

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Alexandre Peinado Praetzel Porto

**A COMPATIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA COM AS
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Porto Alegre
2012

ALEXANDRE PEINADO PRAETZEL PORTO

**A COMPATIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA COM AS
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2012

ALEXANDRE PEINADO PRAETZEL PORTO

**A COMPATIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA COM AS
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Aprovada em ____ de ____ de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador

Prof.

Prof.

Conceito:

RESUMO

O presente estudo aborda a compatibilidade da condenação com base em prova indiciária com o sistema de garantias fundamentais delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil. Inicialmente, é esboçado um quadro geral do direito processual penal brasileiro, abordando as garantias constitucionais mais proximamente vinculadas ao processo penal. Em seguida, são apresentados preceitos básicos de direito probatório, a fim de subsidiar uma compreensão exata da substancialidade da prova indiciária. Num terceiro momento, são expostas e esclarecidas as controvérsias doutrinárias relativas à prova indiciária e institutos correlatos. Por fim, o quarto e último capítulo confronta os conceitos antes vistos para assentar as condições sob as quais a prova por indícios é compatível com a ordem constitucional.

Palavras-chave: Processo penal. Direitos fundamentais. Condenação. Prova indiciária. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This coursework analyses the compatibility of the conviction upon circumstantial evidence with the fundamental rights system outlined by the Brazilian constitution. The study kicks off sketching an overall view over Brazil's criminal procedure, addressing those constitutional rights to whom it is more closely attached. Then, some basic precepts concerning proof are raised to provide an exact grasp on the substantiality of the circumstantial evidence. In a third moment, the academic controversies on the circumstantial evidence and its corresponding institutes are introduced and clarified. Finally, the fourth and last chapter opposes the previous concepts to establish the terms upon which the circumstantial evidence is compatible with the constitution.

Key-words: Criminal procedure. Fundamental rights. Conviction. Circumstantial evidence. Constitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1	MODELOS ADVERSARIAL, ACUSATÓRIO E INQUISITORIAL	9
2.2	GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	13
2.2.1	Contraditório	13
2.2.2	Ampla defesa	14
2.2.3	Direito ao silêncio	15
2.2.4	Presunção de inocência	17
2.2.5	Motivação	23
3	PRECEITOS BÁSICOS DE DIREITO PROBATÓRIO	24
3.1	FINALIDADE DA PROVA E A RELAÇÃO ENTRE PROVA E VERDADE.....	24
3.2	CONCEITO DE PROVA	28
3.3	OBJETO DA PROVA	29
3.4	APRECIÇÃO DA PROVA.....	30
3.4.1	Estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade	31
3.4.2	Sistemas de apreciação da prova e o modelo brasileiro	34
3.4.3	Classificação da prova	38
3.4.3.1	Classificação teleológica.....	38
3.4.3.2	Classificação ontológica	39
4	CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA INDICIÁRIA	43
4.1	NOTA HISTÓRICA	43
4.2	OS INDÍCIOS NA DOUTRINA: DIAGNOSTICANDO AS CONTROVÉRSIAS	44
4.3	OS INDÍCIOS NA DOUTRINA: ESCLARECENDO OS CONCEITOS	46
4.3.1	Indícios e suspeitas	47
4.3.2	Indícios e presunções	48
4.3.2.1	Diferentes componentes do raciocínio indiciário.....	49
4.3.2.2	Distinção segundo a índole da operação mental	49
4.3.2.3	Distinção segundo a natureza do argumento probatório.....	51

4.4	CONCEITO DE INDÍCIO.....	53
4.5	CLASSIFICAÇÃO DOS INDÍCIOS.....	53
4.5.1	Indícios próximos e remotos	55
4.5.2	Indícios causais e de efeito.....	56
4.5.3	Inferências indiciárias necessárias e contingentes	57
5	VALORAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA.....	59
5.1	COMPATIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	59
5.2	A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO.....	62
5.3	TEORIAS SOBRE A AVALIAÇÃO DOS INDÍCIOS.....	64
5.4	ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA DO INDÍCIO.....	66
5.4.1	Certeza do indício	66
5.4.2	Máxima da experiência comum ou técnica.....	67
5.4.3	Relação de causalidade entre o indício e o fato probando	67
5.5	REQUISITOS DE VALIDADE DO INDÍCIO	68
5.5.1	Ausência de limitação probatória.....	68
5.5.2	Licitude do indício.....	68
5.6	FATORES DE EFICÁCIA DO INDÍCIO	69
5.6.1	Confirmação da credibilidade subjetiva do indício	69
5.6.2	Confirmação do nexó de causalidade entre o indício e o fato probando	71
5.6.3	Aferição da força probatória da ilação indiciária.....	72
5.6.4	Pluralidade de indícios contingentes e convergência das ilações indiciárias.....	73
5.6.5	Eliminação dos contraíndícios e dos motivos infirmativos da conclusão.....	74
6	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

A par da relevância teórica de que se reveste a temática da prova indiciária, seja pela sua alta complexidade, seja já por envolver, em seu estudo e aplicação, a conjugação de uma série de institutos processuais correlatos, a prova indiciária também evoca grande significação do ponto de vista prático. Isto se dá em função da reticência – para alguns, confusão – legislativa sobre o assunto, em face da qual tanto operadores como estudiosos do direito se veem desprovidos de parâmetros uniformes para lidar com essa modalidade probatória.

Sem pretensão de inovar relativamente à matéria, o presente trabalho empresta recortes dos marcos teóricos firmados por Antonio Dellepiane (1919), Danilo Knijnik (2007), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009) e Nicola Framarino dei Malatesta (1927) para, conjugando-os, empreender uma tentativa de sistematizar didaticamente a compreensão da prova indiciária.

Tomando esse propósito por norte, o presente estudo principia apresentando as linhas gerais conformadoras do processo penal brasileiro. Nesse primeiro esforço, buscar-se-á, pela exposição dos direitos fundamentais mais proximamente vinculados à prova indiciária, como a presunção de inocência e a motivação, desenhar a conformação constitucional do nosso processo penal. Em seguida, atendendo à conveniência de pinçar, dos preceitos básicos de direito probatório, noções que auxiliem na compreensão da lógica da prova indiciária em específico, serão apresentadas considerações sobre a relação entre a prova e a verdade, a lógica subjacente à obtenção da certeza e os sistemas de apreciação da prova que guiam esse caminho da mente em direção ao conhecimento, bem como as classificações das provas que sejam úteis à compreensão da natureza do indício.

Já num segundo momento, o enfoque será voltado à consideração da prova indiciária no processo penal brasileiro, oportunidade em que a figura do indício será esmiuçada, esclarecendo-se sua natureza, a que tipo de raciocínio serve, qual a índole da operação mental procedida etc. Abordando, em seguida, as latentes controvérsias doutrinárias que lhe dizem respeito, bem como a correlata figura da presunção, parecerá oportuno formular um conceito próprio para o indício, bem como proceder à sua classificação. Ao final, convergindo as lições previamente expostas ao propósito último do presente estudo, será aferida a compatibilidade da prova indiciária, tal como reconhecida, com as garantias constitucionais inicialmente

assentadas. Não será inútil, a esse propósito, uma palavra sobre a teoria dos modelos de constatação, que orientam a formação dos juízos de fato.

Em suma, do quadro geral relativo às garantias constitucionais do nosso processo penal e aos institutos de direito probatório que informam também a compreensão da prova indiciária, passar-se-á à abordagem das particularidades da prova indiciária, com as figuras do indício, da inferência e da ilação indiciárias, das máximas de experiência empregadas no juízo de fato, a necessidade ou contingência das proposições etc.

2 CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como costuma ocorrer nos demais ramos do direito, as escolhas do legislador processual penal não são isentas de uma carga axiológica. Se quisermos conhecer uma sociedade, as relações entre o poder e os cidadãos, um dos materiais mais ricos para tal análise é a legislação processual penal, dada sua sensibilidade às concepções políticas hegemônicas. Merecem atenção as afirmações de que “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado*” (ROXIN, 2000, p. 10)¹ e “*la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67)².

Ao estar intimamente vinculado à Constituição e por ela ser constantemente irradiado, o direito processual penal, além de indicar a opção por um modelo mais autoritário ou liberal de sociedade, serve de importante mecanismo para a proteção das garantias fundamentais dos cidadãos. A Constituição da República Federativa do Brasil, assim, delineia a fisionomia do nosso processo penal, razão por que uma adequada compreensão deste impõe o estudo daquela.

2.1 MODELOS ADVERSARIAL, ACUSATÓRIO E INQUISITORIAL

A análise dos sistemas processuais penais vigentes em diferentes partes do mundo levou a doutrina a elaborar modelos que, categorizando seus principais aspectos – tais como o papel dos atores processuais, a legitimidade para o início da ação penal, a metodologia de obtenção e avaliação das provas etc. –, possibilitassem uma comparação. Os modelos mais sedimentados na literatura são o adversarial, o acusatório e o inquisitorial.

É importante ter claro que uma compreensão adequada dos modelos de processo penal não permite a adoção de tipologias rígidas e classificações estanques, visto que as categorias

¹ Prossegue o autor: “*Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conducen a la transformación del procedimiento penal*” (2000, p. 10).

² Utilizando-se da mesma metáfora, Nicola Framarino dei Malatesta afirma que o processo penal é “*o índice seguro do respeito pela personalidade humana, e o termômetro fiel da civilização de um povo*” (1927, p. 17).

se inter-relacionam. Por tal motivo é que a análise deve ter por objetivo as características preponderantes de cada sistema:

A los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento. (FERRAJOLI, 1995, p. 56).

Os modelos acusatório e adversarial, embora apresentem traços em comum – daí porque empregados em sinonímica contraposição ao sistema inquisitorial –, não mais se confundem. Tradicionalmente, a doutrina contrapunha os paradigmas processuais penais estadunidense (acusatório) e europeu (inquisitorial). No entanto, as reformas liberais promovidas pelos últimos, no sentido da assimilação do modelo acusatório, conduziram a uma nova denominação do processo penal estadunidense, que se convencionou chamar *adversarial*.

Numa representação esquemática, baseada em Luigi FERRAJOLI (1995)³:

Orientação	Liberal	Autoritário
Modelo	Adversarial	Inquisitorial

<----->

Alguns traços distintivos fundamentais entre os modelos acusatórios e inquisitoriais podem ser apontados: a separação entre os órgãos acusador e julgador, o reconhecimento do réu como sujeito de direitos na relação processual penal, o tratamento dispensado às partes e, o que é mais importante para o presente estudo, o sistema de gestão da prova.

O primeiro, considerado por Luigi Ferrajoli “*el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás*” (1995, p. 567), impõe ao juiz uma posição de imparcialidade, desinteressada⁴ das

³ O autor aponta o “*nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva*” (1995, p. 563).

⁴ Diversos autores se utilizam da feliz expressão italiana *terzietà*, no sentido de alheamento, desinteresse, imparcialidade. Por todos, LOPES Jr. (2011).

possíveis soluções do conflito trazido à sua análise. No sistema acusatório, portanto, preconiza-se a “*nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender*” (BADARÓ, 2008, p. 18). Os sistemas inquisitoriais, por sua vez, são caracterizados como aqueles “*em que as funções acusatórias e judicantes se encontram englobadas na mesma pessoa, o juiz*” (GRECO FILHO, 2010, p. 56).

O segundo, verificado no sistema acusatório, deriva da proposição de Oskar Von Büllow, para quem o processo consiste numa “*relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (...) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais*” (LOPES Jr., 2011, p. 39). O réu, enquanto parte dessa relação jurídica que distribui aos seus sujeitos direitos e obrigações⁵, deixa de ser mero objeto do juízo, como no sistema inquisitorial⁶, as implicações decorrentes desse reconhecimento operando efeitos ao longo de toda a persecução penal.

Também o tratamento que, ao longo do processo, se dá às partes constitui elemento importante para distinguir os modelos examinados. Enquanto no modelo acusatório as partes participam do processo com igual capacidade e iguais oportunidades para manifestar-se, produzir provas e contraditar a parte adversária (FERRAJOLI, 1995; LOPES Jr., 2011), o modelo inquisitorial “*exclui o contraditório, limitando os direitos da ampla defesa, e obstaculiza, quando não inviabiliza, o princípio da presunção de inocência*” (CARVALHO, 2005, p. 47). No que diz respeito ao presente estudo, porém, importa destacar um desdobramento da separação entre as funções de acusação e julgamento, qual seja a gestão da prova, como elemento central para distinguir os dois sistemas.

Salo de Carvalho refere que “*o modelo acusatório é identificado, sobretudo, pelo posicionamento passivo do juiz, tanto no que concerne ao impulso processual (ação penal) quanto à gestão da prova*” (2005, p. 51). Assim, o papel do magistrado seria *configurador*, e não *instrutório*, como no sistema inquisitorial. Neste, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador o torna verdadeiro “*representante del interés punitivo y, por ello, leguleyo, versado em el procedimiento y dotado de capacidad de investigación*” (FERRAJOLI, 1995, p. 575).

⁵ Com base na obra de James Goldschmidt, Aury Lopes Jr. rejeita tratar-se da imposição de obrigações processuais às partes, sustentando, em seu lugar, a distribuição de cargas à acusação e riscos à defesa, de acordo com sua situação jurídica.

⁶ Exemplos clássicos são os processos medieval, canônico e soviético.

No sistema inquisitorial, diz Jacinto Coutinho, “*abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão*” (2001, p. 37). Tal quadro é criticado por Aury Lopes Jr., especialmente sob o fundamento, formulado por Franco Cordero, de que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz:

Opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos. (2011, p. 79).

Trata-se de uma contraposição entre os tipos de juiz propostos por Luigi Ferrajoli, correspondendo os juízes-magistrados ao processo inquisitorial e os juízes-cidadãos ao processo acusatório (FERRAJOLI, 1995).

A doutrina, porém, é controversa, a respeito da identificação do modelo acusatório com a passividade do juiz no curso da instrução probatória. Com efeito, alguns atores entendem que esse sistema “*não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade*”, ressaltando, no entanto, que “*a atuação inquisitiva não se faz predeterminadamente nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade*” (GRECO FILHO, 2010, p. 56). Também esta é a posição defendida por Badaró, ao afirmar que:

O sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado. (2008, p. 39).

Tal posição parece ser a mais acertada, pois a circunstância de conferir ao juiz a faculdade de administrar a prova, desde que o faça em caráter supletivo ou subsidiário, não desnatura o modelo. Com efeito, a subtração pura e simples de tais poderes ao juiz é mais condizente com o modelo adversarial, em que ele desempenha um papel muito mais de espectador na instrução do processo, apenas “*zelando pelas regras do jogo*”⁷.

⁷ Sobre o sistema adversarial, confira-se Blondel (2002). Ainda, sobre sua gradual desnaturação em direção ao sistema acusatório nas últimas décadas, Gorod (2011), Debarba (2002) e Pizzi (2005).

É o que ocorre no sistema processual penal brasileiro, que, embora guarde resquícios inquisitoriais, tais como a atuação instrutória do juiz e a reminiscência de alguma prova legal⁸, é tido como de matiz acusatória.

2.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Situado o sistema processual penal brasileiro entre os modelos da matriz acusatória, antes de avançar na análise específica do subsistema probatório é importante revisar, ainda que *à vol d'oiseau*, as garantias constitucionais que lhe conformam. Nesse sentido, é indispensável analisar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da proteção contra a autoincriminação e da motivação das decisões judiciais⁹.

2.2.1 Contraditório

Considerado um “*método de confrontação da prova da comprovação da verdade*” (LOPES Jr., 2011, p. 456) que “*impõe a bilateralidade do processo*” (GRECO FILHO, 2010, p. 48), o contraditório, assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição, “*manifesta-se em relação a ambas as partes*” (BADARÓ, 2008, p. 12). Trata-se de uma garantia, dada assim à acusação como à defesa, que compreende dois aspectos fundamentais: a informação e a participação¹⁰.

Desse modo, impõe-se manter as partes informadas a respeito das pretensões jurídicas deduzidas em juízo e facultar-lhes a apresentação de alegações mútuas a seu respeito, bem como a participar da instrução processual, de modo a prevenir a estabilização de uma determinada versão dos fatos ou interpretação do direito sem que a parte a cujo interesse essa versão prejudicar possa tentar convencer o juiz do contrário. No que toca ao papel do juiz, Aury Lopes Jr. expõe a necessidade de sua intensa atuação, “*respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (...), evitando atuações de ofício e as surpresas*” (2011, p. 190).

⁸ Notadamente o corpo de delito, embora haja quem defenda a não-recepção, pela CRFB, do artigo 158 do Código de Processo Penal, bem como sua revogação pela Lei nº 10.792/03 (por todos, ver BASTOS, 2007, p. 2161). Ver, adiante, o ponto 3.4.2.

⁹ A dogmática jurídica costuma, como nos demais ramos do direito, propor uma infinidade de princípios, com inúmeras subdivisões e em incontáveis classificações, relativos ao direito processual penal. Optamos por restringir a análise aos cinco princípios listados por pertinentes ao objeto do presente trabalho.

¹⁰ Embora a doutrina utilize, majoritariamente, a expressão *reação*, preferimos, com Aury Lopes Jr., a expressão *participação* (2011, p. 191).

2.2.2 Ampla defesa

Em íntima relação com o princípio do contraditório, está o da ampla defesa, previsto no mesmo dispositivo constitucional. Considerando que um “*contraditório efetivo e equilibrado*”¹¹, porque informado pela igualdade substancial, “*não mais se satisfaz com a mera possibilidade de reação*” (BADARÓ, 2008, p. 9), impõe-se a paridade de armas entre acusação e defesa, a qual só se realiza através da ampla defesa.

O direito de defesa apresenta duas facetas ligadas por uma relação de complementaridade (FERNANDES, 2005): a defesa técnica, obrigatória, e a autodefesa, facultativa. É importante referir que a possibilidade de o acusado renunciar, a seu critério, ao exercício da autodefesa não afasta o imperativo de que o juiz lhe ofereça, a cada ocasião em que seja pertinente, essa faculdade. A autodefesa pode, ademais, ser vista sob duas dimensões: a negativa, correspondente ao exercício da garantia constitucional de proteção contra a autoincriminação, que será analisada na sequência, e a positiva.

Na autodefesa positiva, o sujeito enfrenta pessoalmente a pretensão acusatória do Estado, apresentando à autoridade policial ou judiciária “*os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe impunha*” (LOPES Jr., 2011, p. 195). Para Aury Lopes Jr., esse exercício compreende, o direito de “*praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc.*” (2011, p. 196), sendo o interrogatório do réu o seu momento processual mais relevante.

Nesse ponto, aliás, merece registro a evolução trazida pela Lei nº 10.792/2003, que reformou o Código de Processo Penal no tocante à sistemática do interrogatório, transformando-o em meio de defesa do acusado e não mais em meio de prova. A evolução, comemorada na doutrina (LOPES Jr., 2011, p. 197-9), pode ser verificada na jurisprudência

¹¹ Segundo Badaró, a expressão é atribuída, por Cândido Rangel Dinamarco (1985, p. 97), a Antonio Celso Camargo Ferraz.

do Supremo Tribunal Federal através da análise comparativa das ementas dos *habeas corpus* de nº 68.131¹² e 94.016¹³, julgados, respectivamente, em 1990 e 2008.

