes de um processo judicial possam entender as razões do juiz para a tomada de sua posição, o que enseja o caráter persuasivo, argumentativo do ato decisório<sup>361</sup>.

Evidentemente, uma distinção precisa ser feita: se o julgamento for realizado por juízes de carreira ou jurados leigos<sup>362</sup>.

Nos processos julgados por juízes, observado mandamento constitucional e infraconstitucional, a necessidade de fundamentação é corolário lógico e obrigatório de uma decisão.

Entretanto, no campo do Tribunal do Júri surgem antigas discussões sobre o tema.

No julgamento realizado por pessoas do povo, leigas, a exigência de fundamentação apresenta sérias dificuldades, pois, em primeiro lugar, os jurados não possuem conhecimento técnico para lançar suas decisões nos mesmos moldes que um juiz profissional.

Em segundo lugar, busca-se o julgamento pelo júri notadamente para que determinadas causas fujam da análise tecnicista de um magistrado, trazendo o componente político do sistema de júri, existente desde seus primórdios, em que o júri estaria mais adstrito aos critérios de justiça (como ideal) do que critérios estritamente legais.

---

<sup>361</sup> Como lembra CARVALHO, “livre apreciação das provas não tem carácter arbitrário, nem se circunscreve a meras impressões criadas no espírito do julgador. Está antes vinculado às regras de experiência e da lógica comum, bem como às provas” (CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. **A base argumentativa na decisão judicial**. Revista Julgar, Coimbra, n. 6, p. 92, set./dez., 2008).

<sup>362</sup> De acordo com LEVETT, após o estudo de 4.000 casos de júri em processos cíveis, e 3.576 de casos criminais, verificou-se que em 78% de todos os casos havia concordância do juiz com o julgamento do júri. LEVETT, Lora M., et al. The psychology of jury and juror decision making. In: BREWER, Neil; WILLIAMS, Kipling D. **Psychology and law: an empirical perspective**. New York: 2005, p. 365-407.

Sem dúvida, é o aspecto democrático, com a direta participação popular que sempre justificou essa diferenciação no modelo de julgamento quando se trata de júri<sup>363</sup>.

No sistema processual penal português, há previsão da instituição do júri, tendo sido adotado um modelo escabinado, em que o órgão é composto por três juízes de carreira e quatro jurados.

O júri funciona mediante provocação do Ministério Público, assistente particular ou defesa, sendo, portanto, facultativo. Caso não haja requerimento, o processo será julgado pelo juiz singular, seguindo as regras procedimentais gerais, conforme estiver previsto e enquadrar-se a situação nas normas processuais penais. A competência abrange, obrigatoriamente, crimes graves (pena igual ou superior a oito anos de prisão), dentre eles, o homicídio doloso.

A deliberação ocorre entre os juízes de carreira e os jurados, após a instrução e manifestação do Ministério Público e defesa, tendo a fundamentação uma forma definida e mínima, prevista no artigo 365º e seguintes, do CPP, pois os juízes e jurados deverão apresentar suas razões e assim motivar sua decisão. O sigilo do voto individual é garantido, segundo previsão do artigo 367º do CPP, constituindo, inclusive, crime a sua violação (artigo 367º, n.º 2, do CPP).

Entretanto, deve ser elaborada sentença, de acordo com os votos dos juízes e dos jurados, com a plena fundamentação das questões de fato e direito discutidas no processo, inclusive, nas questões fáticas, com enumeração dos fatos provados e não provados.

Como se pode observar, apesar de não restar individualizada a fundamentação de cada juiz ou jurado, a sentença espelha o resultado da posição dos julgadores, técnicos e leigos, vencendo a tese que obtiver a maioria de votos. Na sentença, posteriormente, constará a fundamentação sobre os fatos, provas e questões de direito, tendo o acusado e a defesa pleno conhecimento das razões que levaram àquela conclusão.

---

<sup>363</sup> Essa discussão sobre o sistema do júri popular, seja no modelo escabinado ou puro, é motivo de grande controvérsia, com linhas de pensamento totalmente antagônicas. SCHÜNEMANN, por exemplo, faz crítica ao sistema de júri norte-americano, observando que, na realidade, os casos são resolvidos no *plea-bargaining* e nas diversas formas de composições, sendo que no contexto geral da criminalidade, com elevados números, poucos casos vão efetivamente a julgamento popular, o que lhe faz concluir ser o júri uma propaganda enganosa - *Mogelpackung* (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 227-229). Em sentido oposto, embora com ressalvas, é a posição de TIEDMANN (ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 182). No Brasil, em que os homicídios dolosos são julgados pelo Tribunal do Júri, há antiga discussão doutrinária, como observa BONFIM, debatendo sobre a eficácia desse sistema de julgamento, com participação popular direta (BONFIM, Edilson Mougenot. **No tribunal do Júri**. São Paulo: Saraiva, 2000).

Nessa sentença, por exemplo, como no “Caso Joana”, que tratava de julgamento pelo júri em caso de homicídio doloso, há necessariamente a fundamentação das questões fáticas e de direito, possibilitando a avaliação do caminho lógico-racional adotado pelos julgadores para a tomada de sua decisão, a consideração das provas, as inferências realizadas, o acolhimento ou afastamento de teses debatidas ao longo do processo, como restou amplamente abordado no acórdão do STJ.

Esse modelo, porém, não é seguido no sistema processual penal brasileiro, no qual é adotado um modelo puro, em que a matéria fática é definida exclusivamente pelos jurados.

No júri brasileiro, composto pelo juiz-presidente e sete jurados, o papel do juiz é simplesmente de coordenar o julgamento e, ao final, dosar a pena aplicável ao réu em caso de condenação ou, em caso de absolvição, declarar a inocência do acusado. A matéria de fato, em sua totalidade, deve ser decidida pelos jurados, que tomam sua posição de modo sigiloso e sem comunicação com os demais jurados ou quaisquer outras pessoas.

Vigora um sistema de julgamento por “íntima convicção”, em que previsto sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, que votarão quesitos propostos pelo juiz, de acordo com as teses debatidas no julgamento e, também, se o acusado deve ser condenado ou absolvido, tudo em voto secreto e individual, sem qualquer influência ou colaboração.

Baseia-se, segundo BONFIM<sup>364</sup>, em um sistema francês de júri, de voto sigiloso a cada tese debatida, em que se visa a proteção do jurado a qualquer espécie de pressão ou influência de terceiros, o que garante a sua imparcialidade e independência no julgamento, proferindo uma decisão de consciência.

Evidentemente, há a alegação de violação ao princípio da publicidade e motivação das decisões judiciais, como já mencionado, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal brasileira, porém, como defende a maioria da doutrina brasileira sobre o tema, assim como a jurisprudência pacífica, entende-se como uma exceção que privilegia o sistema de julgamento pelo júri, por seu caráter especial, em que a própria Constituição teria previsto o sigilo das votações como um princípio específico de júri, num modelo adotado desde 1941 e que foi novamente afirmado em 1988 no texto constitucional, no artigo 5º, XXXVIII, “b”.

Por outro lado, o júri brasileiro, diferentemente do júri português, é obrigatório para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, tendo o tribunal popular competência exclusiva para o julgamento desses crimes, não se facultando às partes o seu requerimento.

---

<sup>364</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **No tribunal do júri**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Assim, nos casos de crimes de homicídio doloso, o júri deliberará, por votação secreta e individual, de cada um dos sete jurados, sobre os quesitos que versarão sobre a materialidade, autoria, se o acusado deve ser absolvido, privilegiadoras e qualificadoras, teses que serão acolhidas ou rechaçadas por maioria de votos, cabendo ao juiz-presidente, em caso de condenação, efetuar a dosagem da pena.

Não há, portanto, uma fundamentação expressa que demonstre a posição dos jurados, mas, apenas o acolhimento ou afastamento das teses que foram discutidas ao longo do processo. Há, porém, uma fase intermediária do processo, em que o juiz, após realizar a instrução, deverá acolher a acusação parcial ou integralmente determinando a submissão do caso a júri.

O procedimento do júri, no sistema brasileiro, é chamado de “bifásico”: a) uma primeira fase (*judicium accusationis*), em que é realizada a instrução com a produção de toda a prova, cabendo ao juiz, ao final, decidir pela “pronúncia” do réu, se presentes prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria; “impronúncia”, se ausentes esses requisitos; “absolver sumariamente o réu”, se presentes causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade de modo manifesto, assim restar plenamente improvada a autoria ou materialidade do crime; e “desclassificar” a imputação, em casos de que reste plenamente evidenciado que o acusado não agiu com *animus necandi*; b) uma segunda fase (*judicium causae*), em que, admitida a acusação (observa-se que cabe recurso à instância superior da decisão que pronuncia o réu), ocorre o julgamento popular e os jurados, então, apreciam e decidem o mérito da causa<sup>365</sup>.

Assim, o caso só deverá ser apreciado pelo júri, se houver a presença de um acervo probatório que já foi, no mínimo, entendido como admissível pelo juiz de carreira (que, de regra, presidirá o júri, posteriormente). A decisão, denominada de “pronúncia”, embora por previsão do artigo 413, § 1º, do CPP brasileiro, deva ser lançada em linguagem moderada e não possa ser categórica sobre as questões fáticas do processo, de maneira a preservar a soberania do júri e a independência dos jurados, é uma decisão que aborda as versões apresentadas nos autos e representa um juízo de admissibilidade da acusação, ou seja, o réu somente será levado a julgamento popular se, anteriormente, houve decisão judicial fundamentada afirmando a viabilidade da acusação.

---

<sup>365</sup> BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009. VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri, na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Aceita a acusação, o caso será julgado pelo júri, em julgamento público, em que pode haver nova instrução com produção de provas e extenso debate entre acusação e defesa, sendo os jurados, ao final, questionados sobre as teses ventiladas no processo. A votação dos quesitos, assim, é precedida de uma “pronúncia” que admitiu, com fundamentação, a acusação, e o julgamento é público, podendo a comunidade acompanhar a profundidade da análise de prova realizada pelo Ministério Público e defesa<sup>366</sup>.

Em um caso de prova indiciária, por exemplo, o juiz, ao pronunciar o réu, deverá demonstrar em sua decisão todos os indícios que se fazem presentes nos autos e dão força à tese acusatória, para que possa gerar, então, uma decisão que entenda presentes “indícios suficientes” de autoria e possibilite o encaminhamento do processo a julgamento popular. A tese acusatória, desse modo, se o caso for a júri, é de pleno conhecimento da defesa e as possíveis causas que justificam a condenação, em caso de acolhida pelos jurados, estarão delineadas nos autos.

Veja-se que no sistema anglo-americano de júri, de certa forma, embora haja diferenças substanciais em relação ao modelo brasileiro e português, há o juízo de admissibilidade por parte do juiz de carreira, que preside o tribunal e, ainda, tem posição ativa na advertência dos jurados sobre os princípios relativos ao processo penal, a validade e valoração de provas e os critérios mínimos que devem ser seguidos para efeito de uma deliberação justa<sup>367</sup>. Nesse sistema, os jurados reúnem-se e deliberam conjuntamente, sem participação de terceiros e em sigilo, sendo que a condenação apenas é alcançada com a unanimidade de votos, e é apresentada sem qualquer justificativa sobre os motivos que os levaram àquela decisão<sup>368</sup>.

Entretanto, embora esse sistema de deliberação, em que há comunicação entre os jurados, seja diametralmente oposto ao sistema brasileiro, em que há total incomunicabilidade (sob pena de nulidade do julgamento), ambos terão na admissibilidade à acusação uma importante característica, pois o júri, em sua deliberação, quando do julgamento, irá confirmar ou afastar determinada tese já analisada e considerada aceitável pelo juiz.

---

<sup>366</sup> Sobre a pronúncia no sistema de júri brasileiro, ver GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

<sup>367</sup> Ver VALE, Ionilton Pereira do. **Tribunal do Júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014; TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição juridical brasileira**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>368</sup> Sobre o sistema anglo-americano de júri, veja-se: SMITH, John. **Criminal evidence**. London: Sweet & Maxwell, 1995; MUNDAY, Roderick. **Evidence**. 60. ed. New York: Oxford University Press, 2011; KEANE, Adrian. **The modern law of evidence**. 6. ed. London: Oxford University Press, 2006; GIANELLI, Paul C. **Understanding evidence**. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2009. Ainda, sobre o júri norte-americano, sobre o sistema de deliberação, vide VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri, na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, obra em que o autor faz uma análise comparada entre o júri brasileiro e o que vigora na maioria dos Estados norte-americanos.

Trata-se de uma espécie de “filtragem”, em que a submissão do réu a julgamento popular deve estar devidamente delineada na pronúncia, respeitando os princípios constitucionais do contraditório e plenitude de defesa, assim como a presunção de inocência. Passa-se, portanto, pela existência, fundamentada nos autos, de “indícios suficientes”.

Ao juiz, na “pronúncia”, impõe-se a valoração dos indícios de modo detalhado e que afirme a “suficiência” de prova para que não seja um cidadão submetido a julgamento popular sem o mínimo de elementos probatórios. Na decisão final, após análise do processo, das provas colhidas na instrução e dos debates entre acusação e defesa, o júri terá a possibilidade de refletir e definir posição sobre os temas debatidos, chegando ao seu veredicto.

Dessa forma, a sentença do juiz de carreira ou mesmo na situação específica do júri, a motivação é de importância crucial como forma de demonstração da racionalidade da decisão exarada e limites à discricionariedade nas decisões judiciais, para evitar a arbitrariedade.

Mesmo que se possa questionar ou lançar críticas ao modo que as decisões são proferidas no júri, seja no sistema português ou, principalmente, no brasileiro, certo que há alguma forma de fundamentação, peculiar à situação específica de participação popular em um poder de Estado, diretamente, o que requer a conciliação de interesses que acabam por se opor: a fundamentação das decisões e a independência/imparcialidade do júri, com sua peculiaridade de ser uma forma política de sistema de justiça, com direta participação popular.

Feita essa diferenciação, então, certo que a motivação deverá levar em conta alguns aspectos preliminares que norteiam a questão probatória e que apresentará, em certos pontos, direta relação com a suficiência de prova para ensejar um juízo condenatório, sobretudo, em caso de prova indiciária, nos quais serão exigidos certos requisitos específicos a balizar a formação desse convencimento, como será visto adiante.

### **5.2.2 Parâmetros constitucionais e processuais**

Na análise da prova de um processo criminal, além das condicionantes relativas à necessidade de fundamentação da decisão para que se possa, de modo mais objetivo possível, haver a compreensão das razões que levaram o juiz a decidir em determinado sentido, há algumas diretrizes de cunho constitucional ou infraconstitucional que deverão ser observadas em uma sentença penal.

Isso diz respeito tanto a questões que proíbem a produção ou valoração de determinados meios de prova, buscando preservar direitos fundamentais e garantir a licitude e/ou

legitimidade da prova colhida<sup>369</sup>, bem como ao mandamento constitucional que reconhece o princípio da presunção de inocência.

Além disso, o princípio do *in dubio pro reo* também resguarda o direito individual frente ao poder estatal, sendo uma garantia em caso de “dúvida”, um quadro de “insuficiência probatória”.

Sendo a prova formada por indícios, uma prova que requer extrema atenção aos mínimos detalhes, que parte da confirmação de cada indício para gerar conclusões individuais de cada fato e, assim, ter-se a ideia do todo (o que se quer provar), a questão que se impõe é a delimitação de certos pressupostos: a prova ser admitida como lícita, ser respeitado o princípio da presunção de inocência e, também, o princípio *in dubio pro reo*.

Trata-se de garantir a lisura e legitimidade do julgamento. Mas essas questões devem estar delimitadas, previamente, para, então, a definição sobre a efetiva suficiência da prova por indícios.

### 5.2.2.1 Alcance do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 32<sup>a</sup>, n.º 2, da CRP, dispondo que “todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Trata-se de princípio basilar do processo penal, afirmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 11º, n.º1, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1976, no artigo 14º, n.º 2 e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6º, n.º 2.

---

<sup>369</sup> Veja-se um exemplo na posição de SILVA DIAS e RAMOS, sobre o alcance do princípio *nemo tenetur se ipse accusare* no processo penal, para efeito de restringir a investigação criminal no campo de ações que toquem em determinadas espécies de direitos fundamentais, ao aduzirem que “as necessidades da prevenção e da investigação criminal, a eficácia do exame como meio de prova, como sucede com a análise de ADN, e a previsão legal da obrigatoriedade de sujeição a tal exame ou perícia, por si só, não possuem, a nosso ver, força normativa bastante para modificar esta realidade e legitimar a diligência probatória forçada ou coactiva. A cedência da ‘barreira’ protectora constituída por aquele complexo de direitos fundamentais só é de admitir se ao interesse público na investigação e repressão de um crime e à previsão legal da medida se juntar a necessidade concreta de protecção de outros direitos fundamentais. O juiz não pode dispensar o recurso ao princípio da proporcionalidade na hora de autorizar ou ordenar o exame ou perícia aos fluídos orgânicos da pessoa e não pode deixar de ter em conta na ponderação que quanto mais relevantes são os direitos restringidos mais relevantes têm de ser os bens ou direitos a realizar ou proteger” (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito a não auto-inculpação – *nemo tenetur se ipsum accusare* – no processo penal e contra-ordenacional português**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 31).

Um dos seus principais aspectos diz respeito à questão probatória<sup>370</sup>.

Como refere PATRICIO, “facilmente se compreenderá que a primeira incidência do princípio da presunção de inocência do arguido se situe na matéria da prova”<sup>371</sup>, lembrando que do princípio decorrem fatores de fundamental importância, como a questão de que o réu não tem a obrigação de provar sua inocência, a aplicação do *in dubio pro reo* e que o réu não é mero objeto ou meio de prova.

O Estado, ao lançar uma acusação contra uma pessoa, tem o dever de fazê-la dentro dos estritos limites da legalidade e com a devida responsabilidade, pois evidentes os constrangimentos que sofrerá o indivíduo, mesmo pela própria condição de “acusado” em um processo criminal, sem falar na possibilidade de cerceamento de liberdade. Por essa linha, o dever de provar suas alegações é do Estado e demonstrar que sua acusação está amparada por provas suficientes que confirmem a responsabilidade criminal do réu<sup>372</sup>.

Este, por sua vez, ao ser apontado como autor de um delito, deve ser tratado como “inocente” até a sentença definitiva do processo. É uma garantia individual que busca afastar a opressão estatal, que por seu aparato, pudesse desde o início de uma fase investigatória, dar um tratamento de culpado ao acusado<sup>373</sup>.

Nesse ponto, cabe ponderar que a presunção de inocência, como ressalta VILELA, além do foco na questão probatória, busca também garantir um tratamento que respeite a liberdade individual do acusado. Assim, as medidas restritivas, cautelares, prisões ao longo do processo, são mecanismos que somente poderão ser usados no momento em que houver a possibilidade de conciliação com outros princípios constitucionais que importem na indissociável necessidade de tomada de medidas que atentem contra essa liberdade individual em prol de

<sup>370</sup> Veja-se LAUDAN, Larry. **The presumption of innocence: material or probatory**. Disponível em <[http://www.academia.edu/2754441/The\\_Presumption\\_of\\_Innocence\\_Material\\_or\\_Probatory](http://www.academia.edu/2754441/The_Presumption_of_Innocence_Material_or_Probatory)> Acesso em: 10 dez. 2013. Também HO, Hock Lai. The presumption of innocence as a human right. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. **Criminal evidence and human rights: reimagining common law, procedural traditions**. Oxford: Oxford and Portland, 2012, p. 259-282; KÜHNE, Hans-Heiner. **Strafprozessrecht: eine systematisch Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht**. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, p. 182-183 (trata da *Unschuldsvermutung* e sua importância no aspecto do ônus da prova).

<sup>371</sup> PATRICIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português**. 2ª reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 27.

<sup>372</sup> Ver ROBERTS e ZUCKERMANN, sobre “philosophical foundations of the presumption of innocence: the political morality of Woolmington” (ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 240).

<sup>373</sup> Como assinala FERNANDEZ LOPEZ, “la presunción de inocência tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos intereses contrapuestos: por um lado, el interes del Estado en la represión de la delincuencia y, por outro, el interes del imputado en la salvaguardia de su libertad y dignidad. La presunción de inocência asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, ya que viene establecer los limites de las relaciones entre el individuo y el poder” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. **Prueba e presunción de inocência**. Madrid: Iustel, 2005, p. 120).

um interesse maior relacionado à segurança, à ordem pública, à lisura e efetividade da investigação<sup>374</sup>, tudo com a observância do princípio da proporcionalidade<sup>375</sup>.

A evolução histórica sobre o princípio da presunção de inocência aponta que, inclusive, esse aspecto foi o primeiro a ser levantado, tendo BECCARIA<sup>376</sup> combatido o emprego da tortura e outros meios para a extração da confissão, lutando por um processo justo e que evitasse o arbítrio estatal. Esse ideal iluminista, que teve sua força reconhecida na Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, representou um grande avanço, com a presunção de inocência ganhando força na proteção dos cidadãos contra o arbítrio e excessos do Estado no processo penal, afirmando os direitos à liberdade e honra individuais<sup>377</sup>.

Essa garantia, que, como se viu, é reconhecida nos mais diversos diplomas legais, dos mais diversos países, é, segundo forte parcela doutrinária, não uma mera “presunção”, mas um verdadeiro “direito”: direito do acusado de ser tratado como inocente até definitivamente ser considerado culpado em um processo que respeite os basilares princípios constitucionais

---

<sup>374</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 58 e 71. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 311-333.

<sup>375</sup> Ressalvadas as questões relativas às proibições de provas e posições que entendem inatingíveis certos direitos ligados à dignidade da pessoa humana, como observa PALMA, ao referir que “No cerne da presunção de inocência não está apenas um valor instrumental da inocência, mas um valor relevante para todos – inocentes e culpados. É esta ideia, que me arrisco a intuir no pensamento mais enraizado da presunção de inocência e do processo penal garantista, que justifica que valores como integridade moral e a própria intimidade não possam ser limitados através de uma ponderação com outros valores, caso a caso, mas sejam erigidos em núcleo irredutível e nunca susceptível de compressão pelo processo penal (...) há um simbolismo de pessoa, a representação de uma sacralidade da pessoa, independentemente da sua culpa, que não pode ser convertida em objecto de investigação ou de processo. Ela subjaz às teses mais garantistas e sobreleva os valores da segurança” (PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 270). Em posição contrária, conforme refere COSTA ANDRADE, a posição majoritária no BGH alemão e doutrinadores como Rogall, Schäffer, Kleinknecht, dentre outros, aplicando a ponderação de interesses orientada pelo “significado do interesse punitivo, a gravidade da violação, a dignidade da tutela e a carência de tutela do interesse lesado” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 38).

<sup>376</sup> BECCARIA: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença de um juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1999, p. 35).

<sup>377</sup> Em relação ao histórico do princípio da presunção de inocência (*Unschuldvermutung*) e sua aplicação no direito comparado, ver STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Untersuchungen zur Unschuldvermutung**. Berlin: De Gruyter, 2008.

do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em que se tenha formado um suporte probatório robusto a afirmar a responsabilidade penal do réu<sup>378</sup>.

O acusado, assim, tem o direito de não ser preso preventivamente durante o trâmite do processo, a não ser nas exceções previstas em lei; deve ter sua casa, sua honra, sua liberdade, preservadas, como se inocente fosse, a não ser que sejam aplicáveis medidas cautelares em caráter excepcional, estritamente necessárias e justificadas por ordem judicial, na maioria das vezes. O acusado tem direito de manter-se em silêncio e de não produzir prova contra si. São estes exemplos de aplicação do princípio da presunção de inocência, essenciais para um processo justo e democrático<sup>379</sup>.

O seu alcance, portanto, estende-se tanto na questão relativa ao tratamento dispensado ao acusado ao longo do processo como à matéria probatória, em que não tem obrigação de produzir provas, de manifestar-se, muito menos de auto-incriminar-se.

Mas, como já se disse, pela aplicação de algumas medidas excepcionais, devidamente delineadas na legislação, esse princípio não tem caráter absoluto<sup>380</sup>. Se assim fosse, restaria inviabilizado o sistema de investigação e instrução penal, deixando o Estado de tutelar, pelo outro lado da moeda, direitos também considerados fundamentais, como a liberdade, a vida, a honra, a segurança de todos os cidadãos<sup>381</sup>.

A dificuldade que ocorre dá-se nesse choque entre a finalidade do direito processual penal e as garantias individuais, impondo-se um juízo de razoabilidade no caso concreto para qualquer cedência destas últimas frente ao poder coercitivo estatal.

Assim, a jurisprudência é firme ao definir que o princípio da presunção de inocência não pode ser entendido em caráter absoluto, sendo possível ceder frente a situações

<sup>378</sup> Sobre o tema: ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. **The International Journal of evidence and proof**, vol. 10, p. 241-279, 2006; MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. **La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia**. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 37-41; VAZQUEZ SOTELO, José Luis. **Presunción de inocencia del imputado**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 265-280.

<sup>379</sup> ALBRECHT assinala que “é de se lembrar: o ônus da prova no processo penal pertence ao Estado. Não é o acusado que é considerado como culpado desde o início, não compete a ele provar sua inocência, mas o estado precisa provar ao acusado a sua possível culpa. Se existem dúvidas sobre a culpabilidade do acusado antes da proclamação da sentença, então este deve ser absolvido (...) a presunção de inocência somente pode ser superada pela sentença, como conclusão do processo, desse modo, quaisquer penas ou medidas semelhantes à pena, antes da sentença transitada em julgado, são proibidas” (ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 203).

<sup>380</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 93; ORTELLS RAMOS, Manuel; TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El proceso penal en la doctrina del tribunal constitucional (1981-2004)**. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 574-577.

<sup>381</sup> Veja-se SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 90-95, ressaltando o papel do Estado como “protetor dos direitos fundamentais” ou “melhor amigo dos direitos fundamentais” (*Grundrechtsfreund*), e que “o dever de protecção se traz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.

específicas que estejam delineadas no processo e plenamente justificadas por um critério de proporcionalidade.

No TEDH há a afirmação do princípio da presunção de inocência, porém, com vários precedentes em que situações específicas no campo probatório levam à discussão, inclusive, de possível inversão no ônus da prova, como no sistema anglo-saxão e em casos específicos pela peculiaridade probatória<sup>382</sup>.

E esse é um ponto interessante no que se refere à extensão e alcance do princípio da presunção de inocência, que serve para a análise no campo da prova indiciária e, por exemplo, num caso de homicídio em que haja negativa de autoria, sem prova direta, como ocorre em uma situação como no “Caso Joana”.

A prova unicamente indiciária, para transpor uma garantia constitucional como a presunção de inocência, vai ter que apresentar força suficiente amparada em elementos seguros e que possibilitem, a partir da confirmação de uma hipótese, gerar um juízo de certeza.

Mesmo as medidas de coação que podem ser deferidas ao longo do processo devem ter uma base probatória suficiente (“indícios suficientes”, “indícios fortes” na terminologia legal). Sendo a prova formada por indícios, por exemplo, a justificar uma prisão preventiva no curso do processo, certo que deverão ser indícios que possam ser considerados como capazes de levar à condenação, já num elevado grau de probabilidade e não apenas um mera possibilidade<sup>383</sup>.

