



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A LÓGICA DA PROVA INDICIÁRIA E A PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA, UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
PORTUGUESA**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: André Luiz Monteiro

Orientadora: Professor(a) Doutor(a) Bruna Capparelli

Número do Candidato: 30002193

Outubro 2023

Lisboa

Ao amor da minha vida, minha esposa Clione.
Aos nossos frutos sempre amados: Victor e Sofia.

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecimento envolve uma necessidade humana e um risco. A necessidade decorre do fato de que um coração grato atraí o coração de Deus, além de ser um ato de humildade ao reconhecer que nada se faz neste mundo sozinho. Já o risco implica sempre a possibilidade de esquecimento de alguém que de uma maneira ou de outra tenha contribuído para o desfecho exitoso de nossa jornada. Mas de fato, neste momento, o sentimento de gratidão supera o risco.

Por primeiro, agradeço a Deus e Nosso Senhor Jesus Cristo pelas graças que tem derramado na minha vida e por ter me dotado de saúde e força de espírito para chegar a este momento. À Santíssima Trindade toda honra e toda a glória.

Não poderia deixar de mencionar a minha esposa que a todo momento não me deixou desistir, ficando todos os dias ao meu lado, muitas vezes trabalhando como facilitadora para longos momentos de reflexão e estudo, suportando minhas ausências, desdobrando-se com amor e dedicação ímpar aos nossos queridos filhos. Hoje eu te amo mais do que ontem.

Igualmente agradeço a estes dois presentes de Deus em minha vida, Victor e Sofia, meus amados filhos e razão do meu esforço diário.

Não poderia deixar de expressar minha gratidão aos docentes da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões*, especialmente aqueles com quem tive a oportunidade de manter contato nas aulas do curso de mestrado.

Por fim, um justo agradecimento à minha orientadora, Doutora Bruna Capparelli que não poupou esforços para ajudar no desenvolvimento do tema, confiou no meu trabalho e me deu a necessária tranquilidade para o completo desenvolvimento do trabalho.

Ao senhor Carlos André (*in memorian*) e a Maria Isabel, queridos pais aos quais sou grato pela formação que me deram a despeito de todas as dificuldades.

RESUMO

O trabalho, sem pretensão de esgotamento do tema, pretendeu refletir sobre a questão da prova indiciária e sua valoração e aplicabilidade no processo penal sempre com a necessária observância dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente o princípio da presunção de inocência. Isto porque não se desconhece, na quadra atual, a importância da prova indiciária para o moderno processo penal que pretende ao mesmo tempo, preservar as garantias do arguido e ser instrumento eficaz no combate às violações da ordem jurídica. Para tanto o trabalho foi estruturado em quatro capítulos sendo que no primeiro capítulo, sem pretensão de aprofundamento, buscou-se entender a relação entre prova e verdade, tema por si só complexo e que tem muitas dissensões doutrinárias. No capítulo seguinte buscou-se relacionar a atividade probatória com as garantias processuais fundamentais, até porque o desvelamento dos fatos no processo não pode ser feito à revelia dos direitos e garantias fundamentais do processo porquanto o processo penal democrático só se legitima a partir de um correto acerto dos fatos, adequada hermenêutica jurídica e minuciosa observância dos direitos e garantias fundamentais, não por acaso, se diz que o processo penal é em verdade um processo constitucional aplicado. No terceiro capítulo estudou-se questões básicas relacionadas à lógica aplicada ao direito probatório dada a necessária influência dessa matéria na formação da decisão judicial. No quarto e último capítulo tratamos especificamente da prova indiciária abordando a relevante distinção entre prova por indícios e indícios de prova, a questão das presunções, critérios distintivos entre prova direta e indireta, a posição da prova indiciária no sistema processual português e, em arremate, foi feita uma análise da jurisprudência portuguesa a respeito do tema visando contribuir para que a produção e a valoração da prova indiciária sejam feitas de forma lógica e constitucionalmente válida, é dizer, em estreita observância aos princípios e garantias fundamentais.

Palavras chaves: Direito à prova. Garantias fundamentais. Princípio da inocência e prova indiciária.

ABSTRACT

This paper, without claiming to exhaust the topic, intended to reflect on the issue of circumstantial evidence and its valuation and applicability in criminal procedure, always with the necessary observance of fundamental rights and guarantees, more specifically the principle of presumption of innocence. This is because, in the current court, the importance of circumstantial evidence for the modern criminal procedure is not unknown, which aims at both preserving the defendant's guarantees and being an effective instrument in combating violations of the legal order. To this end, the work was structured into four chapters and in the first chapter, without intending to go into depth, we sought to understand the relationship between evidence and truth, a complex topic in itself and which has many doctrinal disagreements. In the following chapter, we sought to relate the evidential procedures with the fundamental procedural guarantees, especially because the discover of the facts in the criminal procedure cannot be done in the absence of the fundamental rights and procedural guarantees, as the democratic criminal procedure is only legitimated based on a correct discover of the facts, adequate legal hermeneutics and meticulous observance of fundamental rights and guarantees, not by chance, it is said that the criminal procedure is in fact an applied constitutional process. In the third chapter, basic issues related to the logic applied to the law of evidence were studied, given the necessary influence of this matter in the formation of the judicial decision. In the fourth and final chapter we deal specifically with circumstantial evidence, addressing the relevant distinction between evidence by evidence and evidence, the issue of presumptions, distinguishing criteria between direct and indirect evidence, the position of circumstantial evidence in the Portuguese procedural system and. Finally, an analysis of Portuguese jurisprudence on the subject was carried out with the aim of contributing to the production and assessment of evidentiary evidence being carried out in a logical and constitutionally valid manner, that is, in strict compliance with fundamental principles and guarantees.

Keywords: Right to proof. Fundamental guarantees. Principle of innocence and circumstantial evidence.

Sumário

Introdução.....	8
1 Prova e Verdade	11
1.1 Alguns apontamentos preliminares	11
1.1.1 A natureza da prova.....	11
1.1.2 Busca-se determinar fatos passados.....	14
1.1.3 Há um sem-número de regras jurídicas sobre a prova.....	14
1.1.4 A tomada de decisão no processo e as limitações temporais	15
1.1.5 A intervenção das partes no processo e a questão da justificação da decisão	15
1.2 Prova e teorias da verdade.....	16
1.2.1 Processo, prova e verdade.....	16
1.2.2 A verdade judicial.....	19
1.2.3 Teorias Irracionalistas e outras teorias que negam a verdade.....	20
1.2.4 Verdade absoluta e verdade relativa	23
1.2.5 O significado da verdade.....	24
1.3 A prova	27
1.3.1 A prova na legislação portuguesa	28
1.3.2 A prova indiciária e sua admissibilidade no sistema processual penal português	30
2 Garantias processuais e atividade probatória	33
2.1 O processo penal como instrumento de legitimação do direito de punir estatal	33
2.2 Garantias processuais e sua relação com a epistemologia	35
2.2.1 Imparcialidade do juiz	37
2.2.2 O contraditório e o direito à prova	40
2.2.3 O princípio da inocência	43
2.2.4 O princípio do <i>in dubio pro reo</i>	48
2.2.5 Limitações probatórias	50
3 Lógica e tipos de inferência	52
3.1 Modelos probatórios.....	54
3.1.1 Modelo narrativo (<i>story-telling</i>).....	55
3.1.2 Modelo probabilístico.....	57
3.1.3 Modelo híbrido.....	58
3.2 Inferência.....	59
3.2.1 Dedução	60
3.2.2 Indução	62
3.2.3 Abdução.....	63
3.3 O Bayesianismo.....	65

3.3.1 A questão da probabilidade no juízo de fato.....	65
3.3.2 O probabilismo bayesiano	66
3.3.3 Explanacionismo e IME	72
4 Prova Indiciária.....	83
4.1 Prova por indícios e indícios de prova.....	84
4.2 Indícios e presunções.....	86
4.3 Prova direta e prova indireta	89
4.4 Breves apontamentos sobre a crise da distinção entre prova direta e indireta ..	92
4.5 A posição da prova indiciária no sistema processual português.....	96
4.6 A estrutura da prova indiciária.....	98
4.6.1 Indícios.....	99
4.6.2 O fato consequência.....	102
4.6.3 A ligação intelectual entre indício e o <i>factum probandum</i>	102
4.7 A prova indiciária como elemento suficiente para um decreto condenatório ..	104
4.7.1 Requisitos específicos sobre a prova indiciária.....	105
4.8 A força dos indícios no processo penal: valoração e <i>standard</i> probatório.....	109
4.9 Análise dos casos na jurisprudência	115
Considerações finais.....	127
Referências bibliográficas.....	137

Introdução

O trabalho visa contribuir para o estudo do direito probatório, uma vez que do ponto de vista empírico não existe direito sem os fatos e para alcançarmos a certeza em relação a estes, necessário se faz expurgar as dúvidas, uma vez que uma condenação no âmbito do processo penal só se torna jurígena quando amparada em fatos efetivamente provados. Estudos sobre a matéria, de regra, concentram-se nas regras que disciplinam genericamente a prova sem se preocupar com o estudo da prova do ponto de vista lógico e epistemológico.

A consequência direta dessa pouca atenção à matéria é que se prova de forma não eficiente, argumentos probatórios são vazados de forma incompleta, sem trazer o necessário conhecimento de fundo para se chegar à conclusão que se visa alcançar. A doutrina sobre a prova indireta, especialmente no Brasil, retrata um pouco essa deficiência, vez que este tipo de prova durante certo tempo foi alvo de preconceitos e de incompreensões. Confunde-se, por exemplo, indícios de prova que em verdade é um começo de prova, com a prova por indícios que pode ser prova plena a amparar uma condenação.

Em contrapartida, a criminalidade moderna vai se tornando cada vez mais complexa, do ponto de vista probatório, impondo aos órgãos de persecução penal cada vez mais dificuldades para se comprovar os elementos dos vários tipos penais.

Veja o exemplo do delito de lavagem de dinheiro que, para além de potencializar os negócios criminosos das organizações, com o consequente aumento do seu poder financeiro, visa atacar o sistema económico-social de um país ao introduzir bens e dinheiros de origem ilícita na cadeia produtiva de modo a afetar a estrutura comercial com sérios danos à livre concorrência.

Até o início da década de 1980 este tipo de criminalidade era objeto de pouca atenção, todavia, com o crescimento do crime organizado em fins da década de 1970 os governos perceberam serem incapazes de combater este tipo de criminalidade por intermédio do sistema penal tradicional vez que a estrutura destas organizações superavam muitas vezes o aparato estatal de combate ao crime, o que reclamava uma política criminal internacional de combate porque, não raras vezes, o delito, por engendrar-se pelo sistema financeiro, não respeitava limites e fronteiras para que o intento de ver o dinheiro desvinculado da sua origem espúria obtivesse pleno êxito.

Nesse contexto, é assente que este tipo de criminalidade não segue a lógica probatória da dita criminalidade tradicional de que é exemplo o roubo e o furto, cuja prova, de regra, é eminentemente direta, é dizer, refere-se aos fatos de consequência. Isto porque nos crimes de

lavagem de dinheiro, assim como nos crimes económicos e empresariais, é muito difícil a obtenção de uma prova direta da ocorrência dos fatos.

De regra, quem comete qualquer delito visa expurgar quaisquer elementos que o ligue ao delito. No caso da criminalidade moderna a tarefa é facilitada devido à natural complexidade do iter criminis nestes delitos e, nesse quadro, a prova indiciária que se conecta com os mais variegados elementos do crime, sem se referir diretamente a eles, ganha relevo enquanto se torna um recurso essencial no processo penal.

Pretende-se com o trabalho contribuir com o debate, que, a meu sentir, ainda carece de algum aprofundamento, especificamente no que concerne ao estudo da prova indiciária e a sua valoração e aplicabilidade no processo penal.

Não há muita compreensão sobre o conceito de prova indireta, de modo que há sempre quem nutra certos preconceitos relativamente a este tipo de prova, não raro, na prática judiciária, há certa confusão entre indícios de prova, que se traduz no começo de prova, e a prova por indícios que é uma prova indireta que pode ser plena.

Estudaremos nas próximas páginas como a prova indiciária é utilizada no âmbito do processo penal de modo a avaliar se a utilização de prova indireta como prova plena implica enfraquecimento das garantias processuais do arguido, especificamente dos princípios da ampla defesa e da inocência.

Temos convicção da importância da prova indiciária para um processo penal que se queira não só preservar as garantias do arguido, mas que também dará uma resposta eficiente para as violações da ordem jurídica. Não se desconhece que o uso da prova indiciária em razão do seu carácter quase que fluido quando da sua aplicação tem causado e causa enormes preocupações àqueles que advogam no garantístico processo penal constitucional, mas tivemos oportunidade de perceber que os tribunais portugueses assim como os brasileiros têm feito uso extenso e responsável da mencionada prova garantindo a sua harmonização com o sistema de garantias fundamentais do arguido.

O presente trabalho foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, ainda que superficialmente, uma vez que o trabalho não se presta ao aprofundamento destes temas, estudaremos a relação entre prova e verdade, tema complexo por si só, que remete a muitas dissensões doutrinárias. Nesse quadro procuramos realizar alguns apontamentos preliminares relativos à natureza e função da prova, a elevada quantidade de regras probatórias nos ordenamentos jurídicos de forma geral com as suas conseqüentes limitações probatórias com reflexos na tomada de decisão no processo judicial. Ainda neste primeiro capítulo fizemos

alusão as teorias da verdade e a sua relação com a prova e por fim fizemos um panorama da prova no sistema português.