É assente a existência de uma “*desigualdade inicial na persecução penal*” (BADARÓ, 2008, p. 14), dada a situação de desvantagem do imputado ante a estrutura repressiva dos órgãos estatais. Para corrigir esse descompasso, e diante do “*interesse coletivo na correta apuração do fato*” (LOPES Jr., 2011, p. 192), é que o legislador impôs a obrigatoriedade da defesa técnica no artigo 261 do Código de Processo Penal¹⁴. A defesa técnica supõe, portanto, a assistência ao acusado por profissionais com expertise jurídica (advogados ou defensores públicos), de modo a restaurar o *equilíbrio funcional*¹⁵ entre órgão acusador e defesa.

2.2.3 Direito ao silêncio

Por sua vez, o direito ao silêncio, também chamado de privilégio ou garantia contra a autoincriminação, deriva do princípio inculcado na expressão latina *nemo tenetur se detegere*¹⁶ e é assegurado aos *presos* pela Constituição no inciso LXIII de seu artigo 5º¹⁷. Uma adequada leitura do texto constitucional, porém, impõe a extensão de tal garantia, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (GRECO FILHO, 2010), a todas as pessoas, a teor da alínea “g” do artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸.

¹²cc O interrogatório judicial, **qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe reconheça – ‘meio de prova, meio de defesa ou meio de prova e de defesa’** - constitui ato necessário do processo penal condenatório, impondo-se a sua realização, quando possível, mesmo depois da sentença de condenação, desde que não se tenha consumado, ainda, o trânsito em julgado.” (HC 68131, Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 18/09/1990, DJ 08-03-1991 PP-02201).

¹³cc INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO (...) **O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu**, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa.” (HC 94016, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009)

¹⁴ **Art. 261.** Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. **Parágrafo único.** A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

¹⁵ A expressão é de Gaetano Foschini (1956, p. 28 *apud* LOPES Jr., 2011, p. 192).

¹⁶ Em tradução livre, *ninguém é obrigado a se revelar*.

¹⁷ **Art. 5º** (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹⁸ **Artigo 8.** Garantias judiciais (...)

2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) **g.** direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Por um lado, o privilégio contra a autoincriminação, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, compele a autoridade estatal, seja ela policial ou judicial, a advertir o investigado, réu, indiciado ou testemunha¹⁹ de que lhe cabe tal privilégio, reduzindo a advertência a termo²⁰. Por outro, autoriza o imputado não só a recusar-se a declarar, mas a negar-se a “*dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação*” (LOPES Jr., 2011, p. 195), sem que isso implique qualquer prejuízo para si²¹, até porque, assim não sendo, resultaria violado o igualmente importante princípio da presunção de inocência.

O espectro de aplicação do direito ao silêncio, contudo, vai além da mera faculdade de não colaborar com o aparato estatal de investigação. Admite-se, com base nele, afastar a tipicidade material de delitos eventualmente cometidos com a finalidade de evitar a autoincriminação. Essa compreensão se reflete em julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²², bem como do Superior Tribunal de Justiça²³.

¹⁹ “O privilégio contra a autoincriminação (...) traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.” (HC 79812, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00021).

“I. CPI; nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. (...) a garantia contra a autoincriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos.” (HC 79244, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2000, DJ 24-03-2000, PP-00038).

²⁰ “III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de ‘interrogatório’ subreptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. **4. Privilégio contra a autoincriminação (...) importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não.**” (HC 80949, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026).

²¹ Em sentido diverso, Guilherme de Souza Nucci, embora admitindo a possibilidade de recusa do acusado em submeter-se a reconhecimento pessoal, afirma que “*o juiz pode levar tal recusa em consideração para a formação do seu convencimento*” (2006, p. 547). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, não avaliza essa tese, afirmando que “*o exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental*” (HC 79812, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00021).

²² “Supressão de documentos. Artigo 305 do CP. Documentos que permaneciam na esfera de disponibilidade dos agentes e que podiam incriminá-los. Princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação. Artigo 5º, LXIII, da CF.” (TRF3, ACR 93.03.065116-2, Relator: Ferreira da Rocha, Segunda Turma, julgado em 09/06/1998) “A garantia contra a autoincriminação (art. 5º, inc. LXIII, da CF/88) se estende a qualquer indagação por autoridade pública, de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime (Precedente do STF). Por essa razão é atípica a conduta do réu de prestar declarações falsas em procedimento fiscal.” (TRF4, ACR 2000.04.01.114723-4, Sétima Turma, Relator Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 24/04/2002).

²³ “PENAL. PESSOA AUTORA DE OUTRO DELITO. FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. MECANISMO DE AUTODEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1 - **Não configura a conduta típica do art. 307 do Código Penal, o fato de a pessoa, indiciada, se atribuir falsa identidade, perante a autoridade policial, porquanto trata-se, na verdade, de mecanismo de autodefesa, amparado, em última análise, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio.**” (REsp 337684/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 316).

2.2.4 Presunção de inocência

Em fina sintonia com o princípio acima estudado está o multifacetado princípio da presunção de inocência. A esse princípio de natureza eminentemente processual, consagrado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição²⁴, a doutrina atribui pelo menos três vertentes: a de garantia política informadora do processo penal, a de regra de tratamento do acusado e a de regra de valoração da prova.

Registre-se, por oportuno, que o emprego, pelo Constituinte, da expressão “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*” (e não presunção de inocência) não representa uma *capitis diminutio*. Trata-se de mera variação terminológica apta a designar o mesmo conteúdo semântico, de modo que o debate doutrinário sobre a questão foi mesmo reputado “*inútil do ponto de vista processual*” por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Afirma o autor que “*buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito*” (2008, p. 16).

Enquanto garantia política, a presunção de inocência se justifica porque “*ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos*” contra o “*arbítrio punitivo*” (LOPES Jr., 2011, p. 184-5). Trata-se de uma opção valorativa do constituinte, que preferiu o risco da impunidade de alguém que seja culpado à imposição de gravames a um acusado, que não é senão “*um que pode ser culpado*” (CARNELUTTI, 1995, p. 65).

O que está em questão, em verdade, é prevenir a ocorrência de monstruosas violações à dignidade humana, como a verificada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do recurso especial de nº 802.435, que foi reputada por aquele tribunal como “*um*

²⁴ Para Amilton Bueno de Carvalho, porém, tamanha é sua relevância que “*o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ (...) nesse momento histórico, da condição humana*” (2001, p. 51). No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, fez constar na ementa de acórdão de sua relatoria a seguinte afirmação: “O princípio da não-culpabilidade - inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal - decorre da ordem natural das coisas, sobrepondo-se, em termos de valores, ao pragmatismo, a presunções, tendo em conta pronunciamento judicial passível de modificação na via recursal.” (HC 85209, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05-05-2006 PP-00018).

dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana”²⁵. No mesmo sentido, cabe referir “O caso dos irmãos Neves”, um dos mais célebres episódios de erro judiciário da história do Brasil, narrado por João Alamy Filho (1993). Em ambos os casos, a inobservância da presunção de inocência deu causa às barbaridades ocorridas.

Assim, a presunção de inocência se apresenta, no sistema acusatório, como “*princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal*” (LOPES Jr., 2011, p. 186). Deve, portanto, ser compreendida “*como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana*” (BADARÓ, 2008, p. 16).

Paralelamente, o princípio em tela “*consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário*” (HC 80719, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037)²⁶.

Dessa compreensão, decorrem, por exemplo, a “*vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias*”, “*a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena*” (BADARÓ, 2008, p. 17), a excepcionalidade do uso de algemas²⁷, bem como a impossibilidade de a “*mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas*

²⁵ Nesse caso, Marcos Mariano da Silva pleiteou o pagamento, pelo Estado do Pernambuco, de indenização por danos materiais e morais decorrentes de seu encarceramento por quase 13 anos ininterruptos, “*de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião*” (REsp 802435/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253)

²⁶ O mesmo julgado consagrou, naquela corte, o entendimento de que “*A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.*”

²⁷ A teor do verbete nº 11 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*”

*ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso” implicar o reconhecimento de maus antecedentes*²⁸.

Tais consequências, embora de há muito defendidas pela doutrina (por todos, Lopes Jr., 2011), vieram a ser reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal apenas recentemente, no ano de 2009. Até então, a jurisprudência daquela corte, neste particular, era errática, ora admitindo a execução antecipada da pena²⁹ e seu agravamento pela circunstância de correr inquérito policial contra o réu³⁰, ora consagrando o primado da presunção de inocência³¹. A matéria, felizmente, foi pacificada no julgamento, pelo Pleno, do habeas corpus de nº 84.078, cujo acórdão foi assim ementado:

INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada

²⁸ “A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção ‘*juris tantum*’ de não-culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o ‘*status*’ jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.” (HC 69298, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 09/06/1992, DJ 15-12-2006 PP-00093).

²⁹ “A ordem de prisão decorrente de decisão condenatória proferida por juiz competente não configura constrangimento ilegal ou abuso de poder. Consoante reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, a determinação para expedição de mandado de prisão não conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) nem com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).” (RHC 75917, Relator: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 28/04/1998, DJ 05-06-1998 PP-00029).

³⁰ A presunção de inocência não impede que a existência de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização da reincidência não possa ser levada em conta de maus antecedentes. (HC 74967, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 08/04/1997, DJ 30-05-1997 PP-23178).

³¹ “PENA - CUMPRIMENTO - DECRETO CONDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE - RECURSO - EFEITO. A relação entre o princípio da não-culpabilidade e o recurso sem efeito suspensivo, presente a execução da pena, é de dependência, superpondo-se a garantia de natureza constitucional à disciplina processual comum relativa aos efeitos do recurso. PENA - EXECUÇÃO - PREMISSA. Condição inafastável à execução da pena, sempre de contorno definitivo, é a preclusão, na via da recorribilidade, do decreto condenatório. Vale dizer, sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo.” (HC 85209, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05-05-2006 PP-00018).

em julgado a condenação de cada qual. (HC 84078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010).

A par de conformar o sistema processual penal de matiz acusatório de modo a vedar ao Estado³² a imposição, a qualquer pessoa, de tratamento incompatível com o status, que se presume até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de inocente, o princípio estudado também cumpre um papel mais proximamente vinculado com o objeto do presente trabalho. Nesse particular, é valiosa a lição de Vicente Greco Filho, para quem:

A presunção de inocência e a relevância humanitária da liberdade humana impõem muito mais rigor na prova dos fatos incriminadores do que dos exculpadores, podem exigir rígidas e formais provas legais, como o corpo de delito, para a procedência da acusação, mas não para a sua improcedência, podem em certos casos admitir provas ilícitas em benefício da defesa, mas nunca em benefício da acusação. (2005, p. 217).

Do funcionamento da presunção de inocência como regra probatória decorrem duas consequências centrais. Em primeiro lugar, partindo da compreensão de que o processo penal é caminho necessário para a imposição de uma pena (principal efeito concreto da pretensão acusatória estatal), o que ocorre apenas quando derrubada a presunção de que o acusado é inocente, atribui-se ao Estado o ônus de provar os fatos constitutivos de sua pretensão.

A doutrina controverte a respeito da atribuição de ônus ou cargas probatórias apenas à acusação, em relação ao fato típico, sua antijuridicidade e a culpabilidade do réu, ou também à defesa, na circunstância de apresentar um alibi ou arguir alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró cita diversos autores para afirmar que “*a posição predominante na doutrina entende que a dúvida sobre a excludente deve desfavorecer o acusado*” (2008, p. 213). Refletindo posição recorrente entre os membros do Ministério Público, por sua vez, a Procuradora da República Patricia Maria Núñez Weber afirma que “*a simples alegação de fatos que são favoráveis à defesa (...), sem lastro probatório mínimo a infirmar os elementos trazidos aos autos na denúncia (...), gera a condenação do acusado*” (2007, p. 324).

³² Aury Lopes Jr. arrola ainda como consequência da presunção de inocência, numa “*dimensão externa ao processo*”, o dever de impor “*limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de trata-lo como inocente)*” (2011, p. 530).

Constata-se, porém, que tal posicionamento decorre de “*uma transposição simplista da regra segundo a qual o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo do direito (...), enquanto o réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos do direito do autor*” (BADARÓ, 2008, p. 213). Aury Lopes Jr., afirma ser “*gravíssimo erro*” de “*numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência)*” a assertiva de que “*à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente*” (2011, p. 532). Note-se que, já em 1864, Carl Joseph Anton Mittermayer advertia que:

As analogias do processo civil têm feito considerar as justificações fornecidas pelo indiciado em relação às circunstâncias do fato, que lhe são favoráveis, como verdadeiras exceções, recaindo sobre ele a obrigação de prová-los. Mas este raciocínio é um dos mais falsos e mais perigosos. A mesma confusão que reina frequentemente no direito civil nesta matéria encontra-se no processo criminal em que se introduziu tal princípio; e, assim como se tentou classificar, no princípio, sob diversas denominações as exceções que o réu pode produzir, assim também os antigos criminalistas trataram da *exceptio alibi*, e da *exceptio culpa*; e não obstante terem caído em desuso estas denominações nos tempos modernos, todavia sempre permaneceu em alguns espíritos a opinião de que em matéria de exceção (no caso, por exemplo, da legítima defesa), a prova incumbe ao indiciado. Ora esta opinião, mesmo restrita a um pequeno número de casos, é insustentável em matéria de processo criminal. (1917, p. 207 – grifado).

Em todo caso, a impropriedade de impor a prova de eventuais excludentes à defesa decorre do simples fato de que sua arguição “*não é alegação de um fato impeditivo, mas a negação do fato constitutivo do direito de punir*” (BADARÓ, 2008, p. 214). Portanto, retorna-se à afirmação inicial, de que “*no processo penal o acusador inicia com uma imensa carga probatória, constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição*” (LOPES Jr., 2011, p. 533-4). Essa compreensão é avalizada pelo magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (HC 83947,

Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008).

O segundo efeito da presunção de inocência como regra probatória impõe a adoção, pelo julgador, de um modelo de constatação³³ mais rigoroso ao avaliar as provas trazidas a seu conhecimento, absolvendo o réu sempre que paire dúvida razoável sobre a ocorrência dos fatos que lhe são imputados. O conceito de dúvida razoável tem origem na tradição jurídica do *common law*, especificamente no seio da instituição do júri³⁴, e, no caso *Commonwealth v. Webster*, julgado em 1851, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América analisou a natureza e o significado desse *standard* de consideração das provas, asseverando que dúvida razoável não é uma dúvida meramente possível, pois tudo que diz respeito a questões humanas, e depende de provas morais, está aberto a alguma dúvida, possível ou imaginável. Por tal razão, “*a prova deve estabelecer a verdade dos fatos numa certeza razoável e moral: uma certeza que convença e dirija o entendimento e satisfaça a razão e o julgamento daqueles que estão obrigados a agir conscienciosamente em consequência dela*”³⁵ (PICINALI, 2009, p. 7).

Isso se deve à circunstância de que os valores em jogo no processo penal, como a reputação, a liberdade e, no extremo, a própria vida, lhe impõem um modelo de constatação mais rígido. Como anotou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ao julgar o caso *In re Winship*, vinculando a presunção de inocência à cláusula do devido processo:

The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused, during a criminal prosecution, has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt. (379 U.S. 358, 1970).

³³ A teoria dos modelos de constatação será abordada no ponto 5.2.

³⁴ Para uma análise das origens do conceito, ver PICINALI, 2009, p. 3-6.

³⁵ Tradução livre. No original: “*Then, what is 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. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. (...) a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it.*”

2.2.5 Motivação

A garantia da motivação das decisões judiciais, por fim, está “*expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova*” (LOPES Jr., 2011, p. 201). A doutrina atribui a essa garantia duas finalidades (ROSITO, 2007): uma endoprocessual, destinada a viabilizar a impugnação dos fundamentos da decisão pelas partes, bem como um controle de tais fundamentos pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior; e outra extraprocessual, “*permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça*”. Nesse sentido, a motivação, constitui “*exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional*” (BADARÓ, 2008, p. 19).

3 PRECEITOS BÁSICOS DE DIREITO PROBATÓRIO

Definidos os pressupostos norteadores do processo penal brasileiro, é hora de ingressar na análise dos preceitos básicos relativos ao direito probatório, quais sejam a finalidade, o conceito e o objeto da prova, os modelos propostos pela doutrina para sua classificação e os sistemas utilizados para sua apreciação.

3.1 FINALIDADE DA PROVA E A RELAÇÃO ENTRE PROVA E VERDADE

O processo penal pode ser visto como um caminho que deve ser trilhado toda vez que a alguém é imputada a prática de um crime para, ao final, conforme seja reconhecida a prática delitativa ou não, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, condenar o criminoso ou absolver o inocente. Os sujeitos do processo penal participam, cada um à sua maneira, da formação desse reconhecimento: a acusação atribui a alguém a prática de um fato delituoso, ao que, via de regra, se contrapõe a defesa, cabendo ao juiz, ao final, decidir.

Merece destaque, em qualquer caso, a circunstância de que toda a atividade processual penal se desenvolve em função dos fatos alegados em juízo³⁶. Entretanto, a efetividade de um processo penal construído sobre simples alegações e argumentos, independentemente de sua procedência, seria pouca ou nenhuma. É nesse cenário, do interesse seja da sociedade em garantir a paz social e a repressão às infrações penais, já do acusado em ter sua inocência declarada ou ver-se condenado a uma pena justa, que desempenham papel vital as provas. Como afirmou Chaïm Perelman, “*apenas a evidência forneceria a garantia suficiente às afirmações de uma ciência que se opusesse, de maneira igualmente tradicional, às opiniões, variadas e instáveis, que se entrechocam em controvérsias intermináveis e estéreis*” (apud MARINONI, 2011, p. 54).

Aury LOPES Jr. vai direto ao ponto ao afirmar que o processo penal “*busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua **atividade recognitiva**, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença*” (2009, p. 490).

³⁶ “No processo penal, o sujeito passivo da relação processual defende-se dos fatos a ele imputado na peça acusatória, e não de sua capitulação jurídico-legal.” (HC 44218/PR, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005 p. 341).

No mesmo sentido, Antonio Dellepiane situou o direito probatório no espectro das ciências reconstrutivas, categoria na qual se inseririam as diversas ciências que, com identidade de fins, se propõem a “*establecer hechos pretéritos, mostrar y explicar como pasaron las cosas en el pasado*” (1919, p. 24), como, por exemplo, a geologia, a paleontologia e a história. O juiz criminal, especificamente, teria como tarefa “*buscar y allegar rastros, documentos, para, por medio de ellos, establecer la existencia de hechos fenecidos, de cuya realidad se asegurará después, confrontando sus verdades hipotéticas con los elementos de juicio reunidos*” (1919, p. 49).

Atribui-se, assim, à prova um papel de argumento retórico, porque destinada a dar suporte às alegações deduzidas em juízo, conduzindo ao convencimento do juiz. Aury Lopes Jr. atribui a Franco Cordero a feliz expressão “*captura psíquica*”, em alusão à função persuasória da atividade probatória das partes no processo penal (2009, p. 531).

Portanto, muito embora se afirme que a “*ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade*” (MARINONI, 2007, p. 247), é forçoso reconhecer que a filosofia contemporânea despreza a ideia de verdade como algo absoluto, consistindo a pretensão de verdade um autêntico “*excesso epistêmico*” (LOPES Jr., 2009, p. 528-32).