Para isso, essencialmente, deve-se, a partir das construções jurisprudenciais e doutrinárias, bem como de tudo o que já se analisou em relação à teoria da prova indiciária e da construção do convencimento e da motivação de uma decisão penal, ter-se bem delimitado nos requisitos específicos da prova indiciária que possam justificar a transposição da presunção de inocência, o que se verá a seguir. Antes, algumas ponderações devem ser observadas sobre o *in dubio pro reo*.

### 5.2.2.2 Papel do *in dubio pro reo* no julgamento penal

---

<sup>382</sup> Conforme já ressaltado na nota n.º 310.

<sup>383</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 58: “Embora não seja é, pelo menos, necessário que, face aos elementos de prova disponíveis, seja possível formar a convicção sobre a maior probabilidade de condenação do que de absolvição”. Exigindo um grau de probabilidade que justifique um prognóstico de condenação para a fase da pronúncia e nem tanto para uma medida de coação, ver PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 267-282.

Segundo ROXIN, o princípio *in dubio pro reo* é uma regra de decisão (*Entscheidungsregel*)<sup>384</sup>, que ocupa um papel fundamental no processo penal, no sentido de que, ao persistir uma situação de dúvida, a decisão deve ser favorável ao acusado, ou seja, assume o caráter de um princípio geral de interpretação.

Trata-se de um princípio basilar, que busca acautelar um sistema de justiça com a definição de uma regra que evite a condenação de inocentes. Seu campo de atuação é substancialmente para dirimir as questões fáticas, pois as questões jurídicas deverão ser solvidas pelas regras de interpretação delineadas na hermenêutica jurídica que define, por sua abordagem, no caso concreto, a melhor norma a ser aplicada<sup>385</sup>.

Primeiramente, cabe ressaltar a diferença do princípio da presunção de inocência para o *in dubio pro reo*. Este se refere, exclusivamente, ao momento da formação do juízo de convicção, sendo uma regra de juízo, com sua maior conotação no momento do julgamento final do processo (na fase da pronúncia também, mas com uma conotação não tão exigente<sup>386</sup>).

<sup>384</sup> Como ressalta ROXIN, “ein letzter, nicht minder wichtiger Beweisgrundsatz des Strafprozesses i. w. S. ist der, das im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist (in dubio pro reo). Dabei ist der in-dubio-Grundsatz keine Regelung zur Würdigung der Beweise, sondern kommt erst nach Abschluss der Beweiswürdigung zur Anwendung (Eisenberg, BewR, Rn., 118), ist also keine Beweis- sondern Entscheidungsregel. Er ist im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert, lässt sich jedoch mittelbar aus dem Schuldgrundsatz in Verbindung mit § 261 ableiten” (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 393). Também MEYER-GOSSNER, observa que “Der Grundsatz in dubio pro reo, dessen Rechtsnatur unterschiedlich beurteilt wird, ist keine Beweisregel, sondern Entscheidungsregel (BVerfG 2 BvR 553/08 vom 26.8.2008 (...))” (MEYER-GOSSNER, Lutz. **Strafprozessordnung**. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 1112. Ver, ainda: EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**: Spezialkommentar. 6. ed. München: C. H. Beck, 2008, p. 40.

<sup>385</sup> Nesse caminho, a posição do STJ: “O princípio in dubio pro reo, constitui um princípio probatório, segundo o qual a dúvida em relação à prova da matéria de facto, tem de ser sempre valorada favoravelmente ao arguido, traduzindo o correspectivo do princípio da culpa em direito penal, a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena. Este princípio não tem quaisquer reflexos ao nível, da interpretação das normas penais” (STJ, Ac. n. 02P3316, Rel. Simas Santos, julgado em 14.11.2002). Igualmente, na doutrina, como aponta MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 222.

<sup>386</sup> Por exemplo, é a posição de PALMA, ao tratar dos indícios suficientes no momento do despacho de pronúncia, observando que a aplicação do *in dubio pro reo* dá-se, então, “numa dimensão distinta da que vale em sede de julgamento” (PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 278). Já ALBUQUERQUE, em sentido contrário, sustenta que o princípio não tem aplicação nas fases de decisão final do inquérito e da instrução: “a natureza estruturalmente distinta das decisões finais do inquérito e da instrução em relação à sentença repercute-se, pois, na inaplicabilidade do princípio in dubio pro reo” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 356). Entretanto, conforme decisão do TC, acórdão n. 439/02, Rel. Maria Fernanda Palma, houve entendimento da necessidade de valoração da prova indiciária (indícios suficientes) com aplicação do *in dubio pro reo* na fase intermediária do processo (Ac. 439/02, TC, Rel. Maria Fernanda Palma, julgado em 23.10.2002. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020439.html>>. Acesso em: 12 jan. 2014).

A presunção de inocência, porém, tem seu momento durante toda a fase investigatória até o trânsito em julgado da condenação<sup>387</sup>.

A dúvida deve favorecer o réu, pois, no processo penal, seria inadmissível a condenação de uma pessoa havendo divergências intransponíveis sobre sua responsabilidade pela prática de determinado delito.

O Estado deve provar a culpa do réu, que não deve ter obrigação de comprovar sua inocência (concepção derivada do princípio da presunção de inocência). Caso a dúvida persista no momento do julgamento, esta deve beneficiar o acusado, por uma ideia básica de justiça<sup>388</sup>.

A presunção de inocência, conforme MONTAÑES PARDO, diferencia-se do *in dubio pro reo* em vários aspectos<sup>389</sup>:

a) a presunção de inocência é um direito fundamental consagrado na Constituição que vincula a todos os poderes públicos, enquanto o *in dubio pro reo*, embora de grande relevância, é uma regra de interpretação dirigida aos julgadores quando da valoração da prova; b) os princípios possuem um campo de aplicação distinto, pois a presunção de inocência é, de certa forma, uma presunção *juristantum* e pode ser afastada dependendo do grau probatório atingido pelo Estado; já o *in dubio pro reo* é uma regra de juízo que aconselha o julgador a dar ao réu o benefício da dúvida; c) a presunção de inocência, enquanto um direito fundamental, deve ser tutelada por todos os juízes e tribunais, dando ensejo à discussão da causa no âmbito de um recurso ordinário constitucional; o princípio *in dubio pro reo* não tem essa força, pois diz respeito a suficiência ou não de prova para condenação, descabendo a rediscussão de matéria fática nas cortes constitucionais.

VILELA, criticando a posição de Cavaleiro de Ferreira e Costa Pimenta, refere, na esteira dos argumentos de Castanheira Neves, que além de manifestarem-se de forma diferente, tais princípios possuem momentos processuais distintos: a presunção de inocência manifesta-se ao longo de todo o processo criminal, do inquérito até o trânsito em julgado da

<sup>387</sup> Segundo VIVES ANTÓN, “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” (VIVES 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, p. 38).

<sup>388</sup> MAIA GONÇALVES cita acórdão do STJ, com a seguinte ementa sobre a dimensão do *in dubio pro reo*: “O princípio do *in dubio pro reo* constitui um princípio probatório segundo o qual a dúvida em relação à prova da matéria de facto tem sempre de ser valorada favoravelmente ao arguido, e traduz correspectivo do princípio da culpa em direito penal, sendo a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena. Ac. STJ de 14 de novembro de 2002, proc. n. 3316/02-5, n. 65, 82” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 351).

<sup>389</sup> MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. **La presunción de inocencia**: análisis doctrinal y jurisprudencia. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 46-49.

condenação, sendo que o *in dubio pro reo* tem na acusação inicial e no julgamento seus momentos de atuação<sup>390</sup>.

O âmbito de aplicação do princípio *in dubio pro reo*, então, dá-se, principalmente, no momento da valoração da prova pelo julgador, quando da análise de existência ou não de elementos probatórios suficientes para efetivar a condenação de um acusado, valendo para as questões fáticas e que digam respeito tanto às elementares do tipo ou às circunstâncias<sup>391</sup>.

Trata-se, portanto, de uma regra de interpretação: caso o juiz, ao analisar e valorar a prova do processo, ficar em dúvida, observando que a hipótese acusatória não se sobrepõe de modo seguro à hipótese trazida aos autos pela defesa, a absolvição é medida imperativa<sup>392</sup>.

Todavia, o desafio do julgador é realizar um trabalho extremamente criterioso, avaliando todas as provas do processo e formando seu juízo de convicção com muita cautela, para então decidir por condenar ou absolver o acusado.

Não pode haver a “síndrome de Pilatos” como refere BONFIM<sup>393</sup>, no sentido de “lavar as mãos” e assim gerar uma condenação ou absolvição injusta, nem ver dúvida em tudo, pois, na grande maioria dos casos, alguns de alta complexidade, haverá sempre uma versão que contrapõe a acusação, que dá outro ponto de vista, requerendo uma profunda atenção e capacidade de avaliação pelo julgador<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 77-80. Ver, também, PAZ RUBIO, José María, et al. **La prueba en el proceso penal**: su práctica ante los tribunales. Madrid: Colex, 1999, p. 47-50.

<sup>391</sup> FIGUEIREDO DIAS observa “à luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, que à pena) que, apesar de toda a prova recolhida não possam ser subtraídos à ‘dúvida razoável do tribunal’, também não possam considerar-se como ‘provados’. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, desfavorecer a posição do arguido: um non liquet na questão da prova – não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão (art. 110º, 2 do EJ e art. 286º do CP), - tem de ser sempre valorado a favor do arguido. É com este sentido e conteúdo que se afirma o princípio *in dubio pro reo*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 213).

<sup>392</sup> Nesse sentido: COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 552. Também KHAN, BUISMAN e GOSNELL, ao gizarem que se a prova indiciária não estiver com apontando em um único sentido, possibilitando interpretações diversas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*: “the principle of *in dubio pro reo* also applies to the evaluation of circumstantial evidence. When the underlying facts are susceptible of more than one interpretation, including an interpretation inconsistent with the guilt 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, Karim A. A.; BUISMAN, Caroline; GOSNELL, Christopher. **Principles of evidence in international criminal justice**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 662).

<sup>393</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **No Tribunal do júri**. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>394</sup> Como exemplo, cita-se o Ac. n.º 0315046ª do Tribunal da Relação do Porto, Rel. Ângelo Morais, julgado em 24.03.2004, em que foi anotado sobre a dúvida no princípio *in dubio pro reo*: “a simples existência de versões dispares e até contraditórias sobre factos relevantes não implica que se aplique, sem mais, princípio ‘*in dubio pro reo*’. Tal princípio só deve ser aplicado quando os elementos probatórios não foram suficientes para o julgador formar convicção num sentido ou noutro”.

Os critérios para uma decisão adequada ao caso concreto devem ser respeitados de modo a efetivar uma racional “livre apreciação da prova”. MATTA questiona essa questão, apontando que essa valoração da prova deve levar em conta os seguintes pressupostos: racionalidade (baseada em provas, lógica e regras de experiência), objetividade (evitando subjetivismos), e ser comunicacional (ser compreensível)<sup>395</sup>.

STRECK<sup>396</sup>, ao criticar a liberdade demasiada que pode ser dada ao juiz, gerando um “critério” (livre valoração), mas que, na realidade, não represente um “verdadeiro critério” (que pode ocasionar o arbítrio), seguindo a linha de Dworkin e Gadamer, reflete sobre a questão da decisão correta ou adequada no caso concreto e vislumbra três ideias centrais:

a) Gadamer refere que uma interpretação é correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo (*das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar nicht keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*);

b) toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter ilimitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesmas (*Alle rechte Auslegung muss sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmerklich Denkgewohnheit abschirmen und den Blick auf die Sachen selber richten*);

c) a constante tarefa de compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, ou seja, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas nas coisas mesmas (*So ist die Ständige Aufgabe des Verstehens, die rechten, sachangemessenen Entwürfe auszuarbeiten, dass heisst Vorwegnahmen, die sich an den Sachen erst bestätigen sollen, zu wagen*).

Nesse contexto, um acervo probatório firme e seguro poderá ensejar a transposição do princípio *in dubio pro reo*, no momento em que ultrapassada, na derradeira valoração da prova do processo, a “dúvida” e podendo ser constatada a “certeza” para justa condenação: há apenas uma interpretação final possível, que está baseada em um critério de racionalidade

<sup>395</sup> 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, p. 278: “traduz-se ‘na possibilidade de formar uma convicção pessoal da verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e experiência, objectiva e comunicacional’. Para ser racional a convicção tem necessariamente de assentar em provas; para ser assente em regras de lógica e experiência tem que ser inexpugnavelmente compatível com os princípios que se conhecem regularem a *gnose*. Objectiva, ser desprovida de subjetivismo injustificável, elementos reais e provados; comunicacional, intrinsecamente, refletida, compreensível por terceiros”.

<sup>396</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STRECK, Lênio Luiz; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171.

palpável e que afasta outras hipóteses, conformando-se à realidade proposta (acusação formalizada contra o réu pelo Ministério Público).

No campo indiciário, como já dissemos, o preconceito em relação aos indícios, entendidos como prova menor ou com menos eficácia probante, levava à ideia de “mera suspeita”, incapaz de condenação. Porém, além de já haver, de longa data, ampla posição contrária a esse entendimento, desenvolvendo a doutrina, inclusive a anglo-americana com forte tradição nesse sentido, posicionamento de que os indícios poderão atingir o grau de suficiência de prova para amparar um veredicto condenatório, sendo, assim, a resposta adequada àquela hipótese acusatória.

Para isso, entretanto, necessário estabelecer quais os requisitos dessa prova indiciária diante de um *standard* de prova que exige a superação da dúvida inicial de um processo até a fase de julgamento, requerendo a confirmação da hipótese acusatória em grau de “certeza”. Claramente, o problema é a quantificação do grau probatório necessário<sup>397</sup>.

No sistema anglo-americano fala-se da prova *beyond reasonable doubt*, com a conotação de que para haver uma condenação seria necessária a existência de elementos probatórios que superassem uma ideia de “dúvida razoável”. O *in dubio pro reo*, no sistema continental, trabalha com a ideia de que persistindo a dúvida após a valoração da prova, deve o julgador absolver, ou seja, inexistindo prova acima de dúvida razoável, a absolvição é uma medida de justiça<sup>398</sup>.

Assim, embora os conceitos sejam distintos, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, *standard* e ônus da prova, verifica-se que possuem todo um âmbito de atividade no campo probatório, funcionando como delimitadores da ação dos sujeitos processuais, na busca de salvaguardar os direitos fundamentais do acusado contra possível abuso por parte do Estado e delinear algum parâmetro para que se possa falar num acervo probatório que legitime um decreto condenatório<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Como pondera ARZT, “Wie gross muss der Zweifel sein, damit er sich *pro reo* auswirkt?”, questionando qual o tamanho desta “dúvida” para que se aplique o princípio *in dubio pro reo* e favoreça o acusado (ARZT, Gunther. **Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo**. Berlin: De Gruyter, 1997, p. 8).

<sup>398</sup> Ver sobre esse ponto: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 73-95.

<sup>399</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ critica essa diferenciação, observando 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 a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado” (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre prueba y proceso penal**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, p. 61).

Nesse sentido, LAUDAN<sup>400</sup> destaca essa proximidade, mas realçando a necessidade de que seja delimitado o âmbito de atuação de cada um destes institutos, que funcionam do início ao fim do processo, em distintas funções, como já podemos observar. No seu entender, o julgador (exemplifica na situação do júri) deve entender que o acusado, no início do julgamento, não pode ser presumido culpado, bem como a acusação deverá trazer provas que demonstrem a culpa do réu.

Contudo, essas ideias devem ser colocadas em prática com a consciência do julgador de que, para decidir pela condenação, deverá exigir um alto grau probatório (*the standard for proof of guilt is very demanding*). Desse modo, chega-se a poder falar em menor relevância do *burden of proof*, pois diante de um *standard* mais exigente, em alto grau de convencimento, este, por si só, asseguraria a garantia da presunção de inocência e, inclusive, a absolvição do réu em situação que não cabalmente comprovada a sua culpa (*guilty*).

Tais questões são fundamentais para a análise dos requisitos e pressupostos de uma prova indiciária, sobretudo em caso de homicídio, crime grave por seu resultado e também consequências para o acusado, requerendo, desse modo, um esquema devidamente delineado para que se tenha, ao final, um quadro que possibilite e efetive uma punição criminal justa e com suporte legítimo.

Destacadas as diferenças entre os conceitos de presunção de inocência (com sua relação com o ônus da prova) e *in dubio pro reo* (como *Entscheidungsregel*), e anotadas sua importância para efeito de atuarem como freios a possíveis abusos contra direitos e garantias

---

<sup>400</sup> LAUDAN, sobre a questão, evidencia que “The first point of interest to note is that there is a high level of redundancy between these three concepts. The standard of proof can readily enough be formulated as follows: the defendant must be acquitted unless the state establishes that the evidence of the defendant’s guilt exceeds proof beyond a reasonable doubt (or whatever other standard may be in play). That is to say, the “standard” of proof specifies a level of proof, it gives a decision rule for conviction or acquittal, and (in the version I have just stated) it spells out that the burden of proof falls on the prosecutor. On this analysis, a separate burden of proof principle is unnecessary. Alternatively, one could formulate the standard of proof more narrowly, along these lines: the defendant must be acquitted unless the evidence of the defendant’s guilt exceeds a certain level. This formulation leaves it less clear where the burden of proof falls and would need supplementation by a separate rule to the effect that the state bears such a burden. In my view, not much hangs on whether we go with the first formulation or the second. (...) The ‘innocence’ that jurors need to assume is not a material innocence but an epistemological one: the trial begins with jurors knowing (and, ideally, presuming) nothing about whether the defendant committed the crime and, more importantly, presuming nothing about whether the evidence to be presented by the state will prove conclusive. A conscientious juror need not believe, at the outset, that the defendant is innocent nor need he believe it highly unlikely that the state will be able to prove its case. But neither should he believe that the defendant is guilty nor that the state will probably be able to make out its case with ease. It is enough if he believes that that case has yet to be made and that the defendant’s status qua defendant contributes nothing to the case for guilt. Above all, though, he needs to understand that the standard for proof of guilt is very demanding and that nothing short of achieving that standard will suffice for conviction. (This moral is more closely tied with the instruction on the standard of proof than with the PI.)” (LAUDAN, Larry. **The presumption of innocence: material or probatory**. Disponível em <[http://www.academia.edu/2754441/The\\_Presumption\\_of\\_Innocence\\_Material\\_or\\_Probatory](http://www.academia.edu/2754441/The_Presumption_of_Innocence_Material_or_Probatory)> Acesso em 10 dez. 2013).

individuais do cidadão, cabe ainda analisar os limites probatórios relativos à produção e valoração da prova, de observância obrigatória<sup>401</sup>.

### 5.2.2.3 Limitações probatórias de caráter constitucional ou processual

A prova indiciária para ser discutida no processo, como qualquer outra, necessariamente, passa pelas limitações de sua admissibilidade, como pressuposto para seu conhecimento e valoração.

Como se pode, anteriormente, deixar anotado, inaceitável que se busque a “verdade a qualquer preço” num Estado Democrático em que se respeitam os direitos e garantias individuais do cidadão.

Nesse passo, além dos aspectos relativos aos princípios basilares do processo penal, como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, assim, como toda a gama de princípios do direito penal e processual penal, relativos à humanidade das penas, culpabilidade, intervenção mínima, dentre outros, a investigação criminal e, por consequência, a instrução processual, no que diz respeito à prova, recebe um freio limitador em face do conflito existente entre bens jurídicos que dizem respeito ao interesse estatal em desvendar a prática de crimes, interessando, assim, à coletividade, e, de outro lado, aqueles mais caros ao cidadão, como sua liberdade, honra, privacidade e intimidade<sup>402</sup>.

Nesse sentido, o artigo 32º, n.º 8, da CRP, prevê que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, tratando-se de norma cogente, de cunho constitucional, que deixa evidenciada a impossibilidade de coleta de provas violando tais bens jurídicos.

---

<sup>401</sup> ROBERTS e ZUCKERMANN também salientam essa ligação como fundamental no processo penal, ao dizer que “allocation of the probative burden to the prosecution, and the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt, are the twin evidentiary pillars of presumption of innocence encapsulated in English law’s Woolmington principle” (ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 244).

<sup>402</sup> GASCÓN ABELLÁN aponta que: “Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros *valores* que se consideran merecedores de protección. Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza, exigiendo que en la averiguación de la verdad se protejan en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. Algunas limitaciones y prohibiciones de prueba y la presunción de inocencia constituyen ejemplos de estas reglas” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Prueba y verdad en el derecho**. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 78. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014).

O interesse coletivo de investigação e elucidação dos crimes não poderia ser exercido sem limites, agindo o Estado de maneira violadora e abusiva<sup>403</sup>.

Assim, na legislação infraconstitucional, seguindo a linha do direito alemão (*Beweisverboten*) e anglo-americano (*exclusionary rules*)<sup>404</sup>, há previsão expressa sobre a admissibilidade de provas e as provas proibidas, nos artigos 125º e 126º do CPP português.

No Brasil, o artigo 5º, LVI, da CF, igualmente, trata da matéria no capítulo referente aos direitos fundamentais do cidadão, estando também regulada no artigo 157 do CPP.

GÖSSEL observa que a questão das “proibições de prova” enquadra-se nesse conflito entre “los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales”, onde, com uma ideia moderna de Estado de Direito que ultrapassa a concepção de Estado-Polícia ou Estado-Observador, esses limites à busca de uma chamada “verdade material” representam uma intenção de tutelar os interesses do indivíduo frente o poder de investigação estatal<sup>405</sup>.

Nesse mesma linha, assinala AMBOS que, diante dessa tensa relação de interesses que possuem grande relevância social e jurídica, não se pode negar que as proibições de prova assumem uma “função de controle disciplinar”<sup>406</sup> das autoridades responsáveis pela persecução penal, buscando a preservação dos direitos mais caros aos cidadãos.

Seguindo essa concepção sobre as “proibições de prova”, o sistema português traz a regra geral de que são admitidas todas as provas que não sejam proibidas, fixando, no artigo 126º do CPP e em outros artigos específicos dentre os meios de prova, restrições à liberdade de prova, na esteira do mandamento constitucional.

---

<sup>403</sup> MUÑOZ CONDE, sobre as proibições de prova, adverte que “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 em um proceso penal, que constituyen un limite 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, Francisco. **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 18.

<sup>404</sup> Ver AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 73-89.

<sup>405</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el Estado de Derecho**. Lima: Grijley, 2004, p. 64-67.

<sup>406</sup> Como ressalta AMBOS, “a tensa relação entre interesses por uma administração da justiça funcional e eficaz, na qual se cumpra, por um lado, o fim de se esclarecer fatos delituosos e, por outro lado, a garantia dos direitos fundamentais do imputado, conduz a uma complexa rede de decisões com base em ponderações que, somente em raras ocasiões, deixam completamente satisfeitas ambas as partes – a autoridade responsável pela persecução penal e a defesa. Esta tensa relação também pode ser descrita por meio da antítese entre justiça material (realização da pretensão penal) e a garantia do devido processo legal (assegurar os direitos do investigado ou imputado)” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83).

SOUSA MENDES aduz que as proibições de prova devem ser entendidas no seguinte sentido: a) proibição de produção de prova; b) produção de valoração de prova; esta, por sua vez, leva à análise da invalidade do ato processual, respeito às garantias de defesa e o efeito à distância das proibições de valoração.

Assim, não se pode perder de vista que, por exemplo, num caso criminal como o “Caso Joana”, em que a prova é indiciária e discutem-se aspectos como a possibilidade de valoração da reconstituição fotográfica dos fatos, de acordo com a colaboração de um dos réus na fase investigativa, havendo, posteriormente, o silêncio do acusado ao longo do processo, o debate acerca da validade deste prova, a fim de valoração, é um pressuposto inarredável quando da abordagem das provas do processo para fim de julgamento.

A vedação de provas obtidas mediante tortura, coação e ofensa à integridade física ou moral das pessoas, bem como daquelas que fossem recolhidas mediante a intromissão na vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações, sem consentimento do investigado, dá força à norma constitucional e garante direitos fundamentais que não podem ceder frente à necessidade de persecução penal pelo Estado, a não ser em casos excepcionados dentro do próprio sistema.

COSTA ANDRADE faz uma ampla abordagem da extensão de aplicação do princípio da proporcionalidade nessa questão, criticando decisões que abranjam certos meios investigatórios que tocam diretamente em direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana<sup>407</sup>.

Não cabe no presente estudo alongar-se nessa questão, pois apenas se busca ressaltar o seu aspecto de pressuposto de valoração válida da prova formada por indícios.

Se diante de todas as ressalvas que alguns tribunais e doutrinadores possuem ou já tiveram em relação à prova indiciária, não se pode deixar de referir e registrar a importância do tema proibições de prova nesse contexto, pois, muitas vezes, na busca de elementos de prova direta, acaba-se por afrontar determinados direitos fundamentais do acusado, tudo na

---

<sup>407</sup> COSTA ANDRADE, citando Jürgen WOLTER, nesse ponto, destaca: “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais (...) a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 38).

tentativa de ir além da prova indireta, o que pode ser um erro irreversível, ensejando a imprestabilidade de determinada prova ou a nulidade do processo<sup>408</sup>.

Os indícios, desse modo, devem ter sido colhidos observando-se as vedações legais oriundas das proibições de prova, o que deve também ser considerado para efeito da valoração final da prova quando da prolação da sentença.

### **5.3 A suficiência de prova indiciária para fixação de um juízo de certeza na sentença penal**

Como já tivemos a oportunidade de analisar acima, o processo penal traz um conflito de hipóteses, uma tensão existente entre “histórias” que são narradas pelo Ministério Público ao estipular os termos da acusação formulada contra o réu, assim como por este ao contrapor a versão acusatória.

O sistema de confirmação da hipótese, a partir da análise do material probatório constante no processo, traz em seu bojo a utilização de um critério extraído por uma probabilidade indutiva que possa determinar, então, qual a hipótese que deve prevalecer.

Nesse aspecto, diversos autores sempre apontaram que a prova direta, por fazer uma intermediação imediata entre o fato e o repasse da informação a fim de concretizar a reconstrução histórica do acontecimento, teria maior grau de credibilidade ou facilitaria a formação de um juízo de convicção. Porém, já apontamos que, conforme refere GREENSTEIN, “o mito da prova direta” não subsiste, tendo em conta que a prova direta necessita da efetivação de inferências sobre seus detalhes, sua credibilidade, sua fiabilidade, de maneira a ensejar uma construção lógica, o que também ocorre com a prova indireta<sup>409</sup>.

Esta, caso devidamente delineada, fechando uma série de inferências baseadas em fatos provados e argumentos seguros, poderá levar a um grau de probabilidade que torne aquela determinada versão a “vencedora da causa”. Será a hipótese considerada “verdadeira”, atingindo um quadro de suficiência probatória que será admitido como “certeza”.

---

<sup>408</sup> Conforme MALAFAIA, “Só a prova obtida de modo intra-processualmente válido é susceptível de poder ser usada de molde a poder condenar um arguido. Apesar de se obter a certeza que um determinado agente praticou determinado facto, se o meio de obtenção da prova ou meio de prova se fundar num modo não lícito de obtenção, não havendo outros, determina que o agente tenha de vir a ser absolvido, pois que não existiu prova obtida de modo intra-processualmente válida” (MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista de ciências criminais*, Coimbra, ano 20, n. 4, p. 560, out./dez., 2010).