No capítulo seguinte relacionamos as garantias processuais com a atividade probatória, enquanto o processo penal só se torna um instrumento legítimo do ponto de vista constitucional quando este instrumento observa as garantias postas e caras àquele sistema constitucional, por isso é que se diz que o processo penal é uma espécie de processo constitucional aplicado.

No terceiro capítulo, partindo do princípio de que provar é argumentar, estudamos, ainda que superficialmente, algumas noções básicas de lógica aplicada ao direito probatório, uma vez que estas noções são fundamentais quando se trata de formar uma decisão com base em prova indiciária. Nesse passo fizemos uma análise dos modelos probatórios, mais especificamente do modelo narrativo, do modelo probabilístico e, finalmente, realizamos observações a respeito do modelo híbrido. Avançamos para analisar três esquemas lógicos de argumentos, quais seja, a indução, a dedução e a abdução, uma vez que deles derivam duas teorias das mais modernas para estudo da prova que são o bayesianismo e o explanacionismo, além, é claro, de tangenciarmos algumas palavras sobre a inferência para melhor explicação, instrumento que a nosso sentir pode ser utilizado eficientemente para investigar e argumentar sobre provas.

No quarto e último capítulo tratamos especificamente da prova indiciária iniciando por fazer a distinção entre prova por indícios e indícios de prova, a seguir fizemos as necessárias distinções entre indícios e presunções para então enfrentarmos os critérios distintivos entre prova direta e indireta sem descurar do necessário enfrentamento da crise desta distinção. Ainda foi feita uma análise da posição da prova indiciária no sistema processual português. Neste capítulo coube um tópico próprio para estudo da estrutura da prova indiciária, enfatizamos em outro tópico a força da prova indiciária para sustentar um decreto condenatório, estudamos a prova indiciária a luz dos “standards” probatório e finalizamos com uma análise da jurisprudência portuguesa, espanhola, brasileira e americana sobre o tema.

1 Prova e Verdade

1.1 Alguns apontamentos preliminares

Todo processo judicial, tanto no seu início quanto no seu desenvolvimento, carrega a nota da incerteza fática no seu âmago. Mas nem essa característica, nem o caráter regrado da prova jurídica impedem, na tomada de decisão, a aplicação de critérios racionais e lógicos da epistemologia em geral. Nesse contexto, antes de abordarmos questões relacionadas à prova e verdade necessária se faz a análise, ainda que superficial, das características da decisão num contexto probatório.¹

1.1.1 A natureza da prova

A prova tem diversas aceções, é dizer, o termo não é unívoco tanto do ponto de vista legal quanto doutrinário. Nesse sentido, o autor brasileiro Denilson Feitoza Pacheco oferece uma classificação que se apresenta detalhada e didática. Para o mencionado autor, a prova pode ser distinguida como fonte, como manifestação, como atividade, como resultado, como meio de prova e como meio de obtenção de prova. Vejamos:

“A prova como fonte se refere às pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas como fontes dos estímulos sensoriais que chegam a percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato; A prova como manifestação da fonte refere-se à prova pessoal, na qual podemos distinguir entre a pessoa (por exemplo: a testemunha) e a sua manifestação (por exemplo: o testemunho, as declarações ou depoimento da testemunha); A prova como atividade probatória é o ato ou conjunto de atos tendentes a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de um fato. Por exemplo, quando nos referimos a interrogatório como prova, estamos a considerar a prova como atividade, ou seja, concentrando-nos no ato judicial de interrogar; A prova como resultado, conforme Germano Marques da Silva, é a convicção da entidade decisora, formada no processo, sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; (...) A prova como meio, assim, seria o instrumento probatório para formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; elementos de prova são todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção da entidade decisora (juiz, tribunal, etc.); fato probando é o fato que se deseja provar; objeto de prova é o fato que exige comprovação; sujeito de prova ou fonte de prova é a pessoa de quem provém a prova ou a coisa de onde emana a prova; forma da prova é o modo como se revela a prova”.²

Mais sucinto, o grande processualista português, Germano Marques da Silva, ensina que o termo prova possui triplo significado: “A – Prova como atividade probatória: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou

¹ BELTRAN, Jordi Ferrer – **Valoração racional da prova**, p. 43.

² FEITOZA, Denilson – **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**, p. 604-605.

inexistência de uma determinada situação factual; B – Prova como resultado: a convicção da entidade decisora formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; C – Prova como meio: o instrumento probatório para formar aquela convicção”.³

O presente estudo preocupa-se mais especificamente com os elementos de prova, ou *facto probans* que é uma noção que automaticamente se conecta com a de objeto de prova ou *factum probandum*. Como já se disse por intermédio dos autores acima, o *facto probans* é o fato com o qual se pretende demonstrar e provar algo, por exemplo, a certidão de casamento, já o *factum probandum*, é o objeto da prova, aquilo que se quer provar com o *facto probans*, por exemplo, o casamento. Assim, a certidão de casamento, elemento de prova, prova a existência do casamento, objeto de prova. De se ressaltar que os vocábulos provarem e demonstrarem tem um sentido diferente daquele usado no âmbito da lógica e da matemática, onde, como se sabe, trabalha-se com a nota da irrefutabilidade, o que não ocorre no campo probatório jurídico onde a refutabilidade está sempre presente, tanto que nas conclusões probatórias são aplicados conceitos de lógica indutiva.

Pois bem, dada a natureza da prova, o seu estudo é interdisciplinar, por ser através das provas é que conhecemos o mundo ao nosso redor. Ou seja, ontologicamente, não há diferença entre a prova produzida no processo judicial e aquela produzida em outros ramos do conhecimento. Daí a importância de se estudar a prova também à luz da epistemologia, disciplina esta que estuda como conhecemos a realidade com base em evidências, de modo que entender evidência passa necessariamente pelo aprendizado da epistemologia.⁴

Outra questão importante relativa à natureza da prova é entender que o seu conceito, a sua ideia é eminentemente relacional na medida em que há um entrelaçamento entre o conceito de evidência e a discussão sobre a justificação na teoria do conhecimento. Para a teoria tradicional do conhecimento, a justificação é uma das três condições para existir conhecimento segundo a teoria CJV (em inglês, *Justified true belief*). Para esta teoria o conhecimento seria uma crença verdadeira e justificada. Desse modo, a evidência gera uma crença que pretende ser suporte de outra crença. Essa relação entre crenças se dá por intermédio das inferências (dedutivas, indutivas, analógicas ou abdutivas) de forma que a prova seria uma crença que indica outra, é dizer, nada é prova só por si, a prova só carregará essa denominação se estiver relacionada a algo, nesse sentido é que se diz que a prova tem caráter relacional.⁵

³ SILVA, Germano Marques da – **Curso de processo penal**, p. 143-144.

⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo – **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 18-19.

⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 19-23.

Ainda no campo da natureza da prova merece abordagem a questão da influência do conhecimento de mundo no âmbito da prova judicial, isto porque se, como já se disse, uma crença é suporte cognitivo de outra, significa que se relacionam, ora, para saber como se relacionam é preciso conhecer o próprio mundo, descobrir como as coisas ordinariamente acontecem. Nesse sentido nos ensina Deltan Dallagnol citando Thomas Kelly: “Assim, nós precisamos de crenças prévias sobre o mundo para dizer que o sinal de ‘Koplik’ é evidência de sarampo, e não de gripe, que fumaça é evidência de fogo, e não de chuva, que um certo cheiro distinto e desprazeroso é evidência de ovo podre, e não de rosas, ou, ainda, usando um exemplo da prática penal, que a fuga da cena do crime com uma arma nas mãos é evidência de que o fugitivo matou a vítima. E continua a explicar que se um ET chegasse ao planeta e nunca tivesse visto fogo, seria incapaz de estabelecer a relação entre a fumaça que ele visse quando chegasse à Terra e o fogo, porque este conhecimento não faria parte do seu conhecimento de mundo”.⁶

Para Wigmore, uma das maiores referências em evidência no mundo, a evidência consistiria em qualquer questão de fato cujo objetivo é persuadir/convencer o órgão julgador sobre outra questão de fato, vale a pena citar as suas precisas palavras ao definir evidência: “Qualquer fato ou grupo de fatos conhecível, não um princípio legal ou lógico, considerado sob a perspectiva de ser oferecido perante um tribunal legal com o propósito de produzir persuasão, positiva ou negativa, sobre o Tribunal, relativamente à verdade de uma proposição, não de direito ou lógica, sobre a qual a determinação do Tribunal é requerida”.⁷

O artigo 124º do Código de Processo Penal português prescreve que: “constituem objeto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis e os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil”.⁸

Comentando mencionado artigo, Germano Marques da Silva ensina que “importa clarificar desde já a referida norma legal. O tema da prova não consiste exclusivamente, ou pelo menos diretamente, nos factos que formam o objeto do processo, mas são também tema da prova os factos com base nos quais se pode inferir a existência de factos que constituem objeto do processo ou factos que revelem a idoneidade de meios de prova”.⁹ Ou seja, o fato compreende os diversos acontecimentos da realidade e abrange coisas, pessoas, lugares e documentos, em suma, é tudo que não é direito.

⁶ DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções** p. 23-24.

⁷ WIGMORE, John henry. Evidence in Trial at Common Law 8 and 11 (1983), Revised by Peter Tillers *apud* DALLAGNOL, **Op. cit.** p. 26.

⁸ DECRETO-LEI n. 78/87. Constituição da República Portuguesa – **Diário da República I Série**, n. 40 (17-02-87).

⁹ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 149.

O estudo do fato é tema filosófico complexo que não cabe aprofundar neste trabalho, mas é preciso afirmar que um mesmo fato pode implicar as mais variadas proposições descritivas, ou seja, a proposição descritiva de determinado fato depende sempre do contexto, sendo que a proposição será confeccionada no interesse do proponente.

Outra importante observação é que chamar o objeto de prova (*factum probandum*) de fato não se mostra tecnicamente adequado porquanto toma-se por comprovado o que em verdade se quer provar, de modo que mais correto seria designar o objeto de prova como hipótese, esse raciocínio se aplica igualmente ao *factum probans* com a única diferença que, no caso, trata-se de uma hipótese sobre a qual se está seguro tanto que se usa essa hipótese como base inferencial do *factum probandum*.¹⁰

1.1.2 Busca-se determinar fatos passados

O objeto com que trabalha o direito probatório é a determinação de fatos passados. Justamente porque os eventos passados ou históricos têm a nota da irrepetibilidade é que fica fácil compreender que tais eventos não consistem, em verdade, em fatos propriamente¹⁰ ditos, mas sim, em proposições destes fatos. Não à-toa, Michele Taruffo afirma que “o fato é, na verdade, o que se diz acerca do fato: é a enunciação de um fato, não o objeto empírico enunciado”.¹¹

Note-se que o objeto de prova também não é um fato, mas sim uma hipótese que pode se mostrar verdadeira ou falsa conforme o seu grau de corroboração. Segundo a epistemologia a proposição consiste na crença que se liga a uma determinada pessoa, nesse sentido ela pode ser verdadeira ou falsa. Já o fato existe ou não existe. No processo judicial o que se visa confirmar ou refutar são as proposições, de modo que a relação probatória é uma relação entre crenças (doxástica), uma proposição enuncia a evidência e a outra enuncia a hipótese.¹²

1.1.3 Há um sem-número de regras jurídicas sobre a prova

A decisão de um juiz quando se trata de determinar fatos no âmbito do processo não é livre de amarras. Há uma série de regras probatórias que buscam preservar outros valores além da busca da verdade na determinação dos fatos. Conforme ensina Jordi Ferrer Beltrán há três tipos de limitações probatórias no processo, aquelas que se ligam ao meio de prova, aquelas

¹⁰ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 28-29.

¹¹ TARUFFO, Michele – *La prueba de los hechos*, p. 114.

¹² DALLAGNOL, *Op. cit.* p. 30-34.

que se relacionam a atividade probatória e, por fim, aquelas que regulam a valoração da prova.¹³ De se observar que nem sempre essas limitações vão ao encontro da finalidade da prova de descoberta da verdade, são, em verdade, limitações impostas pelo Direito ao regime legal da prova que, de regra, deveria buscar que o conjunto probatório fosse o mais amplo possível. Não por outro motivo, alguns doutrinadores mostram-se contrários a expressão direito probatório porquanto, para estes, a expressão contempla uma contradição, uma vez que prova é liberdade.¹⁴

1.1.4 A tomada de decisão no processo e as limitações temporais

Há um conhecido aforismo no meio jurídico que afirma que justiça que tarda é justiça que falha. Por aí se pode deduzir que ao julgador não é dado estender a solução da controvérsia até que, por exemplo, seja encontrada a verdade. Há outros valores em jogo na cena jurídica processual, entre os quais o da celeridade que prega que a tomada de decisão tem que se dar num prazo de tempo razoavelmente curto, além é claro da questão da segurança jurídica, vez que a ninguém interessa o protraimento indefinido do conflito.

Como ensina Jordi Ferrer Beltran: “Esse interesse por obter uma resolução num prazo relativamente curto de tempo incide, ademais, em todo o processo: limita, por exemplo, os prazos para requerer e produzir a prova, limita a quantidade de recursos que podem ser interpostos diante de uma resolução e, finalmente, num momento determinado, dá por definitiva a resolução adotada, conferindo-lhe força de coisa julgada e não admitindo, salvo casos excepcionais, uma nova propositura da mesma causa”.¹⁵ Apesar de todas essas limitações, sejam as temporais, seja a nota da definitividade que é um dos fins da decisão judicial, é de extrema importância que seja posto à disposição do juiz o melhor conjunto probatório possível para o deslinde daquele determinado caso concreto.

