

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA CAROLINA AGUIAR FERREIRA

DA PROVA INDICIÁRIA: limites ao livre convencimento do julgador

Recife
2017

MARIA CAROLINA AGUIAR FERREIRA

DA PROVA INDICIÁRIA: limites ao livre convencimento do julgador

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.

Recife
2017

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

F383d Ferreira, Maria Carolina Aguiar.
Da prova indiciária: limites ao livre convencimento do julgador /
Maria Carolina Aguiar Ferreira. - Recife, 2017.
89 f.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) –
Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Prova indiciária. 3. Livre convencimento. 4.
Processo penal. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. II. Faculdade Damas
da Instrução Cristã. III. Título

CDU 340

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA CAROLINA AGUIAR FERREIRA

DA PROVA INDICIÁRIA: LIMITES AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador(a):

2º Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, fonte de toda força, coragem, foco, persistência e confiança que me têm sido necessárias em cada passo da minha vida e, sobretudo, por ser a resposta para as minhas vitórias.

Agradeço de maneira incondicional aos meus pais, Angélica e Enildo, pelo apoio em todos os setores da minha vida e por muitas vezes superarem seus próprios limites em nome do meu bem-estar. Agradeço por minha educação e valores, por compartilharem junto a mim todas as minhas vitórias e angústias, por serem meus grandes exemplos; pelo amor genuíno que sinto em cada momento que estamos juntos. São a razão maior para minha luta diária – não apenas por retribuição, mas por puro e verdadeiro amor.

Ao meu pai, Enildo, por sempre me mostrar que posso ir além dos meus limites, que eu posso concretizar tudo o que almejo. Agradeço por ter acreditado na minha capacidade quando aos meus 16 anos resolvi ingressar na Faculdade de Direito. Eu disse que conseguiria, mas, sem o teu apoio isso jamais se realizaria. Agradeço por todos os teus conselhos, por sempre me mostrar o caminho do bem e por agir sempre com honestidade.

À minha mãezinha, Angélica, faltam-me palavras para agradecer. Tudo o que sou hoje, devo a você. Obrigada por sempre ter priorizado os meus sonhos, por acreditar no meu potencial, por não sair do meu lado nas dificuldades, pelas inúmeras vezes que te preocupastes comigo. Você é exemplo de mãe, mulher e luto, diariamente, para ser teu maior orgulho. Amor é pouco para definir o elo que nos une.

Ao meu orientador, o Professor Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, pelo qual tenho profunda admiração e respeito e cuja ajuda foi essencial ao longo dessa caminhada. Seus conselhos e direcionamentos tornaram possível a conclusão deste trabalho. Suas lições vão muito além do âmbito do Direito, ensinou-me como o cidadão deve se portar para que o Estado realmente seja justo consubstanciado através da moral e da ética com o que é correto.

À todos os professores da Faculdade Damas, por toda a transmissão de conhecimentos e valores que carrego tanto para minha vida acadêmica como pessoal. Jamais me esquecerei de que o direito pertence ao mundo dos fatos e que, se ele se afasta da realidade, acaba por perder a sua precípua utilidade. Em especial, ao professor Leonardo Siqueira, quem além de professor considero como amigo, sempre disposto a ajudar e, sem sombra de dúvidas, um os responsáveis pela grande paixão que tenho hoje: O Direito Penal.

Estendo meus agradecimentos a Irmã Mirian Vieira, ao professor Aurélio da Bôaviagem e Cláudio Brandão, por todo apoio dado desde o princípio, quando comecei a

Faculdade de Direito aos 16 anos. Agradeço pela oportunidade que me fora dada e por acreditar que mesmo tão nova, teria maturidade suficiente para conduzir esta difícil tarefa.

Por ultimo, mas não menos importante, a mim, que por inúmeras vezes mesmo cansada, abdiquei de tudo em prol do meu maior sonho. Por toda a resiliência que tive e por buscar nos estudos, meu maior refúgio.

RESUMO

Esta monografia investiga, por meio do método hipotético-dedutivo, os limites da avaliação da prova indiciária no âmbito do Direito Processual Penal, com o precípuo objetivo de averiguar os limites probatórios da prova indiciária como motivação para sentença condenatória, com a análise das questões que envolvem estes crimes, a aplicação dos conceitos básicos de indícios, sua classificação na doutrina e jurisprudência e o estudo de um caso concreto, com ampla repercussão mundial, para comparar os fundamentos considerados ao que se preconiza o ordenamento jurídico. Assim, discutem-se as questões de lógica e probabilidade para determinar a composição do raciocínio probatório necessário para fundamentar provas suficientes para superar os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, a fim de legitimar uma condenação. Ao final da pesquisa, concluiu-se que a análise dessas provas, à luz do direito comparado, da perspectiva do crime e da jurisprudência, demonstra que a prova indiciária não pode ser considerada inferior à prova direta, e em muitas situações, apresenta-se como uma prova hábil a justificar uma convicção, ensejando o que se entende por “Prova além de uma dúvida razoável” e preservando os princípios básicos do direito.

Palavras-chave: Prova indiciária. Livre Convencimento. Processo Penal.

ABSTRACT

This monograph investigates, through the hypothetical-deductive method, the limits of the evaluation of the evidence in the scope of Criminal Procedural Law, with the objective of ascertaining the evidential limits of the evidence as a motivation for conviction, with the analysis of the questions that involve these crimes, the application of the basic concepts of clues, their classification in doctrine and jurisprudence, and the study of a concrete case with a wide world impact, in order to compare the foundations considered with the legal system. Thus, questions of logic and probability are discussed to determine the composition of the probative reasoning necessary to substantiate sufficient evidence to overcome the principles of presumption of innocence and *in dubio pro reo* in order to legitimize a conviction. At the end of the research, it was concluded that the analysis of these evidence, in the light of comparative law, from the perspective of crime and jurisprudence, shows that the evidence can not be considered inferior to direct evidence, and in many situations, As a skillful evidence to justify a conviction, by giving what is meant by "Proof beyond reasonable doubt" and preserving the basic principles of law.

Keywords: Clue proof. Free convincing. Criminal proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPB	Código Penal Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
RISTF	Regimento Interno do Superior Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL	13
2.1 A busca da verdade no processo penal	13
2.2 Considerações gerais sobre o conceito de prova	17
2.3 Prova direta.....	21
2.4 Prova indireta.....	25
2.5 Prova indiciária.....	28
3 LÓGICA, PROBABILIDADE E INTERFERENCIA: BASES DA DISCUSSÃO DA PROVA POR INDÍCIOS.....	41
3.1 Modelos probatórios	43
3.2 Valoração da prova.....	47
3.3 Inferência probatória, probabilidade indutiva e prova indiciária	49
3.4 Prova indiciária e ônus da prova.....	52
3.4.1 <i>Produção da prova indiciária e sistemas de avaliação das provas</i>	53
3.5 Prova legal ou tarifada.....	55
4 SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA INDICIÁRIA: PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E LIMITES A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO	57
4.1 Livre apreciação da prova ou persuasão racional.....	58
4.2 Alcance do princípio de presunção de inocência.....	59
4.3 Papel do <i>in dubio pro reo</i> no julgamento penal	61
4.4 Limitações probatórias de caráter constitucional ou processual	63
4.5 A suficiência ou não da prova indiciária para fixação de um juízo de certeza na sentença penal.....	64
4.6 Índícios e a ideia da “prova acima de dúvida razoável”	66
4.7 Análise do caso do goleiro Bruno <i>versus</i> Eliza Samúdio.....	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS	76
ANEXO A - HABEAS CORPUS 139.612 MINAS GERAIS	80

1 INTRODUÇÃO

Vestígios procuram, vestígios encontram, vestígios significam. Os significados desses vestígios ou rastros, em um cenário de crime, constituirão os indícios, matéria há muito controvertida no âmbito do direito processual penal. Sabe-se que as provas são imprescindíveis no âmbito normativo do processo penal, sem as quais se torna impossível a comprovação acerca da veracidade das alegações trazidas pelas partes. Na persecução penal, correspondem ao ato ou complexo destes que visam a estabelecer a veracidade de um fato ou da prática de um ato, tendo como finalidade a formação da convicção da entidade decidente – juiz ou tribunal – acerca da existência ou inexistência de determinada situação factual.

Para chegar-se a uma concepção de certeza sobre a existência de determinado fato, somente dirimindo-se as dúvidas. Assim é em tudo na vida e, também, em um processo criminal. Uma condenação definida em estado de dúvida séria e intransponível constituiria uma decisão arbitrária, nefasta, e, portanto, inaceitável perante os princípios democráticos consagrados em nosso arcabouço jurídico-normativo. Contudo, ocorre que os crimes sem testemunhas, sem confissões, acabam por colocar o julgador na posição de um construtor, em que a análise racional de cada peça (vestígios ou sinais) será fundamental para seu convencimento e decisão, evitando-se a impunidade por antecipação, algo que também teria consequências nefastas para a sociedade.

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

Nota-se que em relação ao cometimento de homicídios, muitas vezes de modo premeditado e em locais ermos, sem a presença de testemunhas, fica o Estado com uma maior dificuldade na apuração desses casos, impondo-se à atividade policial uma maior habilidade e capacidade de trabalho a fim de encontrar provas que possam elucidar a autoria e possibilitar a realização de justiça, levando o Ministério Público ao Poder Judiciário um acervo de provas que subsidie a formação adequada de um juízo de convicção.

Contudo, até que ponto pode o juiz condenar com base em indícios? Quais os limites de uma decisão baseada em prova indiciária em um processo penal democrático e justo?

Tratando-se de uma prova baseada em circunstâncias, as quais deverão ser verificadas em todas as suas nuances para haver uma conclusão sobre determinado fato, juízos apriorísticos poderiam violar garantias fundamentais do acusado? Note-se que inúmeros são os pontos questionáveis diante desta temática o que revela grande importância e, sobretudo, justifica a necessidade de aprofundamento em seu estudo.

Neste interregno, buscar-se-á reunir dados e informações com o precípuo escopo de responder o seguinte problema de pesquisa: A prova por indícios é suficiente para condenar um indivíduo por meio de uma sentença penal condenatória, tendo em vista os princípios do *in dubio pro reo* e do livre convencimento motivado?

É notório que nem sempre haverá o corpo da vítima, uma vez que o agente, na tentativa de livrar-se da pena e ficar impune, pode extraviar ou desaparecer com o corpo. Assim sendo, não se pode nos dias atuais, ignorar tal hipótese, devendo o magistrado analisar a possibilidade de formar-se o convencimento da materialidade do crime de forma indireta, visando combater a impunidade que seria gerada, não afrontando nenhum dos princípios basilares do Direito Processual Penal.

Há de se ressaltar que a atuação do juiz na utilização da prova indiciária como critério suficiente para incriminar o sujeito, à luz dos princípios do livre convencimento motivado e *in dubio pro reo*, é possível, desde que observados os limites estipulados a sua discricionariedade, o que confere uma maior segurança jurídica.

O referido questionamento conduz ao reconhecimento de que os indícios são capazes de ensejar a prolação de uma sentença penal condenatória, desaguando nas diversas posições acerca da suposta inferioridade existente deste meio probatório, bem como da decisão lastreada em indícios, sempre visando a existência de um sistema estatal justo.

Objetiva-se, deste modo, investigar os limites probatórios da prova indiciária como motivação jurisdicional para sentença condenatória, sobretudo no que concerne ao delito de homicídio. Mais especificamente, estudar a prova direta e indireta no campo do Direito Processual Penal, discorrer acerca das bases da discussão da prova por indícios e suas consequências jurídicas e por fim, investigar os limites e parâmetros da sentença penal baseada na prova indiciária à luz das normas e princípios de um Estado democrático de Direito.

A metodologia utilizada é estudo descritivo, qualitativo, por método analítico hipotético-dedutivo, através de revisão bibliográfica. Este método consiste na submissão de uma proposição à falseabilidade, a partir do embate epistemológico, para, ao final, verificar se a proposição permanece válida ou não.

A presente monografia encontra-se dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, são estudados os meios de prova admitidos em nosso sistema jurídico, mormente no tocante à prova pericial, de maneira ampla, visto que a prova na persecução criminal, visa estabelecer a veracidade de determinado fato juridicamente relevante, de maneira a evidenciar as diferenças existentes no tocante as provas diretas e indiretas, bem como se dá a incidência das mesmas no âmbito processual penal.

O segundo capítulo apresenta as bases da discussão da prova por indícios, demonstrando os mais variados modelos probatórios existentes e como estes se correlacionam com a valoração probatória, inclusive no tocante a distribuição do ônus da prova, evidenciando a existência da dita prova legal ou tarifada, sendo defrontado, inclusive, com esse nítido cruzamento de versões e hipóteses que se desfecham no processo judicial, sendo decisiva para o convencimento do magistrado.

Por fim, o terceiro capítulo estabelece uma análise acerca da sentença penal baseada na prova indiciária, no que concerne aos limites e parâmetros do magistrado ao prolatar a sentença consubstanciada em mera prova indiciária, tendo em vista que os indícios equiparam-se à prova plena, sendo aceito como meio de prova que, por sua vez, é capaz de auxiliar o julgador na formação de seu convencimento, tendo em vista que ao longo dos tempos conquistou seu espaço e adquiriu valor probatório no ordenamento jurídico, excluindo quaisquer hierarquias entre as normas, vez que inexistentes. Este é, de forma especial, a essência do trabalho. Nele é analisada a problemática probatória no crime de homicídio, de maneira a trazer um caso recente, de repercussão mundial acerca do tema, qual seja o do goleiro Bruno e Eliza Samúdio.

2 A PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL

2.1 A busca da verdade no processo penal

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

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

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

Para a existência de uma condenação e, dessa forma, a conseqüente restrição de liberdade do acusado, é essencial que haja um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa, bem como provas suficientes que apontem para a responsabilidade criminal do agente.¹

O processo penal, portanto, a partir de um sistema acusatório, serve para a comprovação de culpa do agente, diante das provas produzidas ao longo da instrução criminal, que, somente se estendidas como aptas a um decreto condenatório pelo juiz, poderão ensejar essa responsabilização e punição do autor do crime.²

A prova é a essência do processo penal, pois representa o caminho para a reconstrução do fato delituoso que foi cometido e torna possível a conclusão acerca da verdade daquele caso concreto. Porém, em que consistem os termos “prova” e “verdade”?³

¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2010. p. 188.

² ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona Law Review**, v. 54, p. 1-46, apr. 2013. Disponível em: <http://www.professoralexstein.com/images/RJA_AS_SSRN2.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 57-71.

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

Entretanto, a ideia que se extrai para o processo penal, leva em consideração que um processo somente poderá ser justo e adequado aos preceitos jurídicos-constitucionais, se resguardadas todas as formalidades essenciais para o desenvolvimento completo da ampla defesa e do contraditório, não se tolerando uma “caça à verdade” sem as observâncias das mínimas garantias dos direitos do acusado e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁴

Importante trazer à baila, a diferenciação entre “verdade formal” e “verdade material”, que durante muito tempo foi afirmada pela doutrina, no sentido de que no processo penal a verdade buscada é a “real” ou “material”, enquanto no processo civil seria a mera verdade “formal”, o que traduz apenas uma ideia incompleta, que não corresponde a uma série de indagações, sobretudo, acerca dos limites que devem ser respeitados pelo Estado na busca incessante de uma “verdade”.

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

Essa situação não é admissível no processo penal, em que a possibilidade de uma intervenção no direito de liberdade do indivíduo pode ser a consequência, impondo-se a existência de um juízo de culpa devidamente delineado, com a necessidade de descoberta do que efetivamente ocorreu naquele determinado caso, como se passaram os fatos que ensejaram a instauração daquele determinado processo criminal. Busca-se, assim, a “verdade”, todavia, uma verdade que, de modo seguro, espelhe um juízo de convicção sobre certo fato, estando amparado em provas.⁵

Portanto, conforme preconiza Gonzáles Lagier,⁶ não se trata de uma verdade “absoluta”, pois essa é inatingível, mas uma verdade palpável, que tenha o fito de confirmar a realidade dos fatos. Isso, sem dúvidas, leva a algumas questões. Se a busca da verdade deve

⁴ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 73-99. p. 142.

⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 64.

⁶ GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. [1971?]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

ser dentro dos limites legais, certo que a doutrina atual limita, de certo modo, a produção de provas exclusivamente por iniciativa do juiz. Discute-se, assim, a questão do ônus probatório, o qual ficaria a cargo das partes envolvidas no processo, no caso, acusação e defesa, perfazendo o sistema acusatório, que pode ter caráter puro ou misto, a depender da possibilidade de iniciativa do juiz no que concerne a produção probatória.

Há tempos atrás, em um sistema dito inquisitório, o magistrado teria plenos poderes para produzir quaisquer provas dentro do processo, o que possibilitaria a figura de um juiz-acusador que, simplesmente, com sua atuação, desfiguraria um processo penal de ótica garantista e que preservasse os direitos e garantias individuais do cidadão, havendo uma total quebra da imparcialidade do juiz, que estaria a exercer um papel de “acusador”, usando todos os meios possíveis para provar a verdade real, mesmo que para isso sacrificasse direitos fundamentais do acusado.

Em decorrência disto, com a adoção de um sistema acusatório, mesmo que em muitos ordenamentos jurídicos o juiz possa, em caráter subsidiário e limitado, ter alguma iniciativa probatória, a carga probatória será primordialmente das partes, que deverão produzir as provas na busca do convencimento do julgador. Nesse sentido, a doutrina passou a alegar que, sendo impossível se falar em “verdade real”, a verdade buscada no processo é a “verdade judicial” ou “forense”, que representa a convicção sobre a realidade verificada no processo, em que o juiz indicará, de forma fundamentada, o seu ponto de vista sobre os fatos trazidos ao seu conhecimento.

Castanheira Neves,⁷ quanto a isso, destaca que “a verdade que importa ao direito (e assim, ao processo), não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objetiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma verdade histórico-prática.

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

Ao longo dos anos, com a notória mudança de paradigmas e a vitória da imposição dos direitos humanos em detrimento da opressão estatal, o processo penal passou a estar adequado a parâmetros constitucionais, em que o papel do juiz não pode ser confundido com o papel de

⁷ NEVES, A. Castanheira. **Sumários de processo criminal**. [Coimbra]:Coimbra Editora, 1968. p. 48-49.

acusador, garantindo-se essa separação de papéis e de poderes, existente, assim, na concepção de um sistema acusatório.

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

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

Como bem observa Muñoz Conde,⁸ isso não quer dizer que se renuncie à ideia de que o processo penal “busca a verdade”. Defende que não se precisa afastar o reconhecimento dessa finalidade desde que se tenha como pressuposto esses limites legais e constitucionais.

Nesse contexto, admite-se também a existência de uma relativização da supracitada verdade material, em decorrência das normas processuais e constitucionais, aceitando-se, assim, uma verdade “forense”, que nem sempre coincidirá com a verdade “material”, sendo, porém, o preço a pagar, no mínimo, pela evidente necessidade de assegurar as garantias e direitos individuais, sem adentrar na impossibilidade de falar-se em verdade “absoluta”.