<sup>409</sup> GREENSTEIN, Richard K. **Determining facts**: the myth of direct evidence. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1116644](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644)>. Acesso em: 15 jun. 2013.

A prova indiciária, então, para atingir esse grau, deve apresentar quais características, ou melhor dizendo, quais os requisitos para que assuma esse papel que dá a noção de preponderância de uma certa história diante um nível de *standard* de prova exigente?

### 5.3.1 Requisitos específicos sobre a prova indiciária

De acordo com SIMÕES, por razões históricas e sócio-políticas, ligadas a muitos anos de autoritarismo, que somente veio a cair em 1974, a jurisprudência portuguesa, nas últimas décadas, manteve um grau de exigência exacerbado em relação à prova indiciária, gerando absolvições inexplicáveis e mantendo uma linha que adota a prova direta como fator preponderante para ensejar um juízo condenatório<sup>410</sup>.

Da leitura de CAVALEIRO DE FERREIRA<sup>411</sup>, verifica-se, por seu turno, que embora refira na possibilidade de utilização de indícios como “prova” e sua relevância no contexto do processo penal, faz a diferenciação destes conceitos e deixa os indícios num patamar inferior às provas diretas quanto à concepção de certeza na fase de julgamento, denominando-os de prova “insegura”.

Nessa linha, igualmente, SILVA<sup>412</sup>, mesmo tratando da importância dos indícios, refere que estes permitem a sujeição do réu a julgamento, de forma que se deduz uma menor relevância quanto ao valor da prova indiciária, sob a ótica de permitir a condenação.

A mesma situação é desenvolvida por NEVES<sup>413</sup>, ao abordar a prova para a formulação da acusação, para a pronúncia, nada referindo quanto à fase de julgamento, se a prova indiciária assumiria essa força a amparar um veredicto condenatório.

Verifica-se, desse modo, que embora haja a discussão e consideração sobre o valor da prova indiciária, de certa forma verifica-se aquela ideia de preconceito quanto a sua devida avaliação, pois, como já se pode constatar, não há justificativa que *apriori* faça uma hipovaliação dos indícios.

---

<sup>410</sup> SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007.

<sup>411</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. v. 2. Lisboa: Serviço Social da Universidade de Lisboa, 1970.

<sup>412</sup> SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008.

<sup>413</sup> NEVES, Rosa Vieira. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra 2011.

A questão é bem mais profunda, sendo inadmissível uma hipovaliação como, também, uma hipervaliação sobre os indícios, sobretudo, na sentença.

Em razão disso, como bem pondera SIMÕES, as exigências atuais em relação à criminalidade organizada, de colarinho branco, tráfico de drogas, que acabam por determinar toda uma criminalidade violenta, tais como homicídios, roubos, sequestros, impõe uma maior consideração da prova indiciária<sup>414</sup>, pois não se pode querer que, em cada delito dessa espécie, haja prova direta de sua prática, interpretação que beiraria à chamada prova “diabólica” e representaria um claro descomprometimento do Estado em relação ao avanço da criminalidade<sup>415</sup>.

Seguindo esse caminho, CABRAL<sup>416</sup> também ressalta a importância do aprofundamento do estudo da prova indiciária e a necessidade de sua melhor compreensão, sobretudo, diante das novas formas de criminalidade do mundo moderno e globalizado, observando que nos Estados Unidos e na Espanha, por exemplo, além de alguns acórdãos do STJ, há o reconhecimento da capacidade de a prova indiciária possibilitar um juízo condenatório.

---

<sup>414</sup> SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007. De acordo com suas ponderações, “sedimentado o regime democrático e o inerente figurino de separação dos poderes e independência dos tribunais, justificar-se-á que os intérpretes e aplicadores da lei continuem a negar-se a ultrapassar o estreito quadro da prova direta? A crescente complexidade e opacidade dos fenómenos criminais que hoje se perfilam não exigirá maior elaboração no acto decisório ou, se se preferir, maior ousadia sentencial? Cuido francamente que sim, que também entre nós tem que se encetar um movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova, que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da ‘prova indirecta, indiciária ou por presunções’ (circunstancial, preferem outros), como factores válidos de superação do princípio da presunção de inocência”. P. 204.

<sup>415</sup> Por exemplo, ANTUNES discute que as novas formalidades de criminalidade que surgem em um mundo globalizado e com novas características, possivelmente, necessite que no campo do Processo Penal haja uma mudança de tratamento e mentalidade, ao pontuar que “Reiteradas as exigências apontadas no já longínquo ano de 1974, emergem agora interrogações sobre as respostas que a lei, a doutrina e a jurisprudência vão dar aos problemas colocados pelo terrorismo e pela criminalidade violenta ou altamente organizada. Saber como é que um sistema de coordenadas definido por um eixo horizontal, que distingue a criminalidade grave da pequena criminalidade, se vai inscrever um universo processual que, actualmente, também reclama um tratamento diferenciado ao nível da criminalidade grave” (ANTUNES, Maria João. Direito processual penal: direito constitucional aplicado. In: MONTE, Mário Ferreira, et al. **Que futuro para o direito penal?** Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 745-754).

<sup>416</sup> CABRAL, José Santos. A prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 13-33, maio/ago., 2012. Também, sobre o pressuposto lógico na valoração dos indícios, MATTA ressalta: O facto de o indício não ter uma conexão directa com o *factum probandum* leva a que o respectivo valor probatório seja variável, dependente do tipo de ilações que o indício autoriza. Um indício será tanto mais seguro quanto menos ilações alternativas permita. Daí que haja que proceder com cautela acrescida na apreciação e valoração dos indícios, sendo imprescindível, para assegurar graus acrescidos de fidedignidade, que se distinga por um lado a prova (demonstração) do indício em si, do juízo lógico que tende a relacionar o indício com o *facta probanda*” (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, p. 227-228).

Aponta como requisitos: a) que os indícios decorram de prova direta; b) análise da gravidade dos indícios; c) indícios devem ser independentes; d) pluralidade de indícios (quando não se fundamentem em leis naturais); e) os indícios devem ser concordantes; f) as inferências devem ser convergentes; g) deve ser afastada a existência de contraindícios.

A doutrina espanhola, igualmente, traça alguns parâmetros para que os indícios possam assumir uma força condenatória, na linha afirmada pela jurisprudência.

PASTOR ALCOY, citando diversos acórdãos do Tribunal Supremo espanhol, enumera os requisitos que são exigidos para que a prova indiciária assuma eficácia condenatória, transpassando os limites da presunção de inocência do acusado, a evitar qualquer espécie de arbitrariedade na sentença judicial baseada em indícios<sup>417</sup>:

a) pluralidade de indícios, com a existência de dois ou mais, sendo insuficiente apenas um;

b) confluência ou coincidência destes, que devem apontar em uma mesma direção;

c) não devem ser desvirtuados ou desmentidos por outros em sentido contrário, pois seriam anulados e perderiam seu valor;

d) os fatos-base geradores da inferência devem estar suficientemente provados e acreditados, por prova direta, lícita e legalmente obtida;

e) as inferências devem ser racionais e responder aos ditados do bom sentido e da lógica, não podendo ser absurdas ou desatinadas, o que caracterizaria uma arbitrariedade;

f) entre o fato-base e o fato-consequência deve haver um enlace preciso segundo as regras do critério humano (regras de experiência);

g) deve existir uma conexão mental entre os indícios, afastando qualquer outra hipótese razoável a que se possa creditar o delito;

h) se existem várias possibilidades entre os indícios e suas consequências, deverão ser demonstradas e delimitadas na sentença, por que se escolhe uma, rechaçando outras;

i) a sentença que utiliza prova indiciária deve demonstrar concretamente quais fatos são considerados como indiciários;

j) a sentença deve expressar os critérios mentais que levaram à inferência lógica utilizada, geradora da conclusão.

Esses mesmos requisitos, de uma forma geral, são apontados pela doutrina espanhola, seguindo a linha jurisprudencial.

---

<sup>417</sup> PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocência**: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística. Valencia: Práctica de Derecho, 2002, p. 52.

MIRANDA ESTRAMPES<sup>418</sup> assinala que os requisitos seriam: pluralidade de indícios; confirmação de cada indício via prova direta; enlace entre fato-base e fato-consequência deve estar alicerçado em regras lógicas e máximas de experiência; a exclusão de contraindícios. Frisa um aspecto relevante: a correlação lógica entre os indícios e a conclusão opera em um sentido positivo, pois devem desembocar em uma única conclusão, assim como um sentido negativo, tendo que levar à exclusão de qualquer outra hipótese.

MONTAÑES PARDO<sup>419</sup> acrescenta a estes, a necessidade de profunda e plena motivação dos indícios na sentença, sob pena de violação de norma constitucional que obriga à fundamentação das decisões judiciais, bem como da própria presunção de inocência. RIVES SEVA<sup>420</sup> e REYES ALVARADO<sup>421</sup> seguem essa mesma linha, entendendo todos esses requisitos como fundamentais em termos de valoração da prova baseada exclusivamente em indícios e para que assumam força suficiente a amparar um decreto condenatório.

Também, cabe ressaltar as ponderações que CORDÓN AGUILAR faz, em estudo sobre a prova indiciária na jurisprudência espanhola, relacionando-a com a presunção de inocência, identificando ao menos seis requisitos sobre a eficácia dos indícios no contexto do processo penal<sup>422</sup>:

a) *a pluralidade de indícios ou indício único de especial significação probatória*: exige-se a existência de mais de um indício, na grande maioria dos casos, tendo em conta a probabilidade de erro em caso de uma decisão baseada em indício único. Assim, a necessidade de constatação e verificação de cada indício para somar-se sua força no todo e chegar-se à conclusão em único sentido é fundamental no campo da prova indiciária. A situação de indício único, de acordo com a jurisprudência, ficaria quase restrita a casos de tráfico de substâncias entorpecentes, em que uma grande quantidade de drogas apreendida na posse do acusado, representa uma prova firme e segura no que diz respeito da destinação que é dada a droga, a confirmar, então, a finalidade comercial<sup>423</sup>. Obviamente, a quantidade de

<sup>418</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: José María Bosch, 1997, p. 244.

<sup>419</sup> MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. **La presunción de inocencia**: análisis doctrinal y jurisprudencia. Navarra: Aranzadi, 1999, p.109.

<sup>420</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo. **La prueba en el proceso penal**: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo. Navarra: Aranzadi, 2008.

<sup>421</sup> REYES ALVARADO, Yesid. **La prueba indiciaria**. 2. ed. Bogotá: Ediciones Reyes Echandia Abogados Ltda., 1989.

<sup>422</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 205-240. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/1110366/110651/1/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/1110366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

indícios não é a ideia fundamental, mas, sim, sua solidez e fundamento a demonstrar, com segurança, o fato principal;

b) *indícios devidamente provados*: a prova deve ser válida<sup>424</sup>, ou seja, observando as garantias e direitos individuais do acusado nos termos das restrições constitucionais e legais, bem como, é aceitável que haja a concorrência de indícios, embora, em regra, seja necessária uma prova direta que enseje um fato indiciário;

c) *indícios periféricos ou concomitantes ao fato a provar*: pela definição de “circunstância”, exige-se que “esteja ao redor” do fato principal, ou seja, que haja o vínculo direto e indissociável que traduz a conexão lógica entre o indício e o fato probante;

d) *indícios inter-relacionados entre si*: com a existência de uma pluralidade de indícios, estes devem manter uma conexão entre si, de maneira a conduzir uma conclusão no mesmo sentido, não retirando força de um ou outro, o que afastaria o poder da prova como um todo. Os indícios devem ser articulados de modo que, mutuamente, se reforcem e, assim, não se neutralizem;

e) *racionalidade do enlace entre os indícios e o fato a ser provado*: as inferências que partem dos indícios devem, naturalmente, levar à conclusão, mantendo uma linha de raciocínio lógico que não resulte em absurdos, contradições ou impossibilidades fáticas;

f) *necessidade de demonstração explícita do raciocínio do julgador na sentença*: trata-se da necessidade de uma fundamentação que abranja, explicitamente, todas as inferências realizadas pelo magistrado para formar a conexão entre os fatos, a formação dos indícios e as conclusões, de maneira que se tenha efetivo controle sobre o exercício da atividade jurisdicional, se possa verificar em que o juiz baseou-se para chegar a sua conclusão.

---

<sup>424</sup> CORDÓN AGUILAR observa que han de tratarse de pruebas obtenidas en observancia de los derechos fundamentales y garantías procesales, practicadas durante el desarrollo del juicio oral (salvo aquellas excepciones admitidas) y apreciadas de acuerdo al principio de libre valoración, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales alcance el juez el convencimiento, sin margen alguno de duda razonable, acerca de la constatación del indicio (...) En efecto, de fundarse la acreditación del indicio en prueba prohibida o en actuaciones que legalmente no pueden considerarse como pruebas, o de revelarse irracional su constatación, se entenderá que aquél no se encuentra debidamente probado, deviniendo imposible, por ende, inferir conclusión alguna a partir de él, pues de hacerlo se entendería vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Por su parte, en la STC 85/1994, de 14 de marzo, luego de apreciarse la vulneración de derechos fundamentales mediante un determinado acto de prueba, se concluye que éste no es útil para la constatación del indicio, haciendo inviable cualquier inferencia sobre su base, pues, de lo contrario, se entendería conculcado el derecho a la presunción de inocencia” (CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 211-212. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013).

CABRAL cita acórdãos do Tribunal Supremo da Espanha<sup>425</sup>, de que se extraem requisitos exigidos para a verificação da eficácia probante dos indícios, como no acórdão n.º 392/2006, de 06 de abril de 2006, em que se vê:

1) *requisitos de carácter formal*: a) que na sentença se expressem os fatos – base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência; b) que na sentença se explicita o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do fato punível e da participação do acusado no mesmo. Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível;

2) *requisitos de carácter material*: a) indícios plenamente comprovados por prova direta; b) devem ser de natureza acusatória; c) devem ser plurais ou, caso único, ter especial força probatória; d) devem ser contemporâneos ao fato que se pretende provar; e) se vários, devem estar inter-relacionados, de modo que se reforcem mutuamente.

3) *requisitos do juízo de inferência*: a) que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda à lógica e máximas de experiência; b) que dos fatos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso e direto, segundo as regras do critério humano.

A viabilidade da utilização da prova por indícios, na doutrina e jurisprudência espanholas vem determinada por requisitos que, praticamente, se repetem, aplicando-se a diversas espécies delituosas<sup>426</sup>.

Já no direito processual penal italiano, como já tivemos a oportunidade de referir, a legislação é expressa, no artigo 192º, n.º 2, que os indícios sejam “graves, precisos e concordantes”, o que pressupõe a existência de uma pluralidade de indícios<sup>427</sup>.

A doutrina, em geral, como se vê em SCAPINI, SACCONI, CONTE, RUSSO, segue a mesma linha que é exigida na jurisprudência espanhola, requerendo uma pluralidade de

<sup>425</sup> CABRAL cita os acórdãos 190/2006, 557/2006, 1133/2006. Refere, ainda, os acórdãos de 02 de abril de 2011 e 11 de julho de 2007, em que o Supremo Tribunal de Justiça considerou a eficácia probante dos indícios para efeito de condenação (CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 13-33, maio/ago., 2012).

<sup>426</sup> PASTOR ALCOY cita os referidos julgados do Tribunal Supremo Espanhol: acórdãos n.º 1682/1994; 763/1994; 1888/1993; 3009/1993; 292/1994; 1864/1994 (PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocencia**: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2002). RIVES SEVA, igualmente, refere: 3808/1996; 1768/1998; 2383/1998; 9008/2001, dentre outros precedentes (RIVES SEVA, Antonio Pablo. **La prueba en el proceso penal**: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo. Navarra: Arazandi, 2008). GARCIA GIL: 7526/1989; 4958/1990; 5665/1990; 1945/1992; 1972/1992 (GARCIA GIL, F. Javier. **La prueba en los procesos penales**: jurisprudencia. Madrid: Dykinson, 1996).

<sup>427</sup> RUSSO, Vincenzo. **La prova indiziaria e il ‘giusto processo’**. Roma: Jovene Editore, 2001, p. 34-35. Embora no sistema italiano, conforme ressalta o autor, a norma seja expressa ao exigir mais de um indício e a jurisprudência dominante aponte nesse sentido, há julgados nos tribunais italianos que, em situações específicas, um indício único poderá satisfazer o grau de convencimento necessário para a formação da convicção do juiz.

indícios, a prova individual de cada indício, a ligação entre estes e com o fato probando, a inexistência de contraindícios, a motivação expressa da sentença. Tais requisitos terão a função determinante de encaminhar a gravidade, precisão e concordância desses indícios pelo intérprete, dando a devida possibilidade de convencimento do julgador<sup>428</sup>.

Na doutrina brasileira, igualmente, MOURA<sup>429</sup> propõe alguns requisitos para a prova indiciária, nesse mesmo caminho, de modo geral englobados pelos mesmos requisitos já referidos acima, como também é a posição de ESPÍNOLA FILHO<sup>430</sup> e COELHO<sup>431</sup>.

Por outro lado, sobre a força da prova indiciária, também autores como MITTERMAIER<sup>432</sup>, DELLEPIANE<sup>433</sup>, CLIMENT DURÁN<sup>434</sup>, dentre outros, traçaram essa

<sup>428</sup> SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milão: Giuffrè, 2001; CONTE, Mário; GEMELLI, Maurizio; LICATA, Fabio. **Le prove penali**. Milão: Giuffrè, 2011; SACCONI, Giuseppe. **L'indizio 'per la prova' e l'indizio 'cautelare' nel processo penale**. Milão: Giuffrè, 2012; RUSSO, Vincenzo. **La prova indiziaria e il 'giusto processo'**. Roma: Jovene Editore, 2001.

<sup>429</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 89-104).

<sup>430</sup> ESPÍNOLA FILHO indica os seguintes requisitos: “1) da certeza da circunstância indicante; 2) da certeza de proposição geral, na qual se pretende procurar a significação da circunstância indicante; 3) da relação lógica entre a circunstância indicante e a proposição geral; 4) da conjunção entre os vários indícios relativos à prova de um mesmo fato, se eles se sustentam um na base do outro; 5) da independência de vários indícios relativos à prova de um mesmo fato, se eles se subordinam a diferentes ordens de ideias – caso em que o valor da prova depende do número de indícios; 6) da relação dos indícios com outros elementos de prova no processo” (**Código de processo penal brasileiro anotado**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 189).

<sup>431</sup> COELHO refere: “a força e a relevância da prova circunstancial está em função de quatro fatores fundamentais: 1) a espécie e valor de cada indício em particular; 2) a maior ou menor concordância e convergência desses indícios; 3) a avaliação dos contramotivos e contra-indícios, objetivos e subjetivos; 4) o ajuste ou adequação final da prova indiciária às demais provas coligidas” (COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 52).

<sup>432</sup> MITTERMAIER: “1º) pela execução de cada caso, e com relação a cada indício, ou seja, o que se deduz; 2º) do fato que servir de base dos dados da experiência, por meio dos quais se liga o fato estabelecido a um outro fato que tem de ser provado por via de inferência; 3º) da natureza das relações existentes entre o fato conhecido e aquele que se trata de verificar; 4º) do modo de aplicar os resultados gerais da experiência ao fato em questão; 5º) da possibilidade que haverá de explicar as relações dos fatos de modo a não dar absolutamente lugar às suspeitas, e, portanto, justificações apresentadas pelo acusado; 6º) do caráter e do gênero de vida do mesmo acusado; 7º) da certeza maior ou menor, de que o crime, cujo autor se procura, foi realmente consumado; 8º) pelo seu próprio número; 9º) pela natureza de seu concurso unânime; 10º) por suas relações com presunções infirmantes e as consequências também invalidantes que se podem deduzir dos fatos geradores”. (MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879, p. 513).

<sup>433</sup> DELLEPIANE: “1) indícios comprovados e por prova direta; 2) os indícios devem ser submetidos à análise crítica, destinada a verificá-los, precisá-los e avaliá-los e da qual terão saído, se não com um valor numérico, pelo menos providos com a etiqueta de graves, medianos ou leves; 3) os indícios devem ser independentes; 4) que sejam vários, quando não possam dar lugar a deduções concludentes, como as fundadas em leis naturais que não admitem exceção; 5) que sejam concordantes; 6) que as inferências indiciárias sejam convergentes, vale dizer, que todas reunidas não possam levar a conclusões diversas; 7) que as conclusões sejam imediatas; 8) que as conclusões excluam hipóteses da ação provável do azar ou da falsificação de prova” (DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Campinas: Minelli, 2004, p. 124-127).

<sup>434</sup> CLIMENT DURÁN aponta requisitos elencados pelo Tribunal Constitucional da Espanha, como indícios provados, motivação e racionalidade do enlace (acórdãos n.º 169/1986 e 107/1989), tendo, ainda, proposto, na sua concepção, os seguintes: pluralidade de indícios; os indícios estejam provados; os indícios sejam periféricos ou concomitantes; e que os indícios estejam interrelacionados, ou sejam, convergentes (CLIMENT DURAN, Carlos. **La prueba penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 629-641).

mesma linha de pressupostos para o reconhecimento dos indícios para fim de justificar um decreto condenatório.

Por tudo que se pode ver, são diversos os autores que se debruçaram sobre a questão, nos mais diversos países, buscando a identificação de requisitos específicos para a adequada valoração da prova indiciária.

Neste momento, porém, cabe delimitar a ideia principal de cada um deles e seu significado, o que será essencial para a identificação do grau de suficiência probatória com intuito de superar a presunção de inocência do acusado e garantir a segurança necessária para o julgador transpor uma possível dúvida no julgamento, que levaria à aplicação do princípio *in dubio pro reo*, ensejando a absolvição.

A nosso ver, analisada a prova indiciária e todas as informações que dizem respeito à formação do juízo de convencimento em um processo criminal, os requisitos essenciais para a valoração da prova indiciária, podem ser resumidos nos seguintes aspectos:

- a) cada indício, individualmente, deve estar provado, geralmente, por prova direta, embora, em casos específicos, possa se admitir inferências de provas indiretas em sequência;
- b) em regra, deve haver uma pluralidade de indícios; excepcionalmente, em casos particulares, pode ser admitido indício único<sup>435</sup>;
- c) os indícios devem estar concatenados e convergirem em um mesmo sentido, orientados pela lógica e regras de experiência;
- d) inexistência de contraindícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios;
- e) 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;

---

<sup>435</sup> Vale registrar a advertência de GASCÓN ABELLÁN: “El requisito de la pluralidad de indicios parece lógico al menos por dos razones. Primero, porque es una manera de evitar el riesgo de que con base en un único dato, que es esencialmente equívoco, se establezca una conclusión errónea. Segundo, porque si el resultado de la prueba indiciaria o presuntiva es de mera probabilidad, cuantos más indicios lo apoyen más fiable será. Ahora bien, este requisito tampoco puede ser interpretado en términos absolutos, pues puede haber supuestos en los que se disponga de un solo indicio, pero de tan alto valor probatorio que permita, por sí solo, fundar la decisión” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Prueba y verdad en el derecho**. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 71. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014). No processo penal alemão, GEIPEL refere a necessidade de pluralidade de indícios citando o “caso Anastácia”, jugado pelo BGH como um exemplo, em que registrado “dass die Indiztatsache nur mit anderen Tatsachen zusammen den Schluss auf das Tatbestandsmerkmal rechtfertigen kann. Das einzelne Indiz bedeutet nämlich wenig, wenn man nicht als mindestens zweites und drittes Indiz weiss, wie oft das Indiz bei der zu beweisenden Haupttatsache vorkommt und wie oft das Indiz auch bei der Nichthaupttatsache vorkommt”, ou seja, o indício único não terá força suficiente a amparar uma determinada tese, sendo que sua análise com outros, um segundo, terceiro, poderá então demonstrar um fato principal (GEIPEL, Andreas. **Handbuch der Beweiswürdigung**. Münster: Lexis Nexis, 2008, p. 174). Também nesse sentido: WOLTER, Jürgen; et al. **SK-StPO: Systemascher Kommentar zur Strafprozessordnung**. v. 2. 4. ed. Köln: Carl Heymanns, 2011, p. 470-471.

f) 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)<sup>436</sup>.

Identificados os requisitos para uma possível eficácia da prova indiciária, deve-se perquirir sobre o que justifica, finalmente, um grau de suficiência que poderá, então, fundamentar uma condenação lastreada em indícios.

### 5.3.2 A força probatória dos indícios no processo penal

#### 5.3.2.1 Indícios suficientes e “certeza”

Como vimos, para chegar-se à valoração da prova indiciária, em primeiro lugar, é necessário que os pressupostos que afirmam a validade da prova estejam devidamente delineados, fator este de fundamental importância.

A prova baseada em indícios, sendo estes individualmente considerados, deve ter sido obtida de modo válido e passível de valoração, não se enquadrando nas situações das denominadas “proibições de prova”.

A motivação da sentença é outro pressuposto básico, em que a fundamentação deve ser plena, demonstrando todo o percurso lógico transcorrido na análise de cada indício, seu significado e às conclusões que levam.

Ultrapassada essa questão, deverão ser investigados os requisitos referidos no subtítulo anterior, em que será verificada a quantidade de indícios, sua relação com o fato probando, a inexistência de contraindícios, a força das inferências que inter-relacionam fatos-base com a conclusão, gerando a pergunta final: quando a prova indiciária assume um grau de suficiência que permite uma conclusão pela condenação do acusado?

Os pressupostos de validade e fundamentação garantem, formalmente, a legitimidade da decisão<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Ressalve-se a questão do Tribunal do Júri no caso brasileiro, em que a decisão de “pronúncia” deverá delimitar esses indícios e sua força probante, bem como a filtragem que pode ser realizada em termos de admissibilidade de provas para o julgamento (como ocorre no sistema anglo-americano, inclusive, com a participação ativa do juiz no sentido de vedar a utilização de argumentos e provas que sejam inadmissíveis ou que induzam o júri a erro).

<sup>437</sup> ROBERTS, Paul; AITKEN, Colin; JACKSON, Graham. **Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings**. Disponível em <<http://www.maths.ed.ac.uk/~cgga/Guide-1-WEB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

Como apontam ROBERTS, AITKEN e JACKSON, no contexto do julgamento criminal, a interpretação das provas assume, obrigatoriamente, duas dimensões principais. Em primeiro lugar, o juiz deve avaliar se as provas são legalmente admissíveis (*exclusionary rules and relevance* – proibições de prova e relevância). Em segundo lugar, o julgador (juiz ou jurados) deve apreciar o valor probatório das provas, verificando como as evidências combinam com outras para apoiar ou minar as alegações da acusação ou da defesa do acusado. E, como sustentam, a relevância e o valor probatório são ambos derivados da lógica da inferência indutiva (*logic of inference inductiv*). Prova relevante é aquela que, por uma questão de lógica e de bom senso, tem importante influência sobre um fato em causa no processo, e, assim, pode ser esse fator expressado em termos de probabilidade. O valor probatório (ou o “peso” da prova) é a medida de até que ponto os elementos de prova relevantes contribuem para provar ou refutar um fato em causa. Esta é uma questão de grau, avaliável pela corroboração das versões.