1.1.5 A intervenção das partes no processo e a questão da justificação da decisão

De regra, o objeto da prova é delimitado pelas partes, dependendo é claro de cada ordenamento jurídico ou mesmo do tipo de processo. No processo penal, especificamente, o que está em causa “são os factos imputados ao arguido na acusação e que delimitam os poderes de cognição do tribunal” essa delimitação é alcançada por obra do Ministério Público que

¹³ BELTRAN, *Valoração racional da prova*, p. 52.

¹⁴ Idem, *Op. Cit.* p. 53.

¹⁵ Idem, *Op. Cit.* p. 55.

confecciona uma acusação fundamentada.¹⁶ Nesse sentido, como ensina Figueiredo Dias, pode-se concluir que “temas como os do objeto do processo, dos poderes de cognição e do caso julgado (...) têm por força de ser unitariamente perspectivados a partir do contexto da acusação e dos seus limites”.¹⁷ Por fim, a decisão tomada no âmbito do processo é dotada de autoridade, o que levou certo setor da doutrina a sustentar que a verdade é aquilo que o juiz diz que é. O problema dessa posição é que fomenta a elevada subjetividade da decisão, além é claro de desconsiderar a questão da falibilidade do juiz. Nesse sentido nos ensina Jordi Ferrer Beltran: “Na minha opinião, entretanto, essa tese pressupõe negar a falibilidade do juiz na determinação dos fatos provados e, portanto, as possibilidades de controle racional da sua decisão. O reconhecimento de que decisão produz efeitos jurídicos não acarreta necessariamente que se deva negar a possibilidade de que a decisão esteja errada. Outra coisa é que por efeito da coisa julgada, a partir de um determinado momento a decisão já não possa ser discutida juridicamente”.¹⁸

1.2 Prova e teorias da verdade

1.2.1 Processo, prova e verdade

Definir a função da prova no processo relaciona-se com a concepção de processo que se adota e com os objetivos vinculados a esta concepção. Nesse sentido, a adoção de teorias que tem como premissa que a função do processo é estabelecer a verdade dos fatos em discussão na causa quer parecer-nos que seja a medida mais adequada para enfrentar o problema em questão. A verdade seria, então, meta do processo e, ao mesmo tempo, um aspeto necessário da decisão judicial, isto porque uma decisão justa só pode fundamentar-se numa valoração apropriada, exata e verdadeira dos fatos relevantes para o deslinde do objeto do processo.¹⁹

Outra teoria que se destaca no ponto e possui certa relevância, especialmente no âmbito do processo civil, é aquela que sustenta que a principal meta do processo não é o deslinde da verdade, mas sim a resolução dos conflitos entre as partes. O processo serve primordialmente ao resguardo dos interesses particulares de ver resolvido o conflito, ficando a descoberta da verdade, que não se nega ser útil, em segundo plano. Nessa concepção, não há necessidade de construção de um procedimento para descortinar a verdade. Tal enfoque tem grande relevo no

¹⁶ SALINAS, Henrique – Os limites objectivos do *ne bis in idem* e a estrutura acusatória do processo penal português, p. 204.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Direito processual penal**, p. 105.

¹⁸ BELTRAN, **Valoração racional da prova**, p. 60.

¹⁹ TARUFFO, Michele – **A prova**, p. 20.

sistema do *common law*, mas sempre no âmbito da justiça civil, já que é fácil perceber a incompatibilidade desta concepção com os princípios reitores do processo penal.²⁰

Fica clara a adequação da primeira concepção e os seus objetivos a um sistema jurídico eficiente que prevê a existência de órgãos, juízes e tribunais, encarregados de fazer a determinação dos fatos para, com base nestes, promover a correta aplicação da norma e as suas consequências jurídicas aos sujeitos processuais. Não é outro o ensinamento do professor Jordi Ferrer-Beltran: “somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir as condutas dos seus destinatários. Somente se poderá influir na conduta dos homens e mulheres para não matarem se, efetivamente, o processo cumprir a função de apurar quem matou, impondo uma sanção prevista pelo direito”.²¹

Aliás, no que toca ao processo penal, o crime, para além de traduzir-se numa violação específica a determinado bem jurídico, também possui um viés genérico de violação ao direito em geral. No que concerne a violação específica, o crime pode ser classificado em instantâneo ou continuado, conforme a violação ao bem jurídico se extinga no momento da conduta, ou perdure mesmo depois da consumação. No que respeita ao viés genérico, o crime será sempre continuado porque atinge o necessário respeito que qualquer direito deve legitimamente inspirar, fato este que pode ser considerado um direito, é dizer, o direito de tranquilidade jurídica do indivíduo e da sociedade, o que resulta na conclusão de que a pena atinge o delinquente entre outros objetivos também para interromper a violação continuada dessa tranquilidade jurídica do ofendido e toda a sociedade. Assim, sob este aspeto, pode-se concluir que a função da pena é o restabelecimento da tranquilidade social, de modo que a partir desta afirmação só se pode chegar à conclusão de que a pena só deve atingir a quem é verdadeiramente culpado. Não por acaso, Malatesta afirma que “Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade”.²²

Cabe mencionar ainda, quanto ao ponto, que a doutrina clássica entendia que a busca da verdade não era um fim no processo. O mais importante era convencer o juiz. Nesse sentido ensinava Mittermayer “Hemos sentado que hacer la prueba no es en el fondo otra cosa que querer la demostración de la verdade y el convencimiento del Juez, quien para sentenciar

²⁰ TARUFFO, **A prova**, p. 21.

²¹ BELTRAN, **Valoração racional da prova**, p. 45.

²² MALATESTA, Nicolas Framarino Dei – **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 19.

necessita adquirir plena certeza”.²³ Defendia-se, ainda, que o acertamento dos fatos no processo nada tinha que ver com o acertamento dos fatos em outras áreas do conhecimento, o que se mostrou equivocado, porquanto não se concebe que um sistema probatório fechado seja o mais adequado para alcançar a verdade dos fatos em discussão no processo, sendo necessário e inarredável que o sistema probatório se abra para outros ramos do conhecimento como a lógica, a epistemologia e a psicologia. Assim, a verdade existe e é assunto do processo.

A partir dessa premissa, a questão que passa a se apresentar é como obter justificação das hipóteses com base num sistema pensado para buscar a verdade? Ter a verdade como objetivo não quer dizer que chegarei à verdade. Há limites. Isso, porém, não afasta a necessidade de se aperfeiçoar o processo para buscar a verdade. Assim, deve o processo ser desenhado com preocupações epistêmicas.

Outra questão, é que não adianta eu ter um bom material probatório se eu vou despejar esse material para o juiz decidir o que vai fazer. Nesse passo, há dois modelos de direito probatório. O objetivo desses modelos é construir todos coerentes para testar qual aquele que melhor se adequa à realidade. O modelo subjetivo parte da ideia de que provar é obter o convencimento do magistrado. Se convenci o juiz, eu provei. O problema é que um processo assim tramita sem um “standard” externo de correção. A verdade deixa de ser teleológica para o processo para ser substituída pelo convencimento do magistrado. Esta subjetividade perpassará todo o processo e todas as fases probatórias. Esta a razão do porquê ocorrem, a partir de uma mesma base fática, tantas decisões díspares.

No modelo objetivo, eu retiro a convicção do juiz da condição de centralidade do sistema e passo a afirmar que estar provado significa que há elementos suficientes de corroboração da hipótese sustentada. Aqui parte-se da ideia de que a verdade existe e é importante para o processo. A verdade passa a não depender mais do juiz, mas sim da correspondência dela com o mundo. Colocar a verdade no centro do processo implica dizer que ao Direito não interessa acertos casuais, senão bastaria jogar dados, o que seria mais barato e respeitaria a paridade de armas. Quanto mais o processo está equipado, dentro das regras do jogo, para alcançar a verdade, tanto melhor para o direito. Por esse modelo, todas as fases probatórias passam a ser administradas segundo critérios objetivos.

Estabelecido que a verdade é a base da decisão judicial, além da condição necessária para a justiça da decisão, cumpre tratar agora das teorias da verdade.

²³ MITTERMAIER, C. J. A. – **Tratado de la prueba em matéria criminal**, p. 71.

1.2.2 A verdade judicial

Há uma linha doutrinária que defende que a verdade judicial é uma verdade distinta dos demais ramos do conhecimento, ou seja, daquelas alcançadas fora do processo judicial. As provas servem para estabelecer se os fatos relevantes para o processo ocorreram ou não, ou seja, as provas têm o claro objetivo de fundamentar e controlar as afirmações que tem por objeto estes fatos. Uma vez estabelecida essa vinculação entre prova e verdade, o problema se amplia porquanto a noção de verdade é complicada e variável, o que acaba por produzir complicações e incertezas no campo probatório. Há duas razões para isto, a primeira é a relação que se estabelece entre a verdade judicial ou processual e aquela que ocorre fora do processo. Aqui importa saber se há identidade ou semelhanças entre as concepções de verdade. Se há alguma especialidade ou particularidade, na verdade judicial, e, mais complicado ainda, divisar o que se entende por verdade judicial e o que se entende por verdade *tout court*. Os juristas sustentavam que haveria uma verdade processual alcançada por meio das provas e instrumentos probatórios e uma verdade material (histórica, empírica) alcançada mediante instrumentos cognitivos diferentes daqueles disponíveis para as provas judiciais.²⁴

Para esses juristas, a verdade estabelecida no âmbito do processo judicial se dá num contexto muito específico porque, por exemplo, as partes sofrem limitações probatórias tanto na admissibilidade como na produção das provas, além do fato de que a decisão no processo judicial não deve ser procrastinada indefinidamente resultando daí um abandono da busca da verdade em prol da resolução do litígio a tempo e modo.

Essa posição, todavia, não se sustenta, pelo simples fato de que a verdade processual é estabelecida pela utilização das provas cujos limites, quando existentes, servem para, no máximo, excluir a possibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, mas insuficiente para sustentar ontologicamente a distinção entre a verdade judicial e a verdade estabelecida em qualquer outro ramo do conhecimento, até porque, a verdade buscada em qualquer ramo do conhecimento sempre será uma verdade que dependerá também de um determinado contexto em que inserida. Conforme ensina Michele Taruffo “Um sistema processual pode ou não ser eficiente na busca da verdade sobre os fatos em litígio, todavia, a existência de regras processuais não é – em si mesma – um obstáculo para a busca da verdade, e tampouco é um bom argumento para que se afirme que a verdade judicial é um tipo especial ou formal de verdade” e mais adiante arremata: “Reunidos todos esses elementos, pode-se advertir que a

²⁴ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 24.

ideia de diferenças substanciais que caracterizam a verdade judicial não pode ser sustentada. Em grande medida, a verdade pode ser buscada e alcançada no contexto judicial substancialmente da mesma maneira que pode ser descoberta em tantas outras áreas da experiência quotidiana”.²⁵

1.2.3 Teorias Irracionalistas e outras teorias que negam a verdade

Não são poucas as teorias filosóficas que defendem a impossibilidade de alcance da verdade dos fatos no processo judicial ou mesmo que sustentem uma noção geral de verdade. A questão aqui diz respeito ao lugar em que a verdade assume na teoria do processo. Uma forma de resolver de forma simplista a questão é afirmar que o processo não tem a função de buscar a verdade, é dizer, o processo serve para resolver controvérsias e não produzir decisões verdadeiras. Assim, a verdade termina por ser excluída do debate. Aqui surge uma contradição levantada por Twining entre a teoria do processo sob a perspectiva acima, que não coloca a verdade entre os seus objetivos, e a teoria da prova, cuja função é eminentemente de descoberta/estabelecimento da verdade dos fatos. Mas não é só, essa contradição alcança a decisão judicial ante a dificuldade de se entender a relação entre a decisão e os fatos, é dizer, se se deve ou não reconstruir os fatos com o máximo de veracidade possível.²⁶

Uma das linhas teóricas que sustentam a impossibilidade de se conhecer a verdade no âmbito processual tem origem em corrente filosófica que afirma ser impossível estabelecer a verdade de qualquer coisa (ceticismo radical). Há uma exclusão da cognoscibilidade da realidade. O ceticismo processual parte, sem questionar, das premissas do ceticismo filosófico quanto ao tema. Em consequência, esta concepção teórica traz uma carga irracionalista para o processo que, por consequência, dificilmente possibilitar uma decisão fundada na razão. Nesses termos, o que ocorre é uma elevada carga de subjetividade na decisão sobre os fatos.

Note-se que esta conclusão não se baseia apenas em opções filosóficas claramente irracionalistas. Deriva também de opções filosóficas e epistemológicas distintas, de que são exemplos versões sofisticadas do idealismo, como o pensamento de Dummet, de Rorty e Quine (teorias idealistas ou antirrealistas). Para estes, o conhecimento é uma construção mental carente de vinculação necessária com a realidade. Sob certo aspeto, aqui também se insere a teoria da coerência.²⁷

²⁵ TARUFFO, **A prova**, p. 24.

²⁶ TARUFFO, **La prueba de los hechos**, cap. I, p. 25-26.

²⁷ Idem – **Op. cit.** p. 31-32.