Não é outro o posicionamento de Albrecht,⁹ no sentido de que a busca da verdade constitui um ideal indissociável do processo penal frente aos direitos que estão envolvidos, porém, com as necessárias limitações para proteção de um núcleo mínimo de direito dos cidadãos. Haveria, sim, uma verdade funcional, nos mesmos termos que a sobredita verdade forense, sendo que o juiz somente poderia condenar com a formação de um juízo de convicção que espelhe, ao final, aquilo que se pode considerar como verdade, ou seja, uma “convicção da verdade”.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 120.

⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2010. p. 385.

No processo penal, porém, como destaca Gössel,¹⁰ admitindo como pressuposto que uma verdade objetiva plena seria inatingível pelo homem, busca-se uma verdade “relativo-objetiva”, a qual é acessível ao conhecimento humano desde que seja averiguada nos limites impostos pela legislação.

Ferrajoli,¹¹ de outra banda, destaca a existência de uma “verdade processual”, como sendo aquela aproximada, diante da nítida impossibilidade de uma verdade absoluta, concebida pelo ideal da perfeita correspondência. Destaca-se que muito embora critique e aponte as dificuldades que se extraem a partir disso, certo que admite que a ideia representa um princípio regulador, ainda que traçado por critérios e limites que diferem de uma verdade científica, por exemplo, pois no campo jurídico, diante de garantias afirmadas por normas e a jurisprudência, a uma obrigatória limitação do poder estatal frente ao indivíduo.

O processo penal está diretamente interligado ao ideal de busca da verdade como forma de realização de justiça, dentro de diversos limites que são dispostos nas normas jurídicas e, igualmente, que decorrem do caráter subjetivo referente à produção e valoração da prova.

É evidente que a busca da verdade no processo está ligada a própria justificação do poder jurisdicional em um Estado de Direito, a sua legitimação. No campo da prova indiciária, não se perde de vista que, em não havendo provas diretas, a formação dessa convicção, frente às limitações probatórias estipuladas na legislação processual penal bem como nas normas constitucionais, tende a ser ainda mais complexa e difícil, exigindo a busca de parâmetros determinados a fim de garantir a legitimidade do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado.

2.2 Considerações gerais sobre o conceito de prova

O termo “prova” possui várias possibilidades de entendimento, seja numa visão cotidiana ou jurídica. Em sentido geral, emprega-se a palavra “prova” para determinar uma verificação, um ensaio, um exame, uma demonstração. A realização de uma prova tem o caráter de uma experiência, teste de aptidão ou satisfação com algo. No campo jurídico,

¹⁰ GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho**: estudos sobre el Ministerio Público u lá prueba penal. Lima Grijley: [s.n.], 2004.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

porém, o termo ganha, normalmente, a conotação de demonstrar a veracidade do que se busca demonstrar e, assim, contribuir para o convencimento do juiz.

Conforme Florian,¹² “provar” significa fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato de modo que se adquira, em si próprio ou para terceiros, a convicção da existência ou da verdade deste fato. Não é outro o entendimento de Roxin,¹³ o qual preconiza que “provar” é convencer o juiz da certeza da existência de um fato.

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

Tonini¹⁴ afirma que a “prova”, no seu conjunto, pode ser considerada como um procedimento lógico que extrai do fato conhecido a existência do fato a ser provado e que pode assumir pelo menos quatro significados distintos: fonte de prova; meio de prova; elemento de prova ou resultado probatório, a depender da abordagem, respectivamente, como tudo que for idôneo a fornecer resultados relevantes para a decisão do juiz; ser o instrumento pelo qual o processo adquire um elemento para a decisão; o que se extrai da fonte de prova e não for valorado pelo julgador e avaliação da credibilidade e idoneidade que se extrai do elemento de prova.

Por outro lado, Sousa Mendes¹⁵ também preconiza que, em uma definição de prova no processo penal, várias são as óticas possíveis. Pode-se falar em “prova”, como atividade probatória, em um esforço metódico pelo qual são afirmados os fatos relevantes sobre todas as circunstâncias do crime; ou como meios de prova, sendo os elementos pelos quais os fatos considerados relevantes podem ser demonstrados; ou como o resultado de tal atividade probatória, tomando a face da própria motivação da convicção formada pelo julgador, com base no processo, levando em consideração as regras de experiência, as leis científicas e princípios da lógica; ou, em um contexto prosaico, em um caráter material, são os próprios objetos do crime.

De outra banda, Taruffo¹⁶ aduz que a prova são os instrumentos que as partes utilizam, desde sempre, para afirmar a veracidade de suas alegações para que o juiz possa decidir a respeito da veracidade ou falsidade dos enunciados fáticos sustentados. Em caráter geral,

¹² FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Editorial Temis, 1995. p. 44.

¹³ ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. Munchen: C.H. Beck, 2012. p. 161. (Beweinsen heist, die Uberzeugung von dem Vorliegen einer Tatsache verschaffen).

¹⁴ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002. p. 52.

¹⁵ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 73-99. p. 133.

¹⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba**: artículos e conferencias. Madrid: Metropolitana, 2009. p. 60.

seriam relativos ao método, pessoa, coisa ou circunstância que são capazes de gerar uma informação útil visando solucionar uma situação de incerteza. Essas provas podem ser típicas ou atípicas, de acordo com o critério de estarem ou não os meios de prova tipificados em lei, sendo consideradas “relevantes”, na medida que podem ser utilizadas para a formulação da decisão, obedecidas as regras referentes à admissibilidade, de modo a se afastar as ilícitas ou proibidas por lei, por exemplo.

Ferrer Beltrán¹⁷ aponta três posições sobre a relação entre prova e verdade: a) prova como fixação dos fatos, na mesma esteira de pensamento de Carnelutti; b) prova como convicção do juiz acerca dos fatos: de acordo com tal tese, prova seria um conjunto de operações por meio das quais se obtém o convencimento do juiz acerca dos dados processuais determinados; c) prova como certeza do juiz acerca dos fatos: prova seria a atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos dados trazidos ao processo pelas partes.

Entretanto, em todas essas teses, inegável que existem diversas dificuldades por haver uma evidente falta de definição de limites e, ainda, subjetivismo. Refere, então, que numa relação conceitual e teleológica entre prova e verdade, nem sempre se tem como chegar a uma determinação, levando-se em consideração a amplitude do termo, frente às concepções adotadas.

É imperioso observar que são várias as concepções sobre o aspecto conceitual do termo “prova”, assumindo perspectivas diversas. Uma concepção objetiva, pela qual se afirma a prova como próprio objeto, ou seja, fatos que são provados e assim traçam um fato verdadeiro, conforme aponta Bentham.¹⁸ Contudo, tal posição é restrita e limitada, vez que aplicável às provas indiretas, as quais são extraídas a partir de um raciocínio lógico entre um fato conhecido e outro desconhecido por circunstâncias.

Outro ponto de vista, também objetivo, leva em consideração aspectos da prova direta, sendo assim mais abrangente que o primeiro, entendendo que prova seriam todos os meios que são utilizáveis para o conhecimento do fato que se quer demonstrar e atingir a certeza judicial. Ora, deste modo, entende-se que prova pode ser todo o meio que venha a servir para o conhecimento de coisas ou fatos e contribuem para o convencimento do juiz, levando em consideração fatos, coisas ou atividades.

¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 65-68.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003. p. 23.

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

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

Como sustenta Devís Echandía,¹⁹ torna-se necessário para um conceito geral e cabal de prova que, de modo imprescindível, sejam considerados seus aspectos objetivos e subjetivos, não sendo possível afastar toda a noção de provar por seus meios utilizados e, sem dúvida, a relevância de seus fins, a busca e o próprio convencimento do juiz.

A quarta corrente doutrinária, desse modo, tem maior adesão, visto que soma os critérios objetivos e subjetivos, não deixando de levar em consideração os meios de prova, a atividade probatória, as quais poderão ser limitadas, dependendo do ordenamento jurídico e também o resultado dessa atividade, qual seja, o que for decidido pelo julgador.²⁰

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

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

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

De outro lado, a questão dos limites de produção, valoração e admissão dessas provas encontram-se previstas na própria Carta Magna e no processo penal, com as vedações acerca das provas ilícitas ou proibidas, como, por exemplo, quando atingem direitos à intimidade ou

¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002. p. 16.

²⁰ CUELLO IRIARTE, Gustavo. **Derecho probatorio e pruebas penales**. Bogotá: Legis, 2008. p. 370-376.

privacidade, questões relativas à autoincriminação, sendo assim, várias regras que não pactuam com a busca da “verdade” a qualquer preço, mas, sim, dentro de um modelo processual que preserva direitos fundamentais dos acusados, em um sistema que permite a ação estatal na esfera penal, mas com limites definidos previamente em lei, como essencial garantia dos cidadãos.

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

2.3 Prova direta

Conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro constitui objeto de prova todos os fatos relevantes à análise do caso concreto, com influência na verificação da existência ou não do delito, a punibilidade ou não do acusado e a determinação de sua pena ou medida de segurança.

Nesse diapasão, concordam com ele Mirabete,²¹ o qual a estabelece como “demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação”, Carnelutti²² no momento em que alega servirem as provas para reconstruir a história, consubstancia a ideia de um fundamento para razão, entre outros estudiosos.

A prova deve ser vista como uma fonte de informações em um contexto probatório que aliado aos procedimentos, de um modo geral, oferece uma certeza processual, a qual encara-se com uma certa dose de relativismo, pois está impregnada de historicidade, com o intuito precípua de auxiliar o juiz durante o processo.

Como bem observa Roxin,²³ todos os fatos importantes para a decisão devem ser provados, sendo que podem ser distinguidos em fatos diretamente importantes, os indícios e os fatos que ajudam à avaliação da prova. Excluem-se os fatos notórios, as presunções legais e, de modo geral, o direito, observado o princípio do *jura novit curia* (o juiz conhece o Direito).

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**: 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 453.

²² CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 55.

²³ ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. Munchen: C.H. Beek, 2012. p. 162.

Cordón Aguilar ressalta que o objeto da prova são as afirmações ou negações sobre:

hechos, los enunciados sobre éstos, los que el juzgador habrá de comparar con esas otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquéllas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad.²⁴

Assim, a atividade probatória lançada em um processo criminal visa à verificação e comprovação de fatos que são alegados pelas partes (acusação e defesa) e que são levados ao conhecimento do juízo, seguindo a máxima de que o que não consta nos autos não está no mundo, importando diretamente para o convencimento do julgador tanto os fatos ou circunstâncias indiretas que, de alguma forma, possam vir a colaborar na elaboração de um juízo de convicção. Em razão disto, é imperioso destacar o posicionamento de Roxin,²⁵ ao ensinar que fatos importantes que possam ajudar a comprovação da tese alegada também podem depender de prova, o que se ajusta ao que analisamos no ponto acerca de uma concepção persuasiva do conceito de prova, ao menos, em parte.

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

Nesse interregno, a classificação sobre o objeto da prova e a definição da prova indiciária nesse campo, torna-se importante no presente estudo. Desse modo, veja-se o que se entende por prova direta, buscando a diferenciar em relação à prova indireta, uma das classificações mais importantes pela doutrina, embora com diversas controvérsias.²⁶

Gorphe²⁷ salienta que o juiz poderia firmar a sua convicção de três modos distintos: a) comprovando por si mesmo um fato material, como nos casos de análise de um documento, um objeto do crime ou uma inspeção ocular; b) por um raciocínio, ao deduzir de fatos conhecidos os fatos desconhecidos ou objeto de discussão da causa; c) reportando-se a

²⁴ CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaInciaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 56.

²⁵ ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. Munchen: C.H. Beek, 2012.

²⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

²⁷ GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 45.

declarações de outros, como peritos, testemunhas, confissão do acusado. A primeira ideia seria caso de uma “prova direta”, ou seja, verificada pelo próprio julgador, não necessitando de fatos intermediários ou inferências a partir de outros suportes fáticos. A segunda já seria relativa à prova indireta, chamada de prova circunstancial ou indiciária, e a terceira, por sua vez, também teria um aspecto indireto, pois tem por base informações de terceiros que não diretamente o juiz, mas poderia ser direta por sua ligação com o fato principal.

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

Entretanto, como ressaltam Devís Echandia e Cordon Aguilar, sempre houve uma certa indefinição em tais conceitos, tendo em vista as concepções que são adotadas sobre o que se considera uma prova direta.²⁸

Numa primeira ideia, a prova direta seria aquela percebida pelo próprio julgador, como nos casos de uma inspeção no local, uma apreensão da arma do crime, a leitura do bilhete que consta expressamente a ameaça cometida pelo acusado. Assim, leva-se em consideração a relação entre o juiz e os elementos probatórios, de modo que se caracteriza como prova “direta” se houver um caráter de imediatidade entre o próprio julgador e o fato a ser provado. Não poderia haver intermediários, fatos ou coisas, sendo extraída a percepção pelo próprio julgador, levando-se em consideração a relação direta deste com a prova. O restante, nessa linha de pensamento, seria considerado prova indireta.

Entretanto, como ressalta Taruffo,²⁹ se essa fosse à ótica para tal questão, a classificação seria inútil, já que na grande maioria dos fatos criminosos, a prova não tem como ser percebida diretamente pelo juiz.

O contexto, portanto, deve ser deslocado, passando-se à compreensão da relação entre os meios probatórios e os fatos que se pretende provar. Passa-se à análise da relação imediata entre o meio de prova e o fato, o que ensejará a classificação como prova direta ou indireta.

²⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002; CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <http://gedos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaInciaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 454.

Se a prova se der por provas mediatas, ou seja, por inferências a partir de provas destinadas a demonstrar um outro fato que leva à conclusão de sua existência ou veracidade, será caso de uma prova indireta.

Bentham³⁰ já referia que a prova direta é aquela que diz respeito imediatamente ao fato principal. Carnelutti,³¹ por sua vez, mesmo tendo elaborado a classificação pela percepção do juiz (imediate=direta), também fez a distinção entre provas diretas e indiretas, pela ótica da coincidência entre o fato que se busca provar e o fato percebido, trazendo, da mesma forma, o caráter de imediatidade em relação núcleo da prova, a fim de considerá-la como direta. Partindo-se de uma análise da percepção que se extrai do meio probatório em relação ao fato, o conceito de prova direta é ampliado e guarda imediata relação ao fato probando.

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

Isso, em um primeiro momento, traz à baila que dificilmente uma determinada prova direta terá o condão de ser a “única” prova do processo, definindo e levando à conclusão sobre a responsabilidade penal do acusado ou não por sua exclusiva análise. A prova de “todo o delito”, de modo geral, virá por diversos elementos probatórios, muitas vezes, com a conjugação de apreensões de objetos, inspeções, mas, também, depoimentos de testemunhas, declarações do réu, documentos e perícias.

Como leciona Taruffo,³² se há situações mais simples, como no caso de um depoimento de testemunha presencial que abarque praticamente a totalidade do fato discutido no processo, há situações bem mais complexas, sobretudo, que tratam, muitas vezes, de uma possível mistura de elementos indiretos que se extraem por inferências na busca de um convencimento e conclusão.

Portanto, o critério para uma prova ser direta ou indireta deverá ser indicado em razão da relação entre o fato a ser provado e o objeto da prova. Se a relação for imediata, conseqüentemente, a prova poderá ser considerada “direta”. Entretanto, se essa relação se dá

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

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 55.

³² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 457.

em decorrência de um raciocínio lógico indicado por um fato que não é aquele diretamente que se busca comprovar, a prova será denominada “indireta”. Nesta, então, insere-se a prova indiciária.

Diante de tudo o que fora exposto, que a presente distinção possui caráter “funcional” e “relacional”, não sendo ontológica, que diga respeito à natureza ou estrutura da prova, que, por uma análise geral, poder-se-ia classificar, de antemão, como diretas ou indiretas, a depender da relação do meio de prova como o fato probando, situação a ser verificada no caso concreto.

2.4 Prova indireta

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

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

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

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

Assim, interagem questões probatórias de conotação direta ou indireta em um mesmo processo. Evidentemente, em um processo que a tese defensiva é focada em negativa de autoria, com afirmação de um alibi, o ponto central da discussão, com certeza, será focado nessa questão e o grande dilema probatório será acerca da autoria do crime. E isso acaba por gerar, por muito, a ideia de que no processo haveria apenas o debate sobre esse único ponto,

com o foco neste tipo de prova direta, ou seja, que diga respeito ao “fato principal”, acerca do autor do crime, ora réu.

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

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

Na realidade, a questão é que no raciocínio sobre a prova indireta haverá mais inferências a ser realizadas do que numa situação de prova direta, pois sempre vai ser examinada a relação existente entre o fato que está determinado e que deve estar provado, com o outro que busca delimitar.³³

Como evidencia Cordón Aguilar,³⁴ tem-se na prova indireta a estrutura que se segue para a prova indiciária, considerada indireta por excelência. Inexistindo a coincidência entre o fato a provar e o fato em si percebido, a prova será indireta, pois o fato que se busca comprovar será demonstrado mediante a aproximação pela inferência lógica.

Por isso, notório é que a prova indiciária é exclusivamente indireta. Essa prova pode ser realizada por depoimento de testemunhas, documentos, perícias, apreensão de objetos, ou seja, qualquer meio de prova poderá ser utilizado como forma de demonstrar, indiretamente, por inferência, aquele fato a ser demonstrado.

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

Como já questionado anteriormente, também há a constatação da dificuldade de diferenciação de tais conceitos, pois, na realidade, muitas provas tidas como “diretas”

³³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciária y estándar de prueba en el proceso penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, v. 1, n. 1, p. 9, set./dez. 2012.

³⁴ CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaInciaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 83.

necessitam de uma inferência, de um raciocínio lógico que será realizado para aferir a veracidade de tal prova.

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

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

Em que pese a nítida evolução dos sistemas judiciais, a partir dos séculos XVIII e XIX, seguiu-se por muitos doutrinadores e, assim, com reflexo na jurisprudência, uma desconfiança em relação à prova indireta. Importante frisar que nos sistemas jurídicos, em geral, não há quaisquer distinções de valor probatório para as provas diretas ou indiretas.

Evidentemente, há casos que gozam de uma maior complexidade. A prova da ocorrência de um homicídio dá-se pelo exame cadavérico, a prova pericial. A sua comprovação assim, por outros meios probatórios é assunto bastante controverso, justificado pelo risco de erro por parte do judiciário. O encontro do cadáver e consequente perícia (laudo de necropsia) é de suma importância para demonstrar a ocorrência do homicídio. A prova indireta, nessas circunstâncias, poderá levar a essa demonstração, mas, por certo, deverá estar revestida de um poder de convicção muito forte.

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

Importa, porém, ressaltar que a prova direta, embora possa ter, aparentemente, um poder de convencimento maior pelo fato de ser uma demonstração imediata sobre a ocorrência daquele determinado fato que se quer provar, tal prova pode ser desacreditada por outros elementos probatórios e acabar por ser questionada, o que enseja o justificado impedimento de uma hierarquização de provas, sobretudo, como já afirmado, pela

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

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

Desse modo, em face da relação do meio probatório com o fato probando, conforme uníssono entendimento doutrinário, a prova indiciária é uma prova genuinamente indireta. A partir deste pressuposto, passa-se a análise dos indícios, impondo-se sua delimitação para que se possa verificar sua força probante no bojo do processo penal, de maneira adequada a um sistema jurídico democrático.

2.5 Prova indiciária

A palavra indício, no sentido comum, quer dizer sinal, vestígio, rastro, indicativo. A palavra possui origem no latim, “*indicium*”, decorrente de “*induco*” pela junção do prefixo “*in*” e o verbo “*ducere*”, com o significado de “levar” ou “conduzir a”, ou também do verbo “*indicare*” e até mesmo de “*index*”, no sentido do que indica ou aponta.