Porém, o conteúdo, o alcance que podem atingir as inferências lógicas que se extraem de cada fato indiciário, podem ser consideradas a “alma” da discussão sobre o valor dessa prova para efeito de dar um passo além da presunção de inocência do réu, bem como não ficando em um grau de *non liquet*, numa decisão absolutória afirmada na aplicação do *in dubio pro reo*.

E, nesse aspecto, que chamamos de legitimidade material da decisão, advém do ponto que une a formação da convicção por uma qualidade e quantidade de prova baseada em indícios que tenha o condão de:

a) ser considerada a “história” que, pelo conteúdo da prova produzida, ou seja, pela força dos indícios, é a “verdadeira”, no sentido de verdade “processual” que se pode contar no processo, conforme já se destacou, nos mais diversos países europeus e, inclusive, no direito anglo-americano;

b) pela análise dos indícios, verifica-se que, por uma probabilidade lógica ou indutiva, estes assumem uma alta força probante e que demonstra a ocorrência dos fatos nos termos afirmados na hipótese, em que o grau de probabilidade (de regra, não matemática) é tão elevado que afaste outras possibilidades ou hipóteses, obtendo-se apenas aquela determinada conclusão.

Portanto, disso depreende-se a necessidade da abordagem dos modelos probatórios e a questão da base da formação das inferências, pois basta observar os requisitos que identificamos para ter uma possível eficácia de uma prova indiciária, para verificar que a concepção de confirmação de uma hipótese por sua sobreposição às demais, de acordo com

um grau de probabilidade que refute todas as outras, será fundamental para falar-se em “suficiência” da prova.

Como salienta STEIN, o “peso da prova” (*weight of evidence*) deve estar relacionado com o grau de probabilidade de afirmação de determinada versão, em que os argumentos emprestam uma particular característica e força a uma conclusão<sup>438</sup>.

Desse modo, se os indícios cercam o acusado, apontando-o como autor do crime, é inegável ser plenamente possível a conclusão de que deva ser condenado, com base nessa prova indiciária.

Nesse passo, GREENSTEIN<sup>439</sup> desenvolve a ideia de ser totalmente inaceitável e errada a ideia de maior valor da prova direta. A prova formada por indícios, diante de seu acabamento lógico, se estiver delineada em diversas circunstâncias que cercam a hipótese que se busca defender, não há motivos para não se concluir no sentido apontado pelos indícios.

Esse ponto de vista já se teve a oportunidade de abordar quando da análise da diferenciação entre prova direta e indireta, porém, neste momento, cabe ressaltar essa questão, que pode configurar já um pressuposto quando se trata de processo criminal baseado, estritamente, em prova indiciária: não há hierarquia entre prova direta e prova indireta, não há maior ou menor valor aprioristicamente<sup>440</sup>.

Em cada caso deverá ser verificado o grau de probabilidade que se atinge pela força dos indícios e sua capacidade persuasiva, podendo levar à conclusão de os fatos ocorreram de acordo com a hipótese formulada.

<sup>438</sup> STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 40.

<sup>439</sup> GREENSTEIN: “But direct evidence no more gives us simple, basic, or immediate access to the truth about the past than does ‘circumstantial’ evidence. For there is no truth there are no facts that is simply about the past. The truth toward which all evidence points is never simply about the past but is always also very much about the future. When the factfinder finds facts when the factfinder chooses among the competing narratives of the trial and the corresponding interpretations of the evidence she is reconstructing the past in large part by constructing the future. Each trial decision, composed of intermingled interpretations of law and facts, is such an admixture of past and future, of description and hope, of belief about how the world was and aspiration for how the world should be. And each trial decision thereby contributes material from which that world might be created” (GREENSTEIN, Richard K. **Determining facts: the myth of direct evidence**. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1116644](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644)>. Acesso em: 15 jun. 2013). Nesse mesmo sentido, ALLEN, Ronald J. **Evidence: text, cases, and problems**. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 153.

<sup>440</sup> GASCÓN ABELLÁN: “Podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aserción verificada sobre el hecho principal que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción 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, es decir, de su grado de certeza” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Prueba y verdad en el derecho**. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 71. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014).

ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>441</sup> observa que uma hipótese poderá ser considerada verdadeira no momento em que for inteiramente compatível com os elementos probatórios que constam no processo, tendo o condão de integrar e explicar, na sua totalidade e de modo harmônico, os fatos, não havendo contradição nem desmentido. Mesmo que alguns dados periféricos possam, às vezes, não estar devidamente provados em relação à hipótese, sem dúvida, deve ser analisado o todo, verificando-se a logicidade da conclusão.

Por isso, seguindo a linha de Copi, em termos de exigências para que uma hipótese possa ser devidamente satisfeita e considerada, deverão ser observados:

- a) *relevância*: o fato que se trata de explicar deve ser dedutível dela;
- b) *susceptibilidade de controle*: há de resultar possível formular observações que permitam confirmá-la ou invalidá-la;
- c) *compatibilidade com as hipóteses previamente estabelecidas*: uma hipótese complexa não admite contradição entre seus distintos segmentos, deve ser autoconsistente.
- d) *aptidão para explicar*: deve optar-se pela que mais ou melhor explica;
- e) *simplicidade*: tanto na experiência ordinária como na científica, é preferível a teoria mais simples que se adapte a todos os fatos disponíveis<sup>442</sup>.

GONZÁLES LÁGIER, igualmente, trata da questão dos elementos suficientes de prova sobre uma hipótese, abordando critérios de solidez da inferência probatória, propondo, ao seu sentir, que a força probatória de uma tese deve ser analisada pelos seguintes critérios (dados por questionamentos), de maneira que se possa ter dados concretos para afastar um total subjetivismo na valoração da prova<sup>443</sup>:

- a) Critérios em relação aos fatos probatórios: são precisos? São suficientes? São variados? São pertinentes?
- b) Critérios sobre a garantia da conexão: está suficientemente fundada? Estabelece um grau de probabilidade causal suficiente?
- c) Critérios acerca da hipótese: deve ser refutada? É possível confirmar as hipóteses derivadas? Foram eliminadas todas as hipóteses alternativas? É coerente? É simples?

Por essas ideias, vê-se que a “suficiência” de uma hipótese vem de múltiplos fatores e, dessa forma, justificam a confirmação, por exemplo, de uma hipótese acusatória em um

<sup>441</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

<sup>442</sup> A ideia de simplicidade como método para análise da hipótese a ser identificada como melhor explicação vem tratada também em POPPER, Karl. **The logic scientific discovery**. London: Routledge, 2005, p. 121-130.

<sup>443</sup> GONZÁLES LÁGIER, Daniel. **Argumentación e prueba judicial**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

processo criminal, pelos requisitos elencados acima, justificando que a prova indiciária seja considerada “suficiente” (equivalente à segura, firme, certa).

Isso explica a incoerência de maior valoração da prova direta em relação à indireta. Fazendo-se um juízo rápido, sem reflexão, parece que, por exemplo, por haver uma testemunha ocular o crime está desvendado e tudo leva à responsabilidade criminal do acusado. Porém, seja pelos detalhes equivocados do testemunho, suas impossibilidades práticas (condição de visibilidade, posição no local), ou pela falta de confiabilidade do testemunho, as dificuldades seriam imensas. Será necessária uma série de inferências para a conclusão pela veracidade do testemunho, dar crédito a este e, assim, confiar nessa prova.

No campo da prova indiciária, essas exigências são as mesmas, quem sabe, às vezes, mais complexas, ainda mais em casos de crimes de homicídio, com poucos rastros, que em muitas situações exigirá um grande esforço investigatório para coletar provas. As inferências que partirão de indícios estarão a buscar a confirmação da hipótese e definição da autoria (há uma suspeita que deverá ser confirmada ou não), sendo que a conclusão de que a hipótese é verdadeira dependerá da conjugação de todos esses indícios e uma ideia final de que essas provas levam à formação de um juízo de certeza.

A pluralidade de indícios é um requisito, pois, simplesmente, tem a capacidade de “fechar um cerco” em relação ao acusado (se discutida a autoria, por exemplo). Obviamente, um indício apenas é prova frágil, mas que, em casos de furtos ou tráfico de drogas, tem grande força probatória: ora, o objeto subtraído está na posse da pessoa; dez quilos de cocaína foram apreendidos com o acusado; indiscutivelmente, no campo argumentativo-persuasivo pouco resta para o acusado.

As inferências que são realizadas a partir da comprovação de cada indício, com sua concatenação lógica, que afasta qualquer hipótese contrária, neutralizando, assim, contraindícios, contramotivos, ou seja, toda a versão apresentada para justificação por parte da defesa encaminha para uma única conclusão sobre os fatos: não há plausibilidade de outra hipótese, não há razoabilidade em uma decisão em sentido oposto ao que se chegou pelos indícios. Há, pelo grau de confirmação atingido, por uma concepção de aumento gradativo da probabilidade, uma ideia formada de “certeza”, da qual se extrai que o réu é culpado pela prática do crime<sup>444</sup>.

---

<sup>444</sup> Nas palavras de GORPHE, “A que certeza se llega com los indicios precisos e concordados? Cabe obtener una probabilidad mayor o menor, que proporciona una certidumbre en ocasiones moral y a veces física; e incluso, en ciertos casos puede ser estimada matemáticamente. La certeza judicial, de ordem empírico o histórico, debe contentarse con una verosimilitud” (GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 301).

A presença dos requisitos sobre a prova indiciária, dizem respeito, portanto, à capacidade de os indícios, no caso concreto, em cuidadosa análise, levarem à formação de um juízo de “certeza”, entendendo o julgador, então, que há provas suficientes a justificar um decreto condenatório: há, assim, “prova acima de dúvida razoável”.

### 5.3.2.2 Indícios e o *standard* “prova acima de dúvida razoável”

Falar-se na “suficiência” da prova indiciária para efeito de que se ultrapasse a linha da presunção de inocência e não haja, assim, dúvidas para uma condenação, é, de certa forma, falar-se em existência de “prova acima de dúvida razoável”<sup>445</sup>.

A concepção anglo-americana de um *standard* de prova para que se fale em condenação criminal é uma questão já sedimentada na doutrina e jurisprudência.

A necessidade de que haja “*proof beyond reasonable doubt*” é um critério estabelecido para que se tenha legitimidade na condenação. É a constatação de prova suficiente que afasta qualquer possibilidade de “dúvida” sobre a correção de um juízo condenatório.

Assim, se na doutrina continental fale-se na “certeza moral” ou “juízo de certeza” para a condenação, tendo como orientador o princípio *in dubio pro reo*<sup>446</sup>, caso não atingida essa “certeza”, na doutrina anglo-americana a ideia central está no *standard* “prova ou culpa acima de dúvida razoável”<sup>447</sup>. Seja uma concepção ou outra, na realidade, ambas traduzem a exigência de um grau efetivo de “certeza”, única possibilidade de aceitar-se uma condenação,

<sup>445</sup> Como observa GARDNER, em 1850, na Suprema Corte Judicial do Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos, pelo Juiz Shaw, houve a recomendação de que os juízes instruissem os jurados para que considerassem o réu culpado quando houve provas “beyond reasonable doubt”: “what is a reasonable doubt? (...) it is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt” (...) The jury must be instructed to judge the guilty of the defendant according to a high degree of certainty” (GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal Evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 79). Ver também SHAPIRO, Barbara J. “**Beyond a reasonable doubt**” and “**probable cause**”: historical perspectives on the anglo-american law of evidence. Los Angeles: University of California Press, 1991.

<sup>446</sup> VOLK, Klaus. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio C. Sarrabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007, p. 111.

<sup>447</sup> Segundo explica MAY, citando julgados das cortes norte-americanas, “Thus, in *Re H (Minors)*, Lord Nicholls said: ‘The law looks for probability, not certainty. Certainty is seldom attainable. But probability is an unsatisfactorily vague criterion because there are degrees of probability. In establishing principles regarding the standard of proof, therefore, the law seeks to define the degree of probability appropriate for different types of proceedings. In *Miller v. Minister of Pensions*, Denning J. said of the degree of proof required in a criminal case (...) If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence, ‘of course it is possible but not in the least probable’ the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice” (MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 73-74).

sendo que tanto no sistema continental como anglo-americano acaba-se por falar no clássico *in dubio pro reo* e na *proof beyond a reasonable doubt*<sup>448</sup>.

Porém, a subjetividade desse *standard* é inarredável, pois o grau de suficiência de prova para efetivar um conceito de superação de uma “dúvida razoável” é tarefa árdua para efeitos de quantificação, ocupando grandes discussões para melhor identificação de critérios para sua aplicação, como se vê em autores como NIEVA FENOLL<sup>449</sup>, FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, TARUFFO, assim como, no direito anglo-americano, TILLERS, HO, LAUDAN, STEIN, DENNIS, SHAPIRO, TWINING, dentre outros<sup>450</sup>.

Já tivemos a oportunidade de observar algumas ponderações de GASCÓN ABELLÁN, quando tratava da questão da suficiência de provas pela confirmação da hipótese. Novamente, chama-se à atenção para ressaltar que os requisitos elencados para a valoração da prova indiciária no caso concreto e a correta compreensão da classificação de indícios, serão mecanismos importantes para a delimitação da eficácia dessa prova indiciária.

Uma pluralidade de indícios, um liame lógico entre estes que têm o condão de apontar na mesma direção a que se busca chegar, com a inexistência de contradições ou provas em sentido oposto, são pressupostos para um conceito de suficiência probatória.

Não havendo como quantificar o grau de confiabilidade de uma hipótese por critérios exclusivamente matemáticos (que podem, todavia, contribuir, como nos casos de provas

---

<sup>448</sup> Veja-se decisão do Tribunal da Relação de Coimbra, tratando da necessidade de prova acima de dúvida razoável: “Toda a decisão judicial constitui - precisamente - a superação não só da dúvida metódica, como da “dúvida razoável” sobre a matéria da acusação e da presunção de inocência do acusado. Daí a submissão a um rígido controlo formal e material do processo de formação da decisão e do conteúdo da sua motivação, a fim de assegurar os padrões inerentes ao Estado de Direito moderno” (Ac. n. 145/05.0.GCFVN.C1, Rel. Belmiro Andrade, julgado em 28.01.2010). No mesmo sentido: Ac. n. 1273/08, Tribunal da Relação de Évora, Rel. João Gomes de Sousa, julgado em 21.06.2011, em que se assentou: “O juízo exigível para se considerar a indicição suficiente deve afirmar-se numa fórmula de forte, alta probabilidade de condenação, de predominância de um juízo de culpabilidade do arguido, de alta preponderância probabilística, de forte convicção de condenação do arguido. Na prática, o juízo de certeza judicial vigente no ordenamento jurídico processual penal português em nada difere do *beyond reasonable doubt*, quer para o juízo de certeza judicial da sentença, quer para o juízo de indicição suficiente”.

<sup>449</sup> NIEVA FENOLL alerta, nesse sentido: “Sin embargo, en un proceso penal la exigencia del estándar de prueba es, al menos en teoría, mucho más alta, puesto que se exige que la culpabilidad del reo esté demostrada ‘más allá de toda duda razonable’, lo que es una expresión que trata de decirle al jurado que la probabilidad de que el acusado sea responsable de los hechos debe valorarla como muy alta para declararle culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza. Pero, al tiempo, sin exigir esa completa certeza que lo único que provocaría sería un aumento irracional del número de absoluciones. Es la forma anglosajona de concebir el principio de presunción de inocencia, y en ocasiones hasta rivalizar con él. Como se ve, las definiciones adolecen de una gran imprecisión, especialmente las del ‘*beyond any reasonable doubt*’” (NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 85-88).

<sup>450</sup> HO pondera: “the conventional understanding of criminal standard is also problematic. It is a common observation that ‘*beyond a reasonable doubt*’ is virtually impossible to define” (HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law: justice in the search of truth**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 180). Todos os demais autores já citados nas notas anteriores.

científicas<sup>451</sup>, como já ressaltamos anteriormente), a afirmação de uma tese acusatória para fins de suplantar a presunção de inocência deve passar, no processo penal, pela ideia de prova segura, robusta, além de qualquer dúvida razoável.

WENSTEIN e DEWSBURY<sup>452</sup>, analisando a significação de *proof beyond a reasonable doubt*, travam profundo debate sobre a quantificação da prova para garantir uma condenação justa, ou seja, que haja a punição de um culpado, jamais de um inocente (erro judiciário). Observam, nesse contexto, que seria exigível um grau de 95% de probabilidade para que o réu fosse condenado (rebatendo posições que admitem a condenação a partir de 80%<sup>453</sup>), indicando, porém, fatores que jurados levam em conta para sua decisão, os quais, no modelo de julgamento pelo júri, poderão variar de acordo com a posição de cada jurado (questão do ônus da prova, menor ou maior exigência no grau de probabilidade de responsabilidade do acusado, antecedentes e meio de vida do acusado, influências por situações da experiência de vida, etc).

A discussão, então, centra-se muito sobre a necessidade de quantificar a prova como forte, segura, plena, impedindo-se uma condenação com prova insuficiente ou duvidosa.

Esse é o *standard*, que tem a função de garantia de respeito aos direitos individuais do cidadão frente à atuação estatal na esfera penal, em que, seguramente, quanto mais exigida força e suficiência de elementos probatórios, mais freios a possíveis erros judiciários serão impostos<sup>454</sup>, fator que dá uma maior dimensão e alcance à presunção de inocência com uma garantia constitucional na defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

Em face disso, FERRER BELTRÁN ressalta exatamente esta questão, de que maneira objetivar parâmetros para um *standard* de prova no processo penal? Como definir tais limites

<sup>451</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina. **Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN**. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

<sup>452</sup> WEINSTEIN, Jack B.; DEWSBURY, Ian. Comment on the meaning of ‘proof beyond a reasonable doubt’. **Law, probability and risk**, Oxford, n. 5, p. 167-173, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013. Igualmente, no campo do *standard* de prova, EGGLESTON aponta a dificuldade de elencar patamares matemáticos ou estatísticos, referindo uma porcentagem, em sede de júri, na Austrália, de 98 a 100% de probabilidade para ensejar a condenação, porém, algo muito difícil para determinar o critério exigível para que os jurados deliberem, em decisão unânime, o que faz opor-se a essa ideia de meros critérios matemáticos, mas, sim, em termos de afirmação de uma versão debatida no processo (para condenação, a que foi sustentada pela acusação (EGGLESTON, Richard. **Evidence, probability and evidence**. 2. ed. London: Weindenfeld and Nicolson, 1983, p. 114-128).

<sup>453</sup> FRANKLIN, James. Case Comment—*United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 365 (E.D.N.Y. 2005): quantification of the ‘proof beyond reasonable doubt’ standard. **Law, Probability and Risk**, n. 5, p. 159-165, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

<sup>454</sup> FERRER BELTRÁN: “En buena parte esto es dependiente, como ha mostrado Laudan (*“Truth, Error, and Criminal Law”*), de um juízo sobre la 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, Jordi. **Los estándares de prueba en el proceso penal español**. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

de maneira que a decisão judicial tenha critérios racionais e devidamente delineados? Sua proposta é a seguinte, para a sentença final do processo, mediante duas condições:

a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter resultado confirmados;

b) deve haver-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis, explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*<sup>455</sup>.

Dessa forma, entende-se que há dois pontos distintos de análise que, de modo geral, aumentam de modo considerável a exigência de confirmação da hipótese acusatória no processo penal, possibilitando falar-se em prova suficiente para ensejar uma condenação.

A primeira condição é a confirmação da hipótese pela sua coerência, pela lógica das inferências realizadas a partir das provas que apontam unicamente no sentido da responsabilidade criminal do acusado.

No segundo momento, nenhuma das hipóteses em contrário possui força para refutar a versão acusatória, não conseguindo subtrair sua eficácia demonstrativa e persuasiva, no sentido de que o acusado foi o autor do crime e deve ser condenado.

Como salienta STEIN<sup>456</sup>, sempre haverá uma justificativa ou versão oposta que poderá criar uma “dúvida” no processo. Entretanto, para neutralizar a hipótese acusatória, a qual, digamos, esteja alicerçada em elementos probatórios firmes e seguros, deve ser verificada a sua real dimensão, não meros subterfúgios defensivos (chamadas hipóteses *ad hoc*, como “teoria do *complot*”). Não é “qualquer dúvida”, mas aquela que seja “razoável”, no sentido de abalar a tese acusatória e, assim, colocar o julgador no caminho da “insuficiência de provas” para condenar.

E nessa linha, LAUDAN adverte que um *standard* de prova totalmente subjetivo não seria um verdadeiro *standard*, pois deixaria totalmente livre o julgador para tomar o caminho que quisesse, utilizando-se da ideia, porém, que, na essência, permitiria abusos e violações contra o acusado. Então, focaliza a concepção de que o *standard* de prova de prova além de

<sup>455</sup> FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147.

<sup>456</sup> STEIN: “Any perceptible doubt – that is, any doubt substantiated by the evidence, thus qualifying as ‘reasonable’ – must work in favor of the accused. Doubts that remain unsubstantiated and, consequently, imperceptible (such doubts can be found in every case) do not pass the threshold of reasonableness. The accused does not benefit from any such doubt. The criminal proof standard immunizes the accused inly from the evidentially confirmed risk of erroneous conviction (risk I). In parallel, this standard exposes the accused to the risk of erroneous conviction when the risk lacks evidential confirmation (risk II)” (STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 173).

dúvida razoável, deve ser conjugado, objetivamente, com o princípio da presunção de inocência, o ônus da prova a cargo da acusação e o princípio *in dubio pro reo*<sup>457</sup>.

A questão diz respeito ao grau de exigência que esse *standard* impõe ao Estado para condenar, legitimamente, um cidadão, sendo que estará, obrigatoriamente, composto por essas três ideias fundamentais, em que o réu deve ser considerado inocente pelo julgador no início do processo, o ônus de provar a culpa do réu é da acusação e deve prevalecer o benefício da dúvida, caso não haja prova suficiente. O *standard* de prova abarca esses três elementos, o que o torna factível e com a força necessária a justificar a decisão judicial.

Diante de um quadro probatório que possa ser definido “suficiente” além de uma dúvida razoável, nos termos acima definidos, poderá a decisão judicial ensejar um veredicto condenatório.

E força da prova, de acordo com NEWMAN<sup>458</sup>, ao rebater a tentativa de quantificação estatística ou matemática, proposta por Webstein ou Tillers, em patamares como 80% ou 95%, respectivamente, é no sentido da formação de um grau de convencimento que dê plena segurança à hipótese acusatória, dispensando um valor estatístico a ser informado ao júri ou expresso pelo juiz numa decisão. A questão fica no campo da corroboração da hipótese de acordo com o acervo probatório colhido, exigindo uma ideia de certeza, sendo essa a ideia que um julgador terá acerca do que se discute na causa e deve ser decidido.

O peso (*weight*) da prova, dado pela presença dos requisitos analisados sobre a suficiência da prova indiciária, dará o suporte para que num juízo de probabilidade haja a confirmação da hipótese acusatória, conferindo a força ética e legítima para justificar uma condenação. Como pondera FREUND, “una determinada conformación de la realidad solo es correcta cuando resulta ser un método idóneo, adecuado y necesario para cumplir el fin legitimador”. Dessa forma, é preciso a confirmação da responsabilidade criminal do acusado por provas seguras e admitidas em um processo válido para que seja formado um juízo de culpabilidade que, assim, poderá ser considerado legítimo e adequado ao sistema de justiça<sup>459</sup>.

<sup>457</sup> LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar**. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>>. Acesso em: 30 abr. 2013. p. 111-113.

<sup>458</sup> NEWMAN, citando uma clássica passagem de WIGMORE, lembra que “no one has yet invented or discovered a mode of measurement for the intensity of human belief”, criticando a ideia de quantificar, matematicamente ou com parâmetros estatísticos, o standard de prova (NEWMAN, Jon O. **Quantifying the standard of proof beyond a reasonable doubt: a comment on three comments**. Law, probability and risk. Oxford, p. 267-269, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 16 jul. 2013).

<sup>459</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal**. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128.

O alto de grau de exigência de um *standard* de prova nesse nível é uma necessidade que, mesmo que não consiga eliminar totalmente a possibilidade de erros na esfera de julgamento, busca limitá-la ao máximo, tratando-se de uma concepção política sobre a matéria, que visa primar pelas garantias individuais afirmadas na Constituição e essenciais em um Estado democrático<sup>460</sup>.

A prova indiciária, assim, caso adquira essa força, terá a capacidade de justificar a condenação, com plena segurança, sem qualquer equiparação à prova direta, pois, como vimos, os indícios, dependendo do caso, poderão constituir uma prova ainda mais segura do que uma prova direta.

O cerne da questão estará não na espécie de prova que consta no processo, se direta ou indireta, mas, sim, no seu peso por estar baseada em elementos seguros e firmes, que levem à conclusão inafastável pela confirmação da hipótese acusatória e refutação de quaisquer outras possibilidades.

A exigência do *standard* de prova no processo penal, assim, impõe-se muito acima de um mero “balanço de probabilidades” (como ocorre no processo civil), obrigando que todos os requisitos que emprestam a necessária força à prova indiciária constituam um alto grau de probabilidade, que produz uma concepção de certeza sobre a hipótese acusatória (*guilty beyond reasonable doubt*). É, no sentido defendido por VIVES ANTÓN<sup>461</sup>, a confirmação de um juízo de culpabilidade alicerçado em uma prova rigorosa que seja capaz de resistir a qualquer objeção que possa ser considerada minimamente sensata e, assim, chegar ao ponto de convencer em um caminho inverso.

---

<sup>460</sup> DENNIS: “The very high standard of proof require in criminal cases minimises the risk of a wrongful conviction. It means that someone whom, on the 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 the ‘beyond reasonable doubt’ standard against wrongful conviction. It is impossible to know the frequency of wronful acquittals, but given the high acquittal rates generally in the Crown Court, it seems that it is almost certainly greater than the frequency of wrongful convictions. This allocation of 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 a wrongful acquittal” (DENNIS, Ian H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 394). Nesse mesmo sentido, as lições de LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology**. New York: Cambridge University Press, 2006; STEIN (ao comentar a “allocation of the risk of error in criminal trials, STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 173-183); FERRER BELTRÁN: “Es interesante advertir que las razones que podemos tener para elaborar un estándar de prueba muy exigente para la hipótesis acusatória, vinculadas al intento de minimizar los errores positivos (las falsas condenas), no operan en absoluto en el caso de la prueba de la/s hipótesis de la defensa, por lo que el estándar de prueba para esta última no tiene por qué ser tan exigente” (FERRER BELTRÁN. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 152).

<sup>461</sup> VIVES 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, p. 35.

Desse modo, restará, legitimamente, afastada a presunção de inocência, recaindo um juízo de culpabilidade sobre o acusado, com base nas provas do processo, constituindo uma decisão democrática, justa e ética, com adoção de um critério racional<sup>462</sup>.