A teoria *critical legal studies* parte de premissas anti-irrealistas de que não há nenhuma conexão entre linguagem e realidade, de modo que não há conhecimento objetivo sobre fatos. A conclusão dessa teoria é que no procedimento probatório não há critérios objetivos de raciocínio, mas apenas decisões individuais e subjetivas. Algumas formas de realismo radical como a de Frank in *Law and the modern mind* conduzem a resultados irracionalistas e também descambaram para o subjetivismo, é dizer, a realidade está na cabeça do sujeito. Há também aqueles que defendem a impossibilidade ideológica de alcance da verdade, também são razões invocadas por aqueles que negam a possibilidade de determinação verdadeira dos fatos. Esse viés não põe em discussão questões filosóficas e epistemológicas, de modo que poderia ser admitida até por aqueles que defendem um conhecimento racional e objetivo da verdade.²⁸

Para esta posição, a verdade não pode ser alcançada porque não deve ser perseguida, isto porque o processo civil é um instrumento para resolver conflitos e não de busca da verdade. A busca da verdade não pode ser objetivo de um processo que busca solucionar conflitos. Assim, a busca da verdade é incompatível com a busca de soluções mais adequadas pelas partes. O objetivo não é conhecer os fatos, mas eliminar os conflitos.²⁹ Para Michele Taruffo não há incompatibilidade entre solucionar o conflito e a busca da verdade, até porque tanto melhor que o conflito se solucione com base numa determinação verdadeira dos fatos. A visão efficientista do processo exclui essa hipótese, determinação verdadeira dos fatos, da discussão. Para estes, a solução do conflito é boa em si mesma e há ainda os perniciosos custos que a busca da verdade traz para o processo.³⁰

A liberdade, autonomia e a iniciativa individual das partes tornam, para esta corrente, a busca da verdade irrelevante para o processo civil. O juiz nesse processo dispositivo não deve estar orientado a busca da verdade, carecendo, portanto, de iniciativa probatória e vinculado aos meios de prova oferecidos pelas partes. Essa característica é muito presente no processo dispositivo da Europa Continental e *adversary system of litigation do common law*.

O modelo dispositivo diz que o processo não deve tender à determinação verdadeira dos fatos, aliás, essa busca em certo sentido seria até um desvalor para o processo. Como a verdade não pode ser empurrada para debaixo do tapete, esse modelo recorre a formulações formalistas como a que afirma que a verdade está no melhor processo ou que se encontra naquela determinação assumida pelo juiz na decisão. Há ainda uma crença bastante difundida de que a busca da verdade está associada ao processo inquisitivo (com todos os preconceitos e

²⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 37.

²⁹ Idem – *Ibidem*.

³⁰ Idem – *Op. Cit.* p. 38.

alegações pejorativas), ou seja, como se só um processo autoritário e lesivo às garantias fundamentais estaria interessado em descobrir a verdade.³¹

Entre as posições que sustentam que não é objetivo do processo determinar a verdade dos fatos merece ser recordada uma que possui pouco compromisso filosófico ou epistemológico. Tal posição afirma que a verdade dos fatos não pode ser alcançada por razões práticas.³²

Essas razões são as mais variadas, mas todas, de uma forma ou de outra, excluem a determinação verdadeira dos fatos da causa. Para essa teoria, o juiz não possui os mesmos instrumentos cognitivos de pesquisadores e cientistas; por outro lado, a solução processual deve ser célere, não pode se prolongar indefinidamente; ademais, há limitações, de que é exemplo, o regime das provas ilícitas e da prova legal.

Esta posição absolutiza a ideia da verdade para em seguida afirmar que alcançá-la é impossível. O equívoco é afirmar que se busca míticas verdades absolutas quando em verdade se busca estabelecer verdades relativas e razoáveis. O fato é que não se pode afirmar à “*priori*” que o processo não tem como determinar a verdade dos fatos. Essa questão deve ser analisada a luz do tipo de processo desenhado pelo diploma legislativo local. Assim, se, por exemplo, há uma excessiva limitação dos meios de prova além de um regime de prova legal, pode-se afirmar que este modelo processual possui capacidade mínima de determinação da verdade dos fatos.

Também temos os defensores da irrelevância da verdade no processo, essa posição se aproxima daquela que prega a impossibilidade de alcance da verdade no processo, mas aqui trata o problema da verdade no processo como absolutamente irrelevante. Não se discute aqui se a questão da verdade é oportuna ou não, a questão é simplesmente excluída do debate. Há duas variantes dessa posição.³³

A primeira diz que tudo que se desenvolve no âmbito do processo nada mais é do que um jogo retórico persuasivo. Aqui há uma aplicação exagerada da doutrina de Perelman. O elemento-chave do juízo de fato está representado pela narrativa dos fatos apresentados pelas partes. Tem razão a parte que persuade o juiz para adotar a sua história como fundamento da decisão. Assim, o objetivo das partes é convencer o juiz e não demonstrar objetivamente a veracidade dos fatos.³⁴

³¹ TARUFFO, **La prueba de los hechos**, p. 42.

³² Idem – **Op. Cit.** p. 45.

³³ Idem – **Op. Cit.** p. 48.

³⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 50.

A segunda é a variante semiótica narrativista que é uma versão atualizada e sofisticada do idealismo radical travestida de teoria da análise da linguagem. A realidade não importa, o que importa é a narração. Não se nega que o juízo sobre o fato, uma vez que inserido dentro do processo, descortina uma interessante dimensão semiótica e linguística. Mas daí considerar a única dimensão do problema excluindo a questão da verdade vai uma grande distância.³⁵

Ainda que não possamos saber a verdade absoluta sobre determinado fato discutido no processo, é possível, com base em probabilidade lógica, concluir que a partir de determinados elementos probatórios amealhados nos autos, determinados enunciados são preferíveis a outros do ponto de vista racional. Assim como uma justiça penal que pretende encontrar a verdade absoluta é utópica, a justiça penal que tem uma postura cética em relação à verdade acaba descambando para o arbítrio. Justiça e verdade são conceitos complementares. A verdade não é o escopo da justiça penal, mas sim um instrumento para dar suporte a uma justa decisão, é dizer, a decisão ótima naquele caso concreto. Todas as fases probatórias, investigação, admissão, produção e valoração, assim como a própria decisão, devem estar voltadas para a busca da verdade, é dizer, o processo deve ser estruturado e pensado como um instrumento epistêmico de reconstrução dos fatos, somente cedendo passo quando outros valores de maior relevância justificarem restrições legítimas à descoberta da verdade. ex: vedação a prova ilícita.³⁶

1.2.4 Verdade absoluta e verdade relativa

Apesar de ser uma discussão filosófica importante, tanto que a diferenciação entre esses conceitos acompanha a esmagadora maioria dos manuais jurídicos que tratam do processo em geral, seja o penal ou o civil, trata-se em verdade de um não problema. Isto porque, do ponto de vista prático, a verdade absoluta é uma quimera em qualquer campo do conhecimento, é dizer, não há como sustentar, do ponto de vista racional, que seja possível o alcance da verdade absoluta em qualquer ramo do conhecimento, incluindo o jurídico. Nem as chamadas ciências exatas têm a pretensão de alcançar a verdade absoluta, daí se conclui que a verdade que se encontra ou busca em qualquer ramo do conhecimento empírico, ou científico será sempre uma verdade relativa. O fato de não se poder apurar a verdade absoluta no processo não implica que não possa ser alcançada nenhuma verdade, mormente a relacional, de modo que a verdade não seja dotada de uma relatividade subjetiva, mas de uma relatividade objetiva estreitamente ligada

³⁵ TARUFFO, **La prueba de los hechos**, p. 55.

³⁶ BADARÓ, Gustavo H – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos, p. 43-80.

à quantidade e qualidade do material probatório disponível. A noção geral de verdade atuaria mais como um farol de modo a orientar a construção do conhecimento a partir do conhecimento da realidade.³⁷

1.2.5 O significado da verdade

Em matéria de direito probatório é pacífico na doutrina a afirmação de que a verdade absoluta seria inalcançável, mesmo entre aqueles que defendem que a verdade seria um dos objetivos do processo. Em Portugal, o Professor Germano Marques da Silva³⁸ nos ensina que:

“Não é correcto falar-se de verdade formal e de verdade material, a não ser como conceitos meramente instrumentais; não há duas espécies de verdade, mas somente a verdade. Quando na dogmática processual se adjectiva a verdade que se busca no processo, pretende referir-se as limitações a que o tribunal está sujeito na sua busca e, por isso, se assume que a verdade processual não é necessariamente verdade. A verdade processual não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, por ter sido obtida por meios processualmente válidos. A verdade processual não é absoluta ou ontológica, mas uma verdade judicial, prática, e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”.

Pois bem, a possibilidade ou não de se alcançar a verdade deve ser precedida, necessariamente, pela correta perceção do que seja verdade. Assim, para que um determinado autor seja compreendido na sua afirmação de que o alcance da verdade é impossível pelas mais variegadas razões, por primeiro, é necessário que ele explicita qual o conceito/significado de verdade que adota, o que não é nada fácil. A dúvida de Pilatos: “que é a verdade” perpassa a história sem um deslinde aceitável na filosofia. Ocorre que discutir as diversas teorias que tratam do tema não é objetivo deste trabalho, mas necessário se faz abordá-las, ainda que superficialmente, para entender os argumentos epistémicos relativos à prova indiciária que se aspira abordar ao longo do texto.

Entre as principais teorias que enfrentam a questão de determinar “o que são verdades, e o que torna (se é que algo torna) elas verdadeiras”,³⁹ podemos citar a teoria da verdade como coerência, onde a verdade seria equiparada a coerência da narrativa. Como ensina Michele Taruffo: “Uma vez que os discursos e os relatos judiciais são os únicos elementos tomados em consideração em tal enfoque, o processo é considerado como um diálogo ou como uma situação na qual as pessoas contam histórias que são fundamentalmente similares a um romance. Em

³⁷ TARUFFO, Michele – *Ermeneutica, prova e decisione*, p. 129-148.

³⁸ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 160-161.

³⁹ GLANZBERG, Michael – **Truth, The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. [Consult. 23 Nov 2023]. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/truth/>.

consequência, o único critério que pode ser usado para conferir credibilidade a um enunciado específico é a sua coerência no contexto global do diálogo judicial ou dentro da específica narração contada por um sujeito do processo”.⁴⁰

Segundo essa posição, a verdade passa a depender exclusivamente da sua coerência narrativa, independentemente dos dados empíricos. Como explica Gustavo Badaró, “uma narrativa será ‘boa’ por apresentar requisitos de coerência e correspondência ao que normalmente ocorre, fazendo com que bondade e verdade da narração acabem se confundindo, olvidando de que existem de fato narrações substancialmente boas, que, todavia, são descritivamente falsas”.⁴¹

Para essa visão de verdade, a prova tem como função dar suporte a um relato convincente, tendo a prova, portanto, uma função eminentemente persuasiva em contraposição à função heurística que a prova desempenha na teoria da verdade como correspondência. A verdade como coerência tem um viés teórico mais aproximado com a função dos advogados do processo, que não buscam de fato a verdade, mas sim o convencimento do juiz a respeito das suas versões. Todavia, como bem pontuado por Michele Taruffo linhas acima, eu posso ter narrativas coerentes e persuasivas e, ao mesmo tempo, falsas como ocorre nos romances, o que a meu sentir revela a inadequação desta teoria para obtenção de uma decisão justa e amparada pelas garantias fundamentais mormente no processo penal.

A teoria sobre verdade mais adequada ao estudo do direito probatório é a verdade como correspondência que sustenta que a decisão, para ser justa e correta, deve se relacionar com a realidade, é dizer, a verdade deve estar intimamente conectada com o mundo real. Desse modo, apenas é possível afirmar que “o gato está na mesa caso a proposição de que o gato está na mesa descreva com precisão um certo gato e a sua relação espacial com uma certa mesa”.⁴²

De acordo com Twining, “quase todos os principais escritores anglo-americanos sobre evidência adotaram, mais frequentemente do que não *sub silentio*, visões epistemológicas e lógicas que são similares às de Bentham”,⁴³ o qual terminou por adotar uma epistemologia do conhecimento eminentemente fundamentada na teoria da verdade como correspondência. Essa, portanto, parece ser a teoria mais adequada porque parece ser a que melhor explica como as

⁴⁰ TARUFFO, **A prova**, p. 27.

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique – **Epistemologia judiciária e prova penal**, p. 88.

⁴² TARSKY, Alfred – **The semantic conception of truth and the foundation of semantics**, p. 667.

⁴³ WILLIAN TWINNING – *Rethink evidence: exploratory essays*, 1994, p. 39-40 citado por DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 37.

inferências e argumentos operam para determinação dos fatos discutidos no processo, principalmente porque conectada com a Justiça e a promoção dos direitos fundamentais.⁴⁴

Assim, o sentido de “está provado que p” vai depender da teoria sobre definição da verdade que se adota, sendo que, para ficar claro, na expressão “está provado” está abrangido todo o conjunto probatório que confirma ou não a conclusão p. Pois bem, “está provado que p” pode ser o mesmo que “é verdade que p”, ou seja, nessa primeira aceção, “estar provado que p” significa que o que se provou é verdade, de modo que não haveria diferença entre prova e verdade. O problema aqui é a confusão que se faz entre prova e verdade porque ao adotar essa conceção eu poderia considerar provada uma proposição para a qual não se produziu nenhuma evidência, o que às escâncaras constituiria uma anomalia. De fato, a verdade não pode ser um elemento que define a prova, confundindo-se com esta, todavia, não só pode, como deve, ser, sim, a sua finalidade, a despeito de boa parte da doutrina europeia sustentar que a finalidade da prova é obter a convicção judicial.⁴⁵

Outra conceção sustenta que o “está provado que p” significa que “o juiz estabeleceu que p”. Tal visão é a preferida dos teóricos que negam a possibilidade de se alcançar a verdade, para estes a hipótese foi provada na medida em que foi incorporado ao raciocínio decisório do juiz. Aqui o grande problema é confiar na infalibilidade do juiz. Outro fator negativo é o elevado grau de subjetividade das decisões sobre prova, o que inviabiliza um sempre bem-vindo controle racional do conjunto probatório. Não se desconhece que a convicção psicológica do juiz seja, de forma limitada, uma condição necessária para a decisão sobre a prova, mas só isso não basta, deve-se agregar critérios lógicos e racionais para que em conjunto seja possível fazer um controle objetivo da prova como resultado, é dizer, para que a proposição esteja provada em razão de nos autos estarem presentes elementos suficientes a favor de p, independentemente de o juiz ter sido convencido ou não.⁴⁶

Há, por último, a conceção de que a expressão “está provado que p” significa, em verdade, que “há elementos suficientes a favor de p”. Essa conceção sustenta que a prova de uma hipótese relaciona-se com os elementos de juízo que a corroboram. Note-se que esta conceção não exige a verdade para que possa considerar provada uma determinada hipótese fática, ou seja, uma hipótese fática pode ser considerada provada ainda que seja falsa.⁴⁷

⁴⁴ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 37-38.