Nesse mesmo caminho, sobre a definição semântica de indício, Gianturco³⁵ observa que “indício” decorre de “*indicere*” (*inde dicere*), o que confere o sentido de apontar, indicar o caminho a ser seguido, ideia que fomenta a base estrutural da prova indiciária pela argumentação lógica. Como refere, o “indício” constitui um *argumentum demonstrativum delicti*, pois de um fato conhecido, por intermédio de um juízo lógico, em que se agrega um característico silogismo probatório, se chega pela argumentação à existência de um fato ignorado, constituindo este o *thema probandum*.

Como evidencia Scapini,³⁶ o sentido da palavra indício na terminologia comum não se diferencia de modo especial no campo técnico-jurídico: se indício decorre de “*indicere*”, de uma ideia de “indicação”, “mostra” ou vestígio, rastro, certo que o seu significado na esfera jurídica é de que ao partir-se de um fato que se tem como conhecido, identificado, por um exercício lógico, pode-se chegar a um fato desconhecido, o qual é objeto da prova, pendendo de demonstração.

³⁵ GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958. p. 3 .

³⁶ SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milão: Giuffrè, 2001. p. 9.

Por indício, segundo Cordón Aguilar,³⁷ entende-se aquele fato ou enunciado sobre determinado fato que está devidamente comprovado em um processo, a partir do qual sobre uma base de nexos concreto e direto com outro fato distinto, se extrai uma conclusão acerca da constatação deste fato que se busca, então, demonstrar (fato indicado ou fato-consequência).

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

Com o fito de exemplificar tal situação, pode-se imaginar a residência de uma família rica, onde a gaveta de um móvel foi forçada e as joias que eram guardadas ali foram subtraídas. Neste mesmo instante, é constatado que o empregado da família fugiu, descobrindo-se, em seguida, que viajou para outro país. Assim sendo, partindo-se de uma máxima de experiência por já ter acontecido vários outros casos em que o empregado fugiu no dia do furto na residência (único estranho à família), chega-se à conclusão de que este é o autor do crime. Evidentemente, ao se reunir todas as circunstâncias indiciárias, devem elas ter aptidão suficiente para admitir a convergência dos indícios ao suspeito do crime apenas.

Segundo essa ideia, Cafferata Nores,³⁸ citando Mittermaier, refere que o indício (*index*), conforme própria acepção da palavra, “é o dedo que assinala para um objeto” e sua força probatória está no grau de necessidade que da relação revela um fato conhecido, psíquico ou físico (fato indiciário), devidamente demonstrado, e o outro fato que é desconhecido (fato indicado), o qual se busca conhecer e afirmar.

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

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

³⁷ CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaInciaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 107.

³⁸ CAFFERATA NORES, José. **La prueba em el processo penal**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 203.

Chaia³⁹ sustenta que o indício é um “fato certo” que possui uma íntima relação com outro fato, ao qual o juiz chega por uma conclusão natural ou inferência. O indício forma-se a partir de todos os elementos probatórios que cumprem a função de “apontar o caminho”, iluminar a obscuridade de um fato e, assim, clarear o conhecimento do magistrado. Pode, nesse sentido, decorrer de uma perícia, de um rastro de sangue, de um depoimento de testemunha, de uma prova de DNA: constitui um elemento distinto ao delito, mas que pode revelá-lo ou mostrar aspectos sobre este.

Afirmando que “indício” não é um meio de prova e, por isso, não deve estar expresso na legislação processual penal, Jauchen⁴⁰ observa que em todos os processos e durante a análise dos elementos de prova colhidos, caberá a realização de raciocínios lógicos e inferências, que partem de um fato comprovado para chegar-se a outro fato. Evidentemente, há casos que a percepção ocorre de modo direto (sobre a qual deverá, igualmente, ser lançado um juízo de valor), mas é necessário, em muitas situações, o trabalho mental específico sobre fatos secundários para que seja possível lançar uma conclusão sobre o fato que se está a discutir em determinado processo.

Já na definição de Malatesta, “o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”.⁴¹ Frisa a necessidade da existência de um nexos causal, ou seja, uma relação de causa ou efeito entre o fato conhecido e aquele que se busca provar, o qual é vislumbrado a partir de raciocínio lógico embasado em regras de experiência.

Por fim, resume-se, de certa forma, os entendimentos sobre o conceito de indício, de acordo com as três acepções sobre o tema:

- a) Uma posição mais antiga, que aponta indício como sinônimo de “presunção” e “conjectura”, na medida que indica o raciocínio ou argumento mediante o qual se relacionam fatos, extraindo-se de um deles consequências para o outro;
- b) Outra posição, que afirma que indício se distingue de presunção, na medida em que faria referência àqueles elementos de prova que, apesar de não carecerem de eficácia probatória, não apresentam os requisitos exigidos por lei para

³⁹ CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 650.

⁴⁰ JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba em materia penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006. p. 28.

⁴¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 197-198.

utilização das presunções simples. Seria, assim, indício o que não chegasse a ser uma presunção simples, conceito este muito genérico;

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

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

No processo penal alemão, Dedes⁴² apresenta a definição de indícios (*Indizien*) em dois sentidos: um primeiro, como o próprio objeto ou matéria que deixa vestígios, como um rastro no local do crime, os instrumentos utilizados; segundo, o fato conhecido, que seria irrelevante por si só, porém que, por raciocínio lógico, leva ao conhecimento de outro que será, então, relevante.

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

Wigmore,⁴³ em clássica obra sobre o tema, fez profundo estudo discutindo a importância da prova circunstancial, na época em que muitos defendiam que seu peso seria inferior à prova direta. Relatou a relevância em diversos casos e situações, como meio de demonstração, por exemplo, da premeditação do crime pelo acusado, de sua intenção, de sua ligação com o fato criminoso em razão dos motivos que tinha para executar o delito.

Murphy,⁴⁴ por sua vez, preconiza que na *circumstantial evidence* a conclusão desejada acerca de um fato ocorre por inferência, relacionando-o com outro, o que a diferencia da prova direta. Por exemplo, refere que uma testemunha vê alguém saindo de uma agência bancária, correndo com notas de dinheiro e nesse local houve um assalto: a testemunha não

⁴² DEDES, Christos. **Beweisverfahren und Beweisrecht**. Berlin: Duncker e Humblot, 1992. p. 71.

⁴³ WIGMORE, John Henry. **Wigmore on evidence: in trails at commom law**. New York: Wolters Kluwer, 2013.

⁴⁴ MURPHY, Peter. **Murphy on evidence**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 153.

viu o crime, mas seu depoimento demonstra, indiretamente, que aquela pessoa que fugia com o dinheiro praticou o roubo.

Nesse mesmo sentido, caminha a doutrina majoritária quanto ao tema em análise, embora não haja uma maior diferenciação entre o termo “indício” e “prova indiciária”, algo que, vários autores fazem questão de distinguir, sendo o indicio o substrato para uma possível “prova indiciária”.

Ora, evidentemente, estando delimitado o conceito de indicio, surge outro ponto a ser analisado com bastante cautela, inclusive por sempre ter sido objeto de análise no campo doutrinário e, dependendo da situação, com forte respaldo jurisprudencial, as diversas classificações de indícios.

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

A classificação dos indícios serve para definir uma teoria sobre a prova indiciária, possibilitando seu manejo em um contexto probatório adequado, visando a determinação de uma condenação (caso atinja um grau de suficiência a ensejar um juízo de certeza) ou absolvição do réu, em decorrência sobretudo da insuficiência de elementos de prova

Cabe observar as primeiras classificações acerca dos indícios, além de sua devida sistematização, a qual acaba por colocar a questão num patamar hierárquico, como se determinada espécie de indicio, por seu caráter objetivo e até mesmo por constar previsto no ordenamento jurídico, tivesse, assim, mais valor. Era o que acontecia na *Lex Carolina*, em que a prova era tarifada, inclusive, a indiciária, com todos os passos a serem seguidos pelos magistrados, em um sistema extremamente rígido.⁴⁵

Com a posterior adoção de um sistema de avaliação de provas que acabou por se afastar da prova legal ou tarifada, baseando-se no livre convencimento motivado do magistrado, o qual passou a ser modificado e, assim, o julgador deveria analisar os mais variados tipos de indícios que constam no processo, porém, com a obrigação de apontá-los em sua decisão e, de maneira bastante fundamentada, explicar o valor que emprestará a cada um deles, que acabarão por formar a base de sua decisão condenatória ou absolutória.

Ora, desse modo, a classificação assume relevância justamente por este fator: é um caminho para justificação da apreciação feita pelo juiz acerca do valor probatório dos indícios

⁴⁵ GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 223.

no caso concreto. Gorphe,⁴⁶ por sua vez, preconiza uma classificação de indícios, dividindo-a em critérios: por sua força probatória, extensão, cronológica, citando, ainda, uma classificação lógica de Ellero, a qual versa sobre o papel incriminador dos indícios.

Depreende-se que por sua carga probatória, os indícios seriam equivalentes a “manifestos”, próximos ou remotos, dependendo, pois, de sua direta relação com o fato que se pretende provar, havendo uma necessária conexão, a qual é praticamente irrefutável ou, de outra banda, apenas um vínculo contingente.

Já no que concerne à extensão, os indícios seriam “comuns” ou “gerais” e indícios “próprios” ou “específicos”, dependendo se podem referir-se a qualquer espécie de crime ou, por outro lado, estão ligados a uma determinada espécie de delito.

Visando um melhor entendimento, como indícios “comuns” ou “gerais”, poderiam ser citados: a fuga do acusado, o interesse na prática do crime, a má reputação ou os maus antecedentes criminais do sujeito. Em contrapartida, os indícios “próprios” ou “específicos”, nos casos do crime de roubo, a apreensão do objeto roubado com o acusado, ou no caso de um homicídio, o encontro da arma do crime na residência do acusado. Nessa perspectiva, alguns indícios são específicos de determinadas espécies de delito, e seu peso no convencimento final do julgador pode, também, ser extraído de tal análise: a notória verificação da presença de um indicio característico daquele delito.

No tocante ao aspecto cronológico, os indícios podem ser “antecedentes”, “concomitantes” ou “subsequentes”, de acordo com o tempo em que se situam em relação ao momento da prática do crime.

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

Por outro turno, quanto à classificação lógica, de acordo com o que bem preconiza Ellero, são apontados três grupos: condições morais e físicas que tornam possível a prática do delito pelo acusado e comprovam virtualmente, como a capacidade de delinquir e cometer o crime, a oportunidade de cometer o delito bem como a motivação do crime; os vestígios materiais deixados na execução do delito e ainda as manifestações do culpável ou de terceiros, antes ou depois do delito sub judice.

⁴⁶ GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 222-225.

Cabe destacar que Coelho⁴⁷ acrescenta a classificação de indícios quanto a natureza probatória ou intrínseca, importando em uma distinção em que os indícios em sentido estrito referem-se a uma realidade de imediata apreensão, como vestígios, peças de convicção, em caráter material, enquanto seriam indícios em sentido lato todas as circunstâncias advindas de provas testemunhais, documentais, acabando por se inserir na discussão sobre credibilidade.

Portanto, é de extrema importância observar a conexão e causalidade entre o indicio e o fato probando, o que evidentemente será determinante, no seguinte aspecto, para que seja o valor do indicio maior ou menor: o indicio demonstra tanto melhor um fato quanto menos pode revelar outros fatos diferentes. Na prova indiciaria, quanto mais cercar o fato e excluir outras possibilidades, maior o grau de probabilidade, podendo-se dentro do contexto do caso concreto, chegar-se à conclusão de certeza.

Ora, assim é fácil depreender que a classificação dos indícios trazem consigo a aproximação e conseqüente agrupamento de possíveis circunstâncias de um fato que estarão diretamente relacionadas, em uma relação de causalidade (ou não) com o fato criminoso em si e todas as conseqüências dele advindas (materialidade, autoria, elemento subjetivo do tipo, culpabilidade).

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

Por outro turno, May⁴⁸ entende por bem exemplificar a prova indiciaria que pode acabar por ser considerada de extrema relevância, destacando que esta pode ser consubstanciada em indícios tais como as impressões digitais no local do crime, atos preparatórios para o cometimento do mesmo, mentiras contadas pelo réu em seu interrogatório ou ainda a apreensão de proveitos do crime na posse do acusado à aquele determinado crime em análise pelo judiciário.

“Quem tinha os meios para cometer o crime?” “Quem tinha a oportunidade para cometer o crime?” “Quem tinha os motivos para cometer o crime?” São indagações que, respondidas no sentido que aponte para o acusado, poderão fomentar um forte acervo indiciário. Entretanto, isolados não possuem suficiência para essa finalidade, sendo esta a

⁴⁷ COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996. p. 63.

⁴⁸ MAY, Richard. **Criminal Evidence**. London: Oxford University Press, 2012. p. 5-6.

questão crucial. Os indícios ao serem analisados caso a caso, leva-se em consideração a conduta do acusado como “consciência de culpa”, dando como exemplo, a destruição de provas, a fuga, a interferência nas investigações policiais e ainda o *modus operandi* do acusado, servindo como ferramenta de investigação.

Os indícios diferem em alguns pontos quanto a sua classificação pela doutrina continental, mas, de certa forma, os termos utilizados e sintetizados por Gorphe⁴⁹ são seguidos na doutrina brasileira, portuguesa, italiana, espanhola, por exemplo, em uma classificação pela força probatória, pela extensão e ponto de vista cronológico, com a divisão respectivamente, em indícios manifestos (gravíssimos), próximos (graves) ou remotos (contingentes); comuns (gerais) ou próprios (específicos) e antecedentes, concomitantes e subsequentes, conforme ficou demonstrado.

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

Contudo, importante asseverar que seja na doutrina continental ou ainda na doutrina anglo-americana e com essas variadas formas de abordagem da questão, no campo da prova indiciária ou *circumstantial evidence*, o fator preponderante é a verificação do valor probatório dos indícios e quando assumem maior ou menor força probante, a depender do caso concreto.

Quanto a isto, algumas questões devem ser ponderadas.

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

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

Muito embora a questão da suficiência deva ser analisada nos capítulos seguintes, no mínimo por necessidade de constatação neste momento, observadas as classificações,

⁴⁹ GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 45.

verifica-se que o critério inicial tem direta ligação entre a força do indício e sua probabilidade de indicar a certeza necessária para a decisão.

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

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

Observa-se, desse modo, que pode haver um indício isolado ou um “concurso” de indícios, os quais, porém, não convergem. Igualmente, pode existir mais de um indício em concordância, porém, ao fim da operação lógica, verifica-se que não há convergência. Esta, por sua vez, poderá ocorrer em caso de concurso e concordância de indícios, levando-se à conclusão, por inferência, que estes convergem, o que sem sombra de dúvidas lhe confere uma força probatória ainda maior no contexto geral a ser analisado pelo magistrado.

Outro fator de suma importância, que deve ser gizado neste momento são os chamados contraindícios.

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

Gorphe, observando bem as lições de Elerro, afirma que na valoração dos indícios um critério deve ser ressaltado: uma circunstância indica tanto mais e melhor um fato quanto menos puder revelar outros fatos distintos. Assim, todas as circunstâncias que circundam o fato principal (que está em discussão na causa) relacionam-se sob a égide de uma mesma causa.⁵⁰

⁵⁰ GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 225.

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

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

A discussão que trataremos sobre os limites da valoração probatória, requisitos e quando se pode considerar suficiente e apto para o seu precípuo fim um acervo probatório indiciário para transpassar o que muitos acreditam não ser suficiente para ensejar uma sentença penal condenatória baseada em indícios, tão somente.

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

Como bem complementa Coelho,⁵¹ “contraíndício” é o “contramotivo” que, saindo do mundo abstrato de meras conjecturas, vem a corporificar-se como um dado concreto de real peso e significação probatória. Não obstante a isto, os ditos indícios “negativos” não se confundem com os “contraíndícios”, pois a classificação em indícios positivos e negativos, simplesmente, aponta que um determinado fato existiu ou não, tendo isso alguma implicação na análise probatória, diante do caso específico que se pretende comprovar nos autos. Desse modo, o “contraíndício”, assim, é um “indício” em sentido contrário ao indicio (fato-base) que sustenta a tese acusatória.

No sistema processual penal brasileiro, os indícios estão inseridos no artigo 239 do Código de Processo Penal (CPP) como “meio de prova”. Ao se comparar com o sistema português, então, de logo se constata que há diferença vez que há previsão expressa de indícios como sendo “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

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

⁵¹ COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996. p. 67-69.

Neste interregno, autores como Tourinho Filho,⁵² Bonfim,⁵³ Nucci,⁵⁴ Camargo Aranha⁵⁵ e Moura,⁵⁶ por exemplo, tratam da questão no campo dos meios de prova, porém, não adentrando na discussão sobre a sua natureza jurídica. KERR aponta, em contrapartida, que os indícios não podem ser considerados “meios de prova”, observada sua estrutura: fato conhecido que permite conhecer outro fato por meio de raciocínio indutivo-dedutivo.⁵⁷

Evidente que, de acordo com a previsão legal vigente, o entendimento doutrinário e a posição da jurisprudência, os indícios são considerados meios de prova e podem assumir papel preponderante na análise probatória de um determinado processo, capazes de consubstanciar um decreto condenatório.

Não há mais de se aceitar a ideia de que a prova indiciária é uma “prova de menor valor” e, sua inserção na legislação processual penal dentre os meios de prova, tem o condão de evidenciar ainda mais tal situação, não existindo quaisquer dúvidas quanto a existência da capacidade de sustentar o convencimento no que concerne a condenação do réu.

Importante trazer à baila o posicionamento de Pedrosa,⁵⁸ quanto ao fato de ser inaceitável a afirmação de Carmignani de que a prova indiciária seria “a mais falsa das provas”, levando a juízos equivocados, mas, em contrapartida, é uma prova que não deixa de ser baseada em um processo lógico-constutivo capaz de formar um juízo condenatório.

Uníssono tem sido o entendimento a posição do Superior Tribunal de Justiça brasileiro e Tribunais Estaduais, bem como, com algumas importantes ressalvas, na doutrina, sendo a prova indiciária aceita e considerada para uma possível condenação, desde que robusta, firme e que aponte apenas para uma conclusão lógica, de modo que as dúvidas existentes possam ser dirimidas por meio delas.

Em contrapartida, o sistema italiano difere desse posicionamento, vez que os indícios não estão inseridos dentre os “meios de prova”, porém, há expressa previsão legal na parte da teoria geral das provas, em que consta que o magistrado pode levar em consideração a prova indiciária, de modo que esta deve estar consubstanciada por requisitos especiais.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 363.

⁵³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 406).

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 201.

⁵⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 195.

⁵⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43.

⁵⁷ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22-35. p. 58.

⁵⁸ PEDROSO, Fernando Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 72.

O CPP italiano, deste modo, é expresso e conciso ao prever o valor e suficiência da prova indiciária em seu artigo 192, segundo o qual: “a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e consonantes”.

Nessa perspectiva, assim como no sistema português, os indícios não constam previstos como um meio probatório, todavia, o legislador italiano entendeu por bem positivar determinados requisitos que, na maioria das vezes, são imprescindíveis para que tal meio probatório tenha a devida eficácia.