#### 5.4. Comparativo de casos na jurisprudência

##### 5.4.1 Jurisprudência dos tribunais portugueses em casos indiciários de homicídio

De acordo com CABRAL, a jurisprudência dos tribunais portugueses, em razão de muitos anos que o país foi governado por uma ditadura, sob regime autoritário, apresentaria um tratamento benevolente aos acusados que estivessem sendo processados com base em prova indiciária, havendo prevalência de absolvições, tudo numa reversão de análise sobre as garantias individuais. Em contrapartida, além de apontar a necessidade de mudança de postura frente à especialização das atividades criminosas, apresentou quadro diferente na jurisprudência espanhola, sobretudo, em casos envolvendo criminalidade organizada, de colarinho branco ou associações para o tráfico de drogas<sup>463</sup>.

A prova indiciária, nos mais diversos sistemas processuais, como vimos, é admitida e pode formar a convicção do julgador no sentido condenatório. Porém, o que deve ser questionado, diante da necessidade da ação estatal contra a criminalidade e, de outro, a imposição de respeito às garantias individuais dos cidadãos, são os critérios utilizados na verificação dessa prova formada exclusivamente em indícios. A demonstração da racionalidade da decisão é fundamental nessa questão tão delicada e, muitas vezes, de extrema complexidade.

Diante disso, passa-se a analisar alguns casos, pesquisados nos tribunais portugueses para verificação de como estão sendo abordados os processos com prova estritamente indiciária, sobretudo, para que sejam constatados os critérios utilizados pelos tribunais nesses processos e confirmação de uma valoração racional da prova, o que tem caráter fundamental na legitimação da ação de poder do Estado.

---

<sup>462</sup> LARENZ refere-se ao princípio da proporcionalidade, ressaltando que “el principio de la culpa señala que sólo se puede castigar donde hay un fundado reproche de culpabilidad y que la gravedad, de la pena debe corresponder a la gravedad de la culpa. Aquí entra em juego otro principio del Derecho justo, que es el principio de proporcionalidad. La pena justa es la pena adecuada a la culpa”. Refere, ainda, que para que isso seja efetivado no caso concreto, o juiz tem o espaço para análise das circunstâncias do caso, a motivação do agente, as formas de sua participação no fato, de maneira a, realmente, chegar a uma “pena justa” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985, p. 113).

<sup>463</sup> CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 13-33, maio/ago., 2012.

No acórdão 1164/09<sup>464</sup> do STJ, verifica-se que foi dado provimento ao recurso interposto pela defesa com o fim de que fosse reavaliada a prova do processo pelo Tribunal da Relação de Lisboa, tendo em conta que este condenou um dos réus pela prática do crime de homicídio, do qual havia sido absolvido em primeira instância. Pelo o que se extrai do acórdão, observa-se que não restou satisfatoriamente comprovada a causa da morte, o corpo da vítima, que teria sido ocultado, foi encontrado um ano depois do fato, porém, não se precisou como poderia ter ocorrido o suposto delito, nem a causa *mortis*. O STJ, assim, entendeu que mesmo sendo admissível a prova indiciária, no caso específico, a conclusão pela condenação por homicídio mostrava-se “não apoiada, não fundamentada e contraditória”<sup>465</sup>.

Em outro acórdão do STJ, n.º 3554/02<sup>466</sup>, vê-se a discussão acerca de um homicídio por dolo eventual. O arguido, motorista profissional, dirigindo um ônibus, não parou o veículo para as vítimas, que ficaram penduradas no ônibus e acabaram caindo ao solo, tendo uma delas falecido em razão do choque. O acusado foi condenado à pena de 11 anos de reclusão, por homicídio consumado e tentativa de homicídio. Houve recurso da decisão ao Tribunal da Relação de Lisboa, porém, foi mantida a condenação. Em duas oportunidades o STJ determinou o retorno dos autos para nova apreciação pela instância inferior, para reanálise da situação fática. Por fim, o STJ manteve a condenação, apenas reduzindo a pena em um ano, mas utilizando forte argumentação sobre a prova indiciária para a demonstração do dolo eventual.

Verifica-se, na decisão, que o tribunal entendeu que a prova indiciária, formada pela lógica e regras de experiência, derivou em clara constatação de que o acusado agiu de modo totalmente indiferente em relação ao resultado morte, aumentando a probabilidade do acontecimento por sua conduta deliberada. Foram considerados os diversos argumentos sobre

---

<sup>464</sup> Acórdão do STJ n.º 1164/09, relator Rodrigues Costa, julgado em 10.05.2012, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>465</sup> No acórdão, restou registrado que “Desconhecendo-se a forma como o arguido supostamente actuou ou deixou de actuar, no caso de lhe ser exigível que actuasse (por exemplo, por ter colocado a vítima em perigo), não se sabe se o comportamento do arguido era ou não adequado a produzir a morte da vítima. Este desconhecimento é tanto mais grave, quanto não foi possível realizar autópsia ao cadáver, dado terem sido encontradas apenas ossadas, e, portanto, fica-se na ignorância da causa da morte (...) Por conseguinte, ficando por apurar essa acção ou omissão, há uma insuficiência da matéria de facto provada para a decisão. Há uma morte, inevitavelmente, mas uma morte sem causa adequada que se conheça e sem um móbil que justifique a acção ou omissão. Não há crime de homicídio sem uma acção ou omissão adequadas a produzi-la (...) A apontada insuficiência da matéria de facto provada para a decisão e contradição insanável na fundamentação constituem vícios da matéria de facto, tipificados nas alíneas a) e b) do art. 410.º, n.º 2 do CPP, impedindo uma correcta decisão de direito”.

<sup>466</sup> Acórdão do STJ n.º 3554/02, relator Santos Cabral, julgado em 20.10.2010, disponível em <www.dgsi.pt>.

a fundamentação da prova indiciária no que diz respeito à necessidade de sua análise para a afirmação do elemento subjetivo do tipo penal<sup>467</sup>.

No acórdão 07P4588<sup>468</sup>, o recorrente, condenado por homicídio simples, questionou a utilização da prova baseada em indícios para a afirmação de sua condenação. O STJ, entretanto, expressamente, ressaltou a validade da prova indiciária, bem como sua força suficiente para amparar um veredicto condenatório.

O relator Armindo Monteiro observou que, no contexto indiciário, “o juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida”, além de estar devidamente delimitado um nexos preciso e direto entre o fato-base e o fato que se busca provar<sup>469</sup>. Desse modo, diante das circunstâncias do caso, restou assente que o recorrente foi o autor do crime, sendo a prova formada por indícios, prova robusta e suficiente a embasar a condenação.

Nesse mesmo sentido, o acórdão 07P1416<sup>470</sup> do STJ, também da relatoria de Armindo Monteiro, dando pleno valor à prova indiciária em um caso de homicídio cometido por desavenças financeiras. A prova é detalhadamente estudada e analisada de modo crítico, considerando-se pontos de divergência do depoimento do acusado, antecedentes de desentendimentos com a vítima e testemunhos, que afastam o possível alibi ventilado pelo

---

<sup>467</sup> Na fundamentação, é exposto que “A constatação da existência de qualquer um dos elementos em que se decompõe o dolo eventual tem como pressuposto uma valoração que tem de arrancar dos indícios existentes nomeadamente o perfil da actuação do arguido e extrair das mesmas as consequências que as regras da experiência quando não as próprias leis científicas permitem. Na verdade, como refere Ragués i Vallès ao pronunciar-se sobre a prova do dolo em processo penal na prova indiciária intervêm dois tipos de enunciados distintos que se empregam num juízo de inferência: as chamadas regras da lógica formal e as regras da experiência. Para se poder afirmar que a conclusão obtida através da prova de indícios coincide com a realidade afirma o mesmo Autor que são necessários dois pressupostos básicos e irrenunciáveis: as regras da experiência que se apliquem em termos de premissa maior devem ser enunciados por forma a que transmitam declarações seguras, e irrefutáveis, sobre o conteúdo da referida realidade e, em segundo lugar, é necessário também que os factos provados, que se conjugam em termos de premissa menor do silogismo judiciário correspondam inteiramente á realidade. Dentro das regras da experiência que vigoram na nossa sociedade podem identificar-se dois grandes grupos: por um lado as leis científicas e, por outro, todas aquelas ilações que não são mais do que as regras de experiência quotidiana. As primeiras formam-se a partir dos resultados obtidos pelas investigações das ciências, a que se atribui o carácter de empíricas, enquanto que as outras assentam na denominada experiência quotidiana que surge através da observação, ainda que não exclusivamente científica, de determinados fenómenos ou práticas e a respeito das quais se podem estabelecer consenso”.

<sup>468</sup> Acórdão do STJ n.º 07P4588, relator Armindo Monteiro, julgado em 12.09.2007, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>469</sup> “Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra (...) A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência”.

<sup>470</sup> Acórdão do STJ n.º 07P1146, relator Armindo Monteiro, julgado em 11.07.2007, disponível em <www.dgsi.pt>.

réu<sup>471</sup>. Cotejando provas periciais, documentais, vários depoimentos de testemunhas, houve o convencimento de que, diante de todos os indícios encontrados, todos apontando no sentido de que o acusado cometeu o crime de homicídio, a sua condenação seria a única conclusão admissível, mesmo que inexistente prova direta.

Já no acórdão 173/05.6 do STJ, a discussão centrou-se na suposta insuficiência probatória de que o recorrente teria desferido facadas na vítima, havendo a presença de outros agressores. O tribunal rechaçou o recurso defensivo, que alegava a imposição da aplicação do princípio *in dubio pro reo* e a impossibilidade de condenação por prova indireta, ponderando que além de haver nos autos provas diretas, a prova indiciária pode ser utilizada, não existindo na legislação portuguesa qualquer vedação ou requisito especial para sua consideração<sup>472</sup>.

No acórdão 241/08.2 do STJ, caso de homicídio qualificado, em que o acusado foi condenado à pena de 20 anos de reclusão, verifica-se ampla fundamentação e, inclusive, sendo expressamente relacionados os requisitos da prova indiciária, que foram elencados nos seguintes termos:

1) os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova direta, o que não obsta que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito,

---

<sup>471</sup> Veja-se trecho importante sobre a análise da prova: “Assim, nem sequer colhem demonstração efectiva as suas declarações nesta parte, apenas se podendo pois afirmar que o arguido esteve no restaurante em causa cerca de quinze minutos, após as 23.00 horas, voltando depois para Pombal. Desta forma, legítimo será perguntar para onde ou ainda para quê (?). Ora, do que foi dito supra, e se não houvesse outra prova (mas há, efectivamente, como se verá), resulta que apenas existe um período temporal, de cerca de meia hora (entre as 23.00 e as 23.30 horas – esta a hora máxima para os barulhos admitida pela testemunha CC), em que se poderia dizer que o arguido tem um álibi, aparentemente seguro, pelo menos para provocar a dúvida do Tribunal, já que a morte ocorreu no escritório e ele aí não estava nessa altura. Aqui surge, porém, a prova determinante que permite afastar essa ou quaisquer outras dúvidas sobre quem desferiu, efectivamente, as lesões de onde resultou a morte. Trata-se dos vestígios deixados pelo agente responsável pela prática dos factos, sendo que, aqui, alguns foram recolhidos para posterior análise pericial e outros, ainda, verificados (em parte também fotografados) pelos agentes da Polícia Judiciária que se deslocaram ao local ainda na manhã do dia 3 de Março, bem como pela PSP (que aí se deslocou, também) (...) De facto, e desde logo, o próprio arguido, nas suas declarações prestadas em audiência, começou por afirmar que, quando desceu sozinho a esse local, nem sequer se apercebeu do sangue - ! - , só tendo mexido no casaco da vítima, que abanou, tendo voltado logo para trás sem andar nesse momento no gabinete, e que só depois, ao descerem todos, aí entrou, referindo no entanto ter contornado a secretária e que se não apercebeu que tivesse pisado sangue – situação improvável, em termos de normalidade, pois que dificilmente poderia ter deixado de ver as manchas de sangue existentes e, nomeadamente, se as pisasse. Em segundo lugar, os depoimentos da generalidade das testemunhas apontam no mesmo sentido (...) O tribunal procedeu ao exame crítico dos diversos meios de prova , relevando a prova pericial em especial que o exame do sangue encontrado nas botas do arguido, era provindo da vítima, concentrando também a sua atenção no inconsistente alibi apresentado pelo arguido no sentido de que ao ter conhecimento de que o Eng.º RR estava morto , ao pretender abeirar-se do seu corpo , terá pisado o sangue da vítima , isto já no dia imediato ao seu homicídio”.

<sup>472</sup> Acórdão do STJ n.º 173/05.6, relator Fernando Fróis, julgado em 15.09.2010, disponível em <www.dgsi.pt>. No acórdão foi assentado, rebatendo as assertivas da defesa, que “Ora, para além de a nossa lei processual penal não exigir quaisquer requisitos especiais para a prova indiciária, que depende da convicção do julgador – ainda que de uma convicção objectivável e motivável – a verdade é que o acórdão recorrido – no âmbito da apreciação da matéria de facto – afastou de forma clara e inequívoca as razões invocadas pelo arguido/recorrente”.

provas diretas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena;

2) os factos indiciadores devem ser objeto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação, o que permitirá a sua interpretação como graves, médias ou ligeiras;

3) os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos ou partes sucessivas de um mesmo fato;

4) quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem exceção, os indícios devem ser vários;

5) os indícios devem ser concordantes, ou seja, devem conjugar-se entre si, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada fato indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias;

6) as inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas;

7) por igual forma deve estar afastada a existência de contraíndícios, pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária.

Como apontou o relator, a motivação da sentença, com a demonstração das inferências realizadas a partir dos fatos provados é fundamental para a conclusão sobre a suficiência probatória que pode ser aferida dos indícios.

O tribunal, além de fazer uma ampla análise da matéria de fato, indicando o que restou provado e, também, o que não foi provado, efetivou uma ponderação crítica sobre o valor a ser dispensado a cada prova e no todo, com a plena consideração da prova indiciária<sup>473</sup>.

A realização de inferências sem que haja o substrato probatório devidamente afirmado no processo, de acordo com o acórdão n.º 1721/09.8<sup>474</sup> do Tribunal da Relação do Porto,

---

<sup>473</sup> Nesse sentido, foi destacado que “porém, o facto de também relativamente á prova indirecta funcionar a regra da livre convicção não quer dizer que na prática não se definam regras que, de forma alguma se poderão confundir com a tarifação da prova. Assim, os indícios devem ser sujeitos a uma constante verificação que incida não só sobre a sua demonstração como também sobre a capacidade de fundamentar uma lógica dedutiva; devem ser independentes e concordantes entre si (...) Nada impedirá, porém, que devidamente valorada a prova indiciária a mesma por si, na conjunção dos indícios permita fundamentar a condenação (...) No funcionamento da prova indiciária não podemos omitir a exigência da gravidade do indício a qual está directamente ligada ao seu grau de convencimento: é grave o indício que resiste ás objecções e que tem uma elevada carga de persuasividade como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Por seu turno é preciso o indicio quando não é susceptível de outras interpretações. Mas sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado ou, como refere Tonini corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas”.

<sup>474</sup> Acórdão do TRP, n.º 1721/09.8, relatora Maria Manuela Paupério, julgado em 12.06.2013, disponível em <www.dgsi.pt>.

encaminharam a absolvição de réus acusados de roubo e homicídio. A vítima faleceu asfixiada pelo vômito, todavia, não foi determinada, na sentença, a contribuição efetiva dos réus, com uma ação dolosa (no mínimo, com dolo eventual), para esse resultado, ficando a fundamentação deficiente neste ponto, sem demonstrar o nexo causal.

Desse modo, o tribunal condenou os acusados por roubo agravado, mas afastou a imputação de homicídio doloso, por entender que os indícios não foram adequadamente demonstrados, levando à carência de fundamentação, situação que deveria ser observada em favor dos réus.

Por outro lado, no acórdão 442/08.3<sup>475</sup>, também do Tribunal da Relação do Porto, verifica-se que a discussão centrou-se na caracterização do crime de homicídio doloso ou culposo, em que se debateu a ocorrência ou não de dolo eventual na ação do réu que matou a vítima com um disparo de arma de fogo, tendo afirmado que o tiro fatal foi “acidental”.

Extrai-se do acórdão que o tribunal considerou, objetivamente, todos os fatos e provas que antecederam a ação criminosa, assim como, a particularidade do caso, em que o acusado, após discussão com a vítima dentro de casa, apoderou-se de uma arma de fogo e acabou desferindo um tiro contra a cabeça da ofendida. Mesmo com a negativa por parte do réu, alegando a tese de “disparo acidental”, o tribunal entendeu que ele agiu com “dolo eventual”, tendo utilizado um meio sabidamente perigoso (arma de fogo), direcionado a uma pessoa, vindo por causar a sua morte, o que demonstra que correu o risco e foi totalmente indiferente ao resultado<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup>Relativo ao caso: acórdão do TRP, n.º 442/08.3, relator Eduardo Lobo, julgado em 14.12.2011, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>476</sup> “Ora, na motivação da matéria de facto, no que respeita às declarações do arguido, o tribunal recorrido refere que alicerçou a sua convicção, além do mais, nas próprias declarações do arguido. Contudo, acrescenta que o arguido não logrou convencer o tribunal de que efectuou o disparo inadvertidamente, não atribuindo por isso credibilidade ao arguido nessa parte, explicando porquê: o processo que levou à morte da C... esteve do princípio ao fim nas mãos do arguido, sem qualquer interferência externa: confessadamente, o arguido, quando estava a discutir com a companheira, pegou na arma que estava pronta a disparar em cima do guarda-fatos do quarto do casal e empunhou-a na sua direcção (da companheira quando a mesma se encontrava a não mais de 1 m de si, e fê-lo, mais uma vez reconhecidamente, sabendo de todas essas circunstâncias, que se mantiveram, assim como se manteve o conhecimento que delas tinha o arguido aquando do disparo que subsequentemente efectuou, em sinal inequívoco de que a sua vontade presidiu a toda esta actuação, inclusivamente no que respeita à acção de premir o gatilho que pela sua unicidade e especificidade não pode deixar de implicar um processo mental por parte do respectivo agente no sentido de vencer a resistência física — veja-se o peso aproximado de 3,18 a que se refere o exame pericial de fls. 571 - e psíquica inerente a um acto, sobretudo nas circunstâncias em causa, tão perigoso, a que naturalmente o arguido, tal como a generalidade das pessoas, não é alheio, tanto mais que, tendo frequentado a tropa, tem uma maior consciência desse perigo por dispor de conhecimentos concretos sobre o funcionamento do tipo de arma que utilizou. (...) Nesta medida, e nas apuradas circunstâncias, é inevitável a conclusão de que o arguido, tal como o cidadão médio normal, categoria em que se insere, não pode ter deixado de prever a possibilidade de atingir e ferir de morte a sua companheira e ao disparar nos termos sobreditos conformar-se com tal possibilidade”.

O Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão 641/11.0, analisando recurso referente a um caso de homicídio, em que o acusado matou sua ex-companheira, no que tange à discussão de haver prova da intenção criminosa do réu, foi categórico ao dar pleno valor à prova indiciária, deixando claro que em muitas situações, sobretudo, que respeitam ao elemento subjetivo do tipo, a prova indireta é de grande relevância<sup>477</sup>.

Também no Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão 679/06.0<sup>478</sup>, há decisão absolutória de uma acusada de crime de homicídio contra seu ex-companheiro. A ré negou a autoria do crime, inexistindo testemunhas ou qualquer outra prova direta. Tanto em primeira instância, como no Tribunal da Relação, entendeu-se que a prova indiciária, nas circunstâncias específicas do caso, foi insuficiente para amparar um decreto condenatório.

Com profunda fundamentação da situação fática e mesmo ressaltando o valor da prova formada por indícios, o tribunal não acolheu as razões do Ministério Público, ao ponderar que não poderia haver uma condenação apenas por suspeitas ou probabilidades que não constituam uma certeza baseada em uma prova sólida, prevalecendo a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Em que pese a existência de indícios que apontavam a ré como autora do crime, no processo houve prova contrária, formando um quadro de contraindícios que teve condão de abalar a acusação, com uma probabilidade “séria” de uma hipótese alternativa quanto à autoria do fato delituoso. Nesse caminho, a absolvição da acusada foi a solução<sup>479</sup>.

No acórdão n.º 460/10.1<sup>480</sup>, do Tribunal da Relação de Coimbra, em caso de homicídio qualificado, observa-se que o acusado foi condenado à mais de 20 anos de reclusão, afirmando-se, na decisão, a importância da prova indiciária no contexto da prova penal.

---

<sup>477</sup> Acórdão do TRL, n.º 641/11.0, relator Neto de Moura, julgado em 09.04.2013, disponível em <www.dgsi.pt>. Como constou na ementa: “Para que um facto possa ser considerado provado não se requer, sempre e só, prova directa. A prova do conhecimento do foro íntimo do agente (a resolução de matar) normalmente, só é alcançável por via indirecta, através de dados externos que permitam chegar à verdade prático-jurídica que serve de suporte à decisão”.

<sup>478</sup> Acórdão do TRL, n.º 679/06.0, relator João Carlos Lee Ferreira, julgado em 04.07.2012, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>479</sup> Veja-se a ponderação lançada no acórdão sobre a insuficiência da prova indiciária no caso concreto: “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 inocência, ou seja os factos que impedem ou dificultam seriamente a ligação entre o arguido/acusado e o crime, quer os “contra indícios”, isto é, os indícios de cariz negativo que a partir de máximas de experiência, exaurem ou eliminam a conclusão de responsabilização 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>480</sup> Acórdão do TRC, n.º 460/10.1, relator Paulo Valério, julgado em 21.03.12, disponível em <www.dgsi.pt>.

Em síntese, o tribunal elencou requisitos para a valoração e consideração da prova formada por indícios, ressaltando os seguintes aspectos:

a) pluralidade de fatos-base ou indícios; b) que tais indícios estejam acreditados por prova de caráter direto; c) que sejam periféricos do fato a provar ou interrelacionados com esse fato; d) racionalidade da inferência; e) expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência; f) não se admitir que a demonstração do fato-indício que é a base da inferência seja também ele feito através de prova indiciária.

No caso, cabe ressaltar que no veículo do réu havia sangue da vítima (prova pericial), sendo também comprovado nos autos que o acusado manteve contato telefônico com sua mãe, 24 horas após o crime, tendo esta feito registro de ocorrência policial de furto do veículo, numa clara tentativa de desviar o foco da investigação.

Descoberto e afirmado por prova pericial e documental esse fato, que constitui um indício veemente, não resta dúvida que associado a outros fatos, como a ligação do réu com a vítima, pois realizavam diversos negócios, mantiveram vários contatos telefônicos e, por evidente, marcaram um encontro no dia do fato, havia certeza em relação à autoria do homicídio, recaindo no acusado<sup>481</sup>.

Assim, no acórdão vê-se a identificação de requisitos sobre a prova indiciária, bem como ampla fundamentação das razões que justificaram a convicção do tribunal pela condenação do acusado.

---

<sup>481</sup> Veja-se, em parte, a abordagem da situação fática que vem a fundamentar a certeza para o juízo condenatório lançado pelo tribunal: “Primeiro, não pode oferecer dúvida que o recorrente (ou alguém com o seu telemóvel) e o falecido marcaram um encontro para aquele dia, hora e local referidos nos pontos 3 a 5. dos factos provados. Sendo também inquestionável e inquestionado que o arguido e o falecido eram os donos dos telemóveis que usaram para estes contactos naquele dia, o arguido (ou esse alguém) seguiu um percurso directamente para o local onde o falecido se encontrava à sua espera. Pelos elementos documentais de prova dos autos e pelas declarações de uma testemunha não se pode pôr em causa que o arguido – ou vamos supôr de momento que alguém usando o telemóvel do arguido – se dirigiu ao encontro do falecido. Pois, como salienta a decisão recorrida, « resulta da análise das listagens telefónicas e do exame dos telemóveis de fls 843, onde se pode ver terem ocorrido pelo menos 14 contactos telefónicos entre ambos na tarde daquele dia; nos documentos de fls 844 e 845 e por referência às antenas accionadas pelos referidos telemóveis, é feito o percurso dos dois (vítima e arguido) naquele dia; que o encontro entre ambos aconteceu pelo percurso feito pelos dois portadores daqueles telemóveis e que pode ser visto pelo doc de fls 847 e pelo que disse a testemunha ... que acompanhou a vítima quando esta esperava o arguido». Depois, o facto de naquele mesmo dia no dia 23 de Outubro 19h45m07s do telemóvel do arguido ter sido enviada uma mensagem para o telemóvel da vítima perguntando “quanto tempo demora” (cfr doc. de fls 844), sendo que pouco depois (às 20 horas) aconteceu o encontro com a vítima. Portanto, e ainda neste quadro provisório de supor que poderia ser outra pessoa que não o recorrente, temos como certo e não questionado que o arguido, ou alguém fazendo o uso do seu telemóvel, se encontrou com a vítima e a conduziu para fora do local do encontro, vindo a vítima a ser encontrada morta cerca de uma hora e meia depois”.

No Tribunal da Relação de Évora, o acórdão 563/12.8<sup>482</sup> traz também menção à utilização de prova indiciária para a afirmação do dolo do agente no campo da prova do crime de homicídio.

Segundo a decisão do tribunal, o acusado restou condenado por um crime de homicídio qualificado e uma tentativa de homicídio, à pena total de 22 anos de reclusão. O recorrente tentou demonstrar que não teria agido com dolo de matar, porém, a tese foi rechaçada, com o reconhecimento de que o acusado agiu com *animus necandi* em relação a ambas as vítimas.

Foram considerados fatores como a região do corpo visada, a espécie de instrumento utilizado, a intensidade dos golpes, recorrendo-se à lógica e regras de experiência para constatação do dolo. Dessa análise, entendeu o tribunal pela condenação por homicídio doloso<sup>483</sup>.

No acórdão 173/05.06, também do Tribunal da Relação de Évora, constata-se que mais uma vez, em caso de crime de homicídio, em que controvertida a matéria fática relativa à autoria, entendeu o tribunal pela condenação do acusado (dois foram absolvidos em primeiro grau), ressaltando a relevância da prova indiciária e seu pleno valor, sem haver hierarquia com provas diretas<sup>484</sup>.

Na fundamentação foi observado que não há lógica em aceitar-se a prova indireta (indiciária) para fins de formalizar uma acusação e para a pronúncia, mas não para o

---

<sup>482</sup> Acórdão do TRE, n.º 563/12.8, relator Carlos Berguete Coelho, julgado em 05.11.2013, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>483</sup> No acórdão, restou assentado que: “A intenção de matar pertence ao foro íntimo, psicológico, da pessoa, só a ele normalmente se chegando através de factos externos ao agente, concludentes desse nexó psicológico e, assim, através de prova indirecta (indiciária). Como tal, a sua prova assentou em inferências extraídas dos factos materiais, analisados à luz da globalidade da que foi produzida e das regras de experiência comum, já que, estando-se no domínio de factos atinentes a uma realidade que escapa a uma directa observação, ela pode ser detectada através de ilação ou injunção, indirectamente do conjunto dos factos restantes e, neste sentido, é uma prova indirecta, que é reconhecida e aceite ao nível do processo penal, não contendendo com o previsto nos arts. 124.º a 126.º do CPP, nem com os limites definidos pela livre apreciação consagrada no art. 127.º do CPP. Entre os factos exteriorizadores dessa intenção, avultarão, no essencial, as zonas corporais atingidas, sobretudo quando nelas se alojam órgãos imprescindíveis à vida humana, o número de lesões, o instrumento de agressão e a sua forma de utilização. Pode dizer-se que, a quem atinge zonas nobres do corpo humano, seja pelo número de vezes que o faz, seja pela idoneidade letal do instrumento usado a causar lesões graves, não verá facilitada a exclusão da intenção homicida”.