É bem verdade que o direito probatório, notadamente na seara penal, viu-se preso por muito tempo ao *paradigma do ser*³⁷, que calcificou, na doutrina e na jurisprudência, a ideia de que a atividade processual penal estaria destinada à descoberta dos fatos tais como aconteceram, numa transladação ao *mundo dos autos* daquilo que ocorrera no *mundo fenomênico*. É representativo dessa ideia o antigo precedente da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, sob a relatoria do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, assentou o seguinte:

O processo penal é complexo de relações jurídicas que tem por objeto a aplicação da lei penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. O assistente

³⁷ Esse paradigma, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “*parte da premissa de que os objetos têm, todos, a sua essência, que é revelada ao sujeito cognoscente a partir da relação travada no conhecimento (o sujeito cognoscente nada mais faz do que descobrir aquela essência, preexistente no objeto)*”.

também é interessado na averiguação da verdade substancial. (REsp 13375/RJ, julgado em 12/11/1991, DJ 17/02/1992, p. 1381).

No entanto, o denominado *princípio da verdade real*, embora superado pela emergência do paradigma do sujeito³⁸, ainda é sustentado por parte da doutrina. Para Vicente Greco Filho, por exemplo, “*no processo penal, o conteúdo da sentença deve, o mais possível, aproximar-se da verdade da experiência*” (2010, p. 58). Leonardo Greco, no mesmo sentido, é no campo das provas que “*o processo pode aproximar-se da realidade da vida, contribuindo para que a justiça consiga dar razão a quem tem direito e, mesmo quando não o fizer, para que a sociedade possa nela confiar, por ter feito o máximo possível para realizar esse ideal*” (apud GRECO FILHO, 2010, p. 58-9).

A rejeição da noção de verdade como algo absoluto, aliada à assunção da falibilidade humana, conduz à conclusão de que “*pour l’homme, l’équivalent de la vérité, c’est la certitude qui résulte de la reconnaissance subjectif qu’il en fait*” (GARRAUD, 1907, p. 475). Essa compreensão foi igualmente acolhida por Nicola Framarino dei Malatesta, que afirmou que “*a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva*” (1927, p. 21).

Dá a atribuição, feita por Francesco Carnelutti, da pecha de “*estéri*”³⁹ ao revolvido debate doutrinário sobre os múltiplos predicados atribuídos à verdade⁴⁰, uma vez que “*quando se afirma que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza subjetiva de que o fato ocorreu*” (MARINONI, 2011, p. 41).

Os doutrinadores, acolhendo ou rejeitando essa proposição, puseram-se a elaborar teorias num e noutro sentido. Danilo Knijnik propõe, para fins didáticos, a sua divisão em

³⁸ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, esse novo paradigma surgiu “*sob influência das novas ideias racionalistas e iluministas*”, fixando-se “*no sujeito cognoscente, e não mais no objeto do conhecimento*” (2011, p. 39). Apto a sintetizar o espírito desse modelo é o célebre aforisma de René Descartes: “*penso, logo existo*” (2006, p. 56).

³⁹ Apud LOPES Jr., 2009, p. 526.

⁴⁰ Apenas para exemplificar, Walter Coelho refere que “*é possível falar em verdade transcendental, metafísica ou verdade lógica, racional, ou mesmo física, empírica, histórica etc. Em nosso específico departamento jurídico fala-se em verdade formal e substancial, bem como em ‘verdade dos autos’*” (1996, p. 28).

dois modelos que, antes de contrapostos, acham-se em relação de *polaridade assimétrica*⁴¹: o demonstrativo e o persuasivo. A compreensão demonstrativa da prova tem por pressuposto a autonomia do mundo dos fatos, que deveriam ser reproduzidos ou introduzidos no processo por meio da atividade probatória. A teoria mais representativa desse modelo é a que apregoa a obtenção da verdade real, material ou substancial como finalidade da prova – e que, como visto, se encontra superada. No outro polo, o modelo persuasivo é cético à possibilidade de apreensão dos fatos ocorridos pelos autos do processo numa relação de identidade, priorizando, no lugar desta, uma verdade de caráter formal ou aproximativo (BADARÓ, 2003; KNIJNIK, 2007).

A valia da exposição do autor está menos em exaltar uma ou outra tese, mas sim em, analisando-as, ressaltar as contribuições possíveis provenientes de cada uma delas. Nesse sentido, seria possível aproveitar do modelo demonstrativo o “*objetivo de sempre que possível, obter-se uma reconstrução fática próxima do mundo fenomênico*” e, do modelo persuasivo, “*a prudência, a modéstia, a consciência da chance de erro*” (KNIJNIK, 2007, p. 14-5), bem como a renúncia à utilização de “*provas ilícitas ou produzidas com violação de princípios que regem o justo processo*” (BADARÓ, 2008, p. 198).

A complementaridade entre os modelos funda a conclusão de que “*entre verdade e prova não existe um vínculo ontológico, de mais a mais irrealizável, dentro ou fora do processo, mas um vínculo teleológico*” (KNIJNIK, 2007, p. 15)⁴². Desse vínculo nasce a premissa básica para a legitimação da verdade processual⁴³, fundada numa “*certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica*” (OLIVEIRA, 2008, p. 282), porque consciente de sua origem na confrontação dialética das teses acusatória e defensiva e através da observância dos meios juridicamente aceitos.

⁴¹ Tais modelos, diz o autor, “*não existem em formas puras. São, antes disso, tendências que se pronunciam aqui e ali, não havendo um modelo epistemológico definido, unitário*”. Assim, afirma, “*os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva*” (2007, p. 10-1).

⁴² Antonio Dellepiane afirmava que o parentesco entre a prova judicial e a história já fora vislumbrado por vários juristas e filósofos, acrescentando que “*la analogía entre la misión del historiador y la del juez, entre la prueba judicial y la historia, radica, desde luego, en la identidad de fines*” (1919, p. 24).

⁴³ Luiz Guilherme Marinoni propõe, com base nas lições de Jürgen Habermas, uma superação ainda desta noção. Diz o autor que “*a razão não está mais no mundo (paradigma do ser) ou no sujeito individual (paradigma do sujeito), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem)*” (2011, p. 45). Daí sua preferência pela expressão “*verdade factível*” (2011, p. 50), que seria construída, através do discurso, pelos sujeitos do processo.

Dito de outro modo, “*em relação aos fatos, não há como alcançar a verdade total ou absoluta, devendo agir o juiz com pretensão de correção*”, considerando-se a verdade um “*valor de aproximação, o norte que o juiz tem que tentar alcançar*” (BALTAZAR JÚNIOR, 2007, p. 154).

Os limites que o reconhecimento da impossibilidade de atingir a verdade real impõe à atividade probatória são vários e podem ser percebidos na análise de nossa constituição e da legislação processual penal. A absolvição por insuficiência de provas, prevista no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, é o mais emblemático deles, merecendo destaque ainda a inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista assim no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição como no artigo 157 do Código de Processo Penal, bem como a proibição de revisão criminal em desfavor do réu, decorrente da conjugação dos artigos 621 e 625, § 1º, do Código de Processo Penal⁴⁴.

Seja como for, a legitimidade da sentença não decorre da identidade dos fatos por ela afirmados e a *verdade*, mas sim do convencimento, que há de ser sempre motivado, gerado no juiz através dos argumentos das partes e das provas produzidas em observância às regras do devido processo legal, operando a verdade apenas como fator de legitimação para o direito processual. Não é outra a lição de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “*a busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação*” (2007, p. 254).

Pode-se, portanto, afirmar que a prova tem por finalidade gerar, no juiz, a convicção da verdade (ou inverdade) dos fatos subjacentes às alegações e argumentos deduzidos em juízo para, conforme o grau de convencimento atingido, concluir por sua certa, provável ou meramente possível ocorrência, impondo, então, a consequência determinada pela lei penal.

3.2 CONCEITO DE PROVA

O conceito de prova, por sua vez, é terreno mais tortuoso. Em seu monumental Tratado da prova em matéria criminal, Carl Joseph Anton Mittermayer assevera que “*o complexo dos motivos produtores de certeza chama-se prova*” (1917, p. 103-4). Não obstante

⁴⁴ Para outros exemplos, ver Badaró, 2008, p. 197, e Pozza, 2007, p. 222.

tal conceituação, a doutrina observa que o termo não é unívoco, podendo ser entendido como ato, como meio e como resultado (NUCCI, 2009). Essa plurivocidade jurídica do termo também foi apontada por Antonio Dellepiane nos seguintes termos:

Usasele, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicio producidos por las partes o recogidos por el juez a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndese por prueba la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados (...). Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. (1919, p. 17-8).

Expostas essas posições doutrinárias sobre o conceito de prova, parece apta a sintetizá-las a definição apresentada por Luiz Guilherme Marinoni: “*prova é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*” (2011, p. 59).

3.3 OBJETO DA PROVA

No tocante à especificação daquilo que seja objeto da prova, a despeito da disparidade dos enfoques e da terminologia empregada pelos autores, há um consenso no sentido de que o que deve ser provado, especificamente no processo penal, é o delito em todos os seus aspectos. Assim, por exemplo, Adalberto Aranha Filho considera objeto da prova “*os fatos sobre os quais versem a ação penal e devam ser verificados*” (2006, p. 26) e Antonio Dellepiane delimita o objeto da prova como sendo o fato delituoso, sua autoria e circunstâncias (1919, p. 59).

O entendimento não é, porém, unânime. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, “*a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato*”, pois é “*a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo*” (2007, p. 261). Seja como for, o caráter funcional da prova, que é destinada à verificação dos fatos criminosos alegados pela acusação, deve nortear sua produção ao longo

da instrução processual de modo a evitar o ingresso nos autos de provas inúteis, irrelevantes, protelatórias.

É nesse sentido a lição de Greco Filho, para quem os fatos sujeitos a prova devem ser “*pertinentes, relevantes e não submetidos a presunção legal*” (2010, p. 187). José Francisco Cagliari, da mesma forma, preconiza um efetivo controle de admissibilidade das provas pelo magistrado:

Apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem ser excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver-se atividade inútil. (2001, p. 80).

Sinteticamente, para o desempenho eficiente da atividade jurisdicional, é necessário que o juiz delimite o objeto da prova, apontando, com base nas versões apresentadas pela acusação e pela defesa, os fatos controversos. Isto feito, deve o magistrado realizar um exame de admissibilidade das provas, indeferindo, em atenção à regra insculpida no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, as “*consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”. Não se olvide, porém, que na moderna teoria do delito não apenas os fatos típicos devem ser evidenciados para viabilizar a condenação, sendo imprescindível também a demonstração da antijuridicidade desses fatos e da culpabilidade do agente.

3.4 APRECIACÃO DA PROVA

Expostas essas noções introdutórias sobre a natureza das provas no processo penal, cumpre examinar o modo como as provas influenciam e determinam o espírito do julgador relativamente à causa posta em juízo, bem assim os parâmetros impostos pelo ordenamento jurídico para a avaliação das provas. Para tanto, serão expostos a lição de Nicola Framarino dei Malatesta sobre os possíveis estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade e os sistemas de apreciação da prova.

3.4.1 Estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade

Malatesta dedica a primeira parte de sua *Lógica das provas em matéria criminal* ao estudo dos estados de espírito, relativamente ao conhecimento da realidade. Tais estados são denominados pelo autor: credibilidade, probabilidade, certeza e convicção, em ordem crescente da “*crença na conformidade entre a noção ideológica e a realidade ontológica*” (1927, p. 50).

Sobre a credibilidade, num plano geral, Malatesta afirma que “*o que aparece mesmo minimamente possível no mundo dos fatos, é sempre crível no mundo do espírito*”, atribuindo-lhe a qualidade de *premissa tácita* da certeza e da probabilidade. Isso porque “*o que é certo não pode deixar de ser crível*” e “*o provável e até o improvável (...) incluem sempre, em geral, a credibilidade*”. Por outro lado, especificando o conceito de credibilidade, tem-na o autor por um estado de espírito a que chama “*dúvida em sentido específico*”, e que consiste na “*paridade entre motivos convergentes e divergentes*” à crença (1927, p. 67-9).

Examinando a credibilidade no âmbito do processo penal e reconhecendo a eficácia do princípio da presunção de inocência, pode-se afirmar que “*a credibilidade racional, mesmo mínima, da inocência, sendo destruidora da certeza da criminalidade, deve conduzir necessariamente à absolvição.*” (1927, p. 72). Por sua vez, essa incredibilidade da acusação pode, segundo Malatesta, se apresentar de duas formas: pelo incrível patente, que “*exclui toda a necessidade de provas*”⁴⁵, ou pelo incrível condicional, “*que sem provas nada faz*”⁴⁶ (1927, p. 73).

⁴⁵ Para este caso, o autor apresenta a seguinte hipótese: “*se se diz que Tício roubou em uma casa fechada, passando através da continuidade dos muros; eis que este fato particular asseverado cai no incrível patente*” (1927, p. 74), pois o princípio de contradição torna desnecessária a prova de que dois corpos não podem, simultaneamente, ocupar o mesmo espaço. Daí concluir-se pela incredibilidade da acusação.

⁴⁶ Já aqui o autor expõe o exemplo de Tício, acusado de furto que afirma, como álibi, que estava em outra cidade no momento em que o delito se consumou. Ora, nessa hipótese, admitindo-se essa *verdade particular e contingente* e subordinando-a a outra *verdade geral e patente*, de que uma pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo, é forçoso reconhecer a impossibilidade contingente de que Tício tenha praticado o furto. Essa, porém, é uma incredibilidade condicional, pois seu reconhecimento requer a prova daquela verdade contingente de que o acusado estava alhures no momento do crime.

É necessário atentar, porém, a que as verdades gerais e patentes podem ser meras “*ideias experimentais, resultantes da (...) soma das observações particulares*”⁴⁷, caso em que não podem ser consideradas senão que relativamente ao estado do conhecimento. De seu turno, há verdades “*que são evidentemente imutáveis por um princípio de razão. São verdades apodíticas da consciência; e o contrário delas é sempre absolutamente incrível*” (1927, p. 76), como o princípio de contradição. Daí classificar o autor o incrível, de acordo com o valor intrínseco da verdade geral subjacente à incredulidade, em absoluto ou relativo, seja ele patente ou condicional sob o ponto de vista da necessidade de provas⁴⁸.

Considerando que “*o espírito humano, limitado nas suas percepções, não chega, na maior parte das vezes, à verdade, senão por meios indiretos (...) nos encontramos quase sempre em face não só de vários motivos convergentes à credibilidade, mas também de motivos divergentes da credibilidade*” (1927, p. 59). A probabilidade, nesse cenário, seria o estado de espírito que “*atende aos motivos convergentes e divergentes, e julga-os todos dignos de serem tomados em conta, se bem que mais os primeiros, e menos os segundos*” (1927, p. 61). Neste particular, note-se que o autor rejeita a possibilidade de “*determinar de modo fixo e numérico os vários graus de probabilidade*”, pois dedicar-se a semelhante tarefa seria “*ir de encontro ao fantástico*” (1927, p. 66)⁴⁹.

Já a certeza é um estado de espírito atingido, segundo Malatesta, quando “*os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração*” (1927, p. 61) – isto é, pela superação da probabilidade através do “*repúdio racional dos motivos divergentes de acreditar*”, chegando a uma “*determinação subjetiva*” (1927, p. 59). Embora a certeza necessária para emitir um juízo condenatório no processo penal possa decorrer de “*uma verdade percebida sem motivos contrários*”, esse é “*um caso raríssimo de certeza, somente possível em relação a algum dos elementos criminosos, e impossível relativamente à totalidade do delito*” (1927, p. 63). É mais comum, com efeito, que ela decorra de “*uma*

⁴⁷ Como, por exemplo, que não existem seres humanos de dez metros de altura, uma vez que “*nada de intrínseco se opõe a crer que amanhã se descubra uma raça de gigantes em uma ilha perdida no Oceano, onde os homens tenham, todos, mais de dez metros de altura*” (1927, p. 76).

⁴⁸ Exemplifica: “*É absoluta e patentemente incrível que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo e sob o mesmo respeito; é incrível patentemente, mas relativamente, a existência de um homem da altura de dez metros. É incrível condicionalmente, mas absolutamente, que Tício tenha cometido um crime em Nápoles ao mesmo tempo em que se achava em Roma; é incrível condicional e relativamente que Tício tenha cometido um crime na Itália, estando, dois dias antes daquele crime, na América.*” (1927, p. 77).

⁴⁹ O autor admite, no entanto, a possibilidade de graduá-la, com o que se pode ter, relativamente a um objeto, uma probabilidade mínima, dita “*verossímil*”, uma probabilidade média, que denomina, *tout-court*, “*provável*”, e uma probabilidade máxima, a que chama de “*probabilíssimo*” (1927, p. 66-7).

verdade percebida também com motivos contrários”, caso em que, ainda assim, “*não é permitido falar de probabilidade, somente porque se perceberam motivos contrários ao acreditar: trata-se sempre de certeza, do momento em que os motivos contrários ao acreditar tenham sido repudiados*” (1927, p. 63)⁵⁰.

Um dado interessante da lição de Malatesta, posto que possa parecer filigrana terminológica, é a distinção entre certeza e convicção. Esta, segundo o autor, apresenta-se como um *plus* em relação àquela, pois a certeza só chega a ser convicção quando legitimada através de um exame racional. Daí o autor equiparar as expressões “*convicção*” e “*convencimento racional*” (1927, p. 50-1), enunciando uma série de requisitos para seu atingimento.

Assim, tal como a certeza, a convicção não seria passível de graduação (indivisibilidade); deve, além disso, surgir naturalmente no juiz e não por influência externa, seja ela proveniente de tarifas legais⁵¹ ou da delegação a terceiros da apreciação da prova, cuidando, por outro lado, de despir-se de suas paixões na formação de seu convencimento (naturalidade), num processo que – diversamente da certeza, que surge como que de um impulso instintivo do ânimo – deve ser raciocinado (racionalidade) (1927, p. 52-4).

O convencimento raciocinado, ademais, não pode ser firmado exclusivamente pela subjetividade do julgador, pois se lhe impõe aferir se a certeza que se produziu em seu espírito encontra apoio na consciência social (sociabilidade). Como consequência, Malatesta defende que a contradição entre esta e aquela deve sempre conduzir à absolvição, pois “*o juiz só pode, julgando legítimo o seu convencimento, condenar legitimamente, quando julgue que os fatos e as provas submetidas à sua apreciação, quando submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outro cidadão racional, produziriam também neste a mesma certeza que produziram no seu espírito*” (1927, p. 55).

⁵⁰ O autor denomina *prova cumulativa de certeza* a que se verifica “*quando à prova da probabilidade, que apresenta motivos convergentes à crença e divergentes da crença, se vem juntar uma outra prova que exclui os motivos divergentes da crença*” (1927, p. 63).

⁵¹ Malatesta critica primorosamente a prova legal, referindo que “*a certeza legal é um erro lógico que se resolve em um erro jurídico, pela condenação que obriga a infligir a quem se tem por inocente, e pela impunidade que obriga a conceder a quem se tem por culpado. E este erro jurídico, por sua vez, converte-se em um erro político, devido à perturbação que origina na consciência social, constituída espectadora da condenação fatal do inocente e da absolvição fatal do delinquente*” (1927, p. 50).

A efetividade do critério de sociabilidade das decisões judiciais, para o autor, depende ainda de outros dois fatores. O primeiro deles é a fundamentação do convencimento judicial, com base na qual se viabiliza a “*fiscalização que a própria sociedade pode exercer sobre a apreciação do magistrado, reprovando-a como disforme, ou aprovando-a como conforme à sua própria*”; e o segundo é a publicidade de tais fundamentos, com o que se dá a conhecer à sociedade as razões do juízo (1927, p. 56-7).

3.4.2 Sistemas de apreciação da prova e o modelo brasileiro

É praticamente unânime na doutrina a classificação dos sistemas de avaliação da prova nos seguintes modelos: o das provas legais ou tarifadas, o do livre ou íntimo convencimento e o da livre convicção motivada, ou persuasão racional. Cabe, porém, advertir que, embora apresentem feições peculiares, a experiência histórica evidencia que nenhum deles existe ou existiu sem conjugar elementos alheios⁵².