⁴⁵ BELTRAN, Jordi Ferrer – *Prova e verdade no direito*, p. 32-34.

⁴⁶ Idem – *Op. Cit.* p. 35-37.

⁴⁷ Idem – *Op. Cit.* p. 37-39.

Em resumo, nas lúcidas palavras de Jordi Ferrer Beltran:

“De acordo com a concepção do significado de ‘Está provado que p’ que se está analisando, esse enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de juízo suficientes a favor de p e falso quando não se dispuser de elementos de juízo a seu favor ou quando esses forem insuficientes, tudo independentemente da veracidade ou falsidade da proposição p. Pode ocorrer, portanto, que uma proposição sobre um fato relevante para uma causa judicial disponha, no processo, de elementos de juízo suficientes a seu favor e que, entretanto, seja falsa. Por óbvio, também pode ocorrer que uma proposição verdadeira sobre um fato relevante para uma causa judicial não conte com elementos de juízo suficientes a seu favor, ou que, sim, conte. Em minha opinião, essa concepção reconstrói adequadamente os usos linguísticos e as intuições fundamentais com que os operadores do direito dão conta da noção de fato provado”.⁴⁸

Assim, uma determinada proposição só será considerada provada em relação a determinado conjunto probatório, por consequência, a variação deste mesmo conjunto probatório pode implicar variação do resultado probatório. Perceba-se, e aqui está o gancho para o desenvolvimento do tema que aqui se propõe, a compatibilidade dessa concepção com as várias teorias sobre a valoração da prova, de modo que, por exemplo, há compatibilidade tanto como o teorema de Bayes, como com a probabilidade indutiva lógica ou mesmo com a verosimilhança uma vez que todos esses modelos de valoração permitiriam determinar a veracidade do “está provado que p” a partir da determinação de elementos de juízo suficientes a favor de p.

1.3 A prova

Quando se pretende estudar o processo penal, necessariamente temos que abordar a questão do direito probatório, até porque descabe falar em aplicação das normas processuais e materiais se os fatos não forem comprovados. Não por acaso ensina Francisco da Costa Oliveira: “A prova apresenta-se como a própria essência ontológica do processo penal, em virtude de um valor funcional fortíssimo, estranho a outros sistemas”.⁴⁹ Assim, o direito probatório traduz-se naquele conjunto de normas que regula a atividade probatória no âmbito do processo com teleologia de verdade, mas também condicionado por normas constitucionais e legais que buscam preservar valores igualmente relevantes para o sistema jurídico.

Devido à posição garantística com que o Direito Constitucional português olha para as normas penais, até pela capacidade deste ramo jurídico de limitar ou solapar direitos fundamentais do arguido, é que se deve olhar o direito à prova como uma garantia fundamental

⁴⁸ BELTRAN, **Prova e verdade no direito**, p. 38-39.

⁴⁹ OLIVEIRA, Francisco da Costa – **Defesa criminal activa: guia da sua prática forense**, p. 53.

do arguido, isto porque a prova, independentemente da concepção adotada, tem função essencial no processo na medida em que é por intermédio dela é que a decisão no âmbito processual poderá ser chamada de fundamentada. A imbricação entre prova e direito processual penal é tão forte que produz como subproduto um verdadeiro direito à prova como decorrência necessária do direito constitucional a tutela efetiva, que assegura ao cidadão tanto o direito de ação como o direito de defesa e a garantia de que uma eventual condenação penal resultará de uma conduta criminosa provada.⁵⁰

Nas palavras do professor Germano Marques da Silva:⁵¹

“Com a expressão direito à prova pretende significar-se a faculdade que os sujeitos processuais têm de participar activamente na produção da prova, quer requerendo a sua admissão no processo, quer participando na sua produção. Num processo do tipo acusatório puro a apresentação e produção da prova pertence exclusivamente às partes e num processo de tipo inquisitório ela pertence principalmente ao tribunal. No processo de estrutura acusatória integrado pelo princípio da investigação, como é o nosso, o dever do tribunal de recorrer a outros meios de prova além dos apresentados pelos outros sujeitos processuais pressupõe que estes têm o direito de apresentar e produzir a prova das suas alegações de facto, nos termos já antes analisados. Na perspectiva do arguido o direito à prova é uma consequência do seu direito de defesa, de defender-se provando; e na da acusação é também uma consequência do princípio da presunção de inocência, já que, se não for afastada a presunção, o arguido deverá ser absolvido, por falta de prova da acusação”.

O n. 5 do artigo 32 da Constituição da República Portuguesa assegura ao cidadão que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.⁵² Nesse sentido, o contraditório é princípio estruturante do sistema processual penal português e só estará verdadeiramente assegurado quando se garantir a participação efetiva dos sujeitos processuais em todo o *iter* processual, especialmente, no procedimento probatório.

1.3.1 A prova na legislação portuguesa

Já analisamos superficialmente o que diz a Constituição portuguesa sobre a prova. Vimos que o processo é instrumento de aplicação do direito e para isso necessita de, dentro de um procedimento em contraditório, verificar a existência de factos aos quais a ordem jurídica empresta consequências. Nas palavras de Germano Marques da Silva: “Recorde-se que a norma incriminadora (completa) é constituída por uma previsão e por uma estatuição e que aquela é a

⁵⁰ PEREIRA, Patrícia Silva – **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 29.

⁵¹ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 164.

⁵² DECRETO-LEI n. 78/87 – Constituição da República Portuguesa. **Diário da República I Série**, n. 40 (17-02-87).

situação típica da vida, o facto ou conjunto de factos cuja verificação em concreto desencadeia a consequência jurídica fixada na estatuição”.⁵³ Assim, para aplicação da norma penal eu preciso verificar os fatos e após, aplicar o direito ao caso concreto de modo que a decisão judicial conterà duas partes, a primeira, regulada pela atividade probatória cujo objetivo é convencer ou não da existência dos factos que consubstanciam pressupostos de estatuição da norma e, a segunda consistente em aplicação efetiva da norma com as suas consequências àquele conjunto probatório amalhado nos autos.⁵⁴

O artigo 341.º do Código Civil diz que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos”. Dessa norma não se extrai conceito de prova, mas sim a sua função, pois encara a prova como demonstração, é dizer, como meio e como atividade para produzir um determinado resultado. De se ressaltar que em razão do carácter subsidiário do Código Civil esta norma tem aplicação no âmbito penal, guardadas em todo caso as peculiaridades do processo civil e do processo penal que por vezes torna incompatível a aplicação subsidiária pura e simples. Assim, com base nesta norma civil é possível um civilista concluir como Rui Manuel de Freitas Rangel:⁵⁵

“que toda a investigação processual resulta numa atividade de confirmação ou prova de um conjunto de factos afirmados previamente em juízo sobre certos acontecimentos e destina-se, como finalidade última, à demonstração da verdade de factos já alegados e que só falta confirmar. Ora, no processo penal, a acusação ou pronúncia também procura provar o que alegou, mas a vinculação do tribunal ao que está estritamente alegado não existe como no processo civil. Os poderes inquisitórios do juiz são bem mais amplos, no entanto, nem tudo o que seja provado pode ser utilizado na eventualidade de consubstanciar um outro tipo de ilícito. Neste último caso a prova apresentada poderia configurar uma alteração substancial dos factos com as respetivas consequências jurídicas ou ainda servir de notícia crime”.

No Código de Processo Penal existem inúmeras normas que tratam do direito probatório, mas nenhuma específica sobre conceito e finalidade da prova. O Código distingue nos seus Títulos II e III do Livro III os meios de prova dos meios de obtenção de prova, diferenciando no plano lógico os meios de prova, cuja aptidão é formar o convencimento do julgador, dos meios de obtenção de prova que sem ser fonte de convencimento tem por finalidade obter coisas ou declarações que serão fonte de convencimento.⁵⁶

⁵³ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 140.

⁵⁴ Idem – **Ibidem**.

⁵⁵ RANGEL, Rui Manoel de Freitas *apud* PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 31.

⁵⁶ SILVA, **Op. Cit.** p. 143.

1.3.2 A prova indiciária e sua admissibilidade no sistema processual penal português

O direito processual penal é direito constitucional aplicado. A frase é uma síntese lapidar do professor Jorge Figueiredo Dias e dá conta da importância do direito processual penal que tem função instrumental para aplicação do direito penal e por isso equilibra o direito de punir estatal com o princípio fundamental da presunção de inocência, além de outras garantias previstas na Constituição Portuguesa.⁵⁷

De outro lado, como prescrito pelo artigo 341º do Código Civil, a prova tem caráter demonstrativo dos fatos que se quer provar. Como já dito, não há como aplicar a norma penal sem a comprovação dos fatos, os quais são pressupostos estatuídos na norma para aplicação das consequências jurídicas. De logo se vê que a atividade probatória é constituída de uma complexa teia de atos cujo objetivo é esclarecer sobre a ocorrência ou não de um determinado acontecimento que se deu num ponto passado.

Para tanto, os fatos podem ser provados por meios diretos e indiretos conforme a relação que guardam com a verdade que se queira verificar. Nas palavras de Malatesta: “o juízo penal só se instaura quando existe a fé de poder chegar à verificação da criminalidade, para que se faça justiça. A verdade, pois, a cuja verificação tende o juízo criminal, é o delito e a crítica criminal visa precisamente encontrar as regras lógicas para que a certeza do delito seja, o mais possível, isenta de erro, mas correspondente à verdade objetiva e todos os grandes problemas de crítica criminal não têm por objetivo senão as provas e verificação da criminalidade”.⁵⁸

Nesse quadro, a prova pode relacionar-se, de forma imediata, a um dos componentes da figura típica, ou pode consistir no próprio corpo de delito, caso em que eu tenho a denominada prova direta, ou, de outro lado, pode referir-se a um fato ou objeto que não integra a figura típica, mas que por meio da lógica inferencial pode de forma mediata concluir-se pela comprovação de um dos elementos do fato típico, caso em que eu tenho a cognominada prova indireta. Para Malatesta quando a prova se referir a um dos componentes da figura típica ou a um fato sem relação direta com o delito, a prova será pessoal, por exemplo, quando uma testemunha depõe ter visto Caio atirar em Mévio. A prova será, porém, real ou material quando consistir no próprio corpo de delito ou se referir a coisa diversa do delito.⁵⁹ Pois bem, é na categoria da prova indireta que se insere a prova indiciária que será objeto de estudo neste trabalho.

⁵⁷ DIAS, Jorge Figueiredo *apud* PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valorção**, p. 48.

⁵⁸ MALATESTA, **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 172.

⁵⁹ Idem – **Ibidem**.

Cabe mencionar, ainda, que não há nenhuma menção à prova indiciária no Código de Processo Penal português. Nesse quadro poder-se-ia questionar se é possível a utilização da prova indiciária no sistema criminal português ante a falta de previsão legal. A resposta afirmativa encontra amparo na letra do artigo, 125.º do CPP que admite qualquer prova desde que não proibida por lei.

A questão da valoração da prova indiciária encontra guarida no artigo 127.º do CPP que estatui o princípio da livre apreciação da prova. Nesse sentido Acórdão do STJ de 22/01/2013 de relatoria de Armindo Monteiro: “A prova indiciária não é nula, bastando para ser admitida o facto de não estar incluída nos métodos proibidos de prova (artigo 126 do CPP). No entanto, trata-se prova inominada, por a ela não se referir o CPP, que deve ser avaliada de acordo com o princípio da livre convicção probatória, sem dispensar fundamentação motivada, objectiva e racional”.⁶⁰

Por óbvio, o princípio da livre apreciação da prova não pode ser uma carta em branco para o tribunal decidir conforme o seu arbítrio. Tangenciando a questão é valoroso o ensinamento vazado no Acórdão do Tribunal Constitucional n. 1165/96 de relatoria de Monteiro Diniz:⁶¹

“O atual sistema da livre apreciação da prova não deve definir-se negativamente pela ausência das regras e critérios legais pré-determinantes do seu valor, havendo antes de se destacar o seu significado positivo. Acompanhando Figueiredo Dias, ob. loc. cit., dir-se-á que «o princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável — e, portanto, arbitrária — da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade (como já dissemos que a tem toda a discricionariedade jurídica) os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever — o dever de perseguir a chamada ‘verdade material’ —, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral, suscetível de motivação e de controlo (possa embora a lei renunciar à motivação e ao controlo efetivos)». A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Há de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão. (Cfr. sobre esta matéria, para além dos autores já citados, Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, ii, 1993, pp. 107 e segs.; Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, ii, 1986, pp. 257 e segs., e J. Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, vol. iv, Coimbra, 1981, pp. 566 e segs.)”.

⁶⁰ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 22 de janeiro de 2011. **Proc. 184/11.2GCM/TJ.L1.S1**. Relator Armindo Monteiro.

⁶¹ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão do n. 1165/96 de 19 de novembro de 1996**. Relator: Monteiro Diniz.