<sup>484</sup> Acórdão do TRE, n.º 173/05.6, relator António João Latas, julgado em 11.03.2010, disponível em <www.dgsi.pt>. Na decisão, foi afirmado em relação ao valor da prova indiciária: “Não pode afirmar-se que só a acusação/pronúncia (ou a aplicação de medida de coação) possam ter lugar com base em prova indirecta e a condenação exija prova directa, pois em qualquer daqueles momentos processuais pode ocorrer que as provas sejam directas e/ou indirectas, tudo dependendo de os meios de prova que fundamentam a respetiva decisão se reportarem imediatamente aos factos principais, maxime à factualidade típica, ou não. Os conceitos de indicição suficiente, forte indicição e prova não têm que ver com a natureza dos meios de prova que os suportam. Mesmo que assente unicamente em prova directa o juízo subjacente à acusação/pronúncia é sempre o de indicição suficiente, tal como é de forte indicição o que se exige para a aplicação da prisão preventiva, por exemplo, do mesmo modo que os princípios da culpa e da presunção de inocência impõem que só possa haver condenação com base na prova dos factos, seja ela directa ou indirecta”.

juízo da causa. A prova é uma só, direta ou indireta, e poderá justificar a condenação se for segura e suficiente a embasar um juízo de certeza.

Igualmente, no corpo do acórdão 617/1.8 do Tribunal da Relação de Guimarães, em caso de homicídio, há expressa menção à valoração da prova indiciária, sendo gizada a necessidade de uma pluralidade de indícios como requisito para sua admissão, aceitando, em casos excepcionais, a existência de indício único. A decisão foi condenatória, com ampla fundamentação sobre as provas<sup>485</sup>.

Esses são exemplos de decisões dos tribunais portugueses em casos que envolviam a acusação da prática de crime de homicídio doloso, com discussão, central ou circunstancial, sobre a admissão e valoração da prova indiciária.

Mesmo em relação a outras espécies de fatos criminosos (criminalidade econômica, crime organizado, tráfico de drogas, etc.) e outros tipos de questões, como suficiência de indícios para deferimento de medidas cautelares de coação, verifica-se que a jurisprudência vem firme no sentido de considerar válida a prova indiciária, bem como tenta delimitar certos requisitos para a sua apreciação, relacionando a sua valoração com os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Como se pode ver, esse fator é fundamental de maneira que a valoração da prova seja uma atividade que não adote critérios de racionalidade e encaminhe-se para o campo do puro subjetivismo, seja para condenar, seja para absolver.

As decisões, de modo muito claro, seguem a linha de fundamentação plena determinada na legislação, ressaltando os fatos provados e não provados, bem como fazem a abordagem crítica prova, mesmo que, às vezes, se verifique a falta de esclarecimento específico do nexo entre o fato e a conclusão sobre cada indício.

Porém, há, de modo geral, uma motivação ampla, baseada na doutrina e jurisprudência aplicáveis, sobretudo, que reconhecem a força da prova indiciária, sem hierarquia em relação à prova direta.

---

<sup>485</sup> Acórdão do TRE, n.º 173/05.6, relator António João Latas, julgado em 11.03.2010, disponível em <www.dgsi.pt>. Foi apontada seguinte questão sobre a prova formada por indícios, especialmente: “A prova de um facto tanto pode resultar de uma percepção imediata dos sentidos como derivar de ilações que o julgador tira de circunstâncias conhecidas em função das regras da 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”.

Como observa POÇAS<sup>486</sup>, é necessária a separação em concreto dos fatos e das provas, de modo a deixar evidenciadas as inferências realizadas, sobretudo, no que diz respeito à prova indiciária. Os fatos-base devem estar devidamente demonstrados para relacioná-los, em seguida, se provados ou não, o que permite compreender a motivação da decisão e se ter, assim, o controle dos passos adotados na prolação da sentença.

Assim, nesse mesmo caminho, a estipulação de pressupostos básicos para que essa prova indireta assuma o poder de ultrapassar os freios inerentes à presunção de inocência, são pontos extremamente importantes e que necessitam, portanto, de uma sistematização técnica.

Embora não se veja isso em todos os acórdãos estudados, de certo que nos casos em que a discussão da prova indiciária dizia respeito ao cerne do processo, como na questão da autoria do crime de homicídio, se notou a preocupação na ampla justificação da decisão, condenatória ou absolutória, com uma exaustiva demonstração dos indícios.

#### **5.4.2 Análise crítica final: “Caso Joana”**

No primeiro capítulo foram ressaltados os fundamentos do acórdão n.º 06P306 do STJ, relativo ao “Caso Joana”.

O tribunal entendeu que a condenação dos acusados, diante das provas produzidas no processo, embora indiciárias, estava plenamente adequada aos fatos propostos na versão acusatória.

No recurso defensivo, houve a impugnação do acórdão por suposta violação do princípio da presunção de inocência, pela consideração da prova indireta, inexistindo, inclusive, prova da materialidade do crime de homicídio, tendo também a defesa ressaltando a falta de coerência entre a fundamentação da decisão e os fatos considerados provados pelo tribunal.

O STJ, em sua decisão, rebateu esses argumentos. Em primeiro lugar, fez uma longa análise dos fatos provados, enumerando-os, com a disposição expressa do que as testemunhas

---

<sup>486</sup> Sobre a questão, POÇAS sustenta que “sendo a motivação um discurso argumentativo no sentido de justificar por que é que determinados factos resultaram provados e outros não, não nos parece adequado que se possam misturar realidades substancialmente diferentes: factos e provas. Parece lógico e de inequívoca clareza que o tribunal primeiro identifique, enumere, os factos que deu como provados e depois, com aquela matéria claramente autonomizada, parta para o exame crítico das provas. Mas há ainda um aspecto que não deve ser desprezado: se os factos indiciários não estão enumerados na matéria de facto e apenas são invocados no discurso argumentativo da motivação, há sério risco de incerteza sobre os quais os factos indiciários que efectivamente o tribunal deu como provados, inquinando-se deste modo todo o processo de justificação. Como se sabe, o pressuposto do juízo inferencial é que os factos indícios estejam provados. De facto, não se contrói nenhum processo dedutivo sobre a incerteza dos factos de que se parte” (POÇAS, Sérgio. Da sentença penal: fundamentação de facto. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 3, p. 28, set./dez., 2007).

narraram, análise das provas periciais e, também, do comportamento e personalidade dos arguidos. Ainda, foram apontados os fatos não provados, na sequência da decisão de primeira instância.

Após, a decisão parte do pressuposto de que a prova indiciária não tem um valor “menor” do que a prova direta, observando, porém, que deve haver um “particular cuidado em sua apreciação”, pela necessidade de uma inferência fazer a conexão entre um fato conhecido (base) para demonstrar outro (fato que se busca provar)<sup>487</sup>, ou seja, pelo seu caráter mediato.

Essas ponderações estão, realmente, adequadas ao que se pode ver numa teoria geral da prova indiciária, tanto no sistema continental como no sistema anglo-americano, pois não importa se a prova é direta ou indireta, mas, sim, a sua força (suficiência) para demonstração dos fatos.

Entretanto, não se pode perder de vista que há, principalmente nos processos com prova exclusivamente indiciária, a necessidade de explicitar, na sentença, a conexão entre o fato que constitui o indício e sua relevância para a demonstração do fato que se quer provar, assim como o cotejo geral dos indícios em relação à conclusão. Ou seja, é imperativa a demonstração da inferência lógica realizada a partir dos indícios para confirmação ou não de determinada hipótese.

Isso é fazer valer os requisitos da prova indiciária, pressuposto mínimo, para legitimação de uma decisão condenatória que tenha por base essa espécie de prova.

E, nesse aspecto, o acórdão merece crítica, assim como, na grande maioria dos casos estudados acima.

Apenas em alguns acórdãos verificou-se a direta relação aos requisitos específicos da prova indiciária, mínimo necessário e exigível para a constatação da suficiência da prova.

Ora, a obrigação de fundamentar a decisão é um mandamento constitucional. Agora, essa fundamentação deve ser efetiva no que diz respeito a sua essência. E isso, sem dúvida, em caso indiciário, é com a explicitação dos requisitos mínimos: pluralidade de indícios (na grande maioria dos casos, exceção um único indício); prova de cada indício; relação desses indícios com o fato que se quer provar (conexão lógica, por máximas de experiência);

---

<sup>487</sup> No acórdão constou: “A prova indirecta (ou indiciária) não é um “minus” relativamente à prova directa. Pelo contrário, pois se é certo que na prova indirecta intervêm a inteligência e a lógica do julgador que associa o facto indício a uma regra da experiência que vai permitir alcançar a convicção sobre o facto a provar, na prova directa intervém um elemento que ultrapassa a racionalidade e que será muito mais perigoso de determinar, como é o caso da credibilidade do testemunho. No entanto, a prova indirecta exige um particular cuidado na sua apreciação, uma vez que apenas se pode extrair o facto probando do facto indiciário quando tal seja corroborado por outros elementos de prova, de forma a que sejam afastadas outras hipóteses igualmente possíveis”.

refutação de versões em sentido contrário que sustentem outras hipóteses; a ligação de cada indício e a conclusão por uma análise global da prova<sup>488</sup>.

Na jurisprudência examinada, verifica-se a adequação relativa no ponto relativo à fundamentação da prova indiciária, sua importância no contexto da prova. Igualmente, na esteira do mandamento legal, a demonstração expressa dos fatos provados e não provados no processo. Porém, no que tange à vinculação entre cada indício provado e sua importância, individual, classificando como necessário ou contingente, com a demonstração de sua gravidade, além de exteriorização dos graus de convencimento que geram as inferências lógicas realizadas a partir dessa prova, há falta de profundidade nessa fundamentação.

No próprio “Caso Joana” e, também, em outros acórdãos, verifica-se que a primeira argumentação no recurso, seja da defesa (casos de condenação) ou do Ministério Público (casos de absolvição), visa a impugnar a questão da fundamentação da decisão, a falta de clareza dos motivos que dão suporte à conclusão.

Este é um dos pontos nevrálgicos da questão. Se há possibilidade da consideração dos indícios, o raciocínio lógico realizado pelo julgador deve ser expresso na sentença, tanto no que diz respeito à prova concreta dos indícios, individual e globalmente, bem como a objetivar a demonstração da relação direta com a conclusão.

Basta ver que num processo com prova direta, por exemplo, no qual uma testemunha assistiu ao crime, vendo o momento em que o acusado desferiu os tiros na vítima, se não houver outros elementos que afastem essa ideia e nada tenha sido colhido quanto à falta de credibilidade desta testemunha, a visualização direta dos fatos traz à baila um determinado grau de inferência, quem sabe, numa clara situação de menor complexidade.

Já quando uma determinada testemunha afirma que viu o acusado sair do local em que, posteriormente, foi verificado que aconteceu um homicídio, o caminho inferencial é muito maior e mais complexo.

---

<sup>488</sup> O exemplo dado por POÇAS é interessante, no sentido aqui defendido, trazendo uma ideia sobre a apreciação que se impõe, muitas vezes, em casos de homicídio com prova indiciária, inclusive, para avaliação do elemento subjetivo do tipo penal: “estando em causa a prática de um crime de homicídio doloso (morte causada por disparo de pistola), se o arguido não presta declarações ou nega a prática dos factos, será da prova de factos contemporâneos ou próximos ao facto-delito que resultará ou não a prova dos factos integradores do tipo de culpa. Assim, terão importância, entre outros, factos como o número de disparos efectuados, a distância a que o arguido se encontrava da vítima quando disparou, a região atingida, a existência ou não de ameaças anteriores, a existência ou não de conflito (s) do arguido com a vítima ou familiares desta. Será da prova destes factos que devidamente analisados e conjugados de acordo com as regras de experiência e de conhecimentos científicos e técnicos que resultará ou não a prova dos factos integradores do tipo de culpa” POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 3, p. 27, set./dez., 2007).

E, nesse contexto, a explicação dos fatos, que levam à conclusão, demandará, também, um fecho de argumentos que deem o devido suporte à decisão.

A prova indiciária, assim, deve ser plenamente desvelada na decisão, não só com a enumeração dos indícios provados, mas, sobretudo, com a efetiva demonstração do liame lógico que lhe dá força no sentido de persuadir e convencer da realidade daquela versão ou tese.

Obviamente, se não houver uma versão que se sobreponha ou a versão defensiva prevalecer, o acusado deve ser absolvido, seja pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, seja por estar provada uma circunstância que afasta a imputação ao acusado.

Todavia, estando o julgador convencido da responsabilidade criminal do acusado, a prova indiciária deverá contar com uma fundamentação plena, que significa muito além da simples enumeração de indícios provados e alguma ponderação sobre sua relação com a conclusão.

Evidentemente, pelo princípio da livre valoração da prova, não haveria como constar, na sentença, cada mínimo passo do raciocínio lógico do juiz. O que se busca ressaltar, entretanto, por tudo o que já se analisou a essa altura do presente estudo, é que, necessariamente, tratando-se de caso com prova exclusivamente baseada em indícios, a complexidade das inferências para que se chegue à conclusão, na grande maioria das situações e, principalmente, em casos que envolvam homicídios, será muito mais elevado, o que obriga o julgador a exteriorizar além dos fatos provados, também a força desses fatos para a sua conclusão.

Ao não existir essa exteriorização, a sentença poderá, fatalmente, correr risco de carecer de legitimidade, pois deixará de tocar em ponto fundamental quando se fala, acima de tudo, em processo indiciário.

A lógica seguida na sentença, o enlace entre os indícios, a corroboração da hipótese da acusação ou da defesa, as conclusões sobre cada indício provado e sua relevância para o todo, ou seja, a convergência dos indícios são fatores que devem estar totalmente demonstrados, o que possibilita a confirmação da coerência e pertinência da decisão em determinado sentido e avaliza a possibilidade de controle na via recursal.

No “Caso Joana”, de acordo com a extensa fundamentação do acórdão, verifica-se a preocupação do tribunal em enumerar todos os fatos e provas e suas implicações no deslinde da causa. E, então, discute-se a suficiência da prova e a lógica da decisão.

O fato de não ter sido encontrado o cadáver da vítima, sem dúvida, é fator que amplia a possibilidade de risco de um erro judiciário. Porém, o criminoso que busca o “crime perfeito” não pode ser premiado com a simples chancela de sua competência na execução do delito<sup>489</sup>.

O Estado, então, pode entender que houve um crime de homicídio, como vimos, porém, o que se ressalta, é a necessidade de uma prova plena e segura, coligida por outros elementos que não a perícia, os quais, excepcionalmente, poderão suprir a ausência do cadáver como prova da ocorrência do homicídio.

No mesmo sentido, a autoria, embora negada pelos acusados, veio demonstrada por uma ligação entre prova pericial e testemunhal, aliada a conclusões bem delineadas a partir da lógica das inferências realizadas, em que encontrados vestígios de sangue no local do crime, tanto no interior da residência como na arca frigorífica (*freezer*), assim como tendo vários depoimentos demonstrando pequenos detalhes que vão desde o comportamento dos acusados antes e depois do crime.

O acervo indiciário, como se pode ver, a confirmar a hipótese acusatória, restou plenamente robusto e contundente.

O Ministério Público sustentou que os acusados mataram a vítima, mediante agressões físicas, no interior da residência, após uma discussão com a criança (por motivos não esclarecidos), tendo ocultado o cadáver. Essa tese foi corroborada por elementos seguros, com indícios provados individualmente e com sentido único a formar a conclusão proposta (de condenação dos réus).

Ora, a vítima, uma criança de oito anos de idade, estava em casa com sua mãe e tio. Saiu para fazer pequenas compras em um mercado e desapareceu, nunca mais sendo vista. Na residência havia marcas de sangue humano, na parede, no chão, em longo espaço. Na arca

---

<sup>489</sup> Veja-se, nesse ponto, a fundamentação do acórdão no “Caso Joana”, tocando, exatamente, nesta questão: “1 - A criminalidade moderna e os meios que hoje existem para fazer desaparecer totalmente os vestígios de um cadáver impõem que não se exija um exame directo ao corpo da vítima no caso de crime que tenha como resultado ou como pressuposto a morte de outrem, sendo certo que os riscos de impunidade são acrescidos, quer por força de uma alta criminalidade de teor sofisticado, quer por força do engenho ou sorte ocasional do criminoso comum, que consiga desfazer-se da principal prova directa do seu crime. 2 - O risco de condenar alguém por homicídio sem a presença física do cadáver ou de algum vestígio material que possa seguramente certificar a morte da vítima (por exemplo, o aparecimento de um órgão vital) coloca na primeira linha a hipótese do erro judiciário. 3 - Todavia, o erro judiciário existe em qualquer caso penal e não é um exclusivo dos crimes de homicídio, pelo que não faz sentido não condenar o agente por homicídio só porque não foi examinado directamente o cadáver, como não o faz não condenar alguém por crime de violação só porque não foi possível o exame directo à vítima. 4 - Na ponderação entre os riscos da impunidade e do erro judiciário, há que optar por uma solução de compromisso que assegure simultaneamente as exigências de repressão do crime e a de presunção de inocência do condenado: no caso em que um crime tenha como elemento típico a morte da vítima (v.g., o crime de homicídio), ou como pressuposto prévio a sua morte (v.g., o crime de profanação de cadáver), a morte deve ser provada por exame pericial directo, mas, na impossibilidade de proceder a tal exame e não havendo norma legal que o imponha, devem ser admitidos outros meios de prova que indiquem ‘a certeza moral sobre a ocorrência do evento’”.

frigorífica havia, também, vestígios de sangue humano. Só esses fatores, sem haver qualquer explicação dos acusados, já apontam de modo contundente no caminho da prática do homicídio e de sua autoria.

Qual a explicação para sangue “humano” numa arca frigorífica? Como havia tantas manchas de sangue no interior do imóvel? A somar-se a isso, a criança teria voltado para casa, pois esteve no mercado normalmente. No curto espaço de tempo até voltar, teria sido “raptada”? Mas como havia sangue na residência e na arca frigorífica? Mais. Houve confirmação, por testemunhas, do descaso da mãe (acusada) em relação à filha, maus tratos. Também, seu comportamento após o crime, não chamando a polícia quando já havia mais de quatro horas do desaparecimento, como restou provado pelo depoimento da proprietária do estabelecimento comercial. Também, foram vistos, à noite, levando algo em sacos plásticos pretos. Na haste da esfregona havia vestígio de sangue humano.

A prova por reconstituição, que foi realizada por BB, constava nos autos do processo e foi valorada no julgamento pelo Tribunal do Júri. Há, nesse ponto um equívoco do STJ ao considerar tal prova um indício, pois, na realidade, trata-se de prova direta. A representação do acusado na reconstituição traz, de modo imediato, à compreensão de como os fatos se sucederam. Contudo, é uma prova que foi realizada na fase policial, impugnada pela alegação de coação física para sua realização, tentando a defesa questionar seu valor e credibilidade (o que não foi acolhido pelo tribunal).

Ademais, como apontado no voto vencedor, tal prova nem mesmo seria necessária, diante do acervo seguro de indícios que apontavam, com plena certeza, a ocorrência do crime de homicídio e sua autoria.

Diante desse quadro probatório, questiona-se acerca da existência de uma versão defensiva para contrapor-se à tese acusatória. Restaram apenas ilações sobre um suposto “brasileiro” ou “marroquino” que estariam pelas redondezas e que poderiam ter pegado a criança, mas uma versão que a polícia logo descartou, após algumas investigações, pois sem qualquer fundamento. Por outro lado, os acusados exerceram o direito ao silêncio, não trazendo alguma versão alternativa. De resto, a defesa trabalhou com a tese de ilegalidade na valoração da reconstituição, coação para sua realização e com o argumento de impossibilidade de condenação por indícios, não tendo sido encontrado o cadáver da vítima e por não haver testemunhas do “suposto crime”.

Como se vê, os contraindícios foram pífios, sem qualquer valor e não houve uma contraposição à versão acusatória em termos fáticos.

Todavia, como já ressaltado houve voto vencido, de acordo com a posição do juiz-conselheiro Santa Carvalho, que aponta, resumidamente:

- a) não havia prova suficiente de como ocorreu o crime e como a vítima foi agredida;
- b) não havia prova suficiente da participação da arguida BB, sendo considerada inválida a reconstituição em relação a esta acusada;
- c) não havia prova suficiente de que o arguido AA agiu com dolo eventual em relação ao resultado morte da vítima, cabendo a aplicação do *in dubio pro reo*.

A decisão judicial deve ser lastreada na lógica e nas regras de experiência. Como exaustivamente averiguamos no presente estudo, a inexistência de provas diretas, de confissões, testemunhos, documentos, não podem levar à impunidade de um crime por antecipação. A lógica, a racionalidade, o exame acurado dos fatos, as inferências que disto decorrem, devem buscar a linha apontada por Gadamer para uma correta compreensão e gerar, assim, uma adequada decisão.

A reconstituição do crime feita por AA foi admitida como válida. Seria uma prova direta, mas foi considerada indireta pelo STJ, inclusive, no voto vencido. Neste, foi afastada, porém, apenas o seu valor quanto à acusada BB, por não ter participado da diligência e ter sido incriminada, o que lhe violaria seu direito ao contraditório e ampla defesa. Mas, na tese sustentada no voto vencedor, a reconstituição foi considerada válida para ambos, ou seja, por esta prova havia toda a dinâmica da cena delituosa.

Contudo, o próprio voto vencedor foi expresso ao dizer de que, diante de tantos outros indícios, a reconstituição nem mesmo seria o mais importante. E, efetivamente, não é (apesar de, neste ponto, poder-se falar naquelas impressões que o julgador tem sobre a prova que não fazem parte da fundamentação, ou seja, o que impulsiona, no íntimo, uma determinada decisão), diante da pluralidade e convergência dos indícios.

Ora, havia sangue humano no local. A criança desapareceu. Por sua vez, era negligenciada pela mãe. A casa teve parte do chão e de suas paredes limpas, continuando suja e desarrumada no restante. Havia sangue humano na haste da esfregona. Sangue na sapatilha da vítima e na arca frigorífica, sangue humano! A ré comprou petróleo e esfregona. Não chamou a polícia. Não se desesperou (que mãe teria esse comportamento? = aplicação da regra de experiência). Foram vistos, AA e BB, com sacos plásticos pretos, carregando algo

volumoso, à noite. Assim, é um quadro indiciário extremamente contundente, que constrói uma narrativa convincente e segura<sup>490</sup>.

Mas, os argumentos do voto vencido nos três pontos fundamentais (materialidade do crime, autoria e dolo de matar), não se sustentam frente à força dos indícios (mesmo excluída a reconstituição), amparada pela lógica e por máximas de experiência aplicáveis ao caso<sup>491</sup>:

a) se havia marcas de sangue no local, na parede e no chão, houve a prática de atos de violência, com grande intensidade, diante da área que estaria coberta de sangue, o que possibilitou a identificação do local exato da execução do delito: portanto, houve um crime.

b) mesmo afastada a reconstituição, como dizer que não haveria prova suficiente para condenar BB, a mãe da criança? Estava no local, sua filha “desaparece” e ela nada faz? Não se desespera? Não chama a polícia? Por uma máxima de experiência extrai-se: qual mãe agiria dessa maneira num caso desses? Mesmo que a reação não seja igual de pessoa para pessoa em todos os casos, a situação específica, verificada também por indícios, foge da normalidade. E somando-se a isso, há outros indícios, como a maneira que tratava a menina, sua personalidade, além de outros ainda que encaminham à prova segura da participação no crime: comprou esfregona e petróleo, foi vista com saco plástico com algo pesado dentro, houve agressão no local pela prova pericial que verificou sangue humano na residência, em abundância, e na arca frigorífica. Ora, como teria esse sangue ali? E como a ré não teria participado da empreitada criminosa se a sua filha estava ali, presente, na sua casa?

No voto vencido foi questionado pelo juiz-conselheiro Santos Carvalho: “Como apurou o tribunal de júri que a menor foi espancada pelos dois arguidos? E como soube que embateu com a cabeça na esquina da parede? E que era visível que sangrava, da boca, nariz e têmpora, mercê dos embates na parede? E que tais embates e queda causaram morte da menor? E que os dois arguidos se asseguraram (!) da morte da menor? E que depois esquartejaram o cadáver e o meteram em sacos de plástico nas gavetas da arca frigorífica? A resposta a estas perguntas foi obtida unicamente pelas reconstituições do arguido AA, pois os outros meios de prova

---

<sup>490</sup> Volta-se àquela ideia descrita por TARUFFO, de uma narrativa “boa e verdadeira”, que vem corroborada e confirmada pelas provas do processo (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, jan./abr., p. 152, 2011).

<sup>491</sup> Nesse aspecto, o voto vencedor no acórdão ressalta que “A decisão cumpre as exigências de fundamentação se suporta com plausibilidade, segundo o processo que foi objectivado no raciocínio lógico que guiou a interpretação de todas as provas conjugadas entre si e com as regras da experiência, a opção que foi tomada em matéria de facto, surgindo essa solução como consequência lógica e adequada à realidade das coisas, tendo em vista as provas de que se serviu o tribunal e as ilações que segundo tal realidade - a da experiência vivida - elas permitiam”.

indicados na sentença permitem afirmar que houve uma morte, mas não como aconteceu e quem a provocou”.

Verifica-se contundente engano nessa avaliação da prova indiciária e por isso que se demonstra o fato de que se segue confundindo a ideia de “suspeita”, “presunção”, “conjecturas”, com as inferências lógicas decorrentes de indícios e sua possibilidade de levar a corroboração de uma hipótese acusatória, como vimos nos capítulos anteriores.

No caminho apontado por TOURINHO FILHO<sup>492</sup>, a acusação obriga-se a demonstrar para satisfação da causa, o conhecido “sete W dourados da criminalística”, consistente nas sete perguntas: *Wer? Womit? Was? Warum? Wie? Wo? Wann?* A acusação deve buscar delimitar, portanto, o fato e todas suas circunstâncias, apontando o autor (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o mal que produziu (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como o praticou (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*).

Porém, pelo fato de que os próprios réus ocultaram o cadáver após o homicídio da vítima, é ilógico entender que as provas são insuficientes pelo fato de que não exista uma prova direta de quais foram os meios utilizados para cada agente participar do crime. Foi dito, no voto vencido, que haveria apenas a reconstituição, o que demonstra a falta de crédito que alguns emprestam à prova formada por indícios. Como está claro, cada indício foi provado e, na sua maioria, são de grande importância na cena.

Dos sete pontos fundamentais que cercam a questão, haveria, retirando-se o valor à reconstituição, apenas a dificuldade de precisar quantos golpes foram desferidos contra a vítima e com qual instrumento. Somente esse fato não tem condão de alçar uma dúvida razoável, pois o crime foi cometido dentro da casa em que estavam somente os três (acusados e vítima). Os indícios demonstram que a vítima foi violentamente agredida, pois havia bastante sangue e o sangue na parede, na altura da criança, demonstra que efetivamente foi alçada contra esta. Assim, tem-se a dinâmica dos fatos por indícios provados, e as inferências lógicas levam à corroboração da hipótese ventilada pela acusação.