Não por outro motivo, acaba por adentrar na seara de classificação geral dos indícios, o qual faz questão de ordenar que os indícios somente poderão levar à conclusão da existência de um determinado fato, caso haja mais de um indicio, obrigatoriamente, pois da simples leitura de tal dispositivo legal extrai-se que o mesmo fora utilizado no plural, de maneira a se concluir que um indicio apenas é insuficiente, devendo ser, ainda, graves (força de convencimento), precisos (força demonstrativa) e consonantes (somam para uma mesma conclusão).

Importante observar, por oportuno, o sistema espanhol no qual não há previsão expressa da prova indiciária, nem como meio de prova tampouco consta na parte geral sobre a prova. Contudo, vale salientar que de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a prova indiciária é admitida e, de uma maneira geral, atende diversos pressupostos, os quais lhe conferem força e eficácia probante, capaz de ensejar a formação de um juízo condenatório acerca de determinado fato.

Pastor Alcoy⁵⁹ preconiza que o Tribunal Supremo espanhol, em inúmeras decisões, nos mais variados tipos de crimes, entende pela total licitude e constitucionalidade da prova indiciária, a qual embora não esteja prevista expressamente no texto legal na parte que se refere às provas, admite-se na doutrina e jurisprudência, observados os nítidos requisitos estipulados pelos tribunais, sobretudo.

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

Do mesmo modo, no direito processual penal alemão, segue-se a linha de não haver uma previsão expressa sobre a prova indiciária, seja em linhas gerais ou elencando-a como

⁵⁹ PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocência**: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística. Valencia: Pratica de Derecho, 2002. p. 13.

um meio de prova específico.

Como bem preconiza Mesquita:

No direito alemão, onde está expressamente fixado o princípio da livre apreciação, existe uma tradição de empenho doutrinário na vinculação da liberdade do juízo à fundamentação identificadora dos passos inferenciais, que se repercute na respectiva jurisprudência, centrada na possibilidade de escrúnio dos motivos, em particular se fundados em indícios, embora não sejam sujeitos a uma graduação probatória que os classifique como inferiores aos fatos que permitem uma inferência direta, podendo a condenação estribar-se em indícios.⁶⁰

Importante ressaltar ainda que, no direito anglo-americano, conforme já fora visto, embora o mesmo sendo baseado no sistema da *commom law*, a doutrina e a jurisprudência dão total força à admissão da prova indiciária. A *circumstantial evidence* é amplamente difundida e levada em consideração com a mesma força probante da prova direta.

Nos casos de homicídio, em específico, é o mesmo entendimento jurisprudencial que prevalece, como bem recorda Gardner,⁶¹ ao citar casos em que o cadáver da vítima não fora encontrado ou de álbis refutados, sinalando a possibilidade de um veredito condenatório mesmo que tão somente sustentado em prova indiciária, quando a mesma seja robusta e coerente.

Os indícios, de uma maneira geral, mesmo que não constantes como um meio específico de prova previsto expressamente na legislação processual penal, são admitidos e considerados, sem haver qualquer tipo de hierarquia com a prova direta.

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

Importante se faz passar à análise da formação da convicção judicial baseada em indícios e quais os requisitos que essa prova terá que ostentar com o fito de possuir eficácia, observados os limites e pressupostos inseridos na Constituição e legislação processual penal.

⁶⁰ MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 360.

⁶¹ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence**: principles and cases. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013. p. 83.

3 LÓGICA, PROBABILIDADE E INTERFERENCIA: BASES DA DISCUSSÃO DA PROVA POR INDÍCIOS

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

Esse juízo, é eivado de probabilidades, sendo essa a concepção de grande parte da doutrina continental e, sobretudo, anglo-americana. Um processo consiste num debate de hipóteses, a iniciar com a acusatória e, em seguida, rebatida pela defensiva, além de muitas que digam respeito ao fato principal, em si, mas, também, a fatos secundários que devem ser comprovados nos autos.

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

Importante trazer à tona o entendimento de Hume,⁶² o qual já referia a importância das probabilidades nas discussões das hipóteses, em que quanto maior o aumento da força de uma delas, acaba por diminuir a da outra, maior acaba por ser a crença na superioridade da hipótese, partindo-se de uma análise proporcional.

Neste contexto, uma hipótese é “uma regra para formar proposições” e, deste modo, para criar expectativas, sendo que a probabilidade diz respeito à forma e a um padrão de expectativa, em que se constata sobretudo uma questão de esperar que a experiência futura acabe por obedecer a uma determinada regra a que a experiência anterior obedeceu.

É evidente que a discussão sobre a prova no processo penal passa, por esse necessário debate e estudo de como trabalhar com a reconstrução dos fatos, sua discussão, confirmação ou não, culminando com a decisão.

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

⁶² HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 55.

Mesmo nas hipóteses de prova direta, tem-se a discussão acerca da probabilidade, inferências lógicas, pois essa questão se desenvolve em qualquer contexto, enquanto que na prova indiciária há um especial foco, tendo em conta o próprio preconceito em relação a essa espécie probatória, um certo receio preconcebido e a nítida falta de uma melhor abordagem sobre assunto extremamente relevante.

Em um processo judicial, analisado sob um prisma analítico, há a distinção de duas fases: a primeira, na qual há a produção e coleta de prova, trazendo as informações para os autos do processo, de maneira que sejam demonstrados os fatos por meios probatórios diversos, tais como depoimento de testemunhas, perícias, documentos, dentre outros; a segunda, em contrapartida, se constitui sobretudo na extração de uma conclusão a partir das informações trazidas juntos às provas.

Em uma primeira fase, em que as provas são produzidas no processo, essencialmente, são agregados os diversos argumentos que pretendem demonstrar qual o precípua objetivo, bem como a finalidade daquela determinada prova de maneira a demonstrar a veracidade ou não da hipótese que fora levantada no processo, sempre pensando no convencimento final do magistrado ou ainda, em alguns casos, do próprio tribunal do júri.

Analisando o segundo momento, deverá ocorrer, então, a inferência acerca das provas e argumentos sobre o material probatório, passando-se das possíveis premissas às conclusões. Essa fase se reveste de uma relativa complexidade, tendo em vista que envolve a formação de um raciocínio lógico que trará consigo um verdadeiro desenvolvimento de premissas que partem das provas e argumentos até um juízo de valoração que será o julgamento.

Ocorre que, esta questão, é de extrema complexidade na grande maioria dos casos, visto que as inferências são realizadas já na coleta da prova, como nos casos em que a testemunha é ouvida e, mesmo sendo uma prova direta, por ser uma testemunha que se declara presencial de um crime, recairá uma verdadeira discussão sobre a sua credibilidade (vejam-se todos os motivos de suspeição e impedimento para testemunhas previstos no hodierno ordenamento jurídico).

Vasto é o campo de atuação da dita prova indiciária, em que determinados indícios poderão (ou não) reconstruir o fato principal o qual se busca demonstrar no processo, de modo que versa sobre uma prova indireta, baseada, deste modo, em elementos que não possuem o condão de gerar uma conclusão imediata sobre os fatos, mas, sim, por via literalmente indireta, na qual é necessária a conjugação das provas presentes no processo criminal e do todo se tenta extrair uma determinada conclusão, a qual sem sombra de dúvidas,

a tarefa de montar o verdadeiro “quebra-cabeça” formado será árdua em demasia, vez que as peças deverão se encaixar perfeitamente, sempre objetivando o melhor julgamento.

À exemplo do crime de homicídio, em situações premeditadas, sem a presença de testemunhas oculares, torna-se extremamente importante a reconstrução de cada mínimo detalhe que envolva a prática daquele delito, circunstâncias que são extraídas no local do crime, no histórico do acusado e da vítima, das pessoas de suas relações, fatores que ensejem a formulação de versões, as quais serão amplamente debatidas no processo, em nítido protagonismo, que somente poderá vingar se amparadas em provas e argumentos capazes de dar suporte a tais versões.

É justamente este o ponto que se pretende debater no presente capítulo, como se chega a uma conclusão sobre essas possíveis versões que surgem nos autos de um processo criminal, ainda mais em casos da complexidade de homicídio em que a prova é consubstanciada em meros indícios?

Ao menos três modelos são discutidos na seara doutrinária do direito processual penal, que devem ser analisados com máxima cautela: o sistema narrativo (*story-telling*); sistema probabilístico e sistema híbrido.

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

Nos casos de processos carreados com provas diretas, normalmente, se fala em confissão, testemunhas viram e confirmaram o crime e sua autoria, pouco sendo analisado quanto a tais questões, São casos, geralmente, mais simples, vez que não trazem consigo maior complexidade. Em contrapartida, nos casos indiciários, a situação é inversa, impondo-se um profundo exame e cautela na tomada de decisões.

Observa-se que muitas vezes tais questionamentos são deixados de lado nas decisões judiciais, quando, na realidade, a sua demonstração no caso concreto será uma forma de clarificar todo o nexos de causalidade entre o fato, a prova e a conclusão a que se chegou, legitimando, assim, o ato judicial, ou mesmo a tese apresentada pela acusação ou pela defesa, na busca do convencimento do julgador.

3.1 Modelos probatórios

Não há uma clara sistematização acerca deste tema, entretanto, diversos doutrinadores colocam tal questão no plano de uma teoria narrativa e uma teoria probabilística. Assim, a

narrativa se caracteriza pela construção de versões antagônicas, em que poderá prevalecer a “melhor”, considerada como boa e, conseqüentemente, verdadeira. Esta, igualmente, não deixa levar em conta as probabilidades, contudo, não no patamar estatístico ou matemático, tão somente.

De outro lado, a teoria probabilística-matemática se forma na ideia de que a conclusão acerca de um determinado processo ocorre por probabilidades que podem, por sua vez, serem calculadas e, assim, devidamente demonstradas, fundadas no sistema *bayesiano*. Entretanto, existe uma terceira corrente, a qual propõe um dito sistema híbrido, que acaba por agrupar fundamentos das duas concepções anteriores, não formulando uma tese que possua caráter exclusivo destas, mas, sim, conciliando diversas ideias que são defendidas nas correntes narrativas e probabilísticas.

Essas questões, deste modo, serão objeto de análise, levando em consideração a sua relevância no presente estudo, o qual busca definir e identificar limites para o reconhecimento de um juízo de suficiência da prova indiciária em casos de crime de homicídio, sendo um ponto que deve ser devidamente indagado, pois a depender do modelo utilizado, tal definição será de extrema relevância para abordagem do *standard* de prova adotado e a situação do ônus da prova, tratando-se cada ponto de distintas questões, porém que acabam por se interligarem e relacionarem para a formação do juízo de convencimento e suficiência de prova a fim de possibilitar um decreto condenatório justo e legítimo.

Neste interim, tem-se o chamado modelo narrativo (*story-telling*), o qual é apresentado na doutrina como sendo aquele em que as versões defendidas no processo deverão ser contrapostas, cabendo a escolha, se possível, entre uma daquelas que, efetivamente, possuir a força probante suficiente para demonstração do fato colocado sob a análise do judiciário.

Aqui não se discute a questão sob a ótica de probabilidades matemáticas, mas, tão somente pela comparação das mais variadas histórias debatidas no processo. A busca da solução, ou seja, a definição da demanda judicial, deverá levar em consideração a versão que irá prevalecer sobre a outra e pode ser aceita como adequada ao caso em análise.

Indo por caminho diverso, esta teoria busca um julgamento com critério, na maior quantidade de provas, na coerência da história e, até mesmo, na simplicidade de tal história, de modo que dê suporte para realização da escolha entre as mais variadas versões que disputam o convencimento do magistrado. Assim, trata-se de um sistema descritivo, fortemente indutivo e lógico, sendo o raciocínio sobre a prova realizado em três estágios distintos, como já ocorre no sistema norte-americano: a compilação das versões e as provas que as embasam; a explicação do juiz aos jurados sobre as opções de decisão; e, como se não

bastasse, a comparação das narrativas pelos julgadores, os quais optam pela mais aceitável e coerente, de maneira que venha a ser considerada “melhor”.

Segundo bem leciona Taruffo,⁶³ tais histórias abrangem todos os pontos de um determinado processo, ultrapassando a mera seara fática, tendo em vista que pode ensejar a discussão quanto a matéria de direito. Desse plano, é evidente e nítido que a separação da matéria de fato e de direito é, nos mais variados casos, extremamente difícil de ser realizada, quando diversos conceitos jurídicos são traçados sobre fatos e encontram-se interligados entre si.

À exemplo de uma acusação pelo crime de homicídio qualificado por motivo fútil, em que a prova vai recair sobre o móvel da ação, contudo, no âmbito da argumentação jurídica, essencialmente, a acusação terá de demonstrar que aquela discussão existiu, bem como que era por motivo ínfimo e insignificante, agregando a definição de que tal fato constitui visivelmente uma motivação tida como “fútil”, sobre a qual recai uma maior reprovabilidade e caracteriza, portanto, a existência da qualificadora.

As versões existentes nos autos bem como as narrativas que destas decorrem podem dizer respeito a fatos e à matéria jurídica. Contudo, as questões de direito não carecem de prova (*juria novit curia*), de modo que a matéria fática que deverá ser comprovada no processo, englobando o fato principal, bem como os fatos juridicamente relevantes, sendo aqueles que, mesmo não sendo o principal, são importantes para a utilização como premissas para inferências que acarretarão em uma conclusão sobre uma versão apresentada no processo pelas partes, tendo o fito de confirmar ou não a veracidade ou falsidade de certo enunciado relacionando ao fato que se busca provar na causa.

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

De outro lado, há o caráter perigoso e que torna, sem sombra de dúvidas, mais complexa a tarefa de valoração e análise de uma *story*, o que se constata pela falta de clareza das versões ou diversas variáveis bem como pela própria possibilidade de manipulação dos

⁶³ TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n.13, p. 111-153, jan. /abr. 2011.

fatos em virtude do que as partes pretendem no processo, sendo esta não apenas pela má-fé dos litigantes, mas, também, pelos argumentos distorcidos, manobras, tudo relacionado aos objetivos que se quer atingir, turvando, assim, uma límpida reconstrução dos fatos.

Ressalta-se que em um processo de extrema gravidade, à exemplo de um homicídio doloso qualificado, em que existe a premeditação, sendo a prova, na totalidade, indiciaria, não paira dúvidas de que o confronto de versões, acusatória *versus* defensiva, acaba por levar a uma ampla discussão sobre inúmeros elementos fáticos do processo, bem como a inúmeras teses jurídicas, propiciando um elevadíssimo clima de tensão.

No âmbito normativo do processo penal, os “narradores de histórias” são Ministério Público, os advogados, as testemunhas, réus e o juiz.

Portanto, conforme demonstrado, no modelo narrativo, as partes apresentam suas versões, as quais são distintas e antagônicas, cabendo ao magistrado concluir a melhor hipótese para aquele determinado caso, não adentrando em questões estatísticas sobre probabilidade de acerto ou aproximação do que viria a ser verdadeiro. Neste interregno, se pretende, como fundamento, a quantidade de prova apresentada, sua coerência, credibilidade, sendo um critério bastante subjetivo, vez que acaba por presumir a existência de uma tese “melhor”, mais convincente, com amparo sempre das provas que constam no processo que está sob a tutela do poder jurisdicional estatal.

Evidentemente, as críticas a cada um dos sistemas vastamente demonstrados acima, são bastante específicas, de modo que consideram precipuamente a possível existência de dados para quantificação de dados para que se chegue a uma maior certeza no julgamento da lide. Não deve ser outro o raciocínio se não o de que o próprio estudo acerca da cognição do homem e seus inúmeros fatores de influencia deve ser devidamente interligados, com o fito sempre de incluir argumentos probatórios para se conectar a uma evidencia.

Com o escopo de se garantir o total convencimento de que os fatos se deram de uma determinada maneira, tudo o que fora carregado aos autos será confrontado, de modo que o magistrado possa tomar a melhor decisão possível, dentro de sua discricionariedade, sem ferir o que preconiza nosso arcabouço jurídico-normativo.

Desse modo, diante dos modelos de provas acima esposados, se observa que tanto o sistema de narrativa bem como o sistema fundado em probabilidades estatísticas são de suma relevância para posterior elaboração do ato decisório final, visando a identificação de critérios cada vez mais concretos, que possam consubstanciar a decisão de um processo em matéria criminal.

No campo jurídico da prova baseada em meros indícios, nas quais não há provas diretas em relação ao fato principal, difícil é a tarefa de se formar um raciocínio lógico bem como um nexos de causalidade e poder se chegar a uma conclusão, tendo em vista sempre que o Direito Penal é tido como a *ultima ratio*, visto que pode incriminar o acusado, restringindo, inclusive, a sua liberdade.

3.2 Valoração da prova

Ultrapassada a breve análise dos tipos de inferência, cabe-nos verificar como se procede o desenvolvimento do raciocínio do magistrado para investigação dos fatos e provas cotejadas nos autos do processo criminal, de modo agir de maneira correta e mais próxima do que se considera justa possível, para que se evite injustiças.

Mister elucidar, por oportuno, que o entendimento doutrinário é quase que uníssono no sentido de que o juiz ao proceder com a valoração da prova, fará uma inferência indutiva, sendo tais fatores de extrema importância para entender como acontece tal raciocínio bem como ocorre a influência direta destes no convencimento do julgador, sendo questão de altíssima relevância na valoração probatória no âmbito do processo penal.

Cabe ressaltar que uma inferência feita sem quaisquer reflexões, sem observar as premissas que lhes são postas, acaba por consubstanciar um juízo de valor inadequado. É notório que a análise de tudo o que vem sendo posto, tais como espécies de inferências, sistemas cognitivos, modelos probatórios e valoração da prova, são imprescindíveis para verificação dos limites de julgamento bem como de valoração dos indícios no campo probatório, sendo bastante complexa tal análise.

Importante asseverar que um julgamento, sobretudo em matéria criminal, firmado em premissas equivocadas, preconceitos, experiências ruins, mero impulso, apresenta um sério risco à liberdade e aos direitos e garantias individuais.

A análise de todos os pressupostos acima elencados dizem respeito à formação das inferências, o que move o raciocínio humano e a tomada de decisões, sendo de salutar importância no campo jurídico, sobretudo para limitação dos juízos de valor os quais são lançados sobre a prova indiciária, espécie de prova indireta, que vem sendo amplamente discutida por sua importância.

Kahneman, seguindo este mesmo entendimento, preconiza que “Muitas decisões são baseadas em crenças respeitantes à probabilidade de acontecimentos incertos, como o resultado de uma eleição, a culpa de um réu, ou o futuro valor do dólar”.⁶⁴

Assim, é extremamente importante observar a formação do raciocínio bem como a deliberação entre os mais variados sistemas cognitivos, devendo ter plena ciência da forma como pensa e se formam as decisões tanto no contexto do dia a dia tanto como um juiz. Isso, sem sombra de dúvidas, deixa ainda mais latente a necessidade de ponderação e, acima de tudo, compreensão sobre tudo que se pretende decidir, e diminuir de maneira razoável a incidência de erros e possíveis injustiças.

Em uma realidade aonde cada vez mais as pessoas tomam decisões impulsivas, emocionais ou com uma racionalidade que parte de matérias totalmente equivocadas =, é justamente isto que pode acontecer na análise de um processo sob matéria penal, diante de absolvições ou condenações em total desacordo com os fatos e provas carreados aos autos.