Ganha relevo, no ponto, o dever de fundamentação, uma vez que é aí que se poderá verificar a linearidade da apreciação do conjunto probatório por parte do juiz, que deverá explicar de forma pormenorizada o caminho que o levou a determinada decisão, o caminho que o levou a dar determinado fato como provado, mas não só, deverá ainda explicar por que, por exemplo, deu mais relevo a uma determinada prova em detrimento da outra, isto tudo a luz de regras da experiência, da lógica e da razão. De se ressaltar que esta exigência será maior quando se tratar de prova indiciária, uma vez que incumbirá ao juiz explicar por meio da lógica indutiva a ligação do indício ao fato provado.

Admitida a utilização da prova indiciária para condenação, que como já dito pressupõe um juízo de inferência lógico indutiva para ir de um fato conhecido ao desconhecido, o questionamento que surge é se quando esta for fundamental para a condenação, a admissão e valoração desta prova implicará violação de princípios e garantias fundamentais do processo penal, de que é exemplo a presunção de inocência, em outras palavras, é possível condenar o arguido com base em prova indiciária sem que se viole o princípio da presunção de inocência previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, é a pergunta que se pretende enfrentar no próximo capítulo.

2 Garantias processuais e atividade probatória

Quando se pensa num modelo epistemológico de processo penal, de logo apresentam-se três questões para serem enfrentadas. A primeira diz com a finalidade do processo penal, a segunda relaciona-se com as garantias que conformam o processo penal e os seus reflexos na epistemologia e, por último, como os fatos ingressam no processo penal. Não é escopo deste trabalho apresentar respostas definitivas a estes questionamentos, mas apenas tangenciá-los naquilo que se relacionam com a atividade probatória e especificamente com a prova indiciária. Assim, no presente capítulo, pretende-se abordar a finalidade do processo penal como instrumento de legitimação do direito de punir estatal. Em seguida abordar, aspetos das garantias processuais e sua relação com a epistemologia, abordando em tópicos específicos as questões atinentes à presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Por último, abordar, de forma breve, a questão do objeto do processo.⁶²

2.1 O processo penal como instrumento de legitimação do direito de punir estatal

O processo penal português, assim como o brasileiro, têm ambos uma estrutura acusatória que visa, na medida do possível, colocar acusação e defesa em paridade de armas, além de buscar um certo esvaziamento dos poderes instrutórios do juiz.

Como ensina Paulo Rangel, “O papel do Estado no processo penal e o escopo primordial da função jurisdicional, como função comprometida com o Estado Democrático de Direito, isto é, como meio de efetivação das garantias constitucionais, é a segurança do cidadão de que, uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do próprio Estado”.⁶³

Assim, pode-se afirmar que um dos escopos do processo penal é legitimar o direito de punir estatal, e, nesse sentido, o processo penal consubstancia um instrumento de realização do projeto democrático na medida em que, ao regular a coordenação entre o direito de punir estatal e o indivíduo, deve visar a máxima eficácia dos direitos fundamentais tanto que para Germano Marques da Silva o “processo só existe para garantia dos direitos fundamentais do suspeito/arguido”.⁶⁴

⁶² BADARÓ, Epistemologia judiciária e prova penal, p. 17.

⁶³ RANGEL, Paulo – A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia, p. 1.

⁶⁴ SILVA, Germano Marques da – Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos processuais: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo, p. 19.

O moderno processo penal visa tutelar a pessoa e limitar o poder estatal, tanto que segundo Ferrajoli “os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal com o objetivo de assegurar, comparado com outros modelos de direito penal historicamente concebíveis e que já existiram, o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do julgamento e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra o arbítrio”.⁶⁵

Nessa esteira, o professor Manuel Monteiro Guedes Valente ensina que “o processo penal é, por excelência, o Direito dos inocentes. Este axioma importa limites inultrapassáveis, dentre os quais destacamos desde já o mais premente a inadmissibilidade de prosseguir a justiça criminal a qualquer e todo custo”.⁶⁶

Nesse quadro, o respeito ao devido processo legal é uma condição que, se não chega a ser suficiente, é necessária para se alcançar uma decisão justa, de modo que uma decisão que respeite as garantias fundamentais pode até, eventualmente, não ser justa, mas terá, sempre e sempre, a nota da injustiça quando for confeccionada num ambiente processual que desrespeita as mencionadas garantias, e, por óbvio, uma decisão injusta carece de legitimidade.

Para que se tenha uma decisão justa é necessário que ela seja gestada a partir de um correto juízo de fato, uma acertada interpretação das normas jurídicas, além da estrita observância de um procedimento em contraditório válido.

No que concerne ao juízo de fato, especificamente ao tratamento da prova indiciária, importa desenvolver um adequado modelo epistémico para produção e valoração da prova indiciária no processo penal, um modelo epistémico que estruture a valoração probatória a partir de modelos racionais a fim de que se obtenha o máximo rendimento epistémico na busca da verdade. Por outro lado, como já afirmado pelo jurista e professor Manuel Monteiro Guedes Valente linhas acima, esse chamado máximo rendimento epistémico não pode se dar a qualquer custo, é preciso que se alcance esse máximo rendimento epistémico sem descurar, porém, da observância das garantias processuais dentro de um procedimento que se desenvolva sem anomalias, ou seja, um procedimento que se desenvolva dentro das regras democráticas do jogo.

Todo esse mecanismo processual visa permitir a verificação se os fatos que dão suporte à imputação penal, isto é, a atribuição de um fato criminoso a determinada pessoa, ocorreu ou não. Em caso de comprovação, a consequência será a aplicação de uma norma penal com a sua respectiva sanção ao autor do fato criminoso. De outro lado, quando os fatos não se confirmarem

⁶⁵ FERRAJOLI. Luigi *apud* BADARÓ, **Epistemologia judiciária e prova penal**, p. 18.

⁶⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**, p. 17-18.

em juízo, ou mesmo em caso de dúvida, a consequência será a necessária absolvição do acusado.

Isto é assim porque o juiz precisa decidir, porquanto o processo nasce da dúvida e o acerto dos fatos deve ser a sua necessária conclusão, sabendo é claro que a certeza, do ponto de vista racional, jamais será alcançada, já que a reconstrução dos fatos no âmbito do processo somente se resolve no campo da probabilidade e não da certeza. Em face do *non liquet*, é preciso decidir, mas mais que isso, é preciso decidir com justiça, de modo que se torna extremamente relevante que se observe essas três vertentes da decisão justa, ou seja, uma adequada epistemologia dos fatos, uma correta interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso além do fato de que estas atividades devem, necessariamente, se desenvolver dentro de um mecanismo procedimental que respeite o devido processo legal.⁶⁷

A epistemologia como foco na verdade é relevante método para que se alcance uma decisão que, ao menos, seja tendencialmente justa. A busca da verdade se torna assim uma das condições necessárias para o justo acerto dos fatos para uma justa e correta decisão, assim como a correta interpretação do arcabouço jurídico, mas isto só não basta, toda essa atividade, seja a epistêmica, seja hermenêutica, tem que se dar num ambiente que dê concretude e eficácia às garantias processuais asseguradas em diversos diplomas constitucionais e convencionais. Esse ambiente é o processo, que como ambiente cognitivo também regulará os limites legais e constitucionais tanto na admissão quanto na valoração probatória, o que vez ou outra limitará o conhecimento da verdade.

2.2 Garantias processuais e sua relação com a epistemologia

Como já dito, o processo penal é mecanismo de legitimação do direito de punir estatal, pois é por intermédio dele é que se desenvolve a verificação dos fatos, que se provados, importarão em reconhecimento da imputação penal atribuída ao arguido. Já se afirmou também linhas acima que o acerto desses fatos não pode ser feito de qualquer maneira, posto que ainda que se consiga reconstruir historicamente os fatos e a partir destes se consiga implementar uma correta hermenêutica do direito aplicável à espécie, se tais atividades forem feitas com desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do arguido o resultado, do ponto de vista constitucional, será injusto e, portanto, inválido.

⁶⁷ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 20-21.

Ao tratar da dimensão poliédrica da prova e das finalidades do processo penal, Manuel Monteiro Guedes Valente, com pena brilhante, escreve:⁶⁸

“Na dimensão natureza limite, redesenhamos o quadro limitativo da intervenção do sistema integral penal (...) e avocamos as finalidades do processo penal defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais pessoais de todos os cidadãos-indiciado/acusado, vítimas diretas e indiretas (” in casu”, a existirem são difusas ou indeterminadas) – e o restabelecimento da paz jurídica e social. Estas finalidades jamais se alcançam se não tivermos presentes o princípio da limitabilidade probatória dos Estados de direito democráticos, incrustado na arquitetura constitucional portuguesa e brasileira: artigo, 32.º, n.º 8 da CRP e inciso LVI do artigo, 5.º da CRFB. Essa dimensão natureza impõe que não se possam valorar provas que são obtidas ilicitamente ou que o seu processo procedimento de produção técnico-jurídica – v.g. cadeia de custódia da prova – se encontra viciado sob pena de não se assumir o Direito processual penal próprio de um Estado de direito material social democrático que assente, ab initio, na ideia central de que a realização da justiça tem limites e fronteiras inultrapassáveis sob pena de descritibilidade e de uma prevista e consequente deslegitimidade do poder de punir do Estado. O restabelecimento da paz jurídica não se afirma com a violação do “iter probandum” e do “thema” probandum e, se assim é ou fosse, muito menos se realizaria a justiça”.

Nesse passo, deve o processo penal fomentar uma atividade probatória consubstanciada numa racionalidade democrática e epistêmica. Epistêmica porque fundada na busca da verdade como um dos seus fins institucionais, ainda que considerados os limites inerentes ao conhecimento humano, e, por outro lado, democrática porquanto essa busca da verdade correspondente deve ser feita com a necessária observância dos princípios e garantias dos direitos fundamentais do arguido. Daí o grande desafio de se conformar o processo do ponto de vista epistemológico é encontrar o equilíbrio entre os valores epistemológicos e contra epistemológicos, estes últimos decorrentes dos limites probatórios impostos pelas garantias processuais que buscam equilibrar a busca da verdade com outros valores igualmente relevantes, tudo para um adequado funcionamento de um sistema de justiça criminal que se deseja democrático.

Feitas essas considerações sobre a necessária relação entre a epistemologia e as garantias processuais, far-se-á a partir dos próximos tópicos uma análise de como as garantias processuais, pelo menos aquelas que mais concretamente tem influência no desenvolvimento do processo e da fase de instrução, se comportam dentro de um modelo epistemológico que tem como fim institucional a busca da verdade. E dentro desse parâmetro, na esteira dos ensinamentos de Gustavo Badaró, as garantias processuais aqui estudadas serão classificadas a partir de um tríptico critério epistemológico em positivas, negativas e neutras.⁶⁹ Positivas,

⁶⁸ VALENTE, *Cadeia de custódia da prova*, p. 24-25.

⁶⁹ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 23.

sempre do ponto de vista epistemológico, seriam as garantias processuais que facilitariam a descoberta da verdade; neutras na medida em que nem facilitam, nem dificultam a descoberta da verdade; e, finalmente, as negativas, também denominadas antiepistêmicas na medida em que dificultam ou obstaculizam a descoberta da verdade.

2.2.1 Imparcialidade do juiz

Apesar da imparcialidade não ter assento expresso nem na Constituição portuguesa, nem na Constituição brasileira, ela é uma condição essencial do juiz e considerada um pressuposto de uma boa justiça e da liberdade. Justamente pelo fato de o processo ser um instrumento de heterocomposição do conflito é que o direito ao juiz imparcial e independente torna-se a melhor garantia para o cidadão contra o arbítrio estatal.

No Brasil, como já dito, embora não seja uma garantia constitucional explícita, tem sido considerada uma garantia constitucional implícita, uma vez que a imparcialidade judicial é conditio *sine qua non* para uma boa e justa atividade jurisdicional. Tanto que no âmbito de Tratados regionais e internacionais de direitos humanos há expressa menção à imparcialidade judicial entre as garantias processuais mínimas do arguido. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, prevê no “item” X que “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. No âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de dezembro de 1950, em seu artigo 6.1, ao garantir e tratar do processo equitativo, prevê que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (...)”.⁷⁰

Um dos aspetos relevantes para se analisar a imparcialidade do juiz é a questão dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que no Brasil doutrinadores como Gustavo Badaró defendem que quando o magistrado pratica atividade que é mais vinculada às partes acaba correndo um risco maior de macular a sua imparcialidade de modo que, para o referido autor, a ideia de um juiz protagonista na atividade probatória é incompatível com o processo acusatório de cariz constitucional e convencional. Assim, ao determinar a produção de uma

⁷⁰ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 24.

prova não requerida por nenhuma das partes, o magistrado estaria a vulnerar a imparcialidade, especialmente no processo penal porquanto, neste, a carga probatória é da acusação, de modo que nos casos em que persiste a dúvida, esta deveria ser resolvida em favor do arguido de modo que, quando o juiz determina a produção de uma prova de ofício, o que se busca em verdade é afastar a dúvida e, por consequência, condenar o arguido o que, na visão do mencionado autor, violaria a necessária imparcialidade do julgador.⁷¹

Ocorre que um sistema em que se espera um juiz mais passivo do ponto de vista probatório não se mostra adequado do ponto de vista epistemológico, até porque para alcance da verdade, quanto maior o material probatório, tanto melhor para o deslinde do feito. Lado outro, a imparcialidade do julgador também é um elemento necessário para um adequado desate epistémico do processo e, por vezes, o envolvimento excessivo julgador na atividade probatória pode comprometê-lo psicologicamente com uma das teses, fazendo com que busque elementos para referendar a sua pré-concepção a respeito do fato, o que violaria a imparcialidade.

Nesse passo, é preciso encontrar um meio-termo entre o juiz absolutamente passivo e aquele que possui poderes instrutórios absolutos e ilimitados, visando o enriquecimento do material probatório pelo juiz, sem violação da necessária imparcialidade.