Nesse ponto, por tudo que se pode examinar sobre a prova indiciária, vê-se que o voto vencido dá, então, uma amplitude máxima ao *in dubio pro reo*, deixando de notar que cada indício estava provado e, na soma, encaminharam uma conclusão lógica, racional e num grau de confirmação que caracteriza prova acima de qualquer dúvida razoável.

---

<sup>492</sup> Essas expressões estão contidas na antiga fórmula latina *Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?* (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 27. ed. 2005, p. 396). Também trata do tema, no campo da argumentação e linguagem, MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 75-76.

Dizer que o simples silêncio dos réus e a inexistência do cadáver levam a impossibilidade de chegar-se a uma conclusão que reconstrua a dinâmica dos fatos, é, no caso, deixar de fazer a análise de cada fato, de cada prova e sua relação. A construção da narrativa acusatória vem embasada em indícios totalmente convergentes. Não há qualquer outra hipótese plausível segundo as provas.

A acusada BB passou todo o tempo da ação junto ao acusado AA. Antes, durante e depois. Todos os indícios comprovam a prática do crime dentro da residência, na qual, repita-se, ambos estavam presentes. Não há, assim, uma versão contrária que abale a tese acusatória.

Por outro lado, a ré era péssima mãe, não se importava com a filha, algo aferido até por prova pericial apontando sua personalidade deturpada. Mais, há a ocultação do cadáver, ou seja, caracteriza-se a *consciousness of guilty* apontada por GARDNER<sup>493</sup>, pois qual o interesse na ocultação ou obstrução de provas?

Assim, há um cerco, baseado em inferências lógicas que fundadas em fatos provados dão o suporte necessário para que se considere demonstrada a participação da acusada no crime.

Saber onde os socos acertaram a vítima, quantas vezes ela foi jogada à parede, se teve algum pontapé ou outro tipo de ato violento, pela astúcia dos réus, não se pode saber (o que foi questionado no voto vencido), mas isso, como já se demonstrou, não pode servir para beneficiar a torpeza dos criminosos. Certo que as agressões ocorreram (o sangue assim aponta, via prova pericial), e o cadáver foi profanado e ocultado (por que ocultar o cadáver, se não houve uma agressão deliberada?), não sendo admissível o questionamento do voto vencido para fim de chegar ao extremo de uma absolvição, pois estende uma dúvida aos limites do ilógico, do irracional, algo que não se sustenta frente às regras de interpretação que são exigíveis a uma decisão adequada às peculiaridades do caso concreto<sup>494</sup>.

c) quanto à suposta ausência do dolo eventual, da mesma forma, o voto vencedor deixa claro que a vítima, uma menina de oito anos de idade, com altura em 1,20m e 1,40m, foi violentamente espancada na cabeça: as marcas de sangue, em grande quantidade, no chão e na parede, demonstram que o ato foi revestido de elevado grau de intensidade. Como já foi ressaltado, o dolo não deve ser presumido, algo que constituiria uma evidente violação do direito de defesa e da presunção de inocência. Porém, como vimos no capítulo segundo, o

---

<sup>493</sup> GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 95.

<sup>494</sup> Trata-se do que chamamos à atenção acima, para a chamada “hipoavaliação” dos indícios, como destaca MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 22, set./dez., 2012.

dolo não pode ser extraído da “cabeça” do réu (a não ser que haja a própria confissão do réu ou como às vezes acontece, na cena do crime, o autor brada: “vou te matar”, “agora vais morrer”, etc.), mas, sim, por sua conduta.

Ora, pela intensidade das agressões e a região do corpo atingida, sendo a vítima uma criança, frágil e sem chance de defesa, não é “presumir” a presença do dolo na conduta dos acusados. É, isso sim, uma conclusão lógica de quem observa: alguém que agride uma criança de oito anos, jogando-a na parede, atingindo-a na cabeça, não age com dolo eventual quanto ao resultado morte?

Diante do histórico dos fatos, diferentemente do que foi afirmado no voto vencido (que os motivos não teriam restado provados, o que não é fundamental na questão), há clara presença de dolo eventual quanto ao resultado morte: negligenciavam a criança, não lhe tinham apreço, agiram contra região vital do organismo humano (cabeça) com elevada intensidade, ou seja, há pleno amparo para a caracterização do dolo eventual.

Então, no sentido do que pudemos traçar no presente estudo, os indícios apontados pela acusação foram individualmente provados e levavam a uma conclusão lógica sempre no mesmo sentido<sup>495</sup>: que os acusados mataram a vítima.

Houve a comprovação da hipótese por indícios necessários (sangue humano na residência, em paredes e no chão – denotando o local específico das agressões – e, ainda, dentro da arca frigorífica e haste da esfregona) e contingentes, dando pleno suporte à tese acusatória, em total convergência, enquanto, por outro lado, a tensão que poderia ter sido causada por uma hipótese defensiva, para abalar ou refutar a força de tais indícios acusatórios, não existiu, o que indica a impossibilidade de outra conclusão que não a condenatória.

Igualmente, registra-se que a conclusão decorre de forma simples e natural da análise das propostas apresentadas pela acusação e pela defesa, diante dos fatos e das provas do processo, outro fator importante no contexto da valoração das provas e prolação do ato decisório.

Desse modo, levando-se a questão para o campo da exigência de um alto grau de probabilidade, que supere qualquer dúvida razoável como *standard* de prova, verifica-se que essa situação está plenamente delimitada e justificada no presente caso, tendo o STJ avaliado a prova e mantido a condenação dos réus por existirem indícios seguros e concludentes para

---

<sup>495</sup> Nesse ponto, lembre-se a ponderação de TONINI, ao referir a adoção de uma tese intermediária quanto à valoração dos indícios, ou seja, a prova de sua gravidade e precisão, individualmente, e, então, a sua convergência, sua conexão que levam a uma única solução da causa (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 58-59).

fundamentarem a sentença nesse sentido, não havendo versão contrária a ensejar qualquer dúvida, muito menos razoável.

Como já destacado, diante das versões debatidas, as linhas argumentativas desenvolvidas por acusação e defesa, as provas que constavam no processo, na esteira dos estágios apontados por DENNIS<sup>496</sup> para a solução de uma demanda, em que, primeiro, há a compilação das versões e provas para, posteriormente, pela comparação das narrativas, define-se pela mais coerente e que tenha uma explicação plausível e segura, não resta dúvida que os argumentos defensivos e a linha adotada pelo voto vencido não possuíam qualquer força para abalar a solidez da prova formada por indícios graves, contundentes, precisos e consonantes.

Vê-se, assim, que o STJ, ao condenar os acusados, orientou-se pela dinâmica dos fatos devidamente delineada por provas, sendo o veredicto uma consequência natural de uma análise criteriosa e lógica sobre todos os indícios que pesaram contra os réus.

Contudo, repita-se, o que poderia estar mais bem explicitado no acórdão são as conclusões a que cada indício levou e, ainda, o peso dessa prova extraída por cada indício. Não se diz que o acórdão está eivado de nulidade, pois há uma ampla fundamentação e se retira a convicção formada pelo julgador, porém, diante desses outros casos estudados, não se pode deixar de observar, diante da peculiaridade do caso baseado em prova indiciária, de ser necessário constar o liame lógico que ampara a decisão, essencialmente, sobre o “peso” dessa prova<sup>497</sup>.

Assim, nas decisões judiciais em que o processo tratar de prova indiciária, entende-se como fundamental a abordagem de pontos cruciais sobre a matéria: deliberação sobre os requisitos da prova indiciária e enquadramento das questões dentro desses requisitos, para que seja possível acompanhar as inferências feitas pelo julgador e, dessa forma, haver o controle endoprocessual e extraprocessual da fundamentação.

Salienta-se que não basta a enunciação de fatos, enumeração de indícios, pois, no campo da prova indiciária, a conexão entre estes e sua convergência no caminho da conclusão é que constitui, igualmente, fator de extrema relevância, quiçá, o cerne da questão, pois se

---

<sup>496</sup> DENNIS, Ian. H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 116.

<sup>497</sup> O liame lógico entre os fatos e as provas no acórdão do STJ sobre o “Caso Joana” vem resumido na seguinte passagem: “Conjugado todo o conjunto de prova indiciária, criou o Tribunal a convicção de que a CC está morta (não sendo necessário o aparecimento do corpo face à convicção do Tribunal de que os arguidos o fizeram desaparecer da forma descrita) e de que foram os arguidos que praticaram os factos. Todos os elementos apurados, apreciados em conjunto, afastaram qualquer dúvida razoável e criaram a plena convicção de que ambos os arguidos cometeram os factos do modo descrito neste acórdão”.

relaciona ao alto grau de probabilidade da versão acusatória que será exigido pelo *standard* de “prova acima de dúvida razoável”.

Verifica-se, pela análise da jurisprudência portuguesa, em praticamente 20 casos estudados<sup>498</sup>, que a prova indiciária nos crimes de homicídio tem sido amplamente admitida, tanto para a compravação da autoria e da materialidade do crime, mas, também, quanto ao elemento subjetivo do tipo (*animus necandi*).

A jurisprudência registra alguns requisitos para valoração dos indícios, colocando-os nos mesmos patamares aceitos pela doutrina, principalmente, espanhola, que aprofunda mais na análise do tema.

Os acórdãos são, na grande maioria, fundamentados de modo amplo e satisfatório, com indicação dos fatos provados e não provados, como já ressaltamos, porém, a demonstração das inferências mais importantes que digam respeito ao nexó indício-provado/peso da prova não é sempre expressa, o que abre margem para críticas e pode deixar as partes sem entender e poder discutir os fundamentos definitivos do acórdão<sup>499</sup>.

A motivação da sentença penal, nesses termos, é também peça fundamental para que, dessa forma, o ato judicial esteja revestido da necessária legitimidade, possibilitando o controle dessa decisão pelas partes e pela sociedade.

Porém, de tudo que foi examinado, não restou dúvida de que, no “Caso Joana”, as teses das defesas de AA e BB, assim como os argumentos sustentados no voto vencido, não possuíram a força necessária para abalar o forte acervo indiciário, mesmo na ótica que respeite, efetivamente, o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, por um *standard* de prova menos exigente em relação à produção de prova pela defesa (balanço de probabilidades).

---

<sup>498</sup> Merecem destaque, ainda, os acórdãos 936/08, 127/10, 184/11.2, 1.09.3 e 187/09.7, disponíveis em <www.dgsi.pt>, todos do STJ, que tratam de outros crimes, tais como tráfico de drogas, tráfico de armas, roubo, branqueamento de capitais em que a prova indiciária também foi admitida e considerada fundamental para a definição da condenação.

<sup>499</sup> Nesse caminho, BEULKE observa que a motivação da sentença deve ser lógica, clara e livre de contradições: “Der Trichter ist an die formale Grenzen der Logik gebunden. Die Argumentation des Richters muss klar, folgerichtig und frei von Widersprüchen sein” (BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008, p. 304). Também, como adverte CARVALHO, “O que importa é que a motivação seja necessariamente objectiva e clara, bem como suficientemente abrangente em relação às questões aí suscitadas, de modo que se perceba o raciocínio seguido. Do mesmo modo, a suficiência não implica a apreciação, ponto por ponto, de todos os argumentos que foram expendidos, mas apenas do conjunto de questões que foram efectivamente suscitadas. Muitas vezes confunde-se motivação com prolixidade da fundamentação e esta apenas serve para confundir ou obnubilar a compreensibilidade que deve ser uma característica daquela” (CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. **A base argumentativa na decisão judicial**. Revista Julgar, Coimbra, n. 6, p. 92, set./dez., 2008).

A conclusão de que havia prova *beyond a reasonable doubt*, em um elevado grau de exigência, é, a nosso ver, inegável, formando um juízo de certeza, o que justificou a posição majoritária do STJ<sup>500</sup> e consequente condenação dos acusados, de modo fundamentado e legítimo.

---

<sup>500</sup> No acórdão do “Caso Joana”, ainda, foi ponderado que “Toda a prova aponta para a ocorrência da morte da menor CC e é incompatível com qualquer outra hipótese factual verosímil, que nunca ninguém, nem os próprios arguidos, tentou conceber. Na verdade, como explicar a profusão de vestígios hemáticos humanos na casa da CC, mesmo no interior traseiro de uma gaveta da arca frigorífica, e simultaneamente o seu desaparecimento? Por isso, face ao que já explicámos sobre o assunto, não será o facto de não ter sido possível o exame directo do cadáver que impedirá a condenação por crime em que o resultado típico é a morte da vítima ou por crime que tem como pressuposto essa morte. Resta notar que nem os próprios recorrentes, nas conclusões dos seus recursos, colocam a hipótese da CC não estar morta. O que parece significativo”. Assim, verifica-se o enlace lógico entre os fatos provados: o desaparecimento da criança, a presença dos acusados na residência, a constatação de sangue humano no local, a demonstrar a prática do homicídio, com o que se soma a inexistência de qualquer hipótese plausível ventilada pela defesa dos acusados.

## CONCLUSÕES

A discussão sobre o valor da prova indiciária é matéria que sempre dominou vários campos da doutrina processual penal ao longo dos tempos.

De prova que foi colocada em segundo plano em outros momentos históricos, inclusive, sendo tachada de menor importância ou confundindo-se com “meras suspeitas” ou “presunções”, passou a ser admitida e a ganhar maior valor, em que pese ainda encontrar alguma resistência.

Entretanto, verificou-se que nos sistemas jurídicos dos mais diversos países, inclusive, com cultura jurídica distinta, a prova por “indícios” (ou *circumstantial evidence*, *Indizienbeweis*) tem sido admitida, mesmo com algumas variações sobre seus requisitos específicos e amplitude de efeitos quando contrastada com os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

A criminalidade violenta é uma preocupação cada vez mais recorrente dos Estados, tendo vinculação com as mais diversas espécies de delitos. Os homicídios, além dos casos passionais ou de ímpeto, muitas vezes estão ligados à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas, o que gera a necessidade um sistema investigativo mais completo e preparado.

Nesse contexto, a coleta de “indícios” no trabalho policial, desde o momento seguinte à prática do crime de homicídio, é tarefa essencial por parte da investigação estatal, para que se consiga reconstruir os fatos de uma forma fidedigna e haja a responsabilização criminal do autor do crime.

Contudo, a interpretação dessa prova indiciária constitui um desafio de grande importância, não cabendo ao julgador tanto dar uma extensão ilimitada à força desses indícios (hiperavaliação), para efeito condenatório, como, também, não absolver pela simples inexistência de provas diretas (hipoavaliação).

O crime de homicídio é apenado de modo severo, mas, de outro lado, há a necessidade de tutela do direito fundamental à vida pelo Estado<sup>501</sup>. Nesse conflito, direito individual do acusado *versus* coletividade (atingida pela prática do crime), necessária uma racionalização adequada da prova indiciária, para que, assim, não haja abuso ou violações em nenhum dos

---

<sup>501</sup> Conforme HASSEMER, “o Estado já não é o Leviathan. Esta política jurídica não foi feita contra a população mas antes com um grande consenso da população. O Estado deixa de ser o Leviathan para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade (...) Os direitos fundamentais tendem a construir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contr a criminalidade e um aspecto importante na dogmática jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito fundamental à segurança” (HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22).

sentidos, punindo-se um inocente ou mantendo-se em liberdade o autor de um crime tão grave como o homicídio doloso.

E no processo penal, a busca da “verdade” não é ilimitada, há parâmetros legais e éticos para exercício da persecução penal, o que justifica a ideia de perseguir-se uma verdade “processual, forense ou científica”<sup>502</sup>.

Na análise da prova, a valoração deve ser racional e, assim, compreensível e controlável. Uma condenação pressupõe prova suficiente, para alguns a “certeza moral” ou “prova acima de dúvida razoável”.

São conceitos subjetivos, complexos, “verdade”, “prova”, “certeza”. E o processo penal precisa desses conceitos para sua própria legitimidade, pois inadmissível a impunidade de crimes tão graves como homicídios, mas também a condenação injusta, sem amparo em provas, sem fundamentação. No dizer de SCHMITT, a verdade (*die Wahrheit*) e a justiça (*die Gerechtigkeit*) são o objetivo de qualquer decisão judicial<sup>503</sup>.

Nesse sentido, a lógica, a probabilidade e as inferências são pedras de toque no que se refere a uma decisão penal. O processo pressupõe uma situação de conflito, com choque de versões sobre os fatos que dirão respeito diretamente à condenação ou absolvição do acusado.

O julgador, ao analisar a hipótese acusatória e as demais hipóteses que constarem no processo, formará sua convicção e decidirá, se convencido da robustez da versão acusatória, pela condenação. A legitimidade dessa decisão está vinculada à existência de prova que justifique a condenação, respeitando o basilar princípio da culpabilidade<sup>504</sup>.

Porém, o grau de suficiência dessa prova, sobretudo quando se fala em prova indiciária, a corroboração da versão acusatória deverá ser avaliada por um raciocínio lógico e coerente, inferências indutivas acerca dos fatos que deem um substrato firme e seguro em um contexto de alta probabilidade de confirmação (que será definida como “certeza”).

---

<sup>502</sup> Como registrado no acórdão n.º 679/06.0, Tribunal da Relação de Lisboa, relator João Carlos Lee Ferreira, “A verdade a que se chega no processo não é a verdade verdadeíssima, mas uma verdade judicial e prática, uma «verdade histórico-prática e, sobretudo, não [é] uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida». Tratar-se de uma verdade aproximativa ou probabilística, como ocorre com a toda a verdade empírica, submetida a limitações inerentes ao conhecimento humano e adicionalmente condicionada por limites temporais, legais e constitucionais. Assim, numa indagação racional sobre o mundo e o homem, a verdade material consiste na conformidade do pensamento ou da afirmação com um dado factual, material ou não”.

<sup>503</sup> SCHMITT, Bertrand. **Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess**: eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der ‘freien Bewürdigung’ sowie zu den Möglichkeiten und Grenzen einer revision in Strafsachen; zugleich ein Betrag zum Verhältnis von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege. Lübeck: Max Schmidt-Römhild Verlag, 1992, p. 176.

<sup>504</sup> “O princípio da culpabilidade significa que a culpabilidade é um pressuposto necessário da legitimação estatal”, como lembra JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p. 11.

Para produzir uma convicção segura que possa ser chamada de “certeza”, no sentido de haver provas além de uma dúvida razoável, como apontou FERRER BELTRÁN<sup>505</sup>, deve-se buscar a objetivação desse *standard* o máximo possível, dentro da ideia de que as provas são certas para efeito de justificar uma condenação, afastando outras hipóteses. Isso exige, no caso concreto, a plena demonstração dos requisitos, critérios e fundamentos utilizados na sentença, sobretudo, quando a prova é exclusivamente baseada em indícios.

Pela análise operada no presente trabalho, algumas questões fundamentais merecem destaque e são determinantes para que haja uma adequada valoração da prova indiciária, o que é essencial para garantia da legitimidade da decisão judicial. Algumas dessas questões, como se pode ver, são negligenciadas na doutrina e jurisprudência sobre o tema, o que dá margem a certas dúvidas que sempre pairaram em relação à prova por indícios.

Alguns aspectos são gerais à matéria da prova: questão da admissão da prova, sua produção, as proibições de prova, a fundamentação da sentença.

Agora, especificamente em relação à prova indiciária, a valoração racional da prova na sentença penal, deve-se ponderar alguns fatores preponderantes, os quais, ao longo deste estudo, ficam claros.

Para que uma hipótese acusatória tenha força suficiente para embasar uma condenação, transpondo os princípios basilares da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, é necessário que as provas baseadas em indícios sejam seguras, coerentes, não possibilitando a hipótese de ocorrência dos fatos de modo diverso (inexistência ou ineficácia dos contraíndícios).

Na sentença, por sua vez, é preciso que todo o caminho lógico percorrido pelo julgador aponte os fatos-base, sua prova, as inferências lógicas que dela decorrem, a conexão das ideias e sua convergência em um único sentido, o desvalor da prova em contrário (se houver versão antagônica) e, essencialmente, a fundamentação do peso de cada indício e sua contribuição para a ideia global sobre o fato principal.

Assim, não basta mencionar vários indícios provados e não demonstrar o caráter persuasivo, ou seja, seu peso para o convencimento.

Por isso, a relevância da classificação dos indícios, que será importante no momento da análise de seu valor.

Um indício necessário, um indício subjetivo, indícios convergentes, indícios antecedentes, são pontos que devem ser demonstrados, pois dizem sobre a demonstração do

---

<sup>505</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

trabalho cognitivo desenvolvido pelo juiz. Como vimos em KAHNEMAN<sup>506</sup>, a necessidade de atenção e cuidado na formação desse juízo de convicção sobre fatos é uma atividade que deve ser levada muito a sério, pois diz respeito, diretamente, ao cerne da questão decisória, não se podendo pactuar com pré-julgamentos, decisões por impulso ou sem a necessária reflexão. Todos os pontos devem ser analisados, questionados e cruzados.

Uma ameaça antes do crime de homicídio despertará uma suspeita natural sobre a pessoa que a proferiu. A descoberta pela polícia de que réu e vítima possuíam desacertos financeiros e uma séria desavença por isso, pode fazer uma conexão lógica nesse mesmo sentido. A apreensão da arma do crime na residência do suspeito.

Uma pluralidade de indícios poderá fechar o cerco em volta do autor do crime ou, mesmo um, como a apreensão da arma na posse do acusado que, por prova pericial, conclui que foi aquela utilizada para matar a vítima, ou seja, também poderá ter essa força demonstrativa e persuasiva.

Desse modo, é fundamental a verificação dos requisitos específicos da prova indiciária, com sua plena demonstração na sentença.

Assim, conclui-se no presente trabalho:

1) 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).

2) o princípio da presunção de inocência poderá ser superado por uma prova baseada em indícios, desde que essa prova apresente força suficiente para formar uma convicção segura no julgador de modo a acolher a versão acusatória, que passa por um crivo de confrontação de hipóteses, diante das narrativas lançadas no processo;

3) para a análise da suficiência da prova indiciária, é essencial:

a) os indícios devem estar provados, individualmente;

b) a classificação desse indício para efeito de seu valor probante: um indício necessário ou mais, a associação de vários indícios contingentes com algum indício necessário;

c) a conexão lógica entre os indícios provados e a conclusão, a qual diz respeito ao fato que se quer provar;

d) inexistência de contraindícios ou possibilidade de versão alternativa que afaste o alto grau de probabilidade da tese acusatória;

e) a naturalidade ou simplicidade da confirmação da hipótese;

---

<sup>506</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Pensar depressa e devagar**. 4. ed. Tradução de Pedro Vidal Lisboa: Temas e Debates, 2013.

4) o *standard* de prova “acima de dúvida razoável” pressupõe uma exigência probatória no mais elevado grau de probabilidade (não matemática), que permita um juízo de certeza ao julgador;

5) A motivação da sentença baseada em prova indiciária deve fundamentar cada um dos aspectos analisados acima, de maneira expressa, para que assim possa haver o necessário controle da racionalidade da decisão judicial;

6) no caso específico do crime de homicídio doloso, a prova indiciária para superar a presunção de inocência e constituir prova *beyond a reasonable doubt*, deverá levar em consideração a existência de indícios seguros e firmes, que serão extraídos pelas inferências lógicas que partem: das relações entre acusado e vítima; comportamento do acusado; motivos para cometer o crime; *modus operandi*; vestígios na cena do crime; oportunidade para cometer o delito; apreensão de objetos relativos ao crime, fatos que deverão estar provados por todos os meios de prova admitidos em lei e de que decorrem cada indício.

A prova indiciária, assim, pode levar à certeza necessária para uma condenação, desde que esses pressupostos e requisitos estejam devidamente delineados no processo<sup>507</sup>, garantindo: solidez, coerência e conclusividade.

A racionalidade de sua valoração é também pressuposto essencial, pois em se tratando de uma prova indireta, que depende de conclusões que se extraem de fatos conhecidos para se chegar a outro fato, é fundamental que possa haver o acompanhamento do raciocínio lógico da hipótese, o enfrentamento do grau de probabilidade de adequação daquela tese, a correção das inferências realizadas.

O manejo dos indícios, sobretudo em casos graves como no contexto dos crimes de homicídio doloso, deve ser uma atividade de extrema cautela e sem dar margem a juízos afoitos ou impulsivos.

A jurisprudência portuguesa, em relação aos casos de prova indiciária, envolvendo crimes de homicídio, como no “Caso Joana” e outros pesquisados, vem admitindo a prova por indícios, observando a complexidade da questão e não confundindo indícios com “meras

---

<sup>507</sup> Como destaca CASTANHEIRA NEVES “no que toca à apreciação da suficiência da prova ou dos indícios, deve observar-se que não se trata de aceitar um grau menor de comprovação, uma mera presunção ou uma probabilidade insegura (...) antes se impõe também aqui uma comprovação acabada e objectiva, i.e. a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de “verdade” requerida pelo julgamento final – só que a instrução preparatória (e até a contraditória) não mobiliza os mesmos elementos probatórios e de esclarecimento, e portanto de convicção, que estarão ao dispor do juiz na fase de julgamento, e por isso, mas só por isso, o que seria insuficiente para a sentença, pode ser bastante ou suficiente para a acusação (desde logo porque não concorrem nesse elemento elementos que anulem ou contrabalancem a força convincente dos elementos incriminadores obtidos” (NEVES, A. Castanheira. **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra, 1968, p. 38-39).

suspeitas ou presunção”. Como na doutrina alemã ou anglo-americana, a prova indiciária é considerada e apresenta-se como fonte de convencimento, às vezes, até mesmo com maior força que uma prova direta<sup>508</sup>.

A coerência, a pertinência, a refutação de outras hipóteses, a conexão lógica dos indícios com máximas de experiência e conclusão, serão os fatores determinantes para o poder de convencimento da prova indiciária. Caso os indícios tenham essa força, inegável que poderão assumir o papel de fundamentar a condenação. Não importa se a prova é direta ou indireta, mas, sim, a sua capacidade de formar uma convicção que permita uma conclusão lógica e natural sobre determinado fato<sup>509</sup>. Em um Estado de Direito democrático, uma condenação criminal somente será legítima se amparada em provas que demonstrem acima de qualquer dúvida a responsabilidade do acusado no caso concreto.

Se os indícios colhidos contra o réu, observadas todas as limitações probatórias e as garantias de um processo justo e adequado às previsões constitucionais e legais, tiverem essa força, que contemple uma versão acusatória, nos termos apontados por TARUFFO, como “boa e verdadeira”, o juízo condenatório será admissível, lastreado em prova indireta, mas plenamente possível em um sistema que aceita a livre valoração da prova, porém, com toda a responsabilidade de uma atividade jurisdicional racional e compreensível<sup>510</sup>.

Uma sentença penal construída em cima de indícios será um inegável trabalho de lógica, inferências, graus de probabilidade, que serão costurados com os fatos, provas, confronto de versões. A demonstração do caminho traçado pelo julgador nessa tarefa deverá ser publicizado na sentença, o que possibilitará, então, o pleno acompanhamento da coerência, da adequação, da pertinência de seu raciocínio a partir dos fatos e das provas.