Impossível e utópico acreditar que o magistrado seja impassível à influencia de suas emoções e leve isso para a causa que consta nos autos, contudo, deve sempre pautar suas decisões com prudência de modo a assegurar sua imparcialidade e tomada de uma decisão adequada à solução de conflito.

Neste ínterim, leciona Palma:

Juiz burocrata, o juiz tecnicista, tanto como juiz emotivo incapaz de realizar uma ponderação de valores com imparcialidade e de se desviar de suas pré-compreensões, conduz, irremediavelmente, à transformação do processo penal garantístico e da presunção de inocência num simulacro disso mesmo.⁶⁵

Essas correlações entre os modelos probatórios e os sistemas cognitivos acabam por evidenciar a possibilidade de interação entre os mais variados conceitos, contribuindo para o próprio resultado útil do processo, qual seja atingir a verdade, para que a decisão seja prolatada consoante os princípios norteadores do hodierno ordenamento jurídico.

⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, depressa e devagar**. Tradução de Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Temas e debates, 2013. p. 551.

⁶⁵ PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronuncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In: ESTUDOS em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa. [Coimbra] : Coimbra Editora, 2005. v. 2. p. 267-281. p. 280-281.

3.3 Inferência probatória, probabilidade indutiva e prova indiciária

Importante neste momento, fazer considerações sobre as mais variadas inferências as quais são realizadas num contexto do processo judicial sobretudo no que concerne as provas, sobretudo as de carácter indiciário.

Relevante salientar que as inferências probatórias desenvolvem-se no campo processual por meio de verdadeiras conexões entre fatos, provas, finalidade de tais provas, permitindo-se chegar a conclusões as quais estarão intimamente interligadas a um juízo de probabilidade tão eficiente, posto que é capaz de corresponder à verdade daquele processo.

Evidente que não como não se chegar a notória conclusão, diante de tudo o que já fora exposto, que a busca de prova dos fatos e a sua demonstração no processo enseja a elaboração de um juízo probabilístico acerca da suficiência para consubstanciar, por exemplo, uma condenação em matéria criminal.

Nesse mesmo sentido, Ferrer Beltrán,⁶⁶ preconiza que a teoria mais adequada é aquela que defende a realização de um juízo de probabilidade “lógico ou indutivo”.

Todo o conjunto probatório é carregado ao longo do processo, trazendo consigo a finalidade tão somente a busca da verdade, para se chegar a uma decisão mais justa possível. Após a coleta de todos os elementos probatórios, em que pese a valoração que possa ser realizada a cada ato, a cada etapa processual, há o momento da efetiva valoração do ato decisório, tanto no momento dado para manifestação da acusação e defesa, bem como no momento da prolação da sentença.

Depreende-se que, a tão dita “verdade” no processo é alcançada mediante a adoção de concepções narrativas ou probabilísticas em que, tanto numa tese como na outra, uma versão possui maior sustentação e isso é o que dá amparo suficiente para a definição e julgamento da causa, seja numa posição que atenda à comparação de narrativas e definição pela mais coerente e verossímil, seja na posição que siga a linha de probabilidades.

As inferências probatórias culminam na busca de um julgamento que represente a “verdade” daquele processo, daqueles fatos, isto é, do caso concreto posto a análise do poder judiciário, impondo-se um verdadeiro encadeamento de raciocínio lógico que faça conexão entre fatos, provas e argumentos, dando subsídios para suficiência probatória e posterior sustentação de uma condenação.

⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 120-124.

A suficiência probatória ora esposada dá-se pela verificação de que determinada hipótese possui maior grau de corroboração de seus elementos, atingindo, nesse mesmo patamar, um grau de probabilidade que possibilite a segurança necessária para o acolhimento de uma tese acusatória, ultrapassando os limites que são categoricamente afirmados pelo princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

De acordo com Ferrer Beltrán,⁶⁷ em que pese a enorme discussão sobre a matéria, o mesmo entende acerca da impossibilidade de atingir a “verdade” de uma hipótese e, assim, de uma pretensão em um processo judicial, de modo que não afaste a possibilidade de análise de todos os fatos e hipóteses investigadas, para que se prefiram umas em detrimentos de outras tantas por ventura existentes.

Para que exista uma verdadeira diferenciação mesmo diante de tal problemática de adoção de critérios matemáticos, sendo uma concepção rechaçada pela grande maioria da doutrina continental, cabe apenas a adoção de um juízo de probabilidade lógica ou indutiva.

Nesse contexto, Cohen⁶⁸ trabalha com a premissa de que uma probabilidade indutiva na linha de Bacon, não aceita a utilização de cálculos matemáticos para uma tarefa como a que é desenvolvida no raciocínio probatório jurídico.

Deste modo, a probabilidade lógica ou indutiva é exemplificada de maneira clara na seguinte situação: três testemunhas afirmam ter visto Caio efetuar disparos de arma de fogo contra Tício. A primeira testemunha afirma este fato. É necessário inferir que Caio atirou em Tício, sendo que isso dependeria da credibilidade do depoimento, visto que a hipótese seria considerada falsa, se a testemunha mentisse ou apresentasse problemas graves de visão ou em razão das condições de visibilidade do local.

Assim, os depoimentos das outras duas testemunhas acabam por servir de escopo indutivo no sentido de corroborar com a hipótese que se refere ao enunciado proposto, afastando hipóteses alternativas, que poderiam ser consideradas como mentira das testemunhas, a má percepção ou até mesmo problemas de visão. Verificada a prova do enunciado, então, pode-se inferir que Caio atirou com um maior grau de probabilidade.

Como bem leciona Andrés Ibáñez:

acolher metodologicamente o caráter de inferência indutiva da averiguação dos fatos pressupõe ao mesmo tempo assumir um dado que, não obstante sua aparente objetividade tem uma relevância que não deve desconhecer-se. Refiro-me ao dado de que com isso se situa reflexivamente o trabalho cognoscível do juiz a respeito dos

⁶⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdade**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 91-92.

⁶⁸ COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 3-32.

fatos no âmbito das explicações probabilísticas, que são as que permitem afirmar algo, mas só, e se a derivação é correta. Sendo assim as coisas, e para que as margens de incerteza possam ver-se reduzidas tanto quanto seja possível, é fundamental que a inferência judicial tenha sempre um referente empírico bem identificável, que faça possível afirmar, com rigor, se as preposições relativas a ele são verdadeiras ou falsas.⁶⁹

Ao se analisar o contexto que se insere a prova indiciária, não subsiste o certo preconceito que prevaleceu em determinado período histórico, pois o fato de ser considerada uma prova indireta, tudo irá depender da força probatória dos indícios e o grau de probabilidade que as inferências poderão levar à formação do juízo de valor que será lançado pelo magistrado.

Se por um lado, na prova direta, se considera um depoimento de testemunha presencial de um crime de homicídio, essencialmente, o valor do depoimento dependerá muito do grau de coerência do relato bem como da credibilidade da própria testemunha, fatores estes que obrigam a realização de inferências no decorrer da coleta da própria prova testemunhal.

Na prova indiciária, há diversos fatores que incidem sobre o fato principal, haja vista o fato de nos depoimentos de testemunhas sobre fatos periféricos que cercam o fato principal, como o testemunho de alguém que viu o suspeito saindo do local do crime portando uma faca ensanguentada nas mãos, impõe-se o veemente debate entre coerência e credibilidade, fatores de extrema relevância para confirmação da hipótese acusatória.

Diferentemente da prova direta, em que o magistrado absorve o conteúdo fornecido pela testemunha ou mediante qualquer outro meio probatório, tendo uma relação causal imediata de acordo com a expressão identificada desta prova, na prova indiciária as inferências acabam por serem sucessivas com o fito de “cercar” a hipótese sustentada.

Conforme amplamente demonstrado, o caminho cognitivo formado deve levar em consideração tanto os apontamentos sobre a forma como se desenvolve o raciocínio humano e os riscos que advém de prejulgamentos, influencias sem contextualização, uma posição já definida por outros critérios que não sejam a própria estrutura probatória carreada aos autos.

A construção desse raciocínio, sem sombra de dúvidas, na prova formada por meio de indícios é um caminho obrigatório para evitar eu paire erros e, assim, poder-se falar em superação da presunção de inocência. Isso, com toda certeza, só ocorrerá com um *standard* de prova altamente exigente para possuir o condão de permitir uma posterior condenação.

⁶⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 95-97.

Outra questão de extrema relevância de ser abordada é a que diz respeito à produção da prova indiciária no processo, o que impõe analisar o ônus probatório, que traz uma discussão relevante sobre *standards* de prova, o princípio acusatório bem como a relevância da questão das inferências diante da argumentação apresentada no processo de matéria criminal, sobretudo no tocante à prova indiciária.

3.4 Prova indiciária e ônus da prova

A prova indiciária por ser espécie de prova indireta, depende ainda mais do grau de precisão das inferências probatórias com o fito de evitar julgamentos injustos. Verificou-se que independente do modelo probatório a ser utilizada, a questão cognitiva, por si só, já carece de toda cautela possível para formação de um juízo de valor isento de quaisquer irregularidades, sendo que, no processo judicial, a comparação de hipóteses visando à confirmação e determinação de uma “verdade processual”, afirmada por um juízo de probabilidade, é imprescindível.

No âmbito do Direito processual penal, o conflito entre a pretensão punitiva estatal e os direitos e garantias individuais do cidadão, numa linha democrática, princípios básicos como ampla defesa, contraditório, devido processo legal, serão fundamentais para garantia de um processo tido como justo e legítimo.

Por outro lado, a acusação não deixa de ser uma “hipótese” de que os fatos tenham acontecido naqueles termos denunciados pelo Ministério Público, o que devera ser posto em cheque e profundamente debatido durante o tramite processual, sempre levando em consideração o princípio da presunção de inocência. Se a hipótese não restar cabalmente demonstrada ou houver dúvida intransponível, o acusado deverá ser absolvido, por ser medida da mais lidima justiça.

O reconhecimento da presunção de inocência como garantia de um processo justo e democrático, com todos os seus corolários, tais como direito ao silêncio, direito a não-autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), bem como as diversas regras de ônus da prova que não violem as garantias do acusado, devendo a acusação provar o conteúdo de sua denuncia contra o réu, não se impondo à defesa a obrigação de produção de prova da inocência são pontos de grande relevância.

No âmbito da prova indiciária, como se pode constatar, a formação da convicção ocorre por inferências que se relacionam a fatos conhecidos (provados) para buscar conclusões sobre um fato principal que se quer demonstrar.

No caso de um homicídio, como, por exemplo, o que será adiante narrado do “Goleiro Bruno e Eliza Samúdio”, a prova da materialidade e da autoria do crime, bem como do elemento subjetivo do tipo, encontram-se em um alto grau de tensão. A inexistência do cadáver da vítima, a negativa de autoria por parte dos acusados, a negativa do *animus necandi*, são questões que, inexistindo prova direta, vão ensejar profunda reflexão acerca das provas e uma grande responsabilidade na formação de um juízo definitivo, visto que inúmeras são as inferências lógicas que serão exigidas para cada prova e, depois, para análise em sentido amplo. Valido ressaltar, que punir alguém pelo cometimento do crime de homicídio, isto é, um crime que é apenado com sanções severas e elevadas, sem o encontro do cadáver da vítima, obriga a um extremo dever de cautela em conjunto com a investigação precisa dos elementos probatórios em todos os mínimos detalhes.

Não obstante ao que fora exposto, deve-se analisar, então, como ocorre a distribuição do ônus probatório no processo penal, pois, ainda mais em um caso baseado em meros indícios, os fatos serão fonte de grande aporte argumentativo, de convencimento e persuasão, impondo, na maioria das vezes, um trabalho lógico-mental extremamente elevado e delicado, por sua própria natureza.

3.4.1 Produção da prova indiciária e sistemas de avaliação das provas

A discussão sobre o ônus da prova possui íntima relação com o sistema processual penal que é adotado em determinado Estado.

No sistema brasileiro é adotado o sistema acusatório, porém com mitigação prevista, expressamente, no artigo 155 do CPP. No caso de Portugal, igualmente, a doutrina reconhece a adoção de um sistema processual acusatório mitigado pelo princípio da investigação, em que a produção da prova fica a cargo da acusação, porém, é admitida a intervenção do juiz.

Cabe ao Ministério Público produzir a prova de responsabilidade criminal do acusado, contudo, existem situações que o próprio magistrado intervém para buscar provas visando a formação de sua convicção, consoante o princípio da investigação, inserido no sistema acusatório misto.

Por outro lado, ao acusado, presumido inocente, não recai qualquer ônus de provar sua inocência, visto que o processo é iniciado sob a égide da probabilidade, da hipótese, em que, se a acusação não logrou êxito em demonstrar a culpa do acusado, não se pretende impor que

este seja obrigado a fazer qualquer tipo de prova para ser declarado inocente e ser, deste modo, absolvido.

Importante trazer à baila o que ocorre no âmbito do direito processual civil, onde o ônus probatório, na regra geral, incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de sua pretensão, enquanto que ao réu surge o ônus tão somente de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal pretensão contra ele apresentada a tutela jurisdicional. Assim, tal modo de atuação jamais poderia ser adotado em matéria criminal, tendo em vista que o princípio da inocência impede tal situação, de modo a preservar o bem jurídico liberdade individual diante do poder investigatório estatal.

O cerne da questão gira em torno de que o ônus probatório na seara criminal recai sobre a acusação, devendo, por conseguinte o Ministério Público assegurar e comprovar nos autos a responsabilidade penal do acusado, vigorando o princípio da presunção de inocência como um verdadeiro escudeiro da balança, de modo que resguarde tal relação para o ônus não recair na defesa.

No campo da prova indiciária, a questão se desenvolve do mesmo modo, contudo, não se perde de vista que, sendo uma prova lastreada em inferências que decorrem de diversos fatos e fatores, há um latente preconceito quanto a ela, o que não merece prosperar por não se acreditar na existência de uma hierarquia entre as provas dentro da seara processual, não podendo jamais se perder de vista o patente caráter dialético do processo bem como as consequências advindas do confronto argumentativo acerca das provas.

O momento processual de tecer a abordagem final probatória, visando a análise precípua do mérito da causa, constitui o marco principal do processo criminal, quando ao magistrado caberá a decisão pela culpa ou inocência do acusado.

Inúmeras foram as mudanças quanto aos elementos probatórios ao longo dos anos, a depender dos costumes da época, o sistema político adotado, de decisões com inspirações “divinas”, crenças ou superstições, e ainda àquelas que sujeitavam os réus a verdadeiras “provas de fogo”, como no tempo das “Ordálias”, até se vislumbrar sistemas democráticos, os quais possuem sua estrutura no papel estatal a ele conferido, sendo necessária a clara fundamentação de sua decisão, decorrente veementemente de uma lógica tida como racional.

A supracitada evolução dos modelos de avaliação probatório é destacada pela doutrina, de modo geral, em três principais sistemas: prova legal ou tarifada; intima convicção e livre apreciação da prova (persuasão racional ou livre convencimento motivado).

3.5 Prova legal ou tarifada

Imperioso destacar, de início, que o sistema denominado “prova legal” ou “tarifada”, era representado pelo caráter taxativo de avaliação das provas, em que o juiz, ao prolatar sua decisão, acaba por tomar por base qual a previsão legal sobre aquela determinada matéria, de modo que ficaria necessariamente vinculado à disposição legal sobre a prova.

Ressalta-se ainda que, o ordenamento jurídico preconizava o modo como a prova deveria ser valorada. Se uma testemunha apresentasse uma versão adequada aos fatos, mas acabasse por ser contrariada por duas mais ou mais testemunhas que apresentassem versão distinta, o juiz sob nenhuma hipótese poderia seguir a linha expressada por aquela única testemunha: *testis unus testis nullius*.

Se, de uma ótica, se pretendia evitar a arbitrariedade do magistrado, tolhendo sua liberdade de valorar consoante suas próprias convicções, bem como uma maior uniformização dos julgamentos, o sobredito sistema das provas “tarifadas” gerava uma nítida hierarquização de provas, de maneira que o resultado do julgamento estaria intimamente à correspondência entre prova e a lei, sendo o juiz um mero aplicador da norma, mesmo que vá de encontro com suas íntimas convicções e constatando uma possível injustiça.

A busca incessante da “verdade real” servia como respaldo para esse processo arbitrário e abusivo, suprimindo garantias individuais do cidadão e, assim, gerando processos ilegítimos, sem a mínima consideração do indivíduo. Valia a taxatividade da prova e, conseqüentemente, com um processo que permitia uma gama de abusos e violência, com o precípua fim de alcançar a “verdade” a qualquer custo, tendo o juiz um papel inquisidor bastante evidente.

Ferrajoli⁷⁰ nos ensina que a superação do sistema de prova legal foi fruto sobretudo da crítica e proposta trazida junto ao movimento iluminista, que culminou com a eclosão da Revolução Francesa, a qual trouxe grandes modificações no sistema judicial, implementando o julgamento pelo júri e dando elevada importância ao princípio do livre convencimento do juiz.

Diferentemente do que ocorria antes, onde o papel do juiz poderia ser resumido como o de um mero atuariário que tem como principal responsabilidade certificar a presença de circunstâncias fáticas em um processo e, ao final, aplicar a legislação acerca de drogas,

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 110-111.

afastando quaisquer possibilidades de o juiz decidir de acordo com sua posição pessoal e consciência.

4 SENTENÇA PENAL BASEADA EM PROVA INDICIÁRIA: PRINCIPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E LIMITES A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO

Ultrapassada a análise no que concerne aos pontos relevantes acerca da problemática probatória, passa-se ao momento da avaliação, valoração e busca de identificação dos limites e parâmetros que devem ser observados com extrema cautela, quando da decisão judicial consubstanciada em prova indiciária.

Cabe tecer algumas ponderações acerca da suficiência da prova indiciária para condenar o acusado, para, então, conjugando-se todos estes fatores traçar possíveis parâmetros, sob a luz dos requisitos de um acervo de prova por indícios, a fim de averiguar os limites do magistrado neste caso, fazendo-se uma análise crítica ao “Caso do goleiro Bruno e Eliza Samúdio”.

Conforme ficou demonstrado, segundo a linha exposta na teoria da prova indiciária, nos casos criminais que possuem em seu bojo um acervo probatório lastreado em indícios, temos que este sofreu ao longo dos anos, forte preconceito quanto a sua validade. Contudo, embora este assunto tenha sido superado por grande parcela doutrinária, sob o pretexto de que mesmo na prova direta há uma problemática no tocante a valoração da prova, coma realização de inferências sobre a credibilidade das mesmas, faz com que, necessariamente, os casos baseados em meros indícios sejam fundamentados à exaustão, de modo que não paire quaisquer dúvidas acerca da lógica desenvolvida pelo juiz ao levar em consideração cada indicio carreado aos autos.

Ressalta-se que, inexistindo hierarquia entre as provas existentes no ordenamento jurídico e tampouco taxatividade, bem como sendo o magistrado livre para apreciação das mesmas, de maneira e decidir de acordo com a sua convicção, os indícios poderão assumir uma força conclusiva para basear uma condenação, entretanto, tudo deve ser devidamente delineado no processo, visando lhe garantir segurança jurídica e impedir possíveis arbitrariedades.