Parte da doutrina italiana defende a incompatibilidade dos poderes instrutórios do juiz com o modelo acusatório do processo penal.⁷² No Brasil importante mencionar a posição intermediária de Geraldo Prado que assim leciona: “entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele que pertinente à iniciativa judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme as teses esposadas pela defesa”.⁷³

Fato é que os diversos sistemas processuais concretos conferem em maior ou menor medida poderes instrutórios ao juiz, sendo raro aqueles sistemas em que a produção da prova fique a cargo exclusivamente das partes.

Note-se que em Portugal vigora o princípio da investigação, com consagração expressa no artigo 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal português, nos termos do qual “o tribunal

⁷¹ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 25.

⁷² LOMBARDO, Luigi Geovani *apud* BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 26.

⁷³ PRADO, Geraldo – *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 158-159.

ordena oficiosamente a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.⁷⁴

O princípio da investigação consubstancia-se no dever imposto ao tribunal de buscar o acerto dos fatos com iniciativa probatória, independentemente das contribuições da acusação e da defesa, criando, assim, os fundamentos necessários para sua decisão.⁷⁵

Como se pode concluir, podemos ter modelos de processo penal que vão transitar de um modelo mais absolutista da gestão da prova relativamente ao juiz, até um modelo em que as partes é que privativamente conformarão o conjunto probatório sem interferência judicial. Fato é que na ausência de modelos puros, seja para um lado ou para outro, é na latitude do princípio da investigação dentro de um modelo acusatório é que identificar-se-á qual o grau de confiança na responsabilidade e poderes judiciais. Em Portugal, aparentemente, o grau de confiança na virtude ou integridade da consciência judicial parece ser maior que no Brasil. Não é outro o ensinamento de Paulo Dá Mesquita: “O modelo processual subjacente ao código português tem pressuposto esse otimismo sobre a imunidade judicial à sua atividade indagatória oficiosa, e carregou, como marca programática, a inabalável convicção de FIGUEIREDO DIAS de que a estrutura acusatória deve ser integrada por um princípio de investigação tão lato quanto seja possível”.⁷⁶

Assim, o problema percebido por Gustavo Badaró em relação aos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro, não se apresenta para Germano Marques da Silva quando avalia os efeitos do princípio da investigação no processo penal português, veja-se:⁷⁷

“O princípio da investigação significa que, em última instância, recai sobre o juiz o encargo de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento. Como ensina o Prof. Figueiredo Dias, o princípio da investigação não se opõe a uma estrutura basicamente acusatória do processo, pois que não impede ou limita a atividade probatória do Ministério Público, do assistente ou do arguido e o seu total aproveitamento pelo tribunal. Só significa que – ao contrário do que sucede com o princípio da discussão – a atividade investigante do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes. O princípio da investigação está claramente consagrado no n.º 1 do art. 340 que dispõe que o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo reconhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. (...) Entendemos, porém, que o juiz não deve substituir-se à acusação e/ou defesa. Desde logo está-lhe vedado configurar hipóteses de facto

⁷⁴ CÓDIGO De Processo Penal Português [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo;d=199A0340nid=199tabela=leispagina=1ficha=1so_mio=1nversao=.

⁷⁵ SILVA, **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos processuais: responsabilidade civil conexas com a criminal: objeto do processo**, p. 91.

⁷⁶ MESQUITA, Paulo Dá – **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**, p. 249.

⁷⁷ SILVA, **Op. Cit.** p. 157-160.

diversas do objeto delimitado pela acusação e pela defesa se essa nova hipótese representar uma alteração substancial da acusação, e no que se refere aos meios de prova a sua intervenção, nomeadamente no interrogatório das testemunhas, deve limitar-se ao esclarecimento pleno da prova aduzida pela acusação e pela defesa, sem prejuízo do poder/dever de ordenar todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. (art. 340)”.

A compatibilização desse modelo com o sistema acusatório talvez esteja no melhor esclarecimento terminológico, na melhor distinção entre a busca de fontes de prova, atividade investigativa em sentido estrito, e a mera introdução em juízo de provas cuja existência já se tenha conhecimento, atividade instrutória propriamente dita. O risco para imparcialidade estaria na busca incessante de fontes de prova por parte do julgador que com essa conduta transmudar-se-ia em investigador com sérios danos ao modelo acusatório de processo penal. Por outra parte, instruir é diferente de investigar. Trazer para o processo, por intermédio da produção, uma determinada fonte de prova que se teve notícia não vulnera a imparcialidade porque aí o juiz não está comprometido com uma determinada hipótese prévia por ele formulada, nesse caso, está a ampliar a base probatória de forma legítima e, nessa altura o princípio da investigação se mostra compatível com um modelo de processo cujo objeto está previamente definido, ou seja, um método epistémico que tem como pressuposto ético-jurídico o fim, a verdade e a punição apenas dos culpados.⁷⁸

2.2.2 O contraditório e o direito à prova

O contraditório, mais do que uma garantia processual, tem sido entendido como integrante do próprio conceito de processo. Esse entendimento decorre da teoria processual desenvolvida por Enzo Fazzalari e demonstra a preocupação com uma compreensão garantista do processo cuja legitimidade do provimento final ali gestado depende da efetiva participação das partes.⁷⁹

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por Manuel Monteiro Guedes Valente, o princípio do contraditório ao ser consagrado constitucionalmente significa que: a) o juiz tem o dever de ouvir as razões das partes antes de tomar decisões que lhes afetem; b) todas as partes têm o direito de audiência de modo que se lhes garanta o direito de poder influir de modo efetivo no desenvolvimento do processo; c) o arguido, em particular, para quem este direito é uma garantia de defesa contra o arbítrio estatal, tem direito de intervir no processo mormente para contraditar de forma efetiva e segundo o seu plano de defesa, os testemunhos e

⁷⁸ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 29.

⁷⁹ Idem – *Op. Cit.* p. 36-37.

outros elementos de prova amealhados nos autos, o que impõe o direito de falar por último no processo.⁸⁰

É exigência perentória do contraditório que uma decisão não possa ser emanada com base em elemento de prova que não tenha sido previamente apresentado e, mais do que isso, discutido no âmbito do procedimento. O princípio do contraditório consubstancia garantia tão essencial para o estatuto processual do arguido que o Supremo Tribunal Federal brasileiro editou a Súmula vinculante número 14⁸¹ onde prescreve que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Aqui o contraditório é diferido e não suprimido, porquanto é lógico que nessa fase investigatória em que se amealha elementos que comporão o *thema probandum* é justo afastar o acusado do procedimento investigatório porque é da natureza humana o ímpeto de destruir as provas, modificá-las e até agir negativamente sobre eventuais testemunhas, de modo a dificultar o conhecimento humano sobre o fenómeno psicofísico investigado. Todavia, uma vez encerrada essa fase inicial, o arguido deve ter acesso integral aos autos para melhor avaliar a sua estratégia defensiva.⁸²

Com a necessidade de se construir uma decisão coerciva no âmbito do processo para tornar legítima a pretensão punitiva estatal, o contraditório, como princípio informador e legitimante desse procedimento, passa, para além de consubstanciar princípio essencial desse processo, a compreender duas vertentes: é garantia de defesa do ponto da racionalidade democrática, e, ao mesmo tempo, meio efetivo de construção da verdade judicial, o que conforma a racionalidade epistêmica do processo.

Nesse ponto, inegável a função heurística do contraditório porque permite que o instrumento processual funcione privilegiando a sua função institucional de busca da verdade, de modo que a indispensabilidade do contraditório para a epistemologia judiciária não passou despercebida por Calamandrei quando dizia que o contraditório era indispensável “não para exacerbar as discussões das partes ou para dar vazão à eloquência dos advogados, mas no interesse da justiça e do juiz, que precisamente na oposição dialética das defesas opostas encontra sem dificuldade o melhor meio para ver diante de si, iluminado sob os mais diversos perfis, toda a verdade”.⁸³

⁸⁰ CANOTILHO e VITAL MOREIRA *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**, p. 124.

⁸¹ Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>.

⁸² VALENTE, **Op. cit.** p. 129.

⁸³ CALAMANDREI, Pietro *apud* BADARÓ, **Epistemologia judiciária e prova penal**, p. 38.

Assim, do ponto de vista heurístico, o contraditório é uma garantia epistemológica importante porquanto permite e estimula a ampliação dos limites do conhecimento do magistrado sobre os fatos em julgamento, o que redundará num aprimoramento da decisão e na diminuição de erros de julgamento.

Nesse passo, falar de contraditório é necessariamente falar de direito probatório, porquanto a atividade probatória é essencial para a tutela dos direitos pleiteados pelas partes, é a atividade probatória que permite a reconstrução fática que dará suporte ou à acusação, ou à defesa do réu. A questão relevante aqui é definir se a atividade probatória num processo penal de matiz acusatória deve ser prioritariamente exercida pela acusação e pela defesa, ou se cabe ao juiz o protagonismo em matéria de prova?

O direito à prova é o ónus que as partes têm de participar ativamente na construção do conjunto probatório, seja propondo a admissão da prova, seja participando da sua produção. Num processo de modelo acusatório puro essa atividade é privativa das partes, de outra banda, num modelo inquisitório puro de processo referida atividade encontra-se na mão do órgão julgador. Não é segredo também que quanto maior a disponibilidade de gestão da prova pelas partes mais se caminha de um processo de característica autoritária para um de característica acusatória. Essa afirmação fica clara quando se analisa o direito processual penal italiano que migrou de um processo penal marcadamente inquisitório, que tinha como nota característica a centralidade do juiz na gestão da prova (art. 299 do Código de Procedura Penale de 1930), para um processo de viés fortemente acusatório em que se estabeleceu o protagonismo probatório das partes processuais, (artigo 190 do Codice de Procedura Penal de 1988).⁸⁴

O direito à prova constitui-se então em aspeto fundamental do contraditório porque é por intermédio dele que se dá concretude tanto ao direito de ação quanto ao direito de defesa, constituindo-se em potente fonte cognitiva para o julgador.

No Brasil predomina o entendimento de que o direito à prova, embora não conste explicitamente do Texto Constitucional, tem natureza constitucional porque é um aspeto insuprimível do direito de defesa, sendo o que artigo, 5.º, LV da Constituição Federal brasileira assegura “aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No sistema processual anglo-americano o direito à prova decorre da própria natureza adversarial do processo, cuja iniciativa probatória é prioritária das partes e reconhecida pelo direito fundamental de ser ouvida, apresentar provas e interrogar as testemunhas.⁸⁵ Em Portugal,

⁸⁴ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 41.

⁸⁵ Idem – *Op. Cit.* p. 42.

Germano Marques da Silva ensina que: “Num processo de tipo acusatório puro a apresentação da prova pertence exclusivamente às partes e num processo de tipo inquisitório ela pertence principalmente ao tribunal. No processo de estrutura acusatória integrado pelo princípio da investigação, como é o nosso, o dever do tribunal de recorrer a outros meios de prova além dos apresentados pelos outros sujeitos processuais pressupõe que este têm o direito de apresentar e produzir a prova das suas alegações de facto, nos termos já antes analisados”.⁸⁶

Como decorrência do contraditório, o direito à prova se concretiza por intermédio da ciência e da participação efetiva, é dizer, esta participação efetiva consubstancia um verdadeiro direito subjetivo de introduzir material probatório no processo, participar da produção probatória e sindicar a prova trazida pela parte contrária ou aquela introduzida supletivamente pelo juiz, visando influir de forma positiva na confecção do provimento final do processo.

2.2.3 O princípio da inocência

O princípio da presunção de inocência encontra previsão no artigo 32º, n. 2 da Constituição da República Portuguesa, que prescreve: “todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Referido princípio também encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, assim como no Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, de 1976, que prescreve em seu artigo 14.º, n. 2: “qualquer pessoa acusada de infração é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. Há também previsão na Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950, onde se lê no artigo 6.º, n. 02 que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. É um princípio que visa romper com o princípio inquisitório que tratava o acusado não como sujeito, mas como objeto do processo, inclusive imputando-lhe o ônus probatório.⁸⁷

A presunção de inocência compõe o estatuto processual do arguido, integrando o devido processo penal e sendo uma garantia estrutural e sistemática do modelo acusatório de processo. É uma condição necessária para a legitimação do procedimento em contraditório porque substancialmente considera o arguido como sujeito processual e não um mero objeto de prova.

⁸⁶ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 164.

⁸⁷ VALENTE, **Processo penal**, p. 160.