A doutrina costuma apontar como o mais antigo modelo de apreciação da prova de que se tem notícia o do livre convencimento, moral ou íntimo do magistrado⁵³, o qual, segundo Antonio Felipe da Silva Neves, “*concentra toda a autoridade no subjetivismo que dá ao julgador*” (1986, p. 28), facultando-lhe decidir livremente face não só às provas produzidas ao longo do processo, mas também ao seu conhecimento privado (*iudicium secundum conscientiam*). Pedro Luiz Pozza anota que não há, nesse sistema, “*qualquer limitação acerca dos meios de prova utilizáveis pelo juiz, nem quaisquer restrições no tocante à sua origem ou qualidade*” (2007, p. 230), encontrando-se o magistrado “*liberado de quaisquer vínculos para apreciação do conjunto probatório, sendo despicienda mesmo a fundamentação de suas opções valorativas em matéria de prova*” (MITIDIERO, 2004, p. 555).

O excessivo subjetivismo desse sistema deu lugar, sob uma perspectiva histórica, ao surgimento do modelo das provas legais, que visava “*assegurar a uniformidade da valoração da prova*”, numa tentativa de “*erradicar o arbítrio do juízo de fato*” (POZZA, 2007, p. 227) mediante a atividade legislativa baseada na “*experiência coletiva acumulada*” (LOPES Jr., 2008, p. 514). Como consequência, a lei passou a predeterminar minuciosamente o valor de

⁵² Como percebido por Pedro Luiz Pozza (2007, p. 221-3 e 228) e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p. 13-23).

⁵³ Pozza (2007, p. 225 e 231).

cada prova, estabelecendo um complexo sistema de “*prevalência e hierarquia*” (2007, p. 227) que vinculava a atividade judicial.

Nos sistemas de prova legal ou tarifada, portanto, a valoração da prova passou a se dar segundo as regras estabelecidas prévia, geral e abstratamente pelo legislador, sendo irrelevante o estado de espírito que o conjunto probatório produzisse no julgador, dada a vedação à influência de sua convicção sobre o resultado do processo. O passar do tempo, porém, evidenciou nesse sistema, que teve “*no processo medieval alemão sua mais extremada manifestação*” (POZZA, 2007, p. 221), aspectos negativos que suplantavam as vantagens inicialmente pretendidas com a sua adoção.

Assim, por exemplo, o engessamento da atividade judicial no emaranhado de regras sobre a apreciação da prova acabou por tornar o juiz um personagem passivo, burocrático⁵⁴, inanimado⁵⁵, já que seu papel no âmbito probatório se restringia a “*averiguar a existência da prova e constatar que foi trazida aos autos*”, “*devendo decidir rigorosamente à vista do que foi alegado e provado pelas partes (...), ainda que sua convicção aponte em sentido contrário*” (POZZA, 2007, p. 221). Destaque-se, contudo, que essa aparente impotência da figura do magistrado no momento processual de avaliação da prova contrasta com a natureza inquisitorial que guiava sua atividade ao longo de toda a instrução probatória, não descabendo lembrar que a submissão dos acusados à tortura e sua sujeição às ordálias era bastante comum justamente nesse período.

Foi apenas com a consolidação dos ideais iluministas, que ressignificaram a relação entre os indivíduos e a autoridade, reverberando a “*necessidade de mudanças no sistema inquisitório, com críticas ao sistema da prova legal, tortura e ao processo secreto*”, bem como a “*desconfiança na magistratura de carreira do ancien régime*” (POZZA, 2007, p. 228-9), que esse paradigma começou a ser superado. Com efeito, o reconhecimento de que não apenas os culpados, mas também os inocentes eram processados conduziu à substituição gradual do modelo inquisitório pelo acusatório⁵⁶, o que se refletiu na retomada da livre apreciação da prova para a formação do juízo de fato. A crítica de Malatesta à prova legal reflete exatamente essa compreensão:

⁵⁴ A expressão é atribuída, por Pedro Luiz Pozza, a Salvatore Patti (2007, p. 221).

⁵⁵ A expressão é atribuída, por Pedro Luiz Pozza, a Montesquieu (2007, p. 229).

⁵⁶ Ver, a respeito, o ponto 2.1.

A certeza legal é um erro lógico que se resolve em um erro jurídico, pela condenação que obriga a infligir a quem se tem por inocente, e pela impunidade que obriga a conceder a quem se tem por culpado. E este erro jurídico, por sua vez, converte-se em um erro político, devido à perturbação que origina na consciência social, constituída espectadora da condenação fatal do inocente e da absolvição fatal do delinquente. (1927, p. 50).

Diferentemente, porém, do sistema do convencimento íntimo do juiz, o modelo do livre convencimento fundamentado, também chamado de modelo da persuasão racional, se funda sobre premissas republicanas condicionantes da atuação judicial: a racionalidade, a impessoalidade e a *accountability*. Neste modelo, “*não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção)*” (LOPES Jr., 2008, p. 515). Vincula-se, portanto, o convencimento do magistrado à prova produzida no âmbito do processo⁵⁷ e se lhe impõe, concomitantemente, o dever de fundamentar a sua decisão, seja condenatória, seja absolutória.

O Brasil, desde o Código de Processo Penal de 1941 “*abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal*”, passando a ser, portanto, desprezada a “*hierarquia de provas*”⁵⁸: *na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção*”. A leitura da exposição de motivos do anteprojeto deixa clara a preferência do legislador brasileiro pelo modelo do livre convencimento motivado:

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. (BRASIL, 1941).

Essa escolha foi realçada pela promulgação da Constituição de 1988, no bojo da qual foram erigidos a direitos fundamentais o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a proibição do emprego de provas ilícitas (art. 5º, LVI) e a fundamentação das decisões

⁵⁷ Trata-se de um convencimento “*muito mais limitado do que livre*” (LOPES Jr., 2008, p. 519) ou, por assim dizer, livre *pero no mucho*, uma vez que “*o juiz tem a liberdade de examinar a prova, mas não pode se afastar do conjunto probatório contido no processo*” (NEVES, 1986, p. 28) e tem de “*dar as razões de seu convencimento*” (MITIDIERO, 2004, p. 555).

⁵⁸ O mesmo anteprojeto afirma que “*as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra*”.

judiciais (art. 93, IX). O viés democrático de nosso processo penal foi acentuado pela reforma a que foram submetidas, no ano de 2008, as disposições do Código de Processo Penal relativamente à prova. Com efeito, embora o texto original do CPP autorizasse a formação do convencimento judicial “*pela livre apreciação da prova*” (art. 157), a redação atual desse dispositivo ordena o juiz a formar “*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*” (art. 155, *caput*). Some-se a isso, ainda, o dever de indicar, na sentença, os “*motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*” (art. 381, III).

É bem verdade que, apesar do que foi afirmado, nosso sistema de apreciação da prova contém traços peculiares aos modelos da íntima convicção e da prova legal. É, com efeito, lugar comum apontar, como exemplos de tarifação legal as normas que limitam a admissibilidade ou disciplinam a eficácia de determinados meios de prova, como a exigência de observância às restrições impostas pela lei civil nos pronunciamentos quanto ao estado da pessoa (CPP, art. 155, parágrafo único), ou a nulidade por ausência de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (CPP, art. 564, III, b). O Tribunal do Júri, por sua vez, é exemplo clássico de reminiscência do sistema da íntima convicção, pois “*os jurados não precisam fundamentar sua decisão pela condenação ou absolvição do acusado, podendo fazê-lo seguindo as convicções emocionais mais íntimas*” (POZZA, 2007, p. 231-2).

A análise sistemática do nosso sistema normativo, no entanto, só faz acentuar o caráter excepcional dos casos apontados acima. Assim, por exemplo, é importante lembrar que a liberdade de convicção dos jurados “*não é absoluta, pois conforme pacífica jurisprudência, ainda que não precisem fundamentar sua decisão, só podem formar sua convicção com base nas provas constantes dos autos, e não em elementos que lhe são estranhos*” (POZZA, 2007, p. 232). Daí porque uma das hipóteses de cabimento de apelação contra as decisões do Tribunal do Júri é justamente a ocorrente quando “*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*” (CPP, art. 593, III, d)⁵⁹. Confirma-se, portanto, a opção pelo modelo da persuasão racional, embora haja quem sustente que essas exceções fazem do nosso um sistema misto⁶⁰.

⁵⁹ Aury LOPES Jr. anota, porém, que essa garantia pode ser contornada no caso de o segundo júri decidir, novamente, contra a prova dos autos, pois o CPP proíbe expressamente a interposição de nova apelação por esse mesmo fundamento (art. 593, § 3º), de modo que se os jurados “*julgarem (condenarem ou absolverem) duas vezes contra a prova dos autos está juridicamente avalizado o absurdo*” (2008, p. 515).

⁶⁰ Por todos, Eduardo Siqueira Neri (2009, p. 15).

3.4.3 Classificação da prova

Posto isso, convém, por fim, lançar vistas sobre os modelos propostos pela doutrina para a classificação das provas, a fim de colher elementos úteis ao presente estudo em particular. Daí porque será priorizada a exposição da classificação que divide a prova em direta e indireta.

Para Nicola Framarino dei Malatesta, são dois os aspectos sob os quais se pode estudar a prova. O primeiro deles, já abordado⁶¹, diz respeito aos efeitos que a apreciação concreta da prova é capaz de produzir no espírito humano (certeza, probabilidade ou credibilidade); o segundo, que interessa à classificação das provas, é a avaliação da finalidade, da credibilidade pessoal e formal da prova e de sua conclusão objetiva, critérios que servem de base às classificações mais correntemente aceitas pela doutrina.

3.4.3.1 Classificação teleológica

Atendendo à finalidade que podem ter no âmbito do processo penal, Malatesta contrapõe as provas “*destinadas a estabelecer a certeza da criminalidade*” àquelas tendentes a estabelecer a “*crença na inocência*”⁶². Assim, conforme tenham por finalidade imediata provar a criminalidade ou a inocência, as provas são chamadas de *incriminantes* ou *dirimentes*. Provas há, porém, que não se destinam senão “*ao fim mediato, próximo e inferior, de fazer acreditar a asserção da criminalidade, ou da inocência*” (1927, p. 127), tendendo, imediatamente, a corroborar ou infirmar outras provas. Daí dizer-se delas, em cada caso, *corroboradoras* ou *infirmativas*.

Num quadro geral, portanto, estariam contrapostas três espécies de provas da criminalidade e três da inocência: as primeiras consistiriam nas imediatamente incriminantes, nas que, mediatamente, as corroboram e nas mediatamente infirmativas das dirimentes; já as segundas seriam as imediatamente dirimentes, as que, mediatamente, as corroboram e as

⁶¹ Ver, acima, o ponto 3.4.1.

⁶² A diversidade terminológica numa e noutra classe de provas (certeza x crença) deriva da premissa, adotada pelo autor, de que “*a acusação não tem nada de provado se não conseguiu estabelecer a certeza da criminalidade, ao passo que a defesa tem tudo provado se conseguiu abalar aquela certeza, estabelecendo a simples e racional credibilidade, por mínima que seja, da inocência*” (1927, p. 123).

mediatamente infirmativas das incriminantes. É interessante notar que, para o autor, o princípio da presunção de inocência condiciona a eficácia daquelas à produção “*pelo menos no seu conjunto final, de certeza*”, bastando a estas, por outro lado, “*provas de simples credibilidade*” (1927, p. 129).

3.4.3.2 Classificação ontológica

A classificação das provas derivada de sua natureza se dá conforme aos critérios objetivo, subjetivo e formal, segundo se analise o conteúdo da prova, o sujeito de que ela emana ou a forma sob a qual se apresenta. Assim, “*quanto ao objeto a prova divide-se em prova direta e indireta; quanto ao sujeito, em prova pessoal e real; quanto à forma, em prova testemunhal, documental e material*” (MALATESTA, 1927, p. 120). No tocante à classificação das provas segundo o seu conteúdo, que é o que interessa ao presente estudo⁶³, importa retomar as considerações relativas ao que seja propriamente objeto da prova no processo penal, ou seja o delito, enquanto “*verdade concreta que se quer verificar*” (1927, p. 148).

A classificação específica das provas segundo seu conteúdo deriva da duplicidade de modos por que se pode, com base nesse conteúdo, elaborar proposições acerca do objeto da prova. Assim, quando a prova produzida permite, sem mais, formar ilações sobre o fato probando, trata-se de prova direta ou, na terminologia de Adolf Schönke, prova imediata, “*dirigida ao fato de cuja demonstração se trata*”. Já “*quando se provam diretamente fatos dos quais se deduzam os de significação imediata para a prova*” (SCHÖNKE, 1950, p. 148), sendo necessário proceder-se a uma operação mental para chegar-se da prova produzida à proposição sobre o fato probando, tem-se a prova indireta. Na lição de Malatesta:

A prova pode referir-se, como a objeto imediato, ao delito, seja mesmo em um dos seus mínimos elementos, ou pode consistir no próprio elemento delituoso; e então ela denomina-se prova direta. Pode, ao contrário, a prova, como a objeto imediato referir-se a uma causa diversa do delito, de que pelo trabalho do raciocínio se passa ao delito, referindo-se, por isso, a este mediamente, ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa; e então a prova denomina-se indireta. (1927, p. 149).

⁶³ As classificações da prova quanto ao sujeito e a forma, por escaparem ao propósito do presente estudo, não serão abordadas. Para um aprofundamento dessas noções, consulte-se a quarta e a quinta partes da obra de Nicola Framarino dei Malatesta (1927, p. 292 e ss.).

Se bem que geralmente aceita pela doutrina, essa classificação é rejeitada por alguns autores, sob o argumento de que ambas supõem o exercício da razão para a avaliação da prova, não havendo entre elas diferença ontológica⁶⁴. Assim, por exemplo, Danilo Knijnik afirma que “*toda prova é sempre indireta em alguma medida*”, apresentando como exemplo a “*prova testemunhal – em que o depoente afirma ao juiz ter visto algo*”, mas com base na qual “*só se pode chegar ao factum probandum através de um juízo de credibilidade sobre a pessoa do depoente*” (2007, p. 26).

Essa crítica parece, porém, elidir a distinção supondo-a relativa à avaliação da credibilidade subjetiva das provas, ou seja, da “*relação entre o sujeito que afirma e a afirmação*” (MALATESTA, 1927, p. 152), avaliação esta a que deve ser submetida toda e qualquer espécie de prova, até mesmo a direta. Esclarecida essa confusão, é fácil perceber que o critério subjacente à classificação das provas em direta e indireta se cinge à proposição ou conclusão objetiva que se extrai da prova, após a afirmação de sua credibilidade subjetiva. Na sintética explicação de Malatesta:

Se sob o ponto de vista da avaliação subjetiva das provas, não existe diferença entre prova direta e prova indireta, por isso que a razão desenvolve a sua atividade dum só modo para uma e para outra; sob o ponto de vista da avaliação objetiva, ao contrário, existe uma grandíssima diferença entre a prova direta e a indireta. Por meio da simples percepção da prova direta afirma-se a conclusão objetiva; só pode afirmar-se a conclusão da prova indireta passando-se por meio do trabalho de raciocínio da sua percepção à do crime. (1927, p. 157).

Nada há, portanto, de intrínseco que se possa opor a que a prova indireta possa conduzir à certeza, embora seja procedente a advertência de que aquela “*exige cautelas adicionais, diante da maior probabilidade de erro*”, pois “*o processo de formação do convencimento revela-se mais complexo*” (KNIJNIK, 2007, p. 28-9).

⁶⁴ Sobre o assunto, embora no sentido de atenuar a “imediatez” da prova direta e não de realçar a “mediatidade” da prova indireta, Walter COELHO afirma que “*quer diretas, quer indiretas – todas as provas ensejam uma apreciação crítica, mormente no que se refere à visão de conjunto, em que é preciso armar, por ilações, uma cadeia lógica que, convincentemente, aponte para a verdade fática*” (1996, p. 50).

Ora, considerando que o exercício da razão é o único meio capaz de suprir as limitações à percepção direta dos fatos⁶⁵, e que o fundamento racional da prova indireta consiste precisamente nesse exercício, interessa ao presente estudo a compreensão do raciocínio subjacente a essa espécie de provas, na qual se insere a prova indiciária.

Num plano bastante geral, Malatesta conceitua o raciocínio como sendo um juízo deduzido de duas proposições: a *maior*, representativa do “*princípio em que se contém a ilação que se procura extrair com a conclusão*”, e a *menor*, que apenas “*declara essa continência*” (1927, p. 183). Daí porque “*a natureza do raciocínio é determinada pelo juízo contido na maior; porquanto, de um lado, a conclusão se acha contida naquele mesmo juízo, e do outro, a menor só serve para declarar essa continência*” (1927, p. 183).

Examinando a natureza *lógica* do raciocínio, Malatesta distingue os raciocínios puros dos experimentais, de acordo com o modo de obtenção da proposição ou premissa maior. Enquanto nos primeiros a maior seria percebida “*imediatamente na sua realidade ideal*” (1927, p. 182), dela se deduzindo o particular que nela se contém, nos segundos o conteúdo da maior proviria de um trabalho indutivo⁶⁶, ao cabo do qual se deduz a conclusão. Embora ambas as espécies possuam como traço comum a operação dedutiva pela qual se obtém a conclusão, ao presente estudo, que tem por objeto os argumentos probatórios indiretos, apenas interessa o raciocínio experimental.

Sob o aspecto *ontológico*, por outro lado, é a natureza do juízo contido na proposição maior que determina a natureza do raciocínio. Para Malatesta, todo e qualquer juízo pode ser reduzido a apenas duas espécies: o *sintético*, verificado quando as duas ideias contidas na proposição expressam uma relação de identidade, e o *analítico*, que deriva da existência, entre essas duas ideias, de uma relação de causalidade:

Todos os juízos de identidade reduzem-se logicamente a um só e supremo juízo que se denomina princípio de identidade: o que é, é. Entre duas coisas

⁶⁵ “*Para que um fato possa ser percebido diretamente, é necessário a coincidência de lugar e de tempo entre ele e o homem que o deve perceber. Ora, o homem é simplesmente um ponto na amplidão ilimitada do espaço; não é mais que um átomo fugitivo, no infinito desenvolver-se do tempo. A grande massa dos acontecimentos passa-se fora da esfera das nossas observações diretas; e são por isso bem poucos os factos que nós podemos conhecer pela visão direta de nossos olhos.*” (1927, p. 179).

⁶⁶ Assim, por exemplo, “*observando que vários fenômenos físicos do mundo externo são conformes no maior número dos casos, concluímos pela verdade geral que constitui o (...) modo de ser e de atuar ordinário das coisas*” (MALATESTA, 1927, p. 182).

diversas, por isso, não pode existir relação, senão quando uma atua sobre a outra (...); por outros termos, os juízos sintéticos reduzem-se a um só e supremo princípio que se denomina de causalidade: todo o fenómeno supõe uma causa.

Temos, portanto, dois juízos primitivos e supremos: o princípio de identidade, que é o tronco primitivo de todos os juízos analíticos, o princípio de causalidade que é tronco original de todos os juízos sintéticos. (1927, p. 184).

Dessas premissas, conclui-se que o raciocínio subjacente aos argumentos probatórios indiretos é, sob ponto de vista lógico, experimental, podendo, do ponto de vista ontológico, servir tanto a argumentos probatórios de identidade como de causalidade⁶⁷, a serem empregados no momento da apreciação da prova.