À exemplo do homicídio doloso, por inúmeras vezes, não existem provas diretas, tais como testemunhas, devendo a responsabilidade do autor ser investigada no campo da prova indiciária, exigindo-se, para tanto, que um crime de tamanha gravidade não fique impune e, em contrapartida, um inocente não seja punido como se culpado fosse. Deste modo, na motivação todos os requisitos e pressupostos sobre a força probatória devem ser expressamente expostas, como uma garantia de controle sobre a atividade jurisdicional.

4.1 Livre apreciação da prova ou persuasão racional

Mister elucidar, neste ponto, que se na concepção do sistema da íntima convicção o julgador está totalmente livre para decidir, sem qualquer vinculação à lei, provas ou fatos, mas tão somente a sua consciência, o sistema da livre apreciação da prova, o qual também é chamado de livre convencimento motivado, em contrapartida, confere ao magistrado plena liberdade para decidir, devendo apesar disto, pairar tais decisões com bases racionais e sempre adstrito aos termos constantes no processo, sendo obrigado a fundamentar a mesma, devendo demonstrar de maneira clara e nítida as razões que lhe levaram a agir daquela determinada maneira.

Não é outro o entendimento de Tonini acerca do tema, segundo o qual “a valoração das provas constitui uma atividade legal e racional”.⁷¹ Fala-se que é legal, por ser relativa às provas que tenham sido legitimamente colhidas, isto é, provas admitidas no sistema jurídico e obtidas validamente; e racional, pois é imperioso o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões que devem ser consoantes com a lógica, ciência bem como com as máximas da experiência comum.

Nesse escopo, temos que de maneira geral, temos que a apreciação da prova por parte do juiz é livre impondo-se, entretanto, limites, tais como a necessidade de fundamentação de sua decisão, o que acaba por afastar a incidência de arbitrariedade e abuso de poder.

Como nos lembra Silva,⁷² tal liberdade de análise probatória não representa que isso seja feito num campo estritamente subjetivo, em que a conclusão de um fato seja extraída por conjecturas ou impressões que não possam ser objetivadas e, assim, inteligíveis a terceiros.

No campo da prova indiciária, não se perde de vista que tudo o que fora abordado acima, desde as espécies de indícios, os modelos probatórios, à questão da formação dos raciocínios lógicos, tem extrema importância para que tal racionalidade e fundamentação sejam demonstradas numa determinada decisão judicial.

e modo geral, portanto, a discricionariedade do juiz para análise da prova indiciária, segue a mesma linha relativa a situações de provas diretas, inexistindo qualquer tipo de hierarquização seja por imposição legal ou construções doutrinárias. Entretanto, vale salientar que os caminhos tomados pelo juiz na formação de sua convicção sobre um processo com

⁷¹ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002. p. 103.

⁷² SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008. v. 2. p. 113.

prova indiciária, os percursos cognitivos adotados e, sobretudo, a racionalidade de sua decisão, terá que ser integralmente delimitada em sua própria justificação no bojo da sentença.

Assim, estamos diante de um nítido avanço do sistema judicial no que concerne a avaliação de provas, permitindo o controle pelo acusado e seu defensor, como tutela dos direitos individuais, bem como ao Ministério Público na defesa da sociedade, além da legitimação perante toda a comunidade pela própria publicidade da sentença, de modo que lhe confere uma maior segurança jurídica, tendo em vista que a sentença deixa de ser uma verdadeira incógnita para as partes daquela determinada demanda, passando a ser um verdadeiro ato de demonstração e convencimento, vez que resguardos sempre o direito de contraditório e ampla defesa.

Utópico seria acreditar que o juiz está imune as mais variadas influências, pressões naturais da própria atividade jurisdicional, mas, nesse aspecto, a motivação cumpre tal papel de controle da racionalidade existente na decisão, afastando a ideia bastante perigosa de “intima convicção”, o que é vedado por nosso hodierno ordenamento jurídico, por ser medida de direito.

A solidez de determinada prova, expressada em uma sentença que demonstre passos inferenciais realizados no julgamento, transparecem em um ato que une a substância, ou seja, os fundamentos do ato decisório, o qual possui caráter eminentemente democrático e público, o que acaba por coibir o arbítrio de decisões eivadas de preconceitos e posições ilógicas. A decisão prolatada, com certeza, será analisada e está sujeita à crítica, a recursos, contudo, impende destacar que as razões que levaram o magistrado concluir determinado sentido estarão, obrigatoriamente, delineadas no seu ato fundamentado, o que legitima seu agir como ato de poder que é, tornando pública sua motivação, sempre consoante os ditames legais.

4.2 Alcance do princípio de presunção de inocência

Não há de se olvidar acerca da importância do princípio da presunção de inocência, mediante o qual “todo acusado se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com garantias de defesa.”

Trata-se de princípio basilar do processo penal, afirmado inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 11º, no Pacto Internacional sobre direitos cívicos e políticos de 1976 bem como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu

artigo 6º. Um de seus principais aspectos diz respeito justamente à questão probatória no âmbito do processo penal.

Neste interregno, confere Patrício que, “facilmente se compreendia que a primeira incidência do princípio da presunção de inocência do arguido se situe na matéria da prova”,⁷³ lembrando que do princípio decorrem fatores de grande relevância, como a questão de que o réu não possui a obrigação de provar a sua inocência, não sendo considerado como mero objeto.

Cabe analisar, que a presunção de inocência, como leciona Vilela,⁷⁴ além de possuir foco na questão probatória propriamente dita, busca ainda garantir um tratamento que respeite a liberdade individual do acusado. Assim, as medidas restritivas, cautelares, ao longo do curso processual, servem como mecanismos que somente poderão ser utilizados no momento em que houver a possibilidade de conciliação com outros princípios constitucionais que importem na indissociável necessidade de tomada de medidas que versem em sentido contrário a esta liberdade individual.

Observe-se que, o Estado, ao lançar uma acusação sobre determinada pessoa, tem o dever de fazer isto dentro dos estritos limites constantes no ordenamento jurídico, haja vista o inúmero constrangimento que sofrerá o indivíduo, ainda que na condição meramente de “acusado” em um processo na esfera criminal, podendo ter sua liberdade cerceada. Assim, deve o mesmo ser tratado como “inocente” até o resultado final do processo, garantia esta que possui o escopo de afastar a opressão estatal.

Não obstante a tudo o que já fora exposto, válido notar que a supramencionada garantia é reconhecida nos mais diversos diplomas legais, de variados países, sendo, como grande parte da doutrina afirma, não uma mera “presunção”, mas um verdadeiro “direito” do acusado em ser tratado como inocente até transito em julgado da sentença condenatória, onde teve o devido processo legal resguardado, com o contraditório e a ampla defesa.

O acusado, deste modo, tem o direito de não ser preso preventivamente durante o tramite do processo, como se inocente fosse, a não ser nas exceções previstas em lei. O acusado possui ainda, o direito de se manter em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, sendo estes nítidos exemplos da aplicação do princípio da presunção da inocência na persecução criminal.

⁷³ PATRÍCIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português**. 2. reimpr. Lisboa: AAFDL, 2004. p. 27.

⁷⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 58-71.

O seu alcance, diferentemente do que muitos pensam, se se estende tanto no que concerne ao tratamento dispensado ao acusado ao longo do processo como no tocante a própria matéria probatória, posto que não tem obrigação nenhuma de produzir provas, de manifestar-se e tampouco de se auto incriminar. Contudo, conforme visto, esse princípio não possui caráter absoluto, até porque se assim o fosse quedaria inviável o sistema de investigação e instrução penal.

Ponto importante a ser abordado é no que se refere à extensão e alcance do princípio da presunção de inocência, que serve ainda para análise no campo da prova indiciária e, por exemplo, num caso de homicídio em que haja negativa de autoria, sem prova direta, como ocorre no “Caso Goleiro Bruno e Eliza Samúdio”.

A prova meramente indiciária, com o fito de transpor uma garantia constitucional como a presunção de inocência, tem que apresentar força suficiente amparada em elementos seguros e que possibilitem, a partir da confirmação da hipótese, consubstanciar um juízo de certeza.

Mesmo as medidas de coação que podem ser deferidas ao longo do curso processual, devem trazer consigo uma carga probatória suficiente, o que é comumente chamado na terminologia legal de “indícios fortes”, não sendo uma mera possibilidade, mas possuindo em seu escopo um alto grau de probabilidade com o que está sendo exposto e se pretende comprovar, devendo ter os requisitos específicos para que a prova indiciária possa justificar a transposição da presunção de inocência bem delimitados.

4.3 Papel do *in dubio pro reo* no julgamento penal

De início, ressalta-se que sempre que persistir uma situação de dúvida em determinado processo, a decisão deve ser favorável ao acusado, ou seja, acaba por assumir o caráter de um princípio geral de interpretação.

É um princípio basilar, que busca sobretudo acautelar um sistema de justiça com a definição de uma regra que evite a condenação de inocentes. Seu campo de atuação, desse modo, é no sentido de dirimir questões fáticas, visto que as questões jurídicas devem ser resolvidas de acordo com as regras de interpretação delineadas pela hermenêutica jurídica.

Neste momento, diferencia-se o princípio da presunção de inocência do que dispõe o *in dubio pro reo*. Este refere-se, de modo exclusivo, ao momento da formação do juízo de convicção, sendo, assim, uma regra de juízo, com maior ênfase na fase final do processo.

Nesse mesmo caminho, a posição do STJ sobre o tema:

O princípio do *in dubio pro reo*, constitui um princípio probatório, segundo o qual na dúvida em relação à prova de matéria de fato, tem de ser sempre valorada favoravelmente ao arguido, traduzindo o correspondente princípio da culpa em direito penal, a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena. Este princípio não tem quaisquer reflexos ao nível, da interpretação das normas penais.⁷⁵

Assim sendo, depreende-se que a presunção de inocência tem seu momento propagado ao longo de toda a fase investigatória até o trânsito em julgado da condenação. A dúvida, por sua vez, deve sempre favorecer o réu, pois, no processo penal, seria inadmissível a condenação de uma pessoa havendo divergências intransponíveis sobre sua responsabilidade pela prática de determinado tipo penal.

Vilela,⁷⁶ sob a mesma ótica, refere que além de se manifestarem de maneiras distintas, tais princípios possuem momentos processuais distintos: a presunção de inocência manifesta-se ao longo de todo o processo, do inquérito até o trânsito em julgado da decisão, enquanto que no *in dubio pro reo* tem seu momento na acusação inicial e no julgamento para se perfazer.

Assim, acaso o juiz ao analisar e valorar a prova no processo, ficar em dúvida, observando a hipótese acusatória não se sobrepõe ao que fora apresentado pela defesa, a absolvição é medida imperativa. Todavia, o trabalho do julgador é de fazer um trabalho extremamente criterioso, avaliando todas as provas carreadas aos autos, para só então formar seu juízo de convicção.

Portanto, não de se olvidar que a existência de um acervo probatório firme e seguro ensejará a transposição do *in dubio pro reo* na derradeira valoração da prova no processo, acarretando em uma justa condenação. Notório é que no campo indiciário, o preconceito em relação aos indícios, entendidos como prova menor ou ainda com menor eficácia, levava-nos a ideia de “mera suspeita”, incapaz de condenação.

Há, nos dias de hoje ampla posição contrária a isto, de modo que os indícios podem atingir o grau de prova suficiente para amparar um veredito condenatório, dando, por conseguinte, uma resposta a hipótese acusatória posta no caso concreto. Com as devidas

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ac. **02P3316**. Rel. Simas Santos, julgado em 14.11.2002. Brasília, 2002. Disponível em: < <https://goo.gl/cTPA9n>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

⁷⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 77-80.

considerações entre os conceitos e diferenciação de tais princípios de suma importância, vale ressaltar ainda que os mesmos atuam como verdadeiros freios a possíveis abusos contra direito e garantias individuais do cidadão.

4.4 Limitações probatórias de caráter constitucional ou processual

A prova consubstanciada em indícios, para ser discutida no processo, como qualquer outra, obrigatoriamente, passar pelas limitações de sua admissibilidade, como pressuposto e verdadeira *condição sine qua non* para seu posterior conhecimento e valoração. Inaceitável seria que se buscasse a “verdade a qualquer preço” num Estado Democrático segundo o qual se respeitam do ditames concernentes a garantias individuais do cidadão.

Em que pese a existência dos mais variados aspectos como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, bem como todo o conjunto de princípios, a investigação e instrução criminal recebe um freio limitador em face do conflito existente entre os bens jurídicos que dizem respeito ao patente interesse estatal em desvendar a prática cada vez mais frequente de crimes, interessando, assim, à coletividade.

O artigo 157 do Código de Processo penal prevê que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais,” tratando-se de norma cogente, de cunho eminentemente constitucional, não havendo de se considerar a coleta de provas que violem direitos resguardados pelo arcabouço jurídico-normativo.

Costa Andrade⁷⁷ traz à tona uma ampla abordagem acerca da extensão do princípio da proporcionalidade nesta questão, criticando decisões que abrangem meios investigatórios que tocam diretamente em direitos fundamentais relacionados diretamente a dignidade da pessoa humana.

Mesmo diante de tudo isto, alguns tribunais e doutrinadores insistem em colocar inúmeras ressalvas quanto a prova indiciária e sua força probante, na busca, inúmeras vezes, de elementos de prova direta, afrontando determinados direitos tidos como fundamentais do acusado, tudo na tentativa de ir além da prova indireta, podendo ensejar um erro irreversível e até a nulidade do processo, o que não se admite.

⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 38.

4.5 A suficiência ou não da prova indiciária para fixação de um juízo de certeza na sentença penal

O processo penal traz consigo um verdadeiro conflito de hipóteses, tensão esta existente entre “histórias” que são narradas pelo Ministério Público ao estipular os termos da acusação formulada contra o réu, não sendo diferente deste ao contrapor a versão acusatória.

O sistema de confirmação da hipótese, a partir da análise do material probatório constante no processo, se reveste da utilização de um critério o qual é extraído por uma verdadeira probabilidade indutiva que possa determinar, então, qual a hipótese que deve prevalecer.

Neste ponto em específico, boa parte da doutrina sempre apontou que a prova direta, por ter o fito de fazer uma intermediação direta e imediata entre o fato e o repasse da informação a fim de concretizar a reconstrução histórica do acontecimento, teria um maior grau de credibilidade ou facilitaria a formação de um juízo de convicção. Neste sentido, vale salientar o que preconiza Greenstein⁷⁸ sobre o tema, “o mito da prova direta” não subsiste, tendo em conta que a prova direta necessita da efetivação de inferências sobre os seus detalhes, sua credibilidade, de maneira a ensejar uma construção lógica, o que também acontece no tocante a prova dita indireta.

Na eventualidade de esta constar como devidamente delineada, fechando uma série de inferências baseadas em fatos comprovados e argumentos seguros, poderá levar a um grau de probabilidade tal que torne aquela determinada versão a “vencedora da causa”. Assim, estar-se-á diante de um nítido grau de suficiência probatório que será admitido como “certeza”.

Neste interregno, a prova indiciária para atingir o supracitado grau, deve trazer consigo requisitos específicos para que possa assumir tal papel de extrema relevância, sobretudo, no contexto criminal.

Conforme leciona Simões,⁷⁹ por razões históricas e sócio-políticas, ligadas a muitos anos de puro autoritarismo, que somente veio a cair em 1974, de modo que a jurisprudência, nas últimas décadas, manteve um grau de exigência exacerbado quanto à prova indiciária, gerando absolvições inexplicáveis e mantendo uma linha que adota a prova direta como fator preponderante para ensejar um juízo condenatório.

⁷⁸ GREENSTEIN, Richard K. Determining facts: the myth of direct evidence. **Houston Law Review**, Houston, v. 45, p. 1801- 1830, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁷⁹ SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento e um apelo premente. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 203-215, 2007.

Se depreende deste modo, que embora haja a discussão e consideração sobre o valor probatório dos indícios, de certa forma, se nota que aquela ideia de preconceito quanto a sua devida avaliação, ainda que existente, não possui qualquer justificativa e amparo jurídico normativo, para que se faça uma hipovaliação dos indícios. A questão é muito mais profunda do que se imagina, sendo inadmissível admitir também uma hiperavaliação acerca dos indícios, sobretudo, na sentença.

A doutrina é quase que uníssona no sentido de que tais requisitos devem conter, imprescindivelmente, a prova individual de cada indicio em específico, bem como a ligação entre estes com o fato probando, a inexistência de contraíndícios, a motivação expressa na sentença. Ora, desse modo, tais requisitos terão a função determinante de encaminhar a gravidade, precisão e concordância desses indícios pelo interprete, dando a devida possibilidade de convencimento do julgador.

Importante ressaltar o que preconiza Moura⁸⁰ acerca da matéria, posto que propõe alguns requisitos para a prova indiciária, nesse mesmo caminho, de modo geral englobados pelos mesmos requisitos já mencionados. Por tudo que se observa, inúmeros autores se debruçam sobre a questão, nos mais variados países, buscando a correta identificação dos requisitos específicos para a adequada valoração da prova indiciária.

Contudo, cabe delimitar a ideia principal existente, o que é de fundamental importância quando observado o grau de suficiência probatória com o intuito de superar a presunção de inocência do acusado e por consequência, garantir a segurança necessária para o julgador transpor uma possível dúvida no julgamento, o que ensejaria à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, consubstanciando uma possível absolvição.

Objetivando uma melhor compreensão sobre tudo o que fora exposto, ultrapassada a análise da prova indiciária bem como de todas as informações necessárias para a formação do juízo de convencimento em um processo na seara criminal, temos como requisitos essenciais para a valoração probatória dos indícios:

- a) Cada indício, por si só, deve ser devidamente provado, geralmente, mediante prova direta, muito embora, em alguns casos, possa se admitir inferências de provas indiretas em sequência;
- b) Em regra, deve existir uma pluralidade de indícios, de modo que, apenas em caráter de exceção, admite-se a existência de um único indicio;

⁸⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89-104.

- c) A inexistência de contraindícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios;
- d) Deve haver a conexão lógica entre os indícios, de maneira ampla, com o fito de demonstrar o fato probando, de maneira precisa, para que não ocorra uma verdadeira conclusão ilógica, nem que confira margem para diversas possibilidades;
- e) A sentença, por seu turno, deve demonstrar de maneira expressa, as inferências realizadas para cada fato-base bem como sua conexão com a conclusão ligada à apreciação do fato principal.

Para se chegar à valoração da prova indiciária, é necessário que os pressupostos que afirmam a validade de tal prova se encontrem devidamente delineados, sendo imprescindível. Vale salientar que, a pluralidade de indícios é um requisito, pois, simplesmente, tem a capacidade de “fechar um cerco” em relação ao acusado, em casos que se discute a autoria, por exemplo. Evidentemente, um indício apenas é prova frágil, mas que, em casos de furto ou tráfico de drogas, possui grande força probatória: ora, o objeto subtraído está na posse da pessoa; dez quilos de cocaína foram apreendidos com o acusado; pouco resta para o acusado no âmbito argumentativo, visando a persuasão do julgador.

Todo o caminho percorrido sob a esfera processual, a partir da comprovação de cada indício, possui o fito de afastar a incidência de quaisquer hipóteses que se contraponham, neutralizando, assim, o que se entende por contraindícios, encaminhando-se para uma única conclusão no que concerne aos fatos: não há plausibilidade de outra hipótese, bem como não há razoabilidade em uma decisão em sentido contrário. Notoriamente, pelo altíssimo grau de confirmação atingido mediante tal meio de prova, uma ideia formada de “certeza”, da qual se extrai que o réu é culpado pela prática daquele determinado crime ao qual é imputado.