---

<sup>508</sup> Lembre-se, ainda, na doutrina germânica, de HENKEL, ao colocar tanto a prova direta como indireta como formadoras da convicção judicial, sem qualquer hierarquia, ressaltando que a prova indiciária poderá ser imprescindível e justificar uma decisão condenatória: “In unserem Verfahrenssystem ist der Indizienbeweis nicht grundsätzlich ein Beweis minderen Ranges; er steht vielmehr – als praktischen unentbehrlicher Beweis – gleichberechtigt neben dem unmittelbaren Beweis. In aller Regel pflegt direkter Beweis und Indizienbeweis in der Gesamtheit der beweisführung miteinander verbunden zu sein” (HENKEL, Heinrich. **Straverfahrensrecht**: ein Lehrbuch. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1968, p. 267).

<sup>509</sup> Não importa a “qualidade” da prova, mas sua força demonstrativa, como observa MIRANDA ESTRAMPES, ao ponderar: “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 correspondencia con la realidad” (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 15-50, set./dez., 2012).

<sup>510</sup> TARUFFO observa que uma narrativa poderá ser considerada boa e verdadeira nos casos “de reconstruções históricas que são escritas de modo coerente, pausável e persuasivo, mas que são também descritivamente verdadeiras porque representam fielmente o acontecimento ou conjunto de acontecimentos aos quais se referem. Este pode ser também o caso de uma narrativa processual, se for narrativamente bem contruída e, simultaneamente, se fundar de modo adequado nas provas disponíveis, assim, correspondendo à realidade dos factos da causa” (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 150, jan./abr., 2011).

Assim, a prova indiciária, para transpor os limites impostos pela presunção de inocência, deve ser analisada nesse contexto que traçados seus requisitos para valoração, como pudemos evidenciar acima, conjugando essa força com a linha divisória imposta pelo *standard* de “prova acima de qualquer dúvida razoável”<sup>511</sup>: a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma totalmente coerente; b) deve haver a refutação de todas as demais hipóteses plausíveis explicativas, sustentadas pela defesa do acusado.

Presentes todos os requisitos que demonstram a suficiência da prova indiciária, em um quadro que se conclua pela caracterização de um alto grau de probabilidade quanto à veracidade da hipótese acusatória, que rechaça totalmente a existência de qualquer outra versão contrária, poder-se-á falar, então, na legitimidade de um veredicto condenatório com suporte exclusivo em indícios, sem se falar em critérios puramente matemáticos, mas que, em um modelo probatório híbrido, tenha um juízo formado por todos os dados disponíveis ao julgador, de acordo com as narrativas e, por vezes, a ajuda de estatísticas.

Portanto, nesse sentido, a condenação com base em indícios é plenamente possível, podendo-se atingir esse grau de “certeza”, que espelhará a “verdade” (forense), a qual, por uma questão de legitimidade, é uma inegável finalidade que se busca no processo.

Nas palavras de VOLK, “en el procedimiento penal un hecho es verdadero cuando visto objetivamente es en cierto grado probable y el juez se halla subjetivamente convencido que se produjo”<sup>512</sup>. Se houve essa força probante decorrente dos indícios, a condenação construída na sentença estará adequada aos princípios do processo penal democrático e justo, o que é essencial em uma sociedade que preze pelos direitos e garantias afirmados na Constituição<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> Na conclusão de WEINSTEIN e DEWSBURY, ao citarem precedente da Suprema Corte Americana, “Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant’s guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty” (WEINSTEIN, Jack B.; DEWSBURY, Ian. Comment on the meaning of ‘proof beyond a reasonable doubt’. *Law, probability and risk*, Oxford, n. 5, p. 167-173, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013).

<sup>512</sup> VOLK, Klaus. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tradução de Eugenio C. Sarrabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007, p. 108.

<sup>513</sup> KINDHÄUSER, nesse sentido, adverte que “Un legítimo reproche jurídico-penal de culpabilidad sólo es posible en el contexto de un Estado democrático de derecho, porque sólo en este contexto es posible reconocer al destinatario de la norma cuyo quebrantamiento imputable es constitutivo del hecho punible, simultáneamente, como autor de la norma; y sólo entonces cabe dirigir a aquél un reproche jurídico-penal por un déficit objetivado de fidelidad al derecho” (KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de f, 2011, p. 1).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatório. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 73-89.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidade organizada na europa: perspectivas teórica e empírica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **2º congresso de investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-99.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011.
- ALLEN, Ronald J. **Evidence**: text, cases, and problems. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 155-173, jan./abr., 2011.
- \_\_\_\_\_. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ANGELETI, Riziero. **La costruzione e la valutazione della prova penale**. Torino: Giapicchelli, 2012.
- ANTUNES, Maria João. Direito processual penal: direito constitucional aplicado. In: MONTE, Mário Ferreira, et al. **Que futuro para o direito penal?** Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 745-754.
- APRILE, Ercole. **La prova penale**. Milão: Giuffrè, 2002.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- ARISTÓTELES. **Tópicos**: dos argumentos sofisticos. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- ARZT, Gunther. **Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo**. Berlin: De Gruyter, 1997.
- ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. **The International Journal of evidence and proof**, Oxford, vol. 10, p. 241-279, 2006.
- ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 97-128.
- BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso Penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.
- BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal**. Tradução de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1999.
- BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Prova criminal e direito de defesa**: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2010.
- BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julian. **Las prohibiciones probatorias**. Temis: Bogotá: 2009.
- BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003.
- BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008.
- BEX, Floris; BENCH-CAPON, Trevor; ATKINSON, Katie. **Evidential reasoning about motives**: a case study. Disponível em <[http://www.academia.edu/922867/Evidential\\_reasoning\\_about\\_motives\\_A\\_case\\_study](http://www.academia.edu/922867/Evidential_reasoning_about_motives_A_case_study)>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- \_\_\_\_\_. PRAKKEN, H.; VERHEIJ, B. **Formalising argumentative story-based analysis of evidence**. Disponível em <[http://www.academia.edu/2956007/Formalising\\_argumentative\\_story-based\\_analysis\\_of\\_evidence](http://www.academia.edu/2956007/Formalising_argumentative_story-based_analysis_of_evidence)>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura.

**Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 253-288.

BODZIAK, William J. **Traditional conclusions in footwear examinations versus the use of the bayesian approach and likelihood ratio:** a review of a recent UK appellate court decision. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

BOHLANDER, Michael. **Principles of German criminal procedure.** Portland: Hart Publishing, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Júri: do inquérito ao plenário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **No tribunal do júri.** São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BREWER, SCOTT. **Logocratic method and the analysis of arguments in evidence.** Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 13-33, maio/ago., 2012.

CAFFERATA NORES, José I.; CÓPPOLA, Patricia. **Verdad procesal y decisión judicial.** Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.

\_\_\_\_\_. **La prueba en el proceso penal.** Buenos Aires: Depalma, 1988.

CANESTRARI, Stéfano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. **Revista *Ius et praxis***, Santiago, ano 10, n. 2, p. 59-95, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARDINETTI, Bruno; CAMMAROTA, Camillo. **Negative conclusion cases:** further proposal for likelihood ratio evaluation. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil.** Tradução de Niceto Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 6, p. 69-97, set./dez., 2008.

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. **Valoración de la prueba:** sana crítica. Santiago: Librotecnia, 2011.

- CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 650.
- CHOO, Andrew L-T. **Evidence**. London: Oxford University Press, 2012.
- CLIMENT DURAN, Carlos. **La prueba penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COELHO, Walter. **A prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- COHEN, L. J. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- CONTE, Mário; GEMELI, Maurizio; LICATA, Fabio. **Le prove penali**. Milão: Giuffrè, 2011.
- COPI, Irving M. **Lógica simbólica**. Ciudad de México: Continental, 1982.
- CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011. Disponível em <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DD/AFP\\_Cordon\\_Aguilar\\_JC\\_PruebaIniciaria.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DD/AFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2013.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Org.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Coimbra, 2010.
- \_\_\_\_\_; KINDHÄUSER, Urs (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Coimbra, 2013.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. **Derecho probatório e pruebas penales**. Bogotá: Legis, 2008.
- DAMASKA, Mirjan R. **Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study**. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss_papers)>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- DEDES, Christos. **Beweisverfahren und Beweisrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DÉLBIS, Tibúrcio. **Homicídio sem cadáver: o caso Denise Lafeté**. Belo Horizonte/MG: Inédita, 1999.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Editora Minelli, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- DENNIS, Ian H. **The law of evidence**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.
- DEPPENKEMPER, Gunter. **Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis**. Göttingen: V & R Unipress, 2004.
- DETZNER, Madeleine. **Rückkehr zum klassischen Strafrecht und die Einführung einer Beweislastumkehr: eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrug gem. §§ 264, 263 StGB**. Heidelberg: Peter Lang, 1998.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002.
- DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito a não auto-inculpação – *nemo tenetur se ipsum accusare* – no processo penal e contra-ordenacional português**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.) **Comentário Conimbricense do código penal: parte especial**. t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Acordos sobre a sentença penal: o fim do estado de direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DIAS, Marta João. A fundamentação do juízo probatório: breves considerações. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, jan./abr., p. 175-199, 2011.
- DIBIASE, Thomas A. **No body murder cases**. Disponível em <[www.nobodycases.com](http://www.nobodycases.com)>. Acesso em 14 jan. 2014.
- DOAK, Jonathan; MCGOURLAY, Claire. **Evidence in context**. 3. ed. New York: Routledge, 2012.
- DÖHRING, Erich. **La prueba su practica e apreciación**. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1988.
- EGGLESTONE, Richard. **Evidence, proof and probability**. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.
- EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar**. 6. ed. München: C. H. Beck, 2008.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976
- FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. **Prueba e presunción de inocência**. Madrid: Iustel, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. **Curso de Processo Penal**. v. 2. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- \_\_\_\_\_. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Los estándares de prueba en el proceso penal español**. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2014
- FERRI, Enrico. **Discursos de acusação**: ao lado das vítimas. 5. ed. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1995.
- FRANCESCO, Giovannangelo De. **La prova dei fatti psichici**. Torino: Giappichelli Editore, 2010.
- FRANKLIN, James. Case Comment—*United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 365 (E.D.N.Y. 2005): quantification of the ‘proof beyond reasonable doubt’ standard. **Law, Probability and Risk**, n. 5, p. 159-165, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Tutela penal do direito à vida**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación y proceso penal. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GARCIA CAVERO, Percy. **La prueba por indícios en el proceso penal**. Lima: Reforma, 2010.
- GARCIA GIL, F. Javier. **La prueba en los procesos penales**: jurisprudencia. Madrid: Dykinson, 1996.
- GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence**: principles and cases. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La prueba judicial**: valoración racional y motivación. Disponível em <[http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf)>. Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Prueba y verdad en el derecho**. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN**. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2014.

GASKINS, Richard H. **Burdens of proof in modern discourse**. New Haven: Yale University Press, 1992.

GEIPEL, Andreas. **Handbuch der Beweiswürdigung**. Münster: Lexis Nexis, 2008.

GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Justicia y verdad**. Buenos Aires: La Ley, 1978.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 311-333.

GOMES, Márcio Schlee. **Júri**: limites constitucionais da pronúncia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luiz. **El proceso penal alemán**: introduction y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coacção no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **A prova do crime**: meios legais para a sua obtenção. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

GOODERSON, R. N. **Alibi**. London: Heinemann, 1997.

GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho**: estudos sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima: Grijley, 2004.

- \_\_\_\_\_. A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1985.
- \_\_\_\_\_. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, Edersa, n. 45, p. 673-697, 1991.
- GRACIA MARTIN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. **Los delitos de homicidio y asesinato en el código penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GRAF, Jürgen Peter. **Strafprozessordnung**. München: C. H. Beck, 2010.
- GRECO, Luis. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva. et al. **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**: em comemoração ao 70º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.
- GREENSTEIN, Richard K. **Determining facts: the myth of direct evidence**. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1116644](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644)>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- GRÜNWARD, Gerald. **Das Beweisrecht der Strafprozessordnung**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- GUZMÁN, Nicolas. **La verdad en el proceso penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la constitución. Azcapotzalco, México: Ubijus, 2009.
- \_\_\_\_\_. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, tomo 43, fascículo III, p. 909-931, set./dez., 1990.
- \_\_\_\_\_. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-26.
- HEETER, Eugénée M. **Chance of rain, rethinking circumstantial evidence jury instructions**. Disponível em <<http://www.hastingslawjournal.org/wp-content/uploads/2013/02/Heeter-64-HLJ-529.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- HENKEL, Heinrich. **Straverfahrensrecht**: ein Lehrbuch. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1968.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law: justice in the search of truth**. New York: Oxford University Press, 2008.

- \_\_\_\_\_. The presumption of innocence as a human right. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. **Criminal evidence and human rights: reimagining common law, procedural traditions**. Oxford: Oxford and Portland, 2012, p. 259-282.
- HORDER, Jeremy. **Homicide law in comparative perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
- HUNGRIA, Nelson. **Cometários ao código penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1955.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1985.
- IMWINKELRIED, Edward J.; et al. **Courtroom criminal evidence**. v. 1. 5. ed. São Francisco: Lexis Nexis, 2011.
- INGRAMM, Jefferson L. **Criminal evidence**. 9. ed. Washington: Lexis Nexis, 2007.
- JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- JOECKS, Wolfgang. **Strafprozessordnung: Studienkommentar**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2011.
- JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. **Abductive inference**. Disponível em <<http://www.cse.ohio-state.edu/~jj/pubs/AbdInfCh1.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- KAHNEMAN, Daniel. **Pensar depressa e devagar**. 4. ed. Tradução de Pedro Vidal. Lisboa: Temas e Debates, 2013.
- KEANE, Adrian. **The modern law of evidence**. 6. ed. London: Oxford University Press, 2006.
- KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KHAN, Karim A. A.; BUISMAN, Caroline; GOSNELL, Christopher. **Principles of evidence in international criminal justice**. New York: Oxford University Press, 2010.
- KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- \_\_\_\_\_; MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho**. Buenos Aires: B de f Editorial, 2011, p. 1.

KIRALFY, Albert. **The burden of proof**. London: Professional Books, 1987.

KOOIJMANS, Tijs. The burden of proof in confiscation cases: a comparison between the Netherlands and the United Kingdom in the light of the European Convention of Human Rights. **European journal of crime, criminal law and criminal justice**, Freiburg, vol. 18, n. 3, p. 225-236, 2010.

KÜHNE, Hans-Heiner. **Strafprozessrecht**: eine systematisch Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007.

LACERDA, Dennis Otte. **Breve perspectiva da prova indiciária no processo penal**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2006.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal procedure**. St. Paul: West Publishing, 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**: an essay in legal epistemology. New York: Cambridge University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **The presumption of innocence: material or probatory**. Disponível em <[http://www.academia.edu/2754441/The\\_Presumption\\_of\\_Innocence\\_Material\\_or\\_Probat\\_ory](http://www.academia.edu/2754441/The_Presumption_of_Innocence_Material_or_Probat_ory)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Re-thinking the criminal standard of proof**: seeking consensus about the utilities of trial outcomes. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1369996](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369996)>. Acesso em: 11 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar**. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

LEVETT, Lora M., et al. The psychology of jury and juror decision making. In: BREWER, Neil; WILLIAMS, Kipling D. **Psychology and law: an empirical perspective**. New York: 2005, p. 365-407.

LIGERTWOOD, Andrew; EDMOND, Gary. **Discussion paper**: a just measure of probability. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. t. II. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra, 2005.

- LOPEZ MORENO, Don Santiago. **La prueba de indicios**. Madrid: Velascos Impresos, 1891.
- LÖWE-ROSENBERG. **Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz**. 26. ed. Berlin: De Gruyter, 2013.
- MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. **Revista de ciências criminais**, Coimbra, ano 20, n. 4, p. 555-578, out./dez., 2010.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- 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, p. 221-279.
- MAY, Richard. **Criminal evidence**. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- McNAUGHTON, John T. **Burden of production of evidence**: a function of a burden of persuasion. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1337319?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21103676348303>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- MEIXNER, Franz. **Der indizienbeweis**. Hamburg: Kriminalistik, 1962.
- MEIRELES, Ana. Tribunal de Milão condena 15 mafiosos a prisão perpétua. **Diário de Notícias**. Lisboa, 13 fev. 2013. Disponível em <[http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=3034560&seccao=Europa](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3034560&seccao=Europa)>. Acesso em: 30 set. 2013.
- MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. As proibições de prova no Processo Penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133-154.
- MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no proceso penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011.
- MEYER-GOSSNER, Lutz. **Strafprozessordnung**. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011.
- MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Lisboa: Edições 70, 2014.
- 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 (org.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 173-185.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **La mínima actividad probatória en el proceso penal**. Barcelona: José María Bosch, 1997.
- \_\_\_\_\_. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 15-50, set./dez., 2012.
- MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.
- MIXÁN MÁSS, Florencio. **Prueba indiciaria**: carga de la prueba, casos. Lima: Ediciones BGL, 1995.
- MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. **La presunción de inocência**: análisis doctrinal y jurisprudencia. Navarra: Aranzadi, 1999.
- MONTEIRO, Elisabete Amarelo. **Crime de homicídio qualificado e imputabilidade diminuída**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MORÃO, Helena. **Da instigação em cadeia**: contributo para a dogmática das formas de participação na instigação. Coimbra: Coimbra, 2006.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis in Strafprozess**: am Beispiel der Festellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998.
- MUNDAY, Roderick. **Evidence**. 60. ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- \_\_\_\_\_. **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- MURPHY, Peter. **Murphy on Evidence**. New York: Oxford University Press, 2009.
- NEVES, A. Castanheira. **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra, 1968.
- NEVES, Rosa Vieira. **Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra, 2011.
- NEWMAN, Jon O. **Quantifying the standard of proof beyond a reasonable doubt**: a comment on three comments. Law, probability and risk. Oxford, p. 267-269, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 16 jul. 2013

- NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- NORDGAARD, Andres; RASMUSSEN, Birgitta. **The likelihood ratio as value of evidence: more than a question of numbers**. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 nov. 2013.
- NUCCI, Guilherme de. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de. Da autonomia do regime de proibições de prova. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 257-290.
- OLSON, Elizabeth A.; CHARMAN, Steve D. “But can you prove it”? – examining the quality of innocent suspects alibis. **Psychology, crime & law**. New York, Routledge, v. 18, n. 5, p. 453-472, jun./jul, 2012.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El proceso penal en la doctrina del tribunal constitucional (1981-2004)**. Navarra: Aranzadi, 2005.
- O’SHEA, Eoin. **The bribery act 2010: a practical guide**. Bristol: Jordan, 2011.
- PALMA, Maria Fernanda. A vontade no dolo eventual: caso do *very-light*, um problema de dolo eventual. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 173-180, 2000.
- \_\_\_\_\_. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa**, v. II, Coimbra, 2005, p. 267-281.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral – a teoria da infração como teoria da decisão penal**. Lisboa: AAFDL, 2013.
- PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocência: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística**. Valencia: Práctica de Derecho, 2002.
- PATRICIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português**. 2ª reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2004.
- PAULO FILHO, Pedro. **Grandes advogados, grandes julgamentos: no júri e noutros tribunais**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- PAZ RUBIO, José María, et al. **La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales**. Madrid: Colex, 1999.
- PEDROSO, Fernando Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix - Universidade de São Paulo, 1975.

- PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. **Explaining the evidence**: tests of the story model for juror decision making. Disponível em <[http://ist-socrates.berkeley.edu/~maccoun/LP\\_PenningtonHastie1992.pdf](http://ist-socrates.berkeley.edu/~maccoun/LP_PenningtonHastie1992.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2014
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito Penal II**: os homicídios. Lisboa: AAFDL, 2008.
- PEREIRA, Rui Soares. Evidence models and proof of causation. **Law, probability and risk**, Oxford, v. 12, n. 3-4, p. 229-258, set./dez., 2013.
- PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o processo penal**. Reimpressão. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.
- POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 3, p. 21-44, set./dez., 2007.
- POPPER, Karl. **The logic scientific discovery**. London: Routledge: 2005.
- \_\_\_\_\_. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paulo Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. **More on presumptions and burdens of proof**. EUI Working Papers Law, San Domenico di Fiesole, n. 30, p. 01-11, 2008.
- \_\_\_\_\_. **A logical analysis of burdens of proof**. Disponível em <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/p+sbop09.pdf>
- PUNDIK, Amit. The epistemology of statistical evidence. **The International Journal of evidence and proof**, Oxford, Vathek Publishing, vol. 15, p. 117-143, 2011.
- PUTZKE, Holm; SCHEINFELD, Jörg. **Strafprozessrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck Verlag, 2012.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.
- REYES ALVARADO, Yesid. **La prueba indiciaria**. 2. ed. Bogotá: Reyes Echandia Abogados, 1989.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo. **La prueba en el proceso penal**: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo. Navarra: Arazandi, 2008.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_; AITKEN, Colin; JACKSON, Graham. **Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings**. Disponível em <<http://www.maths.ed.ac.uk>

/cgga/Guide-1-WEB.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.

- \_\_\_\_\_. Drug dealing and the presumption of innocence: The Human Rights Act (almost) bites. **The International Journal of evidence and proof**, Vathek Publishing, vol. 6, 2002, p. 17-37.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012.
- \_\_\_\_\_; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova indiciária**. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013.
- RUSSO, Vincenzo. **La prova indiziaria e il ‘giusto processo’**. Roma: Jovene Editore, 2001.
- SACAU, Ana; RODRIGUES, Andreia. **Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada das decisões judiciais**. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 8, p. 155-160, maio-ago., 2009.
- SACCONE, Giuseppe. **L’indizio ‘per la prova’ e l’indizio ‘cautelare’ nel processo penale**. Milão: Giuffrè, 2012.
- SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias**. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milão: Giuffrè, 2001.
- SCHMITT, Bertrand. **Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess: eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der ‘freien Bewürdigung’ sowie zu den Möglichkeiten und Grenzen einer revision in Strafsachen; zugleich ein Betrag zum Verhältnis von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege**. Lübeck: Max Schmidt-Römhild Verlag, 1992.
- SCHNEIDER, Egon. **Logik für Juristen**. 5. ed. München: Franz Vahlen, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Beweis und Beweiswürdigung**. 5. ed. München: Franz Vahlen, 1994.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SCHULZ, Joachim. **Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie**. Köln: Carl Heymanns, 1992.

- SHAPIRO, Barbara J. **“Beyond a reasonable doubt” and “probable cause”**: historical perspectives on the anglo-american law of evidence. Los Angeles: University of California Press, 1991.
- SIGNORELLI, Walter P. **Criminal law, procedure and evidence**. New York: CRC Press, 2011.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.
- SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito penal**: crimes contra a pessoa. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.
- SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 155-182.
- SIMESTER, Andrew P.; SULLIVAN, George R.; SPENCER, John R & Virgo. **Simester and Sullivann’s Criminal Law**: theorie and doctrine. Portland: Hart Publishing, 2010.
- SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, maio/ago., p. 203-215, 2007.
- SMITH, John. **Criminal evidence**. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- SOUSA, Luíz Filipe Pires. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013.
- SOUZA, Moacyr Benedito. **Mentira e dissimulação em psicologia judiciária penal**. São Paulo: RT, 1988.
- SPOTTSWOOD, Mark. Briding the gap between bayesian and story-comparison models of juridical evidence. **Law, probability and risk**, Oxford, p. 01-18, jul., 2013. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/early/2013/07/30/lpr.mgt010.full.pdf+html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- STAMP, Frauke. **Die Wahrheit im Strafverfahren**. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- STANOVICH, Keith E.; EVANS, Johnatan St. B. T. **Dual-process theories of higher cognition**: advancing the debate. Disponível em <[http://www.keithstanovich.com/Site/Research\\_on\\_Reasoning\\_files/Evans\\_Stanovich\\_PoPS13.pdf](http://www.keithstanovich.com/Site/Research_on_Reasoning_files/Evans_Stanovich_PoPS13.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005.

- \_\_\_\_\_; ALLEN, Ronald J. **Evidence, Probability, and Burden of Proof**. Arizona law review, n. 54, p. 2, abr., 2013. Disponível em <[http://www.professoralexstein.com/images/RJA\\_AS\\_SSRN2.pdf](http://www.professoralexstein.com/images/RJA_AS_SSRN2.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **Untersuchungen zur Unschuldvermutung**. Berlin: De Gruyter, 2008.
- TAPPER, Colin; CROSS, Rupert. **Evidence**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, jan./abr., p. 111-153, 2011.
- \_\_\_\_\_. **La Prueba: artículos e conferencias**. Madrid: Metropolitana, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad**. Disponível em <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fa34c68046e1188e991c9944013c2be7/Algunas+consideraciones+sobre+la+relaci%C3%B3n+entre+la+prueba+y+la+verdad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fa34c68046e1188e991c9944013c2be7>>. Acesso em: 12 dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- THOMPSON, Alan. **An introduction to criminal evidence: a casebook approach**. New York: Oxford University Press, 2008.
- TILLERS, Peter. **Trial by mathematics: reconsidered**. Disponível em <<http://lawandlogic2012.files.wordpress.com/2012/03/tillers-trial-math-reconsider.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Case comment – United States v. Copeland, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A collateral attack on the legal maxim that proof beyond a reasonable doubt is unquantifiable?** Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org/content/5/2/135.full>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição juridical brasileira**. São Paulo: RT, 1999.
- TWINING, William; ANDERSON, Terence. **Analysis of evidence: how to do things with facts**. London: Weindenfeld and Nicolson, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

\_\_\_\_\_ ; STEIN, Alex. **Evidence and proof**. Aldershot: University Press, 1992.

VALE, Ionilton Pereira do. **Tribunal do Júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

VAZQUEZ SOTELO, José Luis. **Presunción de inocencia del imputado**. Barcelona: Bosch, 1984.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri, na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VIVES 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, p. 27-39.

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010.

\_\_\_\_\_. **La verdad sobre la verdad y otros estudios**. Tradução de Eugenio C. Sarrabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007.

WALTON, Douglas. **Argumentation and theory of evidence**. Disponível em <[http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation\\_evidence.pdf](http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation_evidence.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Burden of proof**. Disponível em <<file:///C:/Users/Marcio/Downloads/79e4150c5fdd965e7e.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

WEINSTEIN, Jack B.; DEWSBURY, Ian. Comment on the meaning of ‘proof beyond a reasonable doubt’. **Law, probability and risk**, Oxford, n. 5, p. 167-173, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas/SP: Romana, 2004.

WIGMORE, John Henry. **Wigmore on evidence: evidence in trails at commom law**. New York: Wolters Kluwer, 2013.

WILLIAMS, Kipling D.; JONES, Andrew. Trial strategy and tatics. In: BREWER, Neil; WILLIAMS, Kipling D. **Psychology and law: an empirical perspective**. New York: 2005, p. 276-321.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1998.

\_\_\_\_\_. **Da certeza**. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012.

WOLTER, Jürgen. et al. **SK-StPO**: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. v. 2.  
4. ed. Köln: Carl Heymanns, 2011.