⁶⁷ Esta, aliás, é a base sobre a qual o autor constrói a distinção entre presunções e indícios. Ver, a respeito, o ponto 4.3.2.3.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA INDICIÁRIA

Delineado o sistema processual penal em que, entre nós, se insere a prova indiciária, bem como os caracteres essenciais da prova em geral que informam a compreensão da prova indiciária em especial, é oportuno passar, finalmente, ao estudo do indício propriamente dito. A exposição abordará o conceito de indício, as figuras que a ele se assemelham e as classificações propostas pela doutrina, de modo a, num derradeiro momento, avaliar sob que condições se dá a conformação da prova indiciária com o arranjo constitucional brasileiro.

4.1 NOTA HISTÓRICA

Parece interessante, preliminarmente, a exposição da evolução histórica da prova por indícios feita por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, num paralelo com os modelos de apreciação da prova antes estudados. A autora, relatando os principais traços históricos dessa modalidade de prova – da antiguidade à modernidade –, destaca que sua evolução “*guarda estreita relação com o desenvolvimento da estrutura das provas em geral*” (2009, p. 9). Merece menção a constatação de que “*a prova por indícios, além de ser admitida na prática, era considerada em Roma suficiente para a condenação, desde que se mostrasse incontestável*” (2009, p. 11).

Já no período medieval, sob a batuta do direito canônico, os indícios não mais viabilizavam por si só a condenação, mas serviam de *gatilho processual* para a submissão do acusado à tortura “*como forma de extorquir a confissão*”, “*prova plena típica*” (2009, p. 15). Foi nessa época, de predomínio do sistema da prova tarifada, que, considerada a diversidade de efeitos que cada espécie de indício podia acarretar, “*os jurisconsultos esmeraram-se em elaborar suas tabula indiciorum*” (2009, p. 20), abrangendo inúmeras classificações.

Segundo a autora, foi apenas quando se passou a admitir que o juiz apreciasse e valorasse livremente a prova – o que já fora defendido no século XVIII por Cesare Beccaria (1971, p. 34-6) –, associando-se a essa liberdade “*o dever deste em justificar seu juízo, por meio da motivação da sentença*”, que o indício “*se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual à das demais provas*” (2009, p. 23).

Antonio Dellepiane, por sua vez, anota a importância crescente da prova indiciária face às demais provas, atribuindo esse prestígio aos avanços científicos que, por um lado, descreditaram meios de prova antes considerados confiáveis e, por outro, passaram a embasar as conclusões indiciárias. Critica, porém, *“la gran confusión de ideas, la profunda anarquía de opiniones existentes entre los autores que han escrito sobre la materia”* (1919, p. 68). Passemos a determinar, portanto, o que é o indício.

4.2 OS INDÍCIOS NA DOCTRINA: DIAGNOSTICANDO AS CONTROVÉRSIAS

Nosso Código de Processo Penal considera indício *“a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”* (art. 239). O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, apresenta um conceito diferente para o que seja indício, considerando-o a *“circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova”* (art. 382).

Apesar da diversidade terminológica entre os textos legais, é possível identificar quatro elementos comuns aos indícios, tais como definidos pelo legislador: a circunstância conhecida e provada (a); a relação entre essa circunstância e o fato probando (b); a realização, com base nessa relação, de uma operação mental (c) de que derive uma proposição relativa ao fato probando (d). São exatamente esses elementos, os quais, como se verá adiante, guardam relação com os requisitos de existência da prova indiciária, que a doutrina emprega em suas definições do que seja indício.

Com efeito, Antonio Dellepiane conceitua o indício como sendo todo fato, conhecido e devidamente comprovado, *“susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de outro hecho desconocido”* (1919, p. 69). No mesmo sentido, Hélio Tornaghi ensina que indício é o fato ou sinal demonstrativo do crime que, conhecido e provado, autoriza, por sua ligação com o fato probando, a concluir algo sobre este (1997, p. 459-62).

Antonio Felipe da Silva Neves, de seu turno, define o indício como *“uma forma de conhecimento provisório, tirado de um fato existente, por via de um raciocínio lógico, capaz de nos levar, com relativa certeza, ao conhecimento de outro fato”* (1986, p. 17), explicando

que os indícios são um meio de prova indireta, pois se utiliza o conhecimento obtido através dos elementos indiciantes (circunstância provada) para, por via de um raciocínio lógico (indução), chegar-se ao provável conhecimento dos elementos indicados (indícios). Moacyr Amaral Santos lhe faz eco ao asseverar que, “*tendo por ponto de partida o fato conhecido (fato auxiliar, fato base, factum probatum), caminha o juiz, por via de raciocínio e guiado pela experiência, ao fato por provar (fato principal, factum probandum)*” (apud NEVES, 1986, p. 42).

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, embora empregando as expressões *prova indiciária* e *presunção judicial* como sinônimas, afirma que “*o conhecimento do fato probando resulta de uma inferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos – e ao qual, normalmente, a ocorrência do primeiro está ligada*” (2007, p. 292).

Merece destaque, por fim, a exposição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura sobre o tema, dada a acuidade terminológica e o didatismo com que dele cuidou. Após revisitar as acepções comum e jurídica do termo *indício*, a autora conclui que, embora possuam notas próprias, elas se aproximam na medida em que ambas “*expressam a ideia de descobrir, mostrar*” (2009, p. 26). Em seguida, da exposição de conceitos doutrinários para o vocábulo, são apresentados dois pontos centrais em que os autores controvertem: a natureza do indício em sentido estrito e a natureza do raciocínio empregado para, a partir dele, extrair uma asserção sobre o fato objeto da investigação. A par disso, também é diagnosticada a divisão da doutrina quanto à existência ou não de sinonímia entre os vocábulos *indício* e *presunção*. Apontadas as questões controversas, a autora passa a analisá-las individualmente⁶⁸.

Quanto à primeira, discutem os doutrinadores, provavelmente em função da variação terminológica encontrada na legislação, sobre se os indícios seriam fato, circunstância, fato e circunstância, coisa etc. Inicialmente, cumpre afastar o emprego do vocábulo *coisa*, palavra, segundo a autora, “*de âmbito frequentemente indefinido, a que Ricardo Antunes Andreucci*

⁶⁸ Walter Coelho identifica, igualmente, “*na doutrina, inúmeros equívocos e estéreis controvérsias, com opiniões por vezes absurdas sobre o que seja, realmente a prova indiciária*”. Assim, no dizer do autor, “*uns confundem indícios com presunções; outros polemizam sobre se o raciocínio indicativo seria de ordem indutiva ou dedutiva; há os que, erroneamente, veem na prova indiciária uma prova insuficiente e imperfeita, talvez uma suspeita ou, quando muito, um início de prova (...)*” (p. 13).

chama de ‘porosa’” (2009, p. 35). Restaria, portanto, saber se o indício é fato ou circunstância.

É verdade que os vocábulos *fato* e *circunstância* aludem, em sentido jurídico-penal, a conceitos distintos, pois enquanto o primeiro é conceituado como a “*somatória da ação praticada pelo agente e o seu resultado jurídico, penalmente relevante*”, o segundo seria “*elemento accidental, que gira em torno do fato criminoso, sem que interfira em sua estrutura típica*” (ASSIS MOURA, 2009, p. 31 e 33). Entretanto, o sentido vulgar das expressões, respetivamente “*ação ou coisa feita, ocorrida ou em processo de realização*” e “*fato acessório ou outro pormenor que se prende a um acontecimento ou a uma situação*” (HOUAISS, 2009), permite o seu emprego em sinonímia.

Disso, conclui-se que, afastado o sentido jurídico-penal da palavra *circunstância*, tanto uma como outra podem ser empregadas para conceituar os indícios, pois circunstância não deixa de ser fato, apenas que é um fato considerado em perspectiva de outro. Nas palavras de Assis Moura, “*todo fato, em sentido absoluto, pode, num sentido relativo, considerar-se como circunstância de outro fato*”, razão porque “*em sua substância, circunstância e fato não constituem duas categorias distintas: circunstância é fato*” (2009, p. 34).

Quanto à segunda controvérsia, consistente na definição do raciocínio subjacente à ilação indiciária, Assis Moura identifica, na doutrina, autores que defendem ser esse raciocínio indutivo, autores outros que sustentam ser ele dedutivo, ou ainda indutivo-dedutivo, ou se referem simplesmente a *inferência*. Segundo a autora, desse “*embaralhamento de opiniões*” deriva um “*importante problema, que de igual modo confunde e divide a doutrina: ‘indício’ e ‘presunção’ são vocábulos sinônimos ou não?*” (2009, p. 29).

4.3 OS INDÍCIOS NA DOUTRINA: ESCLARECENDO OS CONCEITOS

Para começar a desembaraçar os conceitos, impõe-se uma revisão do debate doutrinário sobre a relação entre as inferências indiciária e presuntiva, uma vez que uma das notas distintivas entre elas é, precisamente, a natureza do raciocínio que lhes é subjacente. A questão ganha relevo quando se atenda a que a operação mental que liga o fato indiciário à

proposição sobre o fato probando é um dos requisitos de existência do indício, sendo decisiva, ainda, para a determinação do seu valor probatório⁶⁹.

4.3.1 Indícios e suspeitas

Após relacionar a suspeita com os vocábulos desconfiança, suposição, hipótese e conjectura, Assis Moura define o raciocínio que lhe embasa como “*um movimento duvidoso da mente em direção a uma opinião*”. A suspeita seria, portanto, segundo a autora, um “*juízo ligeiro, uma inferência que abre caminho à dúvida, porque baseada em um indício em estado bruto, em um indício (lato sensu) que exige verificação*” (2009, p. 57). No dizer de Antonio Felipe da Silva Neves, a suspeita é um “*juízo de suposição sem maior dignidade*” (1986, p. 80). Reconhecendo, igualmente, essa relação entre indícios e suspeitas, Dellepiane afirma que todo indício é, ao princípio, “*vago, impreciso, no verificado, y, como tal, susceptible de provocar sólo un juicio ligero, una sospecha*” (1919, p. 94), que, posteriormente, será confirmada ou infirmada, rejeitando, assim, a assimilação entre os termos.

A baixa complexidade do raciocínio operado na suspeita, portanto, deriva do caráter rarefeito dos elementos concretos em que ela se apoia, pelo que, embora ela justifique a instauração e o aprofundamento de uma investigação, não se admite o seu emprego para embasar a condenação de quem quer que seja. Ganhando concretude suficiente para despir-se do caráter de generalidade, desconfiança ou dúvida, as suspeitas dão então lugar a indícios que, estes sim, particularizam o fato investigado.

A diferença se reflete na distinção entre as figuras do suspeito e do indiciado, operada pelo instituto do indiciamento⁷⁰, através do qual aquele passa a ser figurar como indiciado após a reunião de “*um feixe de indícios convergentes*” a apontar a “*autoria provável*” de um delito (LOPES Jr., 2008, p. 289). Situando, igualmente, no campo da investigação policial a figura da suspeita, Assis Moura afirma que esta “*carece de toda e qualquer força probatória;*

⁶⁹ Ver, abaixo, o ponto 5.4.2.

⁷⁰ A ausência de previsão legal do indiciamento como ato formal da investigação é criticada pela doutrina, que a coloca como um dos “*maiores problemas do inquérito policial*” (LOPES Jr., 2008, p. 289). A título de curiosidade, vale referir que o texto original do Anteprojeto de Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 31, a formalização desse ato processual nos seguintes termos: “*Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais*” (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009).

daí dizer-se que interessa mais à polícia, na investigação do fato, do que à justiça, na instrução criminal” (2009, p. 57).

Dessa distinção deriva, aliás, a noção de justa causa, que a doutrina controverte para saber se é pressuposto processual, condição da ação, condição de procedibilidade, mérito etc.⁷¹. Isso porque, segundo a lição de Assis Moura, “*para que uma pessoa seja acusada da prática de um crime, é preciso mais do que uma simples suspeita: faz-se imprescindível, no tocante à autoria, a existência de indícios bastantes para a imputação*” (2009, p. 58). Em outras palavras, o suspeito é apenas *possível* e não *provável* autor de um crime.

4.3.2 Indícios e presunções

A distinção entre indícios e presunções, por sua vez, demanda maiores elaborações, dada a já apontada anarquia doutrinária a esse respeito. O desentendimento entre os autores pode ser explicado pelo fato de que os raciocínios indiciário e presuntivo possuem a mesma estrutura: partem de um fato conhecido para, através do raciocínio, afirmar outro fato até então desconhecido. Nesse sentido, Assis Moura conceitua a presunção como “*a ilação que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido, partindo da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como certo ou provável, um fato desconhecido*” (2009, p. 48). Essa aproximação entre os conceitos não justifica, no entanto, a sua confusão, conforme adiante se verá.

Pois bem, se de um lado alguns autores limitam a distinção entre indícios e presunções ao âmbito terminológico, empregando as expressões indistintamente⁷², muitos outros lhe atribuem significados diferentes. Mesmo entre estes, contudo, subsiste o desentendimento, pois os argumentos utilizados para assentar as balizas entre estes e aqueles são os mais variados – embora nem sempre acertados. Considerado o objetivo de aclarar a natureza do indício, podem-se apresentar, num esforço de sistematização, ao menos três caminhos para a distinção entre indícios e presunções.

⁷¹ Consulte-se, a esse respeito, Assis Moura (2001). Para a autora, a justa causa seria uma meta-condição da ação, verificada quando presentes a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa. Ver, ainda Grinover (2007 e 1977).

⁷² Por todos, Mittermayer afirma que essas “*expressões em fundo são sinônimas*” e que “*os praxistas e o legislador as empregam indiferentemente*” (1917, p. 495). No mesmo sentido, Antonio Bento de Faria diz que “*no rigor do direito, tais expressões se equivalem*” (1960, p. 349).

4.3.2.1 Diferentes componentes do raciocínio indiciário

O primeiro deles deriva da consideração de que indício e presunção são componentes diversos do raciocínio empregado para, do fato conhecido, chegar ao fato probando. Assim, se raciocinar é relacionar proposições para delas extrair uma conclusão, ao indício corresponderia o papel de suporte fático da inferência, sendo a presunção a ilação obtida.

Entre os civilistas essa distinção é lugar comum: para Washington de Barros Monteiro, *“indício é o fato conhecido de que se tira a presunção, um é a premissa, outra, o resultado”* (1966, p. 192). Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, assevera que o *“indício é o ponto de partida de onde, por inferência, chega-se a estabelecer uma presunção”* (2006, p. 628) e J.M. Carvalho Santos diz que *“o indício nada mais é do que a causa da qual a presunção é o efeito”* (1959, p. 366). Em que pese recorrente entre os civilistas, dessa confusão não escapam os estudiosos do processo penal, como Hélio Tornaghi, para quem *“o indício é o fato indicativo e a presunção, o fato indicado”* (1997, p. 465).

Também entre os autores que sustentam essa posição está Walter Pereira Acosta, que afirma ser indício *“a circunstância ou antecedente que autoriza a fundar uma opinião acerca da existência de determinado fato, ao passo que a presunção é o efeito que essa circunstância ou antecedente produz no ânimo do julgador, quanto à existência do mesmo fato”* (1989, p. 255). No mesmo sentido, após conceituar os indícios como os *“fatos concretos e palpáveis”* que funcionam como *“suporte material da prova indiciária”*, Antonio Felipe da Silva Neves define as presunções como os *“resultados já devidamente aprovados e aceitos como ocorrentes de determinadas consequências de um fato”* (1986, p. 73-8).

Essa opinião, contudo, deriva da imprecisão terminológica consistente em chamar presunção à conclusão da ilação indiciária. No dizer de Assis Moura, admitir que a presunção *“seja a conclusão do raciocínio lógico indiciário é confundi-la com a inferência indiciária”* (2009, p. 53).

4.3.2.2 Distinção segundo a índole da operação mental

A segunda corrente parte do clássico debate doutrinário sobre a índole da operação mental procedida no raciocínio indiciário. Já em 1919, Antonio Dellepiane constatava a

existência de uma “*completa anarquía de opiniones entre los autores*” (1919, p. 15) sobre esse assunto, e o passar do tempo não trouxe solução para o embate. A abordagem do assunto não dispensa uma breve explanação sobre os raciocínios dedutivo e indutivo.

Enquanto o raciocínio indutivo parte de proposições particulares para chegar a conclusões gerais (indução generalizadora) ou igualmente particulares (indução analógica), o raciocínio dedutivo consiste em “*concluir, rigurosamente, de uma ou mais proposições dadas (antecedentes ou premissas) uma outra proposição que é a consequência logicamente necessária*” (ASSIS MOURA, 2009, p. 37). A doutrina passou a dividir-se com base nesses diferentes métodos de pensamento, creditando o raciocínio indiciário ora a um, ora a outro, ora ainda a uma combinação desses métodos no juízo lógico-crítico⁷³.

Assim, por exemplo, Hélio Tornaghi, após afirmar tratar-se o raciocínio indiciário de um “*silogismo em que a conclusão (o fato probando) resulta da comparação entre a premissa menor (fato indiciário) e a premissa maior (um princípio da razão conhecido a priori, ou uma lei da experiência induzida dos fatos anteriores)*”, critica a redação do artigo 239 do CPP, por considerar que o raciocínio indiciário possui natureza dedutiva e não indutiva (1997, p. 43).

No que diz respeito à índole da operação mental subjacente à prova indiciária, Antonio Dellepiane não admite tratar-se puramente de dedução ou indução. Segundo o autor, o que nos leva do fato conhecido à conclusão sobre a existência ou inexistência de um fato desconhecido é uma *inferência analógica*, que “*consiste em una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa*” (1919, p. 71). A premissa maior obtida através dessa inferência indutiva prévia, adverte o autor, “*no es siempre una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido común cuyo carácter es contingente*” (1919, p. 70)⁷⁴. Percebe-se, pois, que os raciocínios dedutivo e indutivo se combinam, este fornecendo a regra da experiência que embasará a conclusão daquele.

⁷³ Para um extenso rol de autores que sustentam cada uma dessas posições, confira-se a revisão bibliográfica levada a efeito por Assis Moura (2009, p. 29).

⁷⁴ O autor adverte, porém, que, sendo a premissa maior regra científica que não admite exceção, a componente indutiva desaparece, pelo que “*la inferencia revestirá el carácter de deducción rigurosa*” (1919, p. 73).

Afastando-se igualmente dos dois polos em que as opiniões doutrinárias costumam se situar no que toca à natureza do raciocínio empregado na análise da prova indiciária (dedutivo ou indutivo), Assis Moura sustenta que “*indução e dedução combinam-se e completam-se, no juízo lógico-crítico*”. É que “*para que o fato particular, conhecido, conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, por primeiro, um trabalho de indução, para liga-lo a uma regra geral*”, da qual, “*por dedução, se desce à aplicação ao caso concreto, para inferir-se o fato desconhecido ou indicado*” (2009, p. 39-40).

Não é outra a opinião de Malatesta, para quem o raciocínio experimental (indutivo-dedutivo) explica a natureza lógica dos argumentos probatórios indiretos (1927, p. 181-3). Porém, enquanto, para Assis Moura, “*na presunção, diferentemente do indício, não há o trabalho indutivo, porque lhe falta o elemento particular, que se move em direção à regra geral*” (2009, p. 53), para Malatesta, tanto nos indícios como nas presunções, opera o raciocínio experimental⁷⁵, sendo outro, como se verá a seguir, o seu critério distintivo.