A existência dos requisitos acima elencados acerca da prova indiciária, dizem respeito, sobretudo, à capacidade de os indícios, no caso em análise pelo judiciário, em cautelosa análise, levarem à formação de um juízo de certeza, entendendo o magistrado que há provas acima de dúvida razoável.

4.6 Indícios e a ideia da “prova acima de dúvida razoável”

Pensar na “suficiência” da prova indiciária para efeito de que se ultrapasse a linha de presunção de inocência e não ocorra, desse modo, dúvidas para posterior condenação, é, falar

na existência de “prova acima de dúvida razoável”, até para que se fale em legitimidade da própria condenação.

Na doutrina continental muito se fala na “certeza moral” ou “juízo de certeza” para a condenação, tendo como orientador a máxima propagada pelo princípio do *in dubio pro reo*, no caso de não ter tal certeza atingida, na doutrina anglo-americana a ideia central reside na ideia de “prova ou culpa acima de dúvida razoável”. Em ambas, vislumbra-se a exigência de um grau efetivo de certeza, visto que é a única possibilidade de se aceitar uma condenação, por ser o direito penal considerado como a *ultima ratio*.

Inegável a subjetividade a qual nos deparamos, haja vista o grau de certeza de prova para efetivar um conceito de superação de uma dúvida razoável, é árdua tarefa para quantificar, sendo tema de grande discussão no âmbito doutrinário. Ressalta-se que, uma pluralidade de indícios, a existência de um liame lógico entre estes tem o condão de apontar no mesmo sentido a que se pretende chegar, com a inexistência de contradições ou provas que se contraponham, sendo pressupostos nítidos para o conceito de suficiência probatória.

A máxima reside justamente no grau de exigência que isto impõe ao Estado para condenar, de maneira legítima, um cidadão, sendo que estará, obrigatoriamente, composto por estas três ideias primordiais, em que o réu deve ser considerado inocente pelo julgador no início do processo, o ônus de provar a culpa do réu é da acusação e que sempre deverá prevalecer o benefício da dúvida, na hipótese de não haver no processo provas suficientes para ensejar uma condenação.

Quando da ocorrência de um quadro probatório que possa ser definido como suficiente além de uma dúvida razoável, nos termos supramencionados, poderá a decisão judicial consubstanciar um veredito condenatório. Deste modo, o peso da prova, dado pela ocorrência no processo dos requisitos, dará o suporte para que um juízo de probabilidade haja a confirmação da hipótese acusatória, conferindo-lhe força ética e legítima para justificar uma condenação.

Não é outro o entendimento de que, é de suma importância a confirmação da responsabilidade criminal do acusado mediante provas seguras, as quais respeitam o devido processo legal, para que seja formado um juízo de culpabilidade, o qual se adequará ao que preconiza o nosso ordenamento jurídico.

Utópico seria acreditar na possibilidade de total eliminação de erros no âmbito de julgamento, contudo, o que se pretende é limitá-lo ao máximo, tratando-se de uma verdadeira concepção política acerca da matéria, sempre visando as garantias individuais asseguradas por nossa Carta Magna, as quais são imprescindíveis em um Estado democrático de Direito.

O que se busca evidenciar é que o ponto principal de tal questão não reside na espécie de prova constante nos autos, seja ela direta ou indireta, mas sim no peso por estar a mesma embasada por elementos seguros, que acarretam na conclusão infestável pela confirmação da hipótese acusatória e verdadeira refutação de quaisquer outras hipóteses.

Cabe neste momento, observar que diferente do que ocorre no âmbito processual civil, onde existe um mero “balanço de probabilidades”, na seara criminal todos os requisitos devem emprestar força necessária à prova indiciária visando que a mesma constitua um alto grau de probabilidade, o que acaba por gerar uma certeza sobre a hipótese acusatória ali exposta.

Assim sendo, de maneira legítima, será afastada a presunção de inocência, recaindo um juízo de culpabilidade sobre o acusado, levando em consideração todas as provas carreadas aos autos, de modo a construir uma decisão justa e ética, consubstanciada, sobretudo, na racionalidade.

4.7 Análise do caso do goleiro Bruno *versus* Eliza Samúdio

Com o intuito de contextualizar e discutir a prova indiciária no crime de homicídio, bem como sua formação, estrutura, valoração e ainda o nítido confronto desta com os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, mister se faz analisar os fundamentos do acórdão relativo a um caso de grande repercussão no Brasil, com o fito de visualizar de maneira clara como os tribunais superiores vem se portando quando deparados com o meio de prova analisado no presente trabalho.

Importante frisar a cronologia dos fatos para um melhor entendimento, de modo que o caso se tornou público no mês de maio de 2009, quando a vítima, Eliza Samúdio, a qual era atriz e modelo, deu início a um relacionamento com Bruno Fernandes das Dores de Souza, ex-goleiro do Clube de Regatas do Flamengo. Já no mês de agosto começaram os infortúnios, tendo em vista que a mesma alega estar grávida do goleiro, exigindo que este reconhecesse a paternidade e todos os direitos dela provenientes.

Ato sequente, no mês de outubro de 2009, Eliza busca a tutela conferida pela polícia, sob a alegação de que fora vítima de sequestro, momento no qual fora obrigada a tomar diversos abortivos e ter sofrido inúmeras lesões corporais.

No ano de 2010, nasce Bruno Samúdio, cabendo frisar que em sua certidão de nascimento consta como “pai desconhecido”. No início de junho, dia 04, a vítima numa nítida

tentativa de fazer com que o pai, de fato, assumisse o filho e assim sendo, possibilitasse um pacífico convívio entre ambos, marca um encontro. Entretanto, fora levada por Luiz Henrique Romão, vulgo Macarrão, para o sítio do goleiro em Minas Gerais. Ultrapassado isto, poucos dias depois, no dia 09 de junho, Eliza teria sido supostamente assassinada por Marcos Aparecido dos Santos, vulgo “Bola”.

Após um mês do supracitado evento, a polícia recebe uma denúncia anônima, no sentido de que Eliza havia sido brutalmente assassinada e que o seu filho, estaria sob os cuidados dos vizinhos, na cidade de Esmeraldas, Minas Gerais.⁸¹ Nesse interim, vale evidenciar que a polícia encontrou inúmeros objetos de Eliza, o que evidencia sua passagem pelo local, e ainda sangue humano no porta-malas do carro de propriedade de Bruno.

No dia 07 de julho, a guarda provisória da criança é dada a Sonia, mãe de Eliza, quando, no mesmo dia, as suspeitas giram em torno de que, após ser morta, o corpo de Eliza fora dado para os cães se alimentarem, aumentando ainda mais o patete absurdo e brutalidade ao qual nos deparamos.⁸² Já no fim da tarde, tanto Bruno como Macarrão se entregaram, após estarem foragidos.

Bruno e os demais indiciados por este crime foram mantidos presos na Penitenciária Nelson Hungria, em Contagem, na própria Região metropolitana de Belo Horizonte, sem haver qualquer meio de comunicação entre as celas.

O motivo fútil que levou o agente e seus comparsas a planejar o crime em comento, qual seja tão somente o reconhecimento de paternidade de seu filho, levou toda a população a estado de choque, de maneira que tal fato fora noticiado nos principais veículos de comunicação do país, ganhando, inclusive, repercussão mundial.

Faz-se necessário observar como se deu o transcorrer processual deste caso, posto que as provas obtidas remetem a materialidade do crime, mesmo que não exista o corpo da vítima para comprovar o delito. Assim, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia, estando convencido da existência notória do delito ora analisado, bem como de quem fora a autoria do mesmo. De acordo com o promotor responsável, as provas carreadas aos autos foram imprescindíveis, de modo que suprimem a necessidade do relatório de

⁸¹ R7 NOTÍCIAS. **Primo de Bruno relata crueldade durante assassinato de Eliza**. 07 set. 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/primo-de-bruno-relata-crueldade-durante-assassinato-de-eliza-20100707.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁸² VARELA, Marcelo. **Mãe de Eliza Samudio consegue guarda de neto na Justiça**. 08 jul. 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/mae-de-eliza-samudio-consegue-guarda-de-neto-na-justica-20100708.html>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

necropsidade, exigindo quando estamos diante do exame de corpo de delito direto, à exemplo do sangue da vítima encontrado no carro de propriedade do acusado.

Ainda que sem o corpo da vítima para corroborar com a acusação acerca da autoria do crime, a promotoria não entendeu de maneira diversa, aceitando a dita e tão propagada materialidade indireta. Há de frisar, por oportuno, que a magistrada, do 1º Tribunal do Júri da comarca de Contagem, acatou tal tese em sua integralidade, se convencendo da autoria do delito a qual fora formada mediante o conjunto de indícios existentes, evidenciando que a supressão de um corpo humano é a derradeira violência que se faz com a matéria, num ato de desprezo e vilipêndio, o condenando a uma pena total de 22 (vinte e dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, nos termos do artigo 69 do CPB, não podendo recorrer em liberdade.

Continuando na perspectiva de análise da seara processual, recentemente foi impetrado Habeas Corpus em favor de Bruno Fernandes, sob o pretexto de que há um enorme atraso no tramite de julgamento do apelo, tendo em vista que o mesmo já se encontrava há mais de 06 (seis) anos preso e mais de três esperando o julgamento do referido recurso interposto.

Mister elucidar, por oportuno, que Bruno foi solto temporariamente, no mês de fevereiro de 2017, tendo a medida liminar sido concedida pelo Ministro Marco Aurélio, que manteve esse mesmo posicionamento em sede de embargos de declaração, o que também acarretou em grande repercussão na mídia, posto que de pronto houve a contratação dele por um clube de futebol, de Varginha, interior de Minas.

Ocorre que, o ministro relator Alexandre de Moraes entendeu que a supramencionada decisão do júri possui caráter soberano, havendo três votos a um pela derrubada da decisão que preconizava que Bruno deveria ser solto. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Luiz Fux:

Nós somos cidadãos e vivemos no mundo real e não só o que está no processo e o que está nas informações. Eu ouvi esse cidadão dizer que já tinha cumprido a parte dele, ele já cumpriu a parte dele. A moça não foi achada, uma criança foi dada ao abandono, a motivação do crime é torpe, o meio de realização é cruel e nossa jurisprudência é toda no sentido de que gravidade no crime, conduta pessoal são meios que justificam a própria custódia preventiva. Não se dá liberdade provisória em crime hediondo.⁸³

A prova indiciária indubitavelmente não poderia ser considerada de menor valor e expressão. Nesta, também se exige precipuamente o uso da lógica, inteligência, formando

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 139612**. Juizado Especial Criminal. Habeas Corpus. Autuação. Prisão Preventiva. Fundamentos. Insubistência. Prisão Preventiva. Excesso de Prazo. Liminar. Deferimento. Relator Min. Teori Zavascki, DJU, de 21º fev. 2017. p. 3.

raciocínios que partam de indícios para atingir os fatos principais que se pretende comprovar nos autos.

No campo da prova indiciária, em específico, o tribunal observou que sendo esta um meio de prova indireto, inegavelmente é que a responsabilidade é ainda maior na árdua tarefa de construir um raciocínio lógico e argumentativo embasado nos fatos, visando a construção de um sentido. Os pressupostos da decisão devem ser questionados e debatidos, frente aos princípios norteadores do âmbito processual penal.

Indagações tão comuns como a prova indiciária é de menor relevância? Possui menor força probante? Baseia-se, tão somente, em meras suposições? Em casos graves como o crime de homicídio, pode haver a condenação efetiva do acusado consubstanciada em prova indiciária?

No “Caso do Goleiro Bruno” observa-se que o posicionamento dos tribunais superiores foi de que, mesmo sem a localização do cadáver da vítima, entender que os acusados cometeram os crimes a eles imputados. Os indícios, desse modo, foram considerados suficientes e substancialmente seguros a encaminhar o veredito condenatório. Não seria razoável aceitar-se a impunidade tão somente por não ter o corpo da vítima, sendo possível uma condenação se basear neste meio probatório, sem se contrapor ao que preconiza nosso ordenamento jurídico e tampouco aos princípios basilares de garantias fundamentais ao sujeito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização da presente pesquisa, foi possível extrair algumas considerações acerca da prova indiciária no processo penal, analisando de maneira detalhada como ocorre sua utilização na prática forense.

Depreende-se que a discussão acerca da prova indiciária sempre foi objetivo de pesquisa nos mais variados campos da doutrina processual penal ao longo dos tempos, inclusive, sendo tachada de possuir menor importância ou sendo confundida com “meras suspeitas”, contudo, passou não apenas a ser admitida no mesmo patamar que outros meios de prova, mas a ganhar um maior valor, em que pese ainda esbarrar em alguma resistência.

A presente monografia teve como objetivo principal investigar os limites probatórios da prova indiciária como motivação jurisdicional para sentença condenatória, sobretudo no que concerne ao crime de homicídio. Para isso, fez-se necessária uma busca histórica, evidenciando questões como a sua composição e os seus requisitos, assim como, a posição dos Tribunais Superiores em relação à admissão deste meio probatório, refutando a falsa ideia de hierarquia entre as provas.

O presente estudo foi dividido em três partes. Primeiramente, verificou-se sob o prisma histórico e doutrinário, como se dá a busca da verdade no processo penal bem como acerca dos meios de prova admitidos no âmbito criminal.

A partir do conhecimento da interferência da prova por indícios para o convencimento do magistrado em um processo, constatou-se que os indícios, regra geral, ainda que não constem expressamente como meio específico de prova no código de procedimentos penais, são admitidos e considerados, sem haver qualquer tipo de hierarquia entre estes e os demais meios probatórios.

Num segundo momento o estudo foi direcionado para as bases da discussão da prova por indícios, discorrendo sobre o conceito de prova legal ou tarifada e como esta acaba por interferir na lógica da construção da sentença penal condenatória, sobretudo em casos de extrema complexidade, à exemplo do crime de homicídio.

Constatou-se que, de fato, o campo de atuação da prova indiciária é vasto, mediante o qual não possui o condão de ensejar uma conclusão imediata dos fatos, mas sim por via literalmente indireta, sendo necessária a conjugação entre estas e todas as provas carreadas aos autos, sendo uma árdua tarefa do magistrado visto que tudo deve possuir o encadeamento lógico, de modo a resguardar a segurança jurídica, sendo esta a verdadeira base de todo o ordenamento jurídico.

A última parte deste trabalho foi dedicada ao estudo do momento da avaliação probatória pelo juiz, situação na qual buscou-se delimitar os limites e parâmetros observados pelo mesmo, com o fito de se impedir possíveis arbitrariedades, situação na qual fora feito um estudo de caso o qual possui grande repercussão mundial.

Inexistindo hierarquia entre as provas existentes no ordenamento jurídico e tampouco taxatividade, bem como sendo o magistrado livre para apreciação das mesmas, de maneira e decidir de acordo com a sua convicção, os indícios poderão assumir uma força conclusiva para basear uma condenação, entretanto, tudo deve ser devidamente delineado no processo.

Depreende-se que não seria razoável não aceitar este meio de prova ou ainda dar-lhe um menor valor probante, sobretudo nos casos de homicídio doloso, situação na qual inúmeras vezes não existem provas diretas. Contudo, na motivação da sentença deverá constar todos os requisitos e pressupostos sobre a força probatória, a fim de assegurar o controle no que concerne a atividade jurisdicional.

Na análise probatória, a valoração das provas devem ocorrer de maneira racional e, assim, compreensível e controlável. Uma condenação, sobretudo na esfera penal, pressupõe prova suficiente, para alguns, o que se entende por “prova acima de dúvida razoável”. Ora, estamos diante de conceitos bastante subjetivos, que trazem consigo evidente complexidade, “verdade”, “prova”, “certeza”. O processo penal precisa de tais conceitos para que possua legitimidade, visto que inadmissível seria acreditar na impunidade de crimes tão severos, como homicídios, julgados de maneira injusta, o que atentaria contra bens jurídicos tutelados por nosso ordenamento jurídico.

Sabe-se que o processo pressupõe uma situação de conflito, com choque de versões sobre variados fatos, os quais dirão respeito diretamente à condenação ou absolvição do acusado. O magistrado, ao analisar os argumentos apresentados pela acusação, bem como de tudo o que nos autos consta, decidirá se convencendo da robustez disto, contudo, só haverá legitimidade em tal decisão se a mesma estiver vinculada à existência de prova que justifique a condenação, com o fito de tutelar a culpabilidade do agente.

O presente trabalho demonstrou que os sistemas jurídicos dos mais variados países, com culturas distintas, têm admitido a prova por “indícios”, ainda que com a exigência de diferentes requisitos específicos bem como amplitude e alcance de seus efeitos quando analisada sob a perspectiva dos princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência do acusado.

Restou demonstrado ainda que a interpretação desse meio de prova constitui um enorme desafio, não cabendo ao julgador tanto dar uma extensão ilimitada à força desses

indícios para efeito condenatório, como, também, não absolver pela simples inexistência de provas diretas.

Nessa linha de pesquisa, foram trazidos a tona, os diferentes modelos probatórios e sua consequente valoração, de modo a correlacionar como estes possibilitam a existência de uma lógica e probabilidade, fatores estes primordiais para limitar o poder discricionário do magistrado quando da análise do caso concreto.

Faz-se necessário atentar para pontos determinantes visando uma adequada valoração da prova indiciária, o que assegura a legitimidade da decisão judicial proferida no caso concreto. Ocorre que, alguns destes pontos, são veementemente negligenciados pela doutrina, o que dá margem a verdadeiras lacunas que pairam no tocante à prova por indícios.

Por outro lado, constatou-se que a sentença deve demonstrar todo o caminho lógico percorrido pelo magistrado, e ainda o desvalor da prova sentido contrário e, essencialmente, a fundamentação clara do peso de cada indício e sua consequente contribuição para a ideia global acerca do fato principal. De nada adiantaria mostrar a existência dos mais variados indícios, se não demonstrar por outro lado, a valoração de cada um, sob pena de existir uma verdadeira relativização da segurança jurídica propiciada por nosso ordenamento jurídico.

Esta pesquisa demonstra grande relevância levando-se em consideração os altos índices de criminalidade, sendo uma preocupação que acomete toda a sociedade, de maneira que a correta coleta dos “indícios” é tarefa imprescindível por parte do Estado, para que se consiga reconstruir os fatos de maneira fidedigna, capaz de ensejar a responsabilização criminal do autor e coibir possíveis impunidades.

Ressalta-se ainda que, há uma nítida necessidade de que haja uma atualização e, sobretudo, aprofundamento da doutrina e jurisprudência brasileira diante deste instituto.

Restou asseverado ainda, que o manejo adequado dos indícios, sobretudo em casos mais graves como o crime de homicídio, devem se dar com extrema cautela, sem dar margem a juízos impulsivos. A jurisprudência brasileira, por seu turno, em relação aos casos de prova indiciária, vem a admitindo, guardadas as devidas observações no que concerne a sua nítida complexidade e não confundindo jamais os indícios como “meras suspeitas”.