4.3.2.3 Distinção segundo a natureza do argumento probatório

Por fim, o terceiro caminho para a distinção entre indícios e presunções parte da classificação ontológica proposta por Malatesta para os raciocínios, segundo a qual estes podem, segundo a natureza analítica ou sintética do juízo contido na proposição maior, servir a argumentos probatórios de identidade ou de causalidade. Como visto⁷⁶, os juízos analíticos fornecem argumentos probatórios de identidade e os juízos sintéticos, argumentos probatórios de causalidade, sem prejuízo da ulterior classificação quanto à forma de obtenção da proposição maior (se indutiva ou dedutiva). Na abreviada explicação do autor:

Um juízo não é mais do que a relação entre duas ideias. Ora, estas duas ideias, que constituem os dois termos de relação, podem ser idênticas entre si, e podem ser diversas. Eis, sob um ponto de vista muito geral, duas categorias de relações entre as ideias; eis, conseqüentemente, duas espécies de juízos possíveis, relações de identidade e juízos analíticos; relações de diversidade e juízos sintéticos.

Todos os juízos de identidade reduzem-se logicamente a um só e supremo juízo que se denomina princípio de identidade: o que é, é. Entre duas coisas diversas, por isso, não pode existir relação, senão quando uma atua sobre a outra, uma desenvolve a sua atividade sobre a outra; por outros termos, os

⁷⁵ Ver, acima, o ponto 3.4.3.2.

⁷⁶ Ver, acima, os pontos 3.4.1 e 3.4.3.2.

juízos sintéticos reduzem-se a um só e supremo princípio que se denomina de causalidade: todo o fenômeno supõe uma causa.

Temos, portanto, dois juízos primitivos e supremos: o princípio de identidade, que é o tronco primitivo de todos os juízos analíticos, o princípio de causalidade que é tronco original de todos os juízos sintéticos. (1927, p. 184).

Segundo Malatesta, o raciocínio presuntivo se calca no seguinte procedimento: da observação de indivíduos ou objetos pertencentes a uma mesma espécie, se identificam caracteres que lhe são comuns e se lhes atribui como inerentes à espécie (*proposição maior* – juízo de identidade); em seguida, afirma-se a continência do indivíduo ou objeto sujeito ao raciocínio à espécie (*proposição menor*); e, por fim, se atribui o caractere inerente à espécie ao indivíduo ou objeto sujeito ao raciocínio (*ilação presuntiva*). Daí concluir que quando “*na maior do raciocínio probatório se está em face da atribuição de uma qualidade a um sujeito, o raciocínio leva a uma presunção propriamente dita*” (1927, p. 186).

No raciocínio indiciário, por outro lado, da observação de fatos diversos, se identifica entre eles uma relação de causalidade (*proposição maior* – juízo de causalidade); concomitantemente, afirma-se a ocorrência de determinado fato (*proposição menor*); e, finalmente, conclui-se, da ocorrência desse fato, a ocorrência de um segundo fato que, contingente ou necessariamente, lhe dá causa ou é seu efeito (*ilação indiciária*). Daí dizer-se que quando, “*na maior do raciocínio probatório, se atribui uma causa a um efeito, ou vice-versa, o raciocínio é indicativo; isto é, é raciocínio que conduz a um indício propriamente dito*” (MALATESTA, 1927, p. 186).

Assim, conforme a natureza do juízo contido na proposição maior, pode-se falar em raciocínio presuntivo (juízo sintético derivado de uma relação de identidade) ou indiciário (juízo analítico derivado de uma relação de causalidade). Malatesta assenta, com base nisso, a distinção entre as “*duas classes da prova indireta: prova indireta em relação de identidade, em cuja prova assentamos especial e propriamente o que se chama presunção; prova indireta em relação de causalidade, em cuja prova assentamos especial e propriamente o que se chama indício*” (1927, p. 186).

É pertinente observar que é a partir de um só mesmo procedimento mental que os juízos contidos nas proposições maiores dos raciocínios indiciário e presuntivo são obtidos.

Trata-se do raciocínio de índole indutiva, que resulta na identificação de regras da experiência comum ou técnica que exprimem, respectivamente, relações de causalidade entre o indício e o fato probando e relações de identidade entre as circunstâncias a serem objeto da presunção. É dizer, a despeito da diversidade da natureza dos juízos subjacentes aos raciocínios indiciário e presuntivo, tais juízos são obtidos exatamente da mesma maneira.

Já no que diz respeito à proposição menor, é procedente a advertência, feita por Malatesta, de que “*o caso é diverso, para ambos os raciocínios*” (1927, p. 188). Com efeito, considerando que, no raciocínio presuntivo, “*a compreensão do particular no geral, a continência do indivíduo na espécie, é uma percepção de consenso comum*”, torna-se completamente inútil enunciar a menor e o raciocínio presuntivo “*costuma reduzir-se, por isso, na linguagem comum, à simples conclusão*” (1927, p. 188-9). A menor do raciocínio indiciário, por sua vez, afirma sempre a ocorrência de um fato a ser inserido no juízo de causalidade expresso pela proposição maior para obter-se uma ilação sobre o fato probando. Neste caso, “*não só é necessário enunciar a menor; mas, mais ainda, é necessário prová-la; é necessário provar (...) que aquele dado facto, que constitui o material do indício, se tenha verificado*” (1927, p. 189).

4.4 CONCEITO DE INDÍCIO

Se inicialmente foram identificados, a partir dos dispositivos legais relativos aos indícios, quatro elementos que lhes são comuns⁷⁷, convém, num esforço de síntese, determinar o seu conceito. Assim, indício é o fato conhecido e devidamente provado, capaz de conduzir à formulação de uma ilação sobre o fato probando, com o qual possui relação de causalidade, através de um raciocínio experimental de índole indutivo-dedutiva.

4.5 CLASSIFICAÇÃO DOS INDÍCIOS

O recurso à sistematização de qualquer conceito é apenas tão antigo quanto o seu estudo. Nesse sentido, as classificações dos indícios remontam aos tempos antigos, tendo ganhado, principalmente no período medieval, ápice das provas legais, grande atenção dos doutrinadores. A relevância das elaboradas classificações daquela época é creditada por Assis

⁷⁷ Ver, acima, o ponto 4.2.

Moura à circunstância de que “naquele sistema de prova, a hierarquia dos indícios correspondia, quase sempre, à hierarquia na sua força probante, no seu grau de certeza ou probabilidade” (2009, p. 61).

É bem de ver-se, porém, que, a despeito da alta significação que tais classificações tenham tido à época, “no sistema do livre convencimento (...) elas conservam sua utilidade apenas enquanto, analisando logicamente o modo de ser de vários indícios, podem ajudar o juiz a orientar-se na análise da prova indireta” (ASSIS MOURA, 2009, p. 61). Portanto, embora as diversas classificações acessórias dos indícios mereçam menção a título ilustrativo, o presente estudo se limitará à exposição e análise das classificações que digam com a substância dessa espécie de prova indireta, possibilitando a aferição do seu valor probatório.

Antonio Felipe da Silva Neves, sem prejuízo de advertir que sem “qualquer tipo de ordem” e “nenhum rigor de apresentação” (1986, p. 59), expõe uma classificação dos indícios com treze possíveis adjetivações, segundo as conclusões a que os indícios possam levar, as circunstâncias que pretendem provar, sua força probatória e os tipos penais a que possam servir de prova. Nesse cenário, segundo possam ser verificados em quaisquer crimes ou sejam próprios de determinada atividade delituosa, os indícios se dividem em comuns e específicos; sob um critério cronológico, os indícios podem guardar relação com elementos anteriores, concomitantes ou posteriores ao delito; segundo a inferência indiciária seja favorável à tese acusatória ou defensiva, diz-se dos indícios positivos ou negativos (1986, p. 59-62).

Conquanto sua enunciação seja comum na doutrina, tais classificações não reclamam maiores considerações, pois, fundando-se em elementos acidentais, não revelam “coisa alguma da substancialidade probatória do indício” (MALATESTA, 1927, p. 214). Semelhante opinião é compartilhada por Walter Coelho, para quem “o importante (...) no que respeita à apreciação da prova, é a classificação que atenta para o seu caráter intrínseco de argumento probatório” (1997, p. 53). Nesse sentido, embora possa ser louvado pelo didatismo com que confronta a prova indiciária com cada aspecto do fato delituoso, o “esboço para uma classificação dos indícios” proposto por Assis Moura⁷⁸ escapa a essa finalidade.

⁷⁸ A autora afirma que todo fato criminoso deve ser examinado sob os seguintes aspectos: “a) Quem praticou o delito (quis)? b) Que meios ou instrumentos empregou (quibus auxiliis)? c) Que malefício, ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)? d) Que motivos o determinaram à prática (cur)? e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)? f) Em que lugar o praticou (ubi)? g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?” (2009, p. 67-8)

Dito de outro modo, à classificação dos indícios não interessa *o que* eles provam, mas *como* provam. E a determinação da força probatória dos indícios decorre, como visto, de dois fatores: a relação do fato provado com o fato probando e o juízo de causalidade que, expressado pela máxima da experiência, permite formular uma ilação sobre o segundo.

4.5.1 Indícios próximos e remotos

Da relação entre o fato provado, isto é, o indício *stricto sensu*, e o fato probando, extrai-se o primeiro critério para a classificação dos indícios: o grau de proximidade dessa relação. Assim, quando o indício possibilita a formulação de uma ilação sobre o fato probando através de uma única inferência, diz-se dele imediato ou próximo; já quando sejam necessárias mais inferências, o indício é mediato ou remoto. No indício imediato, o a ilação indiciária consiste numa proposição relativa diretamente ao fato probando, enquanto no indício mediato, por isso também chamado de *indício de segundo grau*, da ilação indiciária se obtém uma proposição sobre fato que não o probando, a qual é novamente empregada, realizando-se sucessivas inferências até que seja obtida uma proposição sobre o fato probando.

Segundo Danilo Knijnik, neste caso, “o ‘*fato certo*’, que deveria estar à base da inferência, foi também obtido a partir de indícios. E, a serem aceitos, a liberdade probatória significará liberdade de fantasia; e racional convencimento significaria arbítrio” (2007, p. 60). Ora, se a inferência indiciária deve ser obtida através de um juízo sobre um fato conhecido e provado, não há como emprestar eficácia a uma ilação que tenha por ponto de partida não já “*um fato certo, mas um fato incerto ou presumido*” (2007, p. 59). A propósito, basta uma leitura dos dispositivos legais sobre a prova indiciária para concluir pela inadmissibilidade, em geral, dos indícios de segundo grau no nosso sistema processual penal.

Malatesta corrobora, grosso modo, esse entendimento, afirmando que o indício mediato, ao não consistir em fato conhecido e provado, “*não resolve (...) senão em uma cadeia mais ou menos extensa de indícios, o último dos quais, que deve provar o delito, é incerto não só no seu conteúdo, mas também na sua subjetividade probatória, e não tem por isso valor algum*” (1927, p. 228). Contudo, o autor aponta uma exceção, verificada quando a segunda inferência é realizada com base numa ilação indiciária necessária:

(...) como um indício não pode, em geral, provar outro indício, segue-se que a distinção dos indícios em mediatos e imediatos não é admissível, a não ser que se não queira referir a classe dos indícios mediatos à hipótese de um indício necessário probante de indício não necessário. (1927, p. 228).

Portanto, apenas nesse sentido bastante restrito é que se pode falar em indícios mediatos.

4.5.2 Indícios causais e de efeito

Também da relação entre o indício e o fato probando extrai-se ainda outro critério para classificar os indícios: a perspectiva sob a qual o indício é considerado em face do fato probando, uma vez que, segundo Malatesta, “*ora é a causa que nos indica o efeito, ora é o efeito que nos indica a causa*”. Sob essa ótica, o autor afirma que “*o indício que tem a sua eficácia em uma causa que indica o efeito, poderia chamar-se causal; o indício que tem a sua eficácia em um efeito que indica a causa, poderia chamar-se de efeito*” (1927, p. 217). Dito de modo mais claro, quando o indício é a causa da qual o fato probando é o efeito, tem-se o indício causal; quando o indício é o efeito do qual o fato probando é a causa, tem-se o indício de efeito⁷⁹.

A distinção, aliás, ajuda a explicar a força probatória da ilação indiciária, uma vez que, enquanto os indícios causais nunca conduzem a ilações necessárias, os indícios de efeito podem, sob certas circunstâncias, fazê-lo. Nas palavras de Malatesta:

É entre os indícios de efeito que pode encontrar-se a plena perfeição da prova proveniente do indício, isto é, o indício necessário. A coisa indicativa que se apresenta como causa (...) não pode provar o seu efeito, senão de um modo mais ou menos provável, pois que no campo das coisas contingentes não há potências causais que devam produzir necessariamente um dado efeito; qualquer causa potencial finita pode conservar-se infecunda por razões intrínsecas ou extrínsecas que não percebemos. Há, ao contrário, factos que uma vez produzidos só podem ser efeito de uma única causa; a qual é, assim, necessariamente indicada pelo seu efeito. Por isso, esforçando-se o espírito humano por descobrir indícios, em sentido próprio, verdadeiramente necessários, não os encontrará senão entre os de efeito. (1927, p. 219).

⁷⁹ Malatesta esclarece que as expressões *causal* e *de efeito* se empregam “*em um sentido ativo, isto é, atribuindo-as ao fim ativo do indício, à coisa que faz conhecer, e não à que se faz conhecer, ao facto indicativo, e não ao facto indicado*” (p. 217).

4.5.3 Inferências indiciárias necessárias e contingentes

A classificação anterior já permite avistar o terceiro e mais comum critério para a classificação dos indícios, qual seja sua aptidão para produzir certeza moral ou, em outras palavras, sua força probatória. Embora a doutrina empregue os mais diversos termos para exprimir tais ideias, associando aos indícios necessários adjetivos como veemente, grave, urgente, violento, indubitável, inelutável etc., e aos indícios contingentes as qualidades de provável, leve, ligeiro etc., Malatesta sustenta que essa distinção “*não faz mais que ligar a grande indeterminação das palavras à indeterminação natural das coisas significadas*” (1927, p. 214).

Parece adequado, portanto, rejeitar essas “*nomenclaturas, todas elas indeterminadíssimas, que não fazem senão aumentar aquela indeterminação que já naturalmente se encontra nas graduações da probabilidade*” (1927, p. 214)⁸⁰. Não é outra a opinião de Pietro Ellero, para quem toda classificação dos indícios que não tome por critério a sua força probatória não passa de um “*sistema fictício, un arreglo mecánico, bello sin duda, pero falto de lógica*” (1944, p. 101). Em se tratando de nomenclaturas, aliás, cabe esclarecer, num acerto terminológico, que a classificação ora exposta diz respeito não propriamente aos indícios, mas às ilações indiciárias.

De modo que o valor probatório da ilação indiciária deriva da consistência da relação de causalidade entre o indício e o fato probando, consistência esta que, variando conforme a máxima da experiência empregada no raciocínio expresse o modo de ser ordinário das coisas, ou o seu modo constante de ser, cede lugar a ilações necessárias ou contingentes. É este o ensinamento de Pietro Ellero: “*la racional distinción de los mismos según su valor, distinción no indeterminada ni arbitraria, es la de indicios necesarios y contingentes, según que permiten inducir una o varias cosas*” (1944, p. 101). Para Malatesta, de igual modo:

Os indícios, sob o ponto de vista do valor, são de duas espécies: indícios necessários, que revelam com certeza uma dada causa, e indícios contingentes que revelam mais ou menos provavelmente uma dada causa ou

⁸⁰ Apesar dessa indeterminação, o autor admite a possibilidade de graduá-la, com o que se pode ter, relativamente a um objeto, uma probabilidade mínima, dita “*verossímil*”, uma probabilidade média, denominada, *tout-court*, “*provável*”, e uma probabilidade máxima, próxima da certeza, a que chama de “*probabilíssimo*” (1927, p. 66-7). Atente-se, em todo caso, que procurar semelhante graduação de modo fixo e numérico é “*ir de encontro ao fantástico*” (1927, p. 66).

um dado efeito; os primeiros, fundados em uma constante relação de causalidade; e os segundos, fundados em uma relação ordinária de causalidade (1927, p. 211)

5 VALORAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA

Exposta a compreensão da natureza do indício e sua força probatória, parece oportuno retomar as considerações introdutórias relativas à conformação constitucional do processo penal brasileiro e à apreciação da prova a fim de, confrontando essas noções, assentar a compatibilidade da prova indiciária com o nosso sistema processual penal, apresentar a metodologia para sua correta apreciação e, ao final, determinar em que condições a prova por indícios pode ceder lugar a uma condenação legítima.

5.1 COMPATIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Já na abordagem preliminar sobre as garantias constitucionais do nosso processo penal, foi ressaltada a importância, para o presente estudo, da presunção de inocência, considerado o seu funcionamento como regra probatória⁸¹. Como afirmado anteriormente, os efeitos deste princípio operam não só ao longo da instrução probatória, quando determinam a atribuição do ônus da prova da culpabilidade à acusação, mas também se espraiam sobre a atividade jurisdicional por ocasião da valoração da prova. Neste particular, assentou-se a viabilidade da condenação apenas quando o estado de inocência do acusado, que se presume, seja contraditado por provas suficientes a produzir, no julgador, a certeza moral da procedência da tese acusatória⁸².

A propósito, é oportuno recordar, da exposição sobre os elementos fundamentais do direito probatório, que a compreensão persuasiva da prova, estribada na vinculação teleológica – e não ontológica – entre esta e a verdade, fundamenta a legitimidade da sentença não na identidade do juízo de fato com a verdade, mas na convicção judicial gerada racionalmente e em observância ao devido processo legal⁸³. Cabível, aliás, reiterar a identificação, proposta por Malatesta, entre convicção e convencimento racional, bem como

⁸¹ Ver, acima, o ponto 2.2.4.

⁸² No dizer de Eduardo Siqueira Neri, “*temos para o processo penal, em decorrência da presunção de inocência enquanto regra de juízo, a consagração de um parâmetro de convencimento chamado ordinariamente de certeza*” (2009, p. 38).

⁸³ José Paulo Baltazar Junior apresenta, nesse sentido, o entendimento da jurisprudência alemã, que afirma que “*a possibilidade meramente teórica ou abstrata de que o acusado não tenha sido o autor não pode impedir a sua condenação. Tendo em vista que uma possibilidade desse tipo não pode nunca ser completamente excluída devido à falibilidade do conhecimento humano, toda averiguação judicial seria impossível*” (2007, p. 159).

os requisitos enunciados pelo autor para o seu atingimento. Particular relevância tem a questão da prova cumulativa de certeza, consistente não já em afirmar-se o fato criminoso sem motivos contrários, mas através do repúdio racional desses motivos com base em outras provas⁸⁴.

Retorna-se, nesse quadro, à temática da apreciação da prova, frisando que a oportunidade processual para a valoração da prova é posterior à sua produção: primeiro as provas devem ser produzidas, em estrita observância aos parâmetros legais e constitucionais, seguindo-se o momento processual da valoração das provas, no qual, sob a vigência do sistema da persuasão racional, o juiz analisa livremente⁸⁵ o acervo probatório adquirido em contraditório judicial, dele extraíndo conclusões para fundamentar a posterior decisão de procedência ou improcedência da ação penal.

Refrescada a memória quanto a essas premissas, impõe-se, finalmente, resgatar algumas considerações sobre a prova indiciária em específico. O indício foi conceituado como um fato que, conhecido e provado, serve de proposição menor do raciocínio cuja proposição maior é obtida por meio de um raciocínio indutivo prévio e, paralelamente, exprime uma relação de causalidade, contingente ou necessária, entre o indício e o fato probando. Dessas proposições, deduz-se a conclusão relativa ao fato probando, também chamada de *ilação indiciária*. Os indícios podem ser classificados, por isso, em causais ou de efeito e em próximos ou remotos.

A ilação indiciária, por sua vez, foi classificada em necessária ou contingente segundo sua força probatória, derivada da consistência da premissa maior da inferência (tratando-se de indícios causais, a ilação será sempre contingente; tratando-se de indícios de efeito, a ilação poderá ser ora contingente, ora necessária). Embora seja consideravelmente rara a obtenção de ilações indiciárias de caráter necessário, também as ilações indiciárias contingentes podem ceder lugar à crença na percepção da conformidade entre a noção ideológica e a verdade, isto

⁸⁴ Ver, acima, o ponto 3.4.1.

⁸⁵ Citando M. Miranda Estrampes, Knijnik afirma que “*O convencimento livre não deve entender-se ou fazer-se equivalente a fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo. Supõe-se, pois, uma valoração racional e lógica. A vinculação é de tipo diverso da imposta pela tarifa legal.*” (2007, p. 16). Corroborando a necessidade de parâmetros de controle da racionalidade da decisão judicial, embora partindo de uma crítica filosófica ao relativismo, Lenio Luiz Streck afirma que “*não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”, defendendo uma “*accountability hermenêutica*” (2012).

é, à certeza. Basta, para isso, recorrer à prova cumulativa de certeza, assim explicada por Malatesta, em particular, quanto aos indícios:

(...) nem todos os indícios de certeza se apresentam como tais no princípio do julgamento; há indícios de probabilidade que no decurso do julgamento, pela superveniência de outras provas, se tornam de certeza. E isto tem lugar quando as provas supervenientes excluem todas as hipóteses, exceto uma, que se refere ao indício de probabilidade; caso em que aquela hipótese fica sendo a única e necessária hipótese do indício. (1927, p. 222).

Constata-se, portanto, que nada há de intrínseco que se oponha a que a prova indireta possa conduzir à certeza, embora seja oportuno reiterar a advertência de que a aquela “*exige cautelas adicionais, diante da maior probabilidade de erro*” (KNIJNIK, 2007, p. 29). No mesmo sentido, Malatesta, colocando-se num ponto médio entre a idolatria e o repúdio à prova por indícios afirma:

Para nós não há mais que um só e mesmo preceito para toda a espécie de prova: para haver uma legítima sentença de condenação, não deve o convencimento que provém das provas ter contra si dúvida alguma racional. Os indícios não merecem por certo a apoteose, mas também não merecem a excomunhão maior. É necessário ter cautela na afirmação dos indícios; mas não pode negar-se que a certeza pode por vezes provir deles. E é isto claro, quando se atenda a que entre os indícios também se encontram os necessários. (1927, p. 221-2, grifado).

Assim como o princípio da presunção de inocência, merecem também resgate as correlatas garantias do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, por sua relação com a prova indiciária. Da primeira, importa frisar que, tendo por escopo prevenir a estabilização judicial de uma determinada versão dos fatos, oportuniza às partes a apresentação de alegações a seu respeito; da segunda, vale recordar que é a necessária exposição dos fundamentos da decisão que viabiliza a sua eventual impugnação pela parte que dela discordar. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões, como visto, apresenta-se como primeiro elemento limitador do sistema de apreciação da prova chamado de livre convencimento motivado.

Quanto aos sistemas de apreciação da prova, parecem aptas a sintetizá-los as conclusões de Pedro Luiz Pozza, que assim se manifesta:

(...) de uma ampla liberdade inicial que era concedida ao juiz, passou o legislador a tolhê-la totalmente, não deixando ao julgador nenhuma margem de convencimento próprio; ao contrário, estava ele vinculado aos vetores ditados pelo ordenamento jurídico, aos valores que a lei atribuía a cada espécie de prova. A prova era, pois, tarifada.

Todavia, isso levou à descrença nos julgamentos, despidos totalmente de qualquer espécie de razão, sendo o juiz verdadeiro autômato. Não só por isso, mas especialmente por isso, o movimento iluminista fez ressurgir o princípio do convencimento íntimo, não só do juiz, mas especialmente do cidadão, guindado a juiz de fato pela instituição do Tribunal do Júri.

Hodiernamente, contudo, prevalece nos ordenamentos jurídicos, salvante alguns resquícios do convencimento íntimo (Tribunal do Júri) e da prova legal, o sistema da persuasão racional, em que, a despeito da ampla liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova, impõe-lhe a obrigação de declinar as razões pelas quais formou sua convicção, com base tão-somente no material probatório carreado aos autos. (2007, p. 242-3).

Com efeito, após indagar se “*é ‘livre’ o livre convencimento do juiz?*”, Danilo KNIJNIK responde positiva, porém condicionalmente à questão, afirmando, para além da obrigatoriedade da motivação, que “*a liberdade do convencimento judicial, não submetida a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sujeita às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo*” (2007, p. 15-6).

5.2 A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO

Consideradas as “*possíveis degenerações patológicas*” (NOBILI, 1974, p. 6 *apud* KNIJNIK, 2007, p. 15) da persuasão racional, derivadas da *escassa controlabilidade*⁸⁶ da liberdade de que o juiz goza para formar sua convicção e até mesmo do reconhecimento da intrincada relação entre as questões de fato e de direito (derivada do repúdio à concepção demonstrativa do direito probatório), a doutrina passou a se preocupar em “*evitar o arbítrio na reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle*” (KNIJNIK, 2007, p. 16) da atividade judicial. Essa preocupação ganha relevo sobretudo quando se atenta a que, na prova indiciária, “*o processo de formação do convencimento revela-se mais complexo*” (KNIJNIK, 2007, p. 28).

Neste particular, conquanto vários possam ser os critérios de aferição da racionalidade do juízo de fato realizado pelo julgador, “*sobressai em importância jurídica*” o critério

⁸⁶ A expressão é atribuída, por Baltazar Junior, a Gerhard Walter (2007, p. 160).

derivado da teoria dos “*critérios de decisão*’, ‘*standards*’ ou (...), *em atenção ao direito comparado, os ‘modelos de constatação’*” (KNIJNIK, 2007, p. 17). Segundo José Paulo Baltazar Junior, os modelos de constatação “*têm como função principal permitir o controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos*” (2007, p. 156), devido a que “*é na reconstrução (...) dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável e onde, portanto, pode ser (...) mais arbitrário*” (ANDRÉS IBAÑEZ, 2006 p. 68, *apud* NERI, 2009, p. 46). Por isso, faz-se necessária a definição e explicitação do modelo de constatação adequado, modo a viabilizar às partes o seu conhecimento e, conforme o caso, a sua discussão (KNIJNIK, 2007, p. 18).

Baltazar Junior diagnostica, “*na maioria dos países de tradição romano-germânica*”, a inexistência de um “*standard probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara, como a prova além da dúvida razoável e a preponderância de prova no direito norte-americano*” (2007, p. 163). O autor reconhece, no entanto, que, “*embora inexista a formulação de um standard explícito, parece inegável que há diferenciação na prática processual brasileira*” (2007, p. 164) entre as causas civis e penais, o que se refletiria na mofada afirmação de que naquelas se busca a verdade formal enquanto nestas a verdade almejada é a material. Em todo caso:

(...) embora não se possa fazer uma separação ontológica de diferentes espécies de verdade para o processo civil e para o processo penal, não é possível negar, tampouco, que, em razão do influxo do direito material em jogo, bem como dos princípios do *in dubio pro reo* e da própria noção de culpabilidade, há consequências no campo probatório, que consistem justamente na adoção de diferentes standards ou modelos de constatação para o processo civil e o penal. (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 165-6).

No mesmo sentido, Danilo Knijnik defende o recurso aos modelos de constatação como “*forma de viabilizar (...) uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório*” (2007, p. 37). Dito de modo vulgar, os standards probatórios determinariam a quantidade de prova necessária ao convencimento do juiz. Seriam eles, em grau crescente de rigor⁸⁷, a preponderância de provas, a prova clara e

⁸⁷ Vale notar a observação, feita por Danilo Knijnik, de que “*o direito material e os valores consagrados no ordenamento jurídico é que vão ditar o grau de certeza necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração*” (2007, p. 44).

convincente, a prova além da dúvida razoável, e a prova incompatível com a hipótese de inocência (KNIJNIK, 2007).

O primeiro modelo seria plenamente aplicável ao “*processo civil tradicional, no qual são discutidas questões meramente patrimoniais*” (2007, p. 38), de modo que, no jogo probatório, a parte cujo interesse esteja favorecido pela preponderância das provas dos autos recebe julgamento favorável. Já no segundo modelo, tratando-se de causas cíveis “*cujos valores transcendam à dimensão meramente patrimonial*” (2007, p. 38), o dito processo civil forte, surge um movimento tendente a exigir um maior grau de probabilidade para julgar em favor de uma ou outra tese. No processo penal, por sua vez, informado que é pelas garantias constitucionais acima estudadas, notadamente a da presunção de inocência, a preocupação com a obtenção da certeza racional para infligir uma condenação se eleva, passando-se a repudiar a condenação sempre que paire dúvida razoável sobre a tese acusatória⁸⁸.

Por fim, há quem defenda a adoção de um modelo cognoscitivo ainda mais rigoroso: a prova incompatível com hipótese diversa da culpa. Neste, uma prova acima da dúvida razoável não bastaria para a condenação, sendo necessário que a prova demonstrasse nada menos que a certeza da culpa do acusado⁸⁹. Embora tal modelo não seja comumente utilizado, há casos que dele se aproximam, como o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial de nº 363.548, onde se afirmou que “*a condenação requer certeza, sub specie universalis, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador*”⁹⁰.

5.3 TEORIAS SOBRE A AVALIAÇÃO DOS INDÍCIOS

Danilo Knijnik expõe, com base na doutrina italiana, três métodos de avaliação da prova indiciária, justificando tal elaboração teórica a partir da afirmação, atribuída a Ignazio Manzoni, de que “*o não-estabelecimento de uma regra precisa e rigorosa em prol da solução de confiar ao juiz a valoração última do cálculo, constitui um cómodo ‘escamotage’*” (2007, p. 50). Essa doutrina, construída bastante especificamente sobre a legislação daquele país sobre a prova indiciária, põe em relevo três caracteres que devem ser aferidos a fim de valorar a prova indiciária: a precisão, a gravidade e a concordância.

⁸⁸ A propósito da dúvida razoável, ver, acima, o ponto 2.2.4.

⁸⁹ Por todos, Danilo Knijnik, que defende a adoção desse modelo no processo penal indiciário (2007, p. 55).

⁹⁰ REsp 363548/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/05/2002, DJ 10/06/2002 p. 250.

O primeiro desses caracteres diz com a necessidade de o indício ser “*provado de maneira absolutamente rigorosa*”; o segundo deles corresponde à precisão do juízo de causalidade que liga o indício ao fato probando, “*no sentido de que a regra de experiência comum, lógica ou científica, deve extrair da circunstância indiciante um número relativamente restrito e preciso de consequências*”; já o terceiro consistiria numa análise posterior de modo a “*restringir o campo das múltiplas probabilidades a uma única certeza*” (KNIJNIK, 2007, p. 51).

Da diversa metodologia de análise desses elementos, deriva então a diferença entre cada uma das teorias expostas pelo autor. Para a teoria tradicional, que, segundo Danilo Knijnik, vem sendo abandonado em função de seu extremo rigor, cada indício deve apresentar concomitantemente os caracteres de precisão, gravidade e concordância, não se admitindo que a certeza sobre o fato probando seja obtida pela conjugação de dois ou mais indícios (2007, p. 50). A teoria da múltipla conformidade, no outro extremo, admite a “*avaliação global, unitária, dos indícios: devem ser certamente graves, precisos e concordantes, mas sempre no seu conjunto, não isoladamente*” (2007, p. 52). Sua demasiada flexibilidade, porém, a torna, segundo a doutrina, incompatível com o processo penal, já que “*pode ter como consequência o preenchimento recíproco de lacunas de modo a garantir que indícios isoladamente imprecisos e sem um grau de gravidade relevante adquiram um significativo valor probatório*” (NERI, 2009, p. 60).

Resulta, portanto, adequada à apreciação da prova indiciária a teoria dita eclética ou mediana, que preconiza um método bifásico de avaliação dos indícios. Assim, num primeiro momento, cada início é analisado individualmente a fim de aferir-lhes os caracteres de precisão e gravidade; em seguida, as ilações indiciárias são apreciadas em conjunto para verificar-se sua concordância. Assimila-se, portanto, a noção de que:

Os indícios são constituídos por circunstâncias, vinculadas ou vinculáveis a um determinado fato, cuja característica normal é que, valoradas isoladamente, possam ter explicações diversas daquelas inerentes ao fato a ser demonstrado, mas, valoradas globalmente, segundo critérios de lógica comum, tornam-se idôneas a constituir aquela ‘relevante probabilidade’ da subsistência do fato. (Antonio BEVERE, 1998, p. 39 apud KNJNIK, 2007, p. 52).

Importa, por fim, observar que a teoria eclética, embora seja reconhecida como mais adequada à análise dos indícios, peca por exigir à produção de certeza uma pluralidade de indícios, rejeitando a possibilidade de que um indício, *de per se*, dê lugar a um juízo de fato legítimo (KNIJNIK, 2007, p. 51). Contudo, considerando que essa teorização toma por base a legislação italiana, nada parece haver de oponível a que, adaptada à nossa compreensão da prova indiciária, esse capricho ceda à consideração também dos indícios singulares.

5.4 ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA DO INDÍCIO

A doutrina é unânime, segundo Assis Moura, em exigir a verificação de alguns elementos para reconhecer o emprego dos indícios na atividade probatória (2009, p. 89). Esses elementos consistem, precisamente, nos caracteres essenciais à própria configuração da prova indiciária, conforme anteriormente estudado⁹¹.

5.4.1 Certeza do indício

Da simples leitura do conceito legal do indício, abstraindo-se os demais predicados que se lhe atribui, é possível identificar sua natureza intrínseca: “*circunstância conhecida e provada*” (CPP, art. 239). A necessidade de que se revista de certeza é explicada pelo o caractere da *precisão*, enunciado como essencial à existência mesma do indício por ocasião da abordagem dos métodos de avaliação da prova indiciária⁹². Ora, é evidente que “*o juiz não pode apoiar-se em dado meramente provável, nem hipotético: a base da argumentação, que é o fato conhecido, deve ser certa*” (ASSIS MOURA, 2009, p. 89). Malatesta explicou, didaticamente, esse elemento:

O indício é uma coisa conhecida, que consiste no fato indicativo, a qual serve para indicar uma incógnita, que consiste no fato indicado; ora não pode dizer-se propriamente conhecido senão o que é certo. Podemos acaso afirmar que uma coisa nos é conhecida, não tendo sequer a certeza da sua existência? Se a existência do fato indicativo, se nos apresentasse como simplesmente provável, aquela existência real não seria para nós senão uma incógnita, e por isso teremos um incógnito que indica outro incógnito. Que ensinamento nos poderia dar a lógica? (1927, p. 228 - grifado)

⁹¹ Ver, acima, o capítulo 4.

⁹² Ver, acima, o ponto 5.3.

Igualmente relacionada a essa ideia está a base para a distinção entre os indícios próximos e remotos, que já foi estudada⁹³ e sobre a qual calha apenas reiterar que o fato empregado na premissa menor da inferência indiciária deve ser certo, sendo possível empregar ilações indiciárias como base para nova inferência apenas quando se revistam da qualidade de *necessárias*.

5.4.2 Máxima da experiência comum ou técnica

Posto em relevo que “*o valor dos indícios repousa sobre as leis da experiência, que marcam o caminho pelo qual, do fato indiciante conhecido, se chega ao conhecimento daquele desconhecido*” (ASSIS MOURA, 2009, p. 91), abre-se espaço a uma breve explanação sobre as máximas da experiência.

Danilo Knijnik, baseado na clássica obra de Friedrich Stein sobre o conhecimento privado do juiz, afirma que não há juízo de fato que prescindia do emprego de uma máxima da experiência. O autor refere a definição original do instituto, segundo a qual as máximas da experiência “*são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos casos individuais julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares que foram observados, e que almejam ter validade para outros novos casos*” (STEIN, 1990, p. 22 apud KNIJNIK, 2007, p. 69).

Considerada a constância do recurso às máximas da experiência no raciocínio indireto para a obtenção da ilação indiciária, Knijnik advoga a necessidade de que a máxima empregada seja mencionada e indicada “*na fundamentação, a fim de que as partes possam sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório*” (2007, p. 71).

5.4.3 Relação de causalidade entre o indício e o fato probando

Particularizando as premissas, estabelecidas por Malatesta, de que “*um juízo não é mais do que a relação entre duas ideias*” e que “*entre duas coisas diversas (...) não pode existir relação, senão quando uma atua sobre a outra*” (1927, p. 184) para o raciocínio indiciário, tem-se que a inferência indiciária é realizada entre dois fatos: o indício e o fato

⁹³ Ver, acima, o ponto 4.5.1.

probando. Daí porque a existência de uma relação de causalidade entre eles é necessária à verificação mesma da inferência e, como se verá adiante⁹⁴, funciona como critério para a aferição do valor probatório da ilação que se segue. No dizer de Assis Moura, “*se, apesar de estar plenamente provado o fato que se pretende indiciante, o juiz não encontra liame lógico algum entre este e o outro fato desconhecido que investiga, o primeiro não pode ter o caráter de indício, porque nenhuma significação probatória pode ter o segundo*” (2009, p. 91).

5.5 REQUISITOS DE VALIDADE DO INDÍCIO

Os requisitos de validade dos indícios dizem, invariavelmente, com as limitações impostas à atividade probatória a partir do reconhecimento do caráter deletério da busca a todo custo da verdade real, apregoada pela concepção demonstrativa e rejeitada pela concepção persuasiva da prova.

5.5.1 Ausência de limitação probatória

A subordinação do interesse em atingir a verdade, que, de resto, é mesmo inatingível, a valores superiores do ordenamento jurídico, mormente os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, tende a criar limitações probatórias a fim de assegurar a observância a tais direitos. Nesse sentido, a lei impõe certas restrições à atividade probatória, como, por exemplo, as relacionadas na discussão sobre as reminiscências da tarifação legal no nosso sistema processual penal⁹⁵, dentre as quais a exigência de “*rígidas e formais provas legais, como o corpo de delito, para a procedência da acusação*” (GRECO FILHO, 2005, p. 217).

5.5.2 Licitude do indício

Como já anteriormente referido, são igualmente inadmissíveis, no processo, por expressa determinação constitucional, as provas obtidas por meios ilícitos (CRFB, art. 5º, LVI). A clareza da proibição, a que faz eco o artigo 157 do CPP, torna teratológicas maiores explicações a este respeito, bastando referir o magistério de Antonio Felipe da Silva Neves,

⁹⁴ Ver, abaixo, o ponto 5.6.2.

⁹⁵ Ver, acima, o ponto 3.4.2.

para quem “os indícios, no que concerne à fonte e meio, podem ser provados por qualquer elemento ou mesmo circunstância, desde que lícitos” (1986, p. 37).

Essa exigência constitui verdadeiro requisito de validade da prova indiciária, pois que somente poderá ser posteriormente apreciada de modo válido se não se verificar nenhuma ilegalidade na sua obtenção. Excetue-se, porém, como dito alhures, a hipótese de o indício ilegalmente obtido beneficiar a defesa, quando o princípio do *in dubio pro reo* lhe emprestará eficácia.