A prova indiciária, visando transpor os limites impostos pelos princípios basilares, devem ser analisadas sob a ótica de requisitos, em um quadro que se conclua sem hesitar, pela caracterização de um alto grau de probabilidade quanto à veracidade da hipótese acusatória, havendo de se falar na legitimidade do veredito condenatório com suporte exclusivo de indícios.

Portanto, é necessário que desde os estudos desenvolvidos neste sentido nas universidades até nos cursos de atualizações oferecidos aos nossos magistrados, promotores, defensores e auxiliares da justiça, o debate em torno possibilidade de utilização da prova indiciária como meio apto a consubstanciar uma sentença penal condenatória. Do mesmo modo, a doutrina, sem dúvida o campo mais fértil acerca desta temática, a desenvolva com o grau de profundidade e clareza de que exige.

Após revisão da bibliografia e análise de alguns dados dos Tribunais Superiores e de diversos tribunais estaduais, temos que a hipótese lançada no início deste trabalho foi confirmada, na qual em que pese nem sempre haver o corpo da vítima, por o agente na tentativa de livrar-se da pena e ficar impune, acaba por extraviar ou desaparecer com o mesmo, não se admite ignorar tal hipótese, devendo o magistrado analisar a possibilidade de consubstanciar seu convencimento acerca da materialidade do crime de forma indireta, o que não afronta nenhum dos princípios basilares do Direito Processual Penal.

Notório é que a condenação com bases em indícios é plenamente possível, podendo-se atingir um alto grau de “certeza”, que acarretará na verdade forense, a qual é uma inegável finalidade que se busca a todo tempo no processo. Se houve tal força probatória, decorrente dos indícios carreados aos autos, a condenação construída na sentença estará adequada ao que preconiza o hodierno arcabouço jurídico-normativo.

REFERÊNCIAS

1 Livros

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoración da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 406).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 139612**. Juizado Especial Criminal. Habeas Corpus. Autuação. Prisão Preventiva. Fundamentos. Insubsistência. Prisão Preventiva. Excesso de Prazo. Liminar. Deferimento. Relator Min. Teori Zavascki, DJU, de 21º fev. 2017. p. 3.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba em el processo penal**. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- CHAIA, Rubén A. **La prueba en el processo penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. **Derecho probatório e pruebas penales**. Bogotá: Legis, 2008.
- DEDES, Christos. **Beweisverfahren und Beweisrecht**. Berlin: Duncker e Humblot, 1992.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. v. 1. Bogotá: Temis, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdade**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Editorial Temis, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013.
- GIANTURCO, Vito. **La prova indiziaria**. Milão: Giuffrè, 1958.
- GORPHE, François. **Apreciación judicial de las pruebas**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho: estúdios sobre el Ministerio Público u lá prueba penal**. Lima Grijley: [s.n.], 2004.
- HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
- JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba em materia penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, depressa e devagar**. Tradução de Pedro Vidal. 4. ed. Lisboa: Temas e debates, 2013.
- KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22-35.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.
- MAY, Richard. **Criminal Evidence**. London: Oxford University Press, 2012.
- MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.
- MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano**. Coimbra: Coimbra, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**: 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciária y estándar de prueba en el processo penal. **Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa**, Aequitas, v. 1, n. 1, p. 9, set./dez. 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el processo penal.** 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

MURPHY, Peter. **Murphy on evidence.** New York: Oxford University Press, 2009.

NEVES, A. Castanheira. **Sumários de processo criminal.** [Coimbra]:Coimbra Editora, 1968.

NUCCI, Guilherme de. **Provas no processo penal.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronuncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In: ESTUDOS em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa. [Coimbra] : Coimbra Editora, 2005. v. 2. p. 267-281.

PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba indiciaria e presunción de inocência:** analisis jurisprudencial, requisitos y casauistica. Valencia: Pratica de Derecho, 2002.

PATRICIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português.** 2. reimpr. Lisboa: AAFDL, 2004.

PEDROSO, Fernando Almeida. **Prova penal.** Rio de Janeiro: Aide, 1994.

ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht.** 27. ed. Munchen: C.H. Beek, 2012. (Beweinsen heist, die Uberzeugung von dem Vorliegen einer Tatsache verschaffen).

SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale.** Milão: Giuffre, 2001.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal.** 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008. v. 2.

SIMÕES, Euclides Damásio. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento e um apelo premente. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 203-215, 2007.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

WIGMORE, John Henry. **Wigmore on evidence: in trails at commom law.** New York: Wolters Kluwer, 2013.

2 Sites:

ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona Law Review**, v. 54, p. 1-46, apr. 2013. Disponível em: <http://www.professoralexstein.com/images/RJA_AS_SSRN2.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ac. 02P3316**. Rel. Simas Santos, julgado em 14.11.2002. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/cTPA9n>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/11065/1/DAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaInciaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Argumentación y prueba judicial**. [1971?]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/6.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

GREENSTEIN, Richard K. Determining facts: the myth of direct evidence. **Houston Law Review**, Houston, v. 45, p. 1801- 1830, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644>. Acesso em: 21 maio 2017.

R7 NOTÍCIAS. **Primo de Bruno relata crueldade durante assassinato de Eliza**. 07 set. 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/primo-de-bruno-relata-crueldade-durante-assassinato-de-eliza-20100707.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

VARELA, Marcelo. **Mãe de Eliza Samudio consegue guarda de neto na Justiça**. 08 jul. 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/mae-de-eliza-samudio-consegue-guarda-de-neto-na-justica-20100708.html>>. Acesso em: Acesso em: 23 mai. 2017.

ANEXO A - HABEAS CORPUS 139.612 MINAS GERAIS**HABEAS CORPUS 139.612 MINAS GERAIS****RELATÓRIO****O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (relator):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Silva e Luan Veloso Coutinho em favor de Bruno Fernandes das Dores de Souza, apontando como autoridade coatora o Ministro Relator do HC 363.990, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Alegam, em síntese: (a) *"o paciente encontra-se custodiado PROVISORIAMENTE, com enorme atraso na tramitação do apelo"*; (b) *"quando se der provimento ao apelo interposto a pena já terá sido cumprida na totalidade, não restando sendo o irremediável conceito de cumprimento definitivo da medida provisória"*; e (c) *"após seis anos preso e mais de três anos aguardando julgamento da apelação, outro caminho não resta que a presente via estreita do remédio heroico, para sanar a grave ilegalidade e constrangimento a que se sujeita"*.

No julgamento do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal, a liminar foi indeferida pela Presidente, Ministra Laurita Vaz, e a seguir foi negado seguimento ao pedido, novamente por decisão monocrática, desta feita proferida pelo Ministro Sebastião Reis Júnior e com a seguinte fundamentação:

"O alegado excesso de prazo para o julgamento da apelação não foi submetido ao exame do Tribunal de origem, sendo certo que a tese da presente impetração não ficou comprovada, de plano, nos presentes autos.

Por outro lado, verifica-se da petição da apelação que o próprio recorrente, ao ingressar com o recurso, requereu a expedição de guia de execução provisória da pena (fl. 36), o que já afasta a natureza cautelar da prisão do paciente. A questão, inclusive, foi objeto de análise pela Corte de origem no HC 1.0000.13.058895-7/000 impetrado em favor do mesmo paciente, sendo a ordem, em 25/9/2013, denegada (fl. 131):

(...)

Observo, ainda, que contra o acórdão acima citado e com o objetivo de obter a liberdade do paciente, também mediante a alegação de excesso de prazo, já foi interposto nesta Corte o

HC 139612 / MG

RHC 41.972/MG, pendente de julgamento.

Ressalto, por fim, que em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem consta que o recurso de apelação tem sido processado regularmente, devendo ser considerada a complexidade do feito e as diversas intervenções da defesa, sendo necessária a intimação dos advogados então constituídos pelos apelantes para que apresentassem as razões recursais e até mesmo para que restituíssem os autos para o regular processamento dos recursos.

Além disso, do último andamento processual consta a determinação, em 18/08/2016, de que o recurso de apelação fosse sobrestado até o julgamento do recurso em sentido estrito n. 1.0079.10.035624-9/010, interposto contra a decisão que não admitiu anterior recurso de apelação apresentado contra a decisão do Magistrado de primeiro grau que, antes do julgamento do ora paciente pelo Tribunal do Júri, determinou a expedição da certidão de óbito da vítima Elisa Silva Samúdio.

Referido recurso em sentido estrito foi provido, em 21/9/2016, apenas para determinar o processamento do mencionado recurso de apelação, afirmando o Tribunal, expressamente, que tal determinação em nada alteraria a situação prisional do paciente, dada a ausência de qualquer motivação relativa à possibilidade de alterar, até então, a sentença condenatória do Tribunal do Júri.

Destaco, ainda, que mencionada certidão de óbito foi expedida após a confissão e a condenação do corréu Luiz Henrique Ferreira Romão pela prática do homicídio, o que também, posteriormente, ocorreu com relação ao paciente. Nesse contexto, comungo do mesmo entendimento do Ministério Público Federal ao considerar que a defesa contribuiu para o eventual prolongamento do prazo para o julgamento do recurso de apelação, o que atrai a incidência da Súmula 64/STJ.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*."

HC 139612 / MG

Em face do falecimento do Ministro TEORI ZAVASCKI, o presente processo foi encaminhado ao eminente Ministro Marco Aurélio, que, nos termos do art. 38, inciso I, do RISTF, exercendo a substituição eventual, concedeu a medida liminar pleiteada, mantendo esse posicionamento em sede de embargos de declaração.

Em 19 de março de 2017, foi interposto agravo regimental (fls. 38 e 39).

Em 17 de abril de 2017, foi publicada decisão da DD. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra CARMEN LÚCIA, determinando a continuidade do processo neste Gabinete, nos termos do art. 38, inciso IV, "a" do RISTF.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais apresentou informações quanto ao andamento das apelações interpostas.

A douta Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento deste *habeas corpus*, com revogação da liminar concedida, e, no mérito, pelo indeferimento da ordem pleiteada.

Este é o relatório.

HC 139612 / MG

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (relator):

Sumariados os fatos, verifico inicialmente que, no presente caso, incide óbice ao conhecimento da ordem impetrada neste Supremo Tribunal Federal, uma vez que se impugna *decisão monoocrática* de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a extinção do *habeas corpus* (HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER; HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; Ag. Reg. no Habeas Corpus 138.687, Segunda Turma, j. 13.12.2016, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC 116.875/AC, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; HC 117.346/SP, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES; HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

De fato, o exaurimento da instância recorrida é, como regra, pressuposto para ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal, conforme vem sendo reiteradamente proclamado por esta Corte (RHC 111.935, Primeira Turma, j. 10.9.2013, rel. Min. LUIZ FUX; HC 97.009, Tribunal Pleno, j. 25.4.2013, rel. p/ Acórdão Min. TEORI ZAVASCKI; HC 118.189, j. 19.11.2013, Segunda Turma, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

Como bem apontado pelo Ministro LUIZ FUX, com base em diversos outros precedentes desta Primeira Turma, em regra, a flexibilização dessa norma implicaria afastamento do texto da Constituição, pois a competência deste Supremo Tribunal, “sendo matéria de direito estrito, não pode ser interpretada de forma ampliada para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal” (HC 139.262, j. 6/3/2017).

HC 139612 / MG

teratologia ou excepcionalidade, uma vez que (a) a custódia cautelar foi mantida em sentença condenatória devidamente fundamentada, e em respeito à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; e (b) não há excesso de prazo atribuível direta e exclusivamente à inércia dos órgãos judiciários.

Após a condenação pelos jurados, a MM^ª. Juíza Presidente do Tribunal do Júri, em sua sentença, **salientou a conduta social e personalidade do réu** (*“demonstrou ser pessoal fria, violenta e dissimulada. Sua personalidade é desvirtuada e foge dos padrões mínimos de normalidade”, “há informações nos autos de que tinha envolvimento com o tráfico de drogas”, “envolvimento do réu Bruno Fernandes na face obscura do mundo do futebol”*), **a gravidade, o “modus operandi” e as circunstâncias dos delitos** (*“firme disposição para a prática do homicídio que teve a sua execução meticulosamente arquitetada”, “supressão de um corpo humano é a derradeira violência que se faz com a matéria, num ato de desprezo e vilipêndio”*), **inclusive com o sequestro e cativo de um bebê, e a “perversidade com a qual foi destruído e ocultado o seu cadáver, impedindo, inclusive um sepultamento digno para que fosse minimamente homenageada por seus familiares e amigos”, e, de maneira fundamentada, manteve a custódia cautelar, em virtude da manutenção de seus requisitos, presentes desde a decretação de prisão preventiva e por ocasião da pronúncia. Salientou, ainda, Sua Excelência o “extremo temor no seio da sociedade” causado por essa espécie de delito e a necessidade de preservação da “paz social”.**

Lamentavelmente, Sua Excelência tem razão, pois, em 2015, a divulgação do Mapa da Violência sobre homicídios entre o público feminino no período de 2003-2013, segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), apontou o Brasil com a quinta maior taxa do mundo em feminicídios (cuja tipificação específica, entre nós, surgiu em 2015, com a Lei 13.104), com 4,8 vítimas para 100 mil mulheres, sendo que 33,2% dos crimes foram praticados por parceiros ou ex-parceiros das vítimas, como entendeu o Tribunal do Júri na presente hipótese. Apontando algumas das razões desses péssimos números, a representante da ONU no Brasil, Nadine Gasman, afirmou:

HC 139612 / MG

“Feminicídios são assassinatos cruéis e marcados por impossibilidade de defesa da vítima, torturas, mutilações e degradações do corpo e da memória. E, na maioria das vezes, não se encerram com o assassinato. Mantém-se pela impunidade e pela dificuldade do poder público em garantir a justiça às vítimas e a punição aos agressores”.

A crueldade do homicídio, a “impossibilidade de defesa da vítima, torturas, mutilações e degradações do corpo e da memória” de Elisa Silva Samúdio reconhecidas pelos jurados, infelizmente, não puderam ser evitadas, porém o Tribunal do Júri da Comarca de Contagem analisou, julgou e aplicou a punição ao agressor, sendo que a soberania dos veredictos restringe sobremaneira o âmbito de conhecimento das apelações interpostas, notadamente aquela que impugna a apreciação do mérito da causa pelo tribunal popular, que, reconhecendo a autoria e materialidade dos delitos, condenou o réu pela prática dos delitos de homicídio triplamente qualificado, sequestro e cárcere privado qualificado, além de ocultação de cadáver, com a consequente fixação de pena pela Juíza Presidente em 22 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O juízo de culpabilidade, portanto, foi determinado pelo tribunal constitucionalmente competente, de maneira soberana e a prisão por pronúncia foi substituída pela prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri.

Em julgamento recente, de 7 de março de 2017, e, em caso análogo, esta Primeira Turma proclamou a tese de que “A prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (HC 118.770-SP, Red. p/acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 7/3/2017).

Conforme destacado no referido julgado pelo Ministro ROBERTO BARROSO, cuja plena aplicabilidade ao caso presente é patente:

HC 139612 / MG

“1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo Júri popular.

2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.”

A decisão soberana do Tribunal popular deve ser respeitada no presente *habeas corpus*, onde não há nenhuma alegação de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, inclusive porque a soberania do veredicto proferido pelo Tribunal do Júri de Contagem foi alicerçada, também, na própria confissão realizada pelo réu em Plenário (f. 6 - sentença), que acarretou diminuição de pena em 3 anos.

Por fim, não verifico estar caracterizado excesso de prazo atribuível exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, desta Corte, tendo em vista a complexidade da causa e os indicativos de que o retardo para o julgamento do apelo seria imputável, ainda que em parte, ao próprio paciente, em seu legítimo exercício do direito constitucional de ampla defesa.

O paciente teve sua prisão preventiva decretada em 4 de agosto de

HC 139612 / MG

2010. Em março de 2013, veio a ser condenado, pelo Tribunal do Júri da comarca de Contagem, à pena total de 22 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado qualificado, além de ocultação de cadáver.

Durante o processo, porém, duas apelações foram apresentadas pela defesa perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: (a) a primeira, antes da condenação pelo Júri, contra a decisão do magistrado de primeiro grau que determinara a expedição de certidão de óbito da vítima Elisa Samúdio; e (b) a segunda voltou-se contra a efetiva condenação decretada pelo Tribunal popular.

A apelação interposta pela defesa, antes da condenação pelo Júri, contra a decisão do magistrado de primeiro grau que determinara a expedição de certidão de óbito da vítima Elisa Samúdio não foi admitida, tendo o paciente interposto recurso em sentido estrito, cujo julgamento, assim como o da primeira apelação, obviamente, era prejudicial à análise da segunda apelação interposta pela defesa, pois, naquele momento, sustentava a inexistência de óbito da vítima e, conseqüentemente, a ausência de materialidade do delito.

Em face disso, a segunda apelação, interposta contra a condenação decretada pelo Tribunal do Júri, teve seu julgamento sobrestado, em 18/8/2016, até o julgamento de recurso em sentido estrito interposto, que foi julgado e provido, em 21/9/2016, ocasião em que foi determinado o seguimento daquele primeiro apelo.

Posteriormente, conforme já apontado, houve confissão do réu/paciente em plenário, com conseqüente diminuição de pena, e a própria defesa requereu a expedição de guia provisória de execução da pena (fl. 17.160).

Nesse sentido, bem assinalou o eminente Procurador-Geral da República, que também salienta o fato de a própria defesa ter solicitado a execução provisória da pena:

“... malgrado o paciente esteja preso há mais de seis anos (...) a constrição da liberdade se deu por títulos judiciais

HC 139612 / MG

diversos. Antes, decreto de prisão preventiva. Na situação mais recente, execução provisória da pena, após sentença condenatória.

Anote-se que a execução provisória da pena se deu a pedido da própria defesa, na ocasião do recurso de apelação. (—)

Como sabido, não é apenas a demora no julgamento definitivo da causa que enseja o reconhecimento, pela jurisprudência, do excesso de prazo apto a justificar uma coação ilegal. Em verdade, para configurar a ilegalidade da prisão é preciso que a mora seja imputada à desídia na tramitação do feito, sem concorrência do réu”.

Saliento, por último, que, das informações prestadas pela Corte Estadual, pelo excelentíssimo Desembargador Relator Doorgal Andrada, verifica-se que, apreciado o Recurso em Sentido Estrito, que obstava o processamento da primeira apelação, os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, em 17/4/2017, para apresentação de contrarrazões e parecer. A segunda apelação, interposta contra a decisão condenatória proferida no Plenário do Tribunal do Júri, está devidamente instruída e deverá ser julgada conjuntamente com a primeira, assim que houver o retorno dos autos da Procuradoria Geral de Justiça.

Em hipótese *virtualmente idêntica* à tratada nestes autos (homicídio qualificado, ocultação de cadáver, decisão de prisão preventiva fundamentada e justificada em elementos concretos, alegação de excesso de prazo em virtude de prisão preventiva que já subsistia há mais de seis anos, com atraso do julgamento imputável, em tese, também à própria defesa do acusado), esta Corte manteve a custódia cautelar e concedeu a ordem *unicamente* para determinar o célere exame do mérito do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, mantendo a prisão cautelar (HC 126.808 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 10/5/2016).

HC 139612 / MG

Diante de todo o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste *habeas corpus* e, em consequência, restabeleço a prisão anteriormente decretada, com imediata expedição de mandado.

Brasília, 25 de abril de 2017.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES
relator

Em elaboração