5.6 FATORES DE EFICÁCIA DO INDÍCIO

Com acerto, Antonio Felipe da Silva Neves assevera que “o valor da prova indiciária não é diferente das demais provas; já porque a mesma tem que formar juntamente com outras o conjunto probatório, já porque, também, o juiz tem o poder de livremente apreciar esta ou aquela prova” (1986, p. 48). Se lhe reconhece, portanto, “o valor relativo de toda a prova”, apenas que, por “tratar-se de elaboração de inteligência e crítica” é necessária uma “maior acuidade” na sua valoração (1986, p. 37-8)⁹⁶. Por outro lado, sua precisão e, portanto, sua aptidão para produzir a certeza necessária ao pronunciamento judicial condenatório, dependem da verificação dos fatores a seguir elencados.

5.6.1 Confirmação da credibilidade subjetiva do indício

Na abordagem da distinção entre a prova direta e indireta, referiu-se que, para Malatesta, a credibilidade subjetiva das provas em geral “consiste na relação entre o sujeito que afirma e a afirmação: relação de verdade ou de falsidade entre a pessoa que afirma e a sua asserção; relação de verdade ou de falsidade entre a coisa que atesta e as suas atestações possíveis” (1927, p. 152)⁹⁷. Ao concluir sua exposição sobre a prova indiciária, o autor retoma o assunto, identificando a afirmação dessa credibilidade subjetiva dos indícios

⁹⁶ A esse respeito, ver, acima, o ponto 3.4.2.

⁹⁷ Conquanto possa causar estranhamento a constatação de que o autor fala em “afirmação relativamente à pessoa que afirma” e em “afirmações possíveis relativamente à coisa que afirma”, a distinção se explica “porquanto a afirmação pessoal é sempre unívoca e determinada; ao passo que a afirmação de coisa é as mais das vezes polívoca e indeterminada, exceto quando se trata de prova real-direta, em que, atestante e asserção se identificam, tornando-se unívocos, relativamente ao elemento diretamente provado” (1927, p. 152).

em específico com o fator de eficácia da prova indiciária a que Assis Moura chama de exclusão da hipótese de falsificação do indício⁹⁸.

Embora tenha relação direta com a afirmação do elemento de existência do indício consistente na certeza do fato provado⁹⁹, a análise em separado daquele e deste se justifica porque o momento de sua aferição é diverso. Com efeito, a aferição da certeza dos indícios faz-se individualmente em relação a cada um deles, enquanto a confirmação da sua credibilidade subjetiva tende a ser posta em relevo apenas por ocasião da avaliação dos motivos infirmativos da ilação indiciária (DELLEPIANE, 1919, p. 101-4)¹⁰⁰.

Antonio Dellepiane afirma que a falsificação da prova pode ocorrer de inúmeras formas¹⁰¹, sendo geralmente promovida pelo autor do delito, com o propósito deliberado de elidir a persecução penal. A propósito, Malatesta aponta dois motivos genéricos infirmativos da credibilidade subjetiva da prova indiciária: a incompatibilidade entre a noção que se tem da coisa e a coisa mesma¹⁰² ou a inautenticidade da coisa, provocada “*por obra maliciosa do homem*” (1927, p. 226), é dizer, pela falsificação. O autor apresenta, então, três motivos possíveis para tal falsificação:

- a) em seu proveito ou em proveito alheio: o acusado falsifica as coisas para não ser indiciado; ou os amigos e os seus parentes falsificam, para que ele não seja indiciado;
- b) para prejudicar a outrem: falsificam-se as coisas para servirem a indiciar uma dada pessoa;
- c) por mera brincadeira: falsificam-se as coisas para gozar o espetáculo da inquietação de momento que se cria em uma pessoa, ou para lhe cair em cima a troça por qualquer modo. (1927, p. 226).

⁹⁸ Afirma o autor: “(...) *é depois de se ter presumido a genuinidade subjetiva do facto indicador, deduzindo-a do ordinário modo de ser dos factos daquela espécie; é depois de se ter julgado que ele não se apresenta assim por obra da malícia humana, isto é, por obra de uma ação destinada a enganar; é depois de uma tal presunção, que se passa a fazer valer o indício na sua substância probatória, como indicativo daquele dado facto que se pretende verificar*” (1927, p. 195).

⁹⁹ A relação é posta em relevo por Malatesta, ao afirmar que “*A avaliação subjetiva do indício tem por fim fortalecer o facto indicativo, ou seja a subjetividade da prova*” (1927, p. 227).

¹⁰⁰ Não é outra a opinião de Malatesta, para quem “*é necessário em primeiro lugar pesar o indício no seu valor subjetivo, isto é, considerando os motivos infirmantes da identidade intrínseca e extrínseca do facto indicador, e pesá-lo depois no seu valor objetivo, isto é, nos motivos infirmantes da coisa indicada*” (1927, p. 226).

¹⁰¹ O autor expõe os exemplos como a troca de material genético submetido a perícia, a destruição do cadáver da vítima de homicídio etc. (1919, p. 89-90).

¹⁰² “*Falta de identidade intrínseca da coisa. A que se apresenta atualmente, em si mesma, como uma certa coisa, não é a que se crê, mas outra coisa.*” (1927, p. 225)

5.6.2 Confirmação do nexó de causalidade entre o indício e o fato probando

Assis Moura afirma, sobre este fator e eficácia, o que já foi, aqui, repetido à exaustão: “a força probatória dos indícios depende da maior ou menor firmeza da conexão causal que exista entre eles e o fato desconhecido que se investiga” (2009, p. 93), pelo que, admitida a contingência de que, por vezes, se revestem as ilações indiciárias, há que se reconhecer a possibilidade “de que se trate de falsa conexão, isto é, criada por obra do azar, eu seu significado de sorte (boa ou má), e, principalmente, acaso, ou casualidade” (2009, p. 93-94).

Dellepiane chama de princípio da confirmação a necessidade de, após serem provados, especificados e valorados individualmente, serem os indícios analisados em conjunto a fim de determinar com precisão o valor da inferência indiciária e excluir a hipótese de azar ou falsificação da prova. O autor critica a doutrina por, ao reclamar a concordância e convergência entre os indícios, fazê-lo “sin detenerse a precisar en qué consiste esta condición, y dando además por sentado, que, concordancia o convergencia, son cosas equivalentes” (1919, p. 101). Defende, então, que o caractere de concordância têm-no os indícios ou fatos indicadores, enquanto a convergência seria um atributo das conclusões do raciocínio indiciário:

En cuanto a los indicios o hechos indicadores, no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensamblan los unos con los otros, de manera a constituir un hecho natural, lógico, coherente. (1919, p. 103).

Discussões terminológicas à parte, cabe esclarecer o porquê de, mesmo após terem sido valorados os indícios individualmente, sua análise conjunta pode levar a um ajuste nesse valor. A explicação, fornecida por Dellepiane, consiste em que a “*improbabilidad grande del encuentro de varias series fenomênicas muy distantes entre sí*”, ou seja, o estranhamento derivado da ação da casualidade conduz, *contrario sensu*, a que a concordância entre os indícios aumente seu valor intrínseco, do mesmo modo que “*el desacuerdo de los mismos daría por resultado restarles valor*” (1919, p. 105-6).

A esse propósito, Dellepiane conceitua o azar como sendo “*el encuentro de procesos fenomênicos independientes, es decir, que no se hallan unidos entre sí, o con otro fenómeno o proceso, por vínculos regulares de causalidad*” (1919,p. 84-5). Malatesta, a respeito verificação da casualidade, embora a ela não se referindo nesses termos, assim se manifesta:

Não repugna à consciência que um fato que ordinariamente se acha ligado a um dado acontecimento, servindo por isso para o indicar, se encontre às vezes, num caso singular e concreto ligado extraordinariamente a um acontecimento diverso (...). Mas que mais de um fato que se acham ligados ordinariamente a certos acontecimentos, isto é, no maior número dos casos, se encontrem depois nos casos singulares e concretos, todos ao mesmo tempo, ligados extraordinariamente a acontecimentos de outro gênero, isso é contrário ao modo de ser das coisas. (1927, p. 229-30 - grifado).

Os indícios em estado bruto, portanto, devem ser, além de provados, submetidos a um filtro crítico tendente a verificar a sua concordância, de modo a restringir as variáveis ilações que podem dele se originar, assentando assim a consistência do nexos de causalidade expresso pela regra de experiência que possibilita a inferência.

5.6.3 Aferição da força probatória da ilação indiciária

Como visto, o grau máximo de certeza que se pode obter da prova indiciária é atingido quando o fato probando se afigura como a causa necessária do indício¹⁰³. Essa assertiva é corroborada pelas já referida lição de Malatesta (1927, p. 217-9) e pelas seguintes palavras de Antonio Dellepiane: “*la prueba indiciaria es perfecta cuando el hecho que se quiere probar resulta necesariamente como causa de su efecto, de uno o de vários indicios considerados en conjunto*” (1919, p. 104). Nas palavras de Malatesta:

O ordinário, como vimos em lugar próprio, é a base lógica dos indícios contingentes, e o ordinário consiste na ligação existente para o maior número dos casos entre o fato indicativo e o fato indicado. Ora, quanto mais intenso é o ordinário de onde se parte, tanto maior é o valor probativo do indício. Aquilo que chamamos maior intensidade do ordinário é, pois, determinado pelo maior número dos casos, em que se verifica a mencionada ligação entre o fato indicativo e o fato indicado, e pelo menor número dos casos em que a mencionada ligação se não verifica. A força probatória do indício está, assim, em razão direta da frequência do fato indicado, e na razão inversa da multiplicidade e frequência dos fatos contrários. (1927, p. 229 - grifado).

¹⁰³ Ver, acima, o ponto 4.5.2.

Conclui-se, portanto, que o fator decisivo para conferir maior ou menor eficácia probatória à ilação indiciária é precisamente a qualidade da máxima de experiência empregada na inferência. Embora esta nem sempre forneça ilações indiciárias necessárias, a convergência entre as múltiplas ilações contingentes obtidas é capaz de afastar a influência da causalidade cedendo espaço ao assentamento da certeza racional.

5.6.4 Pluralidade de indícios contingentes e convergência das ilações indiciárias

Dellepiane afirma, a propósito deste fator de eficácia, que *“cuando el número de los indicios y su alejamiento es grande, la creencia en la eliminación de la hipótesis de azar tornase firme y suficiente como para producir en el espíritu la convicción de la realidad del hecho por ellos indicado”* (1919, p. 87). Em semelhante sentido, Ellero sustenta que *“no se debe decir: se necesitan dos, tres o más indicios, toda vez que puede bastar uno sólo y pueden ser poco ciento”* (1944, p. 102). Na realidade, *“considerando el indicio como el efecto de una causa, cuando no es necesario (pues si lo es, basta por sí solo), se debe considerar juntamente con los demás”*. Por outros termos, *“un indicio que por sí solo puede no señalar la necesidad, puede hacerlo unido a otro”* (1944, p. 103).

Ellero adverte, no entanto, que *“comúnmente (...) se prescinde de estas consideraciones; repútanse los indicios como argumento de probabilidad; se suman, se procura la certeza en virtud de este cómputo material”* (p. 103). Esse tipo de raciocínio, porém, sobretudo quando considerada a circunstância de que os indícios são geralmente utilizados para evidenciar a procedência da acusação, acaba conduzindo a sentenças equivocadas, na medida em que os indícios, por mais que apontem em sentidos diversos, ou melhor, justamente por apontarem em sentidos diversos, devem ser mutuamente ponderados. A mesma crítica foi formulada por Malatesta em suas conclusões relativas à prova indiciária, manifestando-se assim o autor:

Vários indícios no seu concurso podem constituir uma prova cumulativa provável, e vários indícios prováveis em concurso podem reforçar a sua probabilidade cumulativa, elevando-a até ao máximo grau; e por vezes, ultrapassando este máximo grau, podem chegar a fazer com que se não repute dignos de serem tomados em conta os motivos para não crer, gerando assim a certeza subjetiva.

Isto, porém, já se não explica, como o explicaram alguns, com a ideia materialmente numérica da soma de frações conducentes à unidade, com a ideia de frações de convencimento de cada um dos indícios, reunindo-se no convencimento pleno. A soma só é possível entre valores homogêneos, e os indícios como valores probatórios são heterogêneos; um indica o delito por um lado, o outro, pelo outro.

O aumento de fé proveniente da acumulação dos indícios explica-se diversamente; explica-se por meio de um argumento probatório especial resultante do concurso das várias provas, argumento probatório que me parece dever chamar da convergência das provas. (1927, p. 229).

5.6.5 Eliminação dos conraindícios e dos motivos infirmativos da conclusão

Falar em conraindícios só faz sentido quando se tenha assentada a natureza dialética do processo penal, que supõe que, nele, acusação e defesa disputam a estabilização de determinada versão dos fatos através da apresentação de evidências probatórias ao juiz. Embora a doutrina, nesse cenário, tenda a, ao fazer referência a *indícios*, aludir apenas àqueles que dão suporte à acusação, é evidente que não deixam de sê-lo os indícios contrários à pretensão punitiva, apenas que estes são então chamados de conraindícios.

Nada impede, porém, que se considerem conraindícios quaisquer indícios que infirmem as conclusões a que outros indícios anteriormente levavam. No dizer de Neves, conraindício é “*qualquer circunstância ou fato, conhecido e provado, que contraste de forma negativa e peremptória, com a prova de afirmação já existente*” (1986, p. 54). Para Malatesta, do mesmo modo, conraindício é “*a prova infirmante do indício, consista ou não em outro indício*”, contrapondo essa figura à dos motivos infirmativos, por ele conceituados como os “*motivos que haja para não crer inerentes ao indício por si mesmos*” (1927, p. 223).

De toda sorte, Malatesta sustenta a possibilidade de afastamento desses motivos de crer contrários à ilação indiciária, diminuindo a probabilidade de que eles sejam obra do azar ou da causalidade em grau inversamente proporcional ao número de inferências convergentes obtidas através dos indícios:

O extraordinário, justamente porque o é, é raro. Ora, à medida que cresce o número dos indícios concordantes, para não se crer neles, é necessário, fazendo uma violência cada vez maior à nossa consciência experimental, admitir um número maior de casos extraordinários verificados. Eis porque, com o aumento do número de indícios, cresce a improbabilidade de que eles

sejam enganadores, aumenta, por outros termos, a sua força probatória; e este aumento de força probatória é proporcional não só ao número, mas também á importância das provas que se acumulam: eis o argumento probatório que denominamos da convergência das provas. (MALATESTA, 1927, p. 230).

Na síntese de Ellero: os indícios contingentes podem chegar a produzir uma convicção necessária quando, com a prova, “*se rechazan todas las hipótesis posibles, excepto una sola*” (1944, p. 65).

6 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto no presente trabalho, algumas considerações merecem ser repisadas a título de sistematização do conteúdo. A finalidade da prova é gerar, no julgador, a convicção da verdade dos fatos alegados em juízo para que seja, então, imposta a consequência determinada pela lei penal. Rejeita-se, por outros termos, a concepção demonstrativa da prova, que supõe possível a assimilação entre prova e verdade: na realidade, entre essas categorias não há vínculo senão o que faz aquela funcionar como norte axiológico da atividade probatória.

A legitimidade do juízo de fato, então, decorre não da conformidade da sua percepção com a realidade ontológica, mas da certeza racional – é dizer, da convicção –, que, gerada no julgador a seu respeito, é o único meio para derrubar a presunção de inocência, pois que esta funciona como regra de valoração da prova de modo a evitar a consideração de quem quer que seja como culpado até que contra ele pesem provas suficientes à configuração, no espírito do julgador, da certeza racional da ocorrência daqueles fatos.

Essa convicção acolhedora da tese acusatória pode tanto provir de provas ditas diretas como de provas outras, como os indícios, em que a arte crítica possibilita a formulação de ilações sobre fatos desconhecidos a partir de fatos conhecidos já provados. Eis a lógica probatória dos indícios: do fato conhecido e provado, formula-se, através de raciocínio experimental de índole indutivo-dedutiva, uma ilação sobre o fato probando, com o qual aquele se relaciona por um vínculo de causalidade. É da combinação dessa relação de causalidade entre os fatos provado e probando com a máxima de experiência que se infere o grau de certeza que o indício, individualmente considerado, pode exprimir. E é também com base nessa relação de causalidade, que se funda a distinção entre indícios e presunções, visto que estas operam através de relações de identidade.

Considerando, no entanto, que a convicção apenas muito raramente se verifica sem motivos que infirmem a conclusão, cabe reiterar que é perfeitamente possível chegar à certeza racional através do descarte – que há de ser igualmente racional – dos motivos infirmativos. É aí que radica o método de apreciação dos indícios.

A elaboração teórica ora adotada, proposta por ASSIS MOURA (2009), afirma a necessidade de, num primeiro momento, afirmar-se estreme de dúvidas a existência de um fato (indício) vinculado a outro fato (probando) por meio de relação de causalidade expressa numa máxima da experiência, comum ou técnica, que deve ser igualmente demonstrada. O segundo passo, relativo à afirmação da validade desses meios de prova, consiste em descartar a ocorrência de nulidades ou a verificação de limitações probatórias. Por fim, reunida uma pluralidade de indícios, devem todos ser apreciados em conjunto, desde a análise individualmente considerada da consistência da máxima da experiência que a cada um se vincula, até a verificação da convergência das ilações obtidas ao cabo da inferência e o afastamento dos motivos infirmativos das conclusões obtidas.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1989.
- ALAMY FILHO, João. *O caso dos irmãos Naves: um erro judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Verdade processual penal*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 1, p. 153-79.
- BASTOS, Marcelo Lessa. Exame de Corpo de Delito - uma releitura do art. 158 do CPP à luz do princípio do contraditório e das novas regras do interrogatório. In: XVI Congresso do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. *Anais do XVI Conpedi*, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. E-book. Disponível em: <http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2012.
- BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de processo penal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.
- BLONDEL, Erin C. Victims' Rights in an Adversary System (November 15, 2008). *Duke Law Journal*, v. 58, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=dlj>>. Acesso em: 22 nov. 2011.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 195, p. 78-100, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/24153>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a Lei 10.792/03, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código de processo civil interpretado*. Volume III. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1958-1960,

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 1, n. 1, p. 26-51, jan./mar. 2001.

DEBARBA, Kirsten. *Maintaining the Adversarial System: The Practice of Allowing Jurors to Question Witnesses During Trial*. 55 Vand. L. Rev. 1521 (2002). Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/publications/vanderbilt-law-review/archive/volume-55-number-5-october-2002/download.aspx?id=2892>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1919.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Ícone, 2006.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales: Tratado de la prueba en materia penal*. 4. ed. espanhola. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1995.

FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do art. 156 do código de processo penal com o sistema acusatório. *Revista Crítica do Direito*. Disponível em: <<http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/revista2/RCJ2Marcelo.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1933.

GARRAUD, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, t. I*. Paris: Recueil Sirey, 1907.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOROD, Brianne J. The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding. *61 Duke Law Journal* 1, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goitacases, v. 4 e 5, p. 213-70, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 69, p. 179-99, 2007.

_____. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEGASPI, Juan Lavalle. *La prueba presuncional en el derecho procesal penal*. Ciudad de Mexico: Escuela Libre de Derecho, 1967.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional, vol. I*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. (Tradução da 1ª edição francesa, de 1848).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PICINALI, Frederico. Is “Proof Beyond a Reasonable Doubt” a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases. *Global Jurist*, v. 9, n. 4. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art5>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

PIZZI, William T. Victims' Rights: Rethinking Our 'Adversary System'. *Utah Law Review*, 1999.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 1, p. 219-43.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal (Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor)*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal, vol. I*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Instituições de processo penal, vol. 5*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

WEBER, Rosa Maria Núñez. Reflexões sobre o ônus da prova no processo penal condenatório. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, 2007. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2011.