Nos ensinamentos de Rui Patrício: “o imputado não é um objeto, mas sim um sujeito, um sujeito que mantém a sua dignidade, que deve poder defender-se com todas as garantias, onde avultam o direito à informação, a igualdade de armas e o contraditório, que tem direito à estratégia, que não pode ser usado como objeto de prova, que deve ser investigado e imputado com equidade e ‘fairness’, que deve conhecer decisões devidamente fundamentadas, *et cetera*. E que, por sobretudo, tem de ser presumido, em todas as esferas, como aquilo que verdadeiramente é até que o processo, cumpridas todas as suas estações, conclua e prove que ele é culpado”.⁸⁸

Esse direito de ser presumido inocente se projeta, no âmbito de um processo penal constitucional, em dois planos, a saber: o primeiro consubstancia o direito de o arguido receber tratamento e consideração de inocente enquanto a sua culpa não for constitucionalmente provada, é por isso que se diz, por exemplo, que a prisão preventiva, em hipótese alguma, pode ser imposta ao arguido como antecipação de pena, tal medida cautelar extrema só encontra justificação constitucional dentro dos limites rigorosos da necessidade concreta de se preservar a efetividade daquele específico processo, daí o carácter de excecionalidade da cautelar extrema. Mas não é só, a presunção de inocência também se projeta no campo probatório porque como sujeito de direito presumidamente inocente deve-se assegurar ao arguido todos os recursos inerentes a uma boa e ampla defesa, entre os quais o relevante e constitucional direito de produzir provas aptas a demonstrar a sua versão nos autos, até porque eventual decisão condenatória só encontra legitimidade após uma adequada e suficiente atividade probatória, já que um processo penal constitucional veda a condenação sem provas.⁸⁹

Embora alguns doutrinadores como Betiol limitem a atuação da presunção de inocência à matéria probatória, cabe mencionar que, para além da questão probatória, referido princípio estabelece, em verdade, implicações sobre todo o processo penal impondo que todos os demais sujeitos processuais reconheçam e respeitem o estatuto processual do arguido pela qual ele deve receber tratamento e consideração de alguém que é considerado inocente, de modo a tornar ilegítima qualquer coação que traduza antecipação de pena.⁹⁰

A esse respeito cumpre citar, pela clareza, as palavras do professor Rui Patrício:

“Com isto queremos dizer que, no curso de um processo penal, o arguido está mergulhado num estado de dúvida, no que concerne a sua responsabilidade pelos factos subjudice, sendo certo que o processo se destina a resolver esse estado de dúvida, num sentido ou em outro, e determina a contenção, a suspensão e a negação dos direitos do arguido, por

⁸⁸ PATRÍCIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal – alguns problemas**, p. 10.

⁸⁹ SILVA, **Curso de processo penal**, p. 152.

⁹⁰ PATRÍCIO, **Op. Cit.** p. 44.

comparação com os cidadãos não arguidos, em ordem a permitir a realização do processo e, assim, a dissipação do referido estado de dúvida. Ora, numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia, a presunção de inocência do arguido em processo penal terá também por função impor que a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido (seja dentro do processo, seja fora dele) sejam o mais limitadas possível (quantitativa e qualitativamente) e que assumam um carácter transitório e reversível, de modo a assegurar que, uma vez alcançada uma decisão no sentido da inocência do arguido, aquelas contenção, suspensão e negação sofridas pelo arguido ao longo do processo se possam considerar suportáveis”.⁹¹

Dada a precariedade da justiça humana, o sofrimento ocorre não só para os condenados, mas também para as pessoas que terão que ser processadas para saberem se serão condenadas ou absolvidas. Daí a importância da presunção de inocência como regra de tratamento porque quaisquer limitações de direito imposta ao arguido, que depois se provou inocente, será uma limitação imerecida e inadmissível.

Outra questão que se relaciona com a presunção de inocência é a relativa à celeridade processual, é dizer, o processo deve ser resolvido em prazo razoável, até porque as limitações de direito que eventualmente sofre o arguido devem durar o menos possível, de modo que o julgamento deve dar-se no menor espaço de tempo possível observadas, por óbvio, as necessárias garantias da defesa.

Como ensina Manuel Monteiro Guedes Valente: “A morosidade processual, como acarretamento de restrições ilegítimas dos direitos do arguido, é um fardo penoso que destrói o conteúdo essencial e útil do princípio da presunção de inocência, esvaziando-o de todo o seu sentido, funcionando como um obstáculo à realização material do princípio constitucional de que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa (art. 32º, n. 1 da CRP)”.⁹²

Um aspeto interessante sobre o princípio da presunção de inocência é divisar se o fundamento da sua natureza presuntiva é epistemológico ou axiológico. Frise-se, por óbvio, que não se trata de presunção absoluta porque se assim fosse estaria inviabilizada toda e qualquer condenação criminal porque os inocentes devem ser sempre absolvidos.

Poder-se-ia sustentar que a base da presunção de inocência é epistemológica porquanto as pessoas, de regra, são inocentes, de forma que a mencionada presunção teria fundamento no que ordinariamente acontece, daí a base epistemológica. Todavia, o raciocínio é equivocado porque o erro está na indevida adoção da classe de referência.

Quem sustenta a base epistemológica da presunção de inocência parte de uma conclusão indutiva baseada na repetição de acontecimentos semelhantes: os indivíduos A, B, C, D, E... Z são homens e são inocentes, logo homens são provavelmente inocentes. Essa

⁹¹ PATRICIO, **A presunção de inocência no julgamento em processo penal – alguns problemas**, p. 46.

⁹² VALENTE, **Processo penal**, p. 172.

conclusão é usada como premissa de um novo argumento que se revelará falacioso, veja-se: homens provavelmente são inocentes, o acusado é homem; logo, acusados são provavelmente inocentes. O argumento é falacioso porque embora seja verdade que a maioria dos homens seja inocente, há um específico conjunto de homens (homens acusados de crimes) em que mencionado argumento não se revela verdadeiro do ponto de vista epistemológico, ao menos quando se considera em termos percentuais. Assim, ao adotar uma específica e mais adequada classe de referência (homens acusados de crimes), o argumento de que homens são provavelmente inocentes torna-se falho, contaminando o argumento seguinte que vai passar a ter por fundamento uma premissa equivocada. Daí se conclui que a presunção de inocência não encontra fundamento no que ordinariamente acontece, mas sim numa escolha axiológica, um juízo político feito com critérios de melhor e pior, por isso é que mencionado princípio tem grande repercussão no campo probatório. A escolha axiológica do princípio da presunção de inocência visa estabelecer uma regra de ónus da prova, é dizer, a inocência do acusado só pode ser superada por prova consistente em contrário. Por isso é que um dos seus principais aspetos repercute na questão probatória.⁹³

Nessa linha nos ensina Rui Patrício: “Se levarmos em conta que, historicamente, o princípio da presunção da inocência do arguido surgiu num contexto – o da Revolução Francesa – de procura de instrumentos jurídicos que limitassem o exercício do jus puniendi do Estado, de modo a pôr cobro aos abusos anteriores, próprios de um processo de natureza inquisitória, facilmente se compreenderá que a primeira incidência do princípio da presunção da inocência do arguido se situe na matéria da prova”.⁹⁴

A estruturação de um processo penal sobre as bases da presunção de inocência implica consequências importantes para o estatuto processual do arguido na medida em que a ele não cabe provar a sua inocência, ou seja, sem um conjunto probatório consistente o caminho natural é a absolvição por aplicação do *in dubio pro reo*, corolário do princípio da presunção de inocência, mas não é só, há também, a impossibilidade de objetificação do arguido para fins probatórios.

Como o arguido é inocente do ponto de vista axiológico, é dizer, por escolha política, cabe a acusação fazer a prova da culpa do réu, estando o arguido isento do ónus de provar a sua inocência. Assim, no processo penal, o que reclama prova é a culpa do arguido, que deve ser demonstrada, dentro dos limites probatórios, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal em razão

⁹³ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 348.

⁹⁴ PATRÍCIO, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal – alguns problemas*, p. 38-39.

do princípio da investigação. Em suma, não cabe à Defesa a responsabilidade de provar a inocência do arguido.

A afirmação acima, todavia, comporta algumas observações importantes. A primeira consiste no fato de que embora o arguido deva ser considerado inocente durante o trâmite processual, é do seu interesse contradizer a prova trazida aos autos, seja pelo Ministério Público, seja pelo Tribunal. Assim, a prova da acusação, toda ela, deve ser apresentada ao arguido, mas não só, tem o Ministério Público o dever de apresentar inclusive as provas que lhe são desfavoráveis, porquanto a ação penal deve ser manejada com observância do princípio da legalidade. A segunda observação é que no processo penal português, a incapacidade de provar a culpa do arguido por parte do Ministério Público conjugada com o princípio da inocência nem sempre vão levar a absolvição do réu em razão do vigente princípio da investigação, pois o Tribunal pode suprir a incapacidade de investigação por parte do Ministério Público. Uma terceira observação implica reconhecer que, como já se disse, o arguido não é, em decorrência da presunção da inocência, um mero objeto de prova, mas sim uma parte que age em contraditório contra o órgão acusador, inclusive com a necessária paridade de armas. Daí decorre que o aproveitamento do arguido como objeto de prova no processo penal depende da sua exclusiva vontade, não sendo obrigado, em nenhuma hipótese, a colaborar com o Tribunal em matéria de prova.⁹⁵

Importa frisar, todavia, que o princípio da inocência não possui caráter absoluto, até porque, se assim fosse, não seria possível qualquer tipo de investigação contra qualquer pessoa, o que fatalmente deixaria a descoberto outros direitos igualmente fundamentais como vida, honra e segurança dos demais cidadãos. Daí a necessidade de se buscar o necessário equilíbrio entre os fins do processo penal e a observância das necessárias garantias individuais, de modo que eventuais limitações a estas garantias somente podem se justificar diante de um adequado e consistente juízo de razoabilidade. A jurisprudência tem sido firme em afirmar que o princípio da presunção de inocência não se reveste do caráter de princípio absoluto, podendo ceder passo em situações específicas e ante um adequado juízo de proporcionalidade. Veja que o próprio TEDH tem, sem embargo de afirmar a importância do princípio da presunção de inocência, em vários precedentes, discutido, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus da prova, invocando o sistema anglo-saxão e levando em conta determinadas peculiaridades probatórias.⁹⁶

⁹⁵ PATRICIO, **A presunção de inocência no julgamento em processo penal – alguns problemas**, p. 42-44.

⁹⁶ GOMES, Márcio Schlee – **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 191.

Outro ponto interessante em matéria probatória e o alcance do princípio da presunção de inocência é saber se a prova unicamente indiciária tem força suficiente para transpor o mencionado princípio e, se em caso positivo, qual a força suficiente para justificar a confirmação de uma hipótese, gerando o convencimento necessário para superação da presunção de inocência.

2.2.4 O princípio do *in dubio pro reo*

Vimos no tópico anterior, como a presunção de inocência consubstancia também um princípio de prova não só no sentido de que a prova da culpa compete a quem acusa como também no sentido de que, em caso de dúvida fática, esta deve ser favorável ao arguido. Assim, a questão do ônus da prova não tem relevância no processo penal porquanto há regra de julgamento que determina que em caso de dúvida está se resolve a partir da presunção de inocência, mais especificamente por intermédio do seu corolário, o princípio do *in dubio pro reo*. O princípio do *in dubio pro reo* constitui uma regra de julgamento de fundamental importância no processo penal porque impõe que em caso de persistência da dúvida em relação aos fatos criminosos, deve a decisão ser favorável ao acusado. Releva notar que mencionado princípio alcança inclusive as causas justificantes e exculpantes, ou seja, a dúvida em relação a, por exemplo, presença ou não da legítima defesa também deve levar à absolvição do réu.

O *in dubio pro reo* consubstancia regra basilar que visa evitar a condenação de inocentes. Atua somente no campo das questões fáticas uma vez que as questões jurídicas são dirimidas por outras regras de hermenêutica jurídica. Por importante, cumpre divisar a presunção de inocência do *in dubio pro reo*. Este é uma regra de julgamento e, portanto, interfere no momento específico da decisão, na análise do conjunto probatório, já a presunção de inocência desenha a persecução penal desde a fase investigatória até o julgamento e vincula todos os poderes públicos.⁹⁷

Uma questão importante sobre o *in dubio pro reo* é que o julgador deve ter muita cautela na sua aplicação, examinando o conjunto probatório com muita acuidade e objetividade para então decidir pela condenação ou absolvição. Nesse sentido, deve-se ter o cuidado ou de não lavar as mãos tal como Pilatos, ou de não ver dúvida em tudo e acabar gerando uma condenação ou absolvição injusta porque, mormente em casos de alta complexidade probatória, sempre haverá uma versão contrária à acusação, o que demandará grande capacidade de

⁹⁷ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 193.

avaliação do julgador. A esse respeito cita-se o Acórdão n. 0315046 do Tribunal da Relação do Porto, de relatoria de Angelo Morais, julgado em 24/03/2004, em que se aborda a questão da dúvida no princípio *in dubio pro reo*: “a simples existência de versões díspares e até contraditórias sobre factos relevantes não implica que se aplique, sem mais, princípio *in dubio pro reo*. Tal princípio só deve ser aplicado quando os elementos probatórios não foram suficientes para o julgador formar convicção num sentido ou noutro”.⁹⁸

Assim, a livre apreciação da prova deve ser racional, porque baseada em provas, lógica e regras da experiência, e objetiva, é dizer, sem recorrer a subjetivismos, além é claro ser compreensível a todos que analisarem a decisão.⁹⁹

Um acervo probatório pode ser considerado firme e seguro, suficiente para superação do princípio do *in dubio pro reo* quando, após a sua valoração, que deve ser baseada em critérios racionais e objetivos, consegue afastar outras hipóteses defensivas conformando o conjunto probatório à acusação manejada pelo Ministério Público.

Com relação à prova indiciária, parte da doutrina, por considerá-la uma prova menor, defendia a impossibilidade de superação do ‘*standard*’ probatório necessário para a condenação. Ocorre que a partir do desenvolvimento da doutrina, sobretudo a anglo americana, passou-se a entender que a prova indiciária pode, sim, atingir um grau de suficiência probatória apta a sustentar um édito condenatório. Nesse passo, cresce em importância a necessidade de estudo aprofundado da prova indiciária visando desenvolver critérios para que objetivamente se estabeleça quando, em determinado caso concreto, a prova indiciária poderá ser considerada como apta a superar o “*standard*” probatório e, portanto, capaz de superar o estado de dúvida inicial do processo.

Nessa toada, embora se tratem de conceitos diversos, o princípio da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, o “*standard*” probatório e o ônus da prova procuram delimitar o funcionamento da atividade probatória visando preservar as garantias constitucionais do arguido, além de possibilitar e favorecer, que em caso de condenação, esta possa basear-se num acervo probatório antes de tudo legítimo.

Aliás, a clareza quanto a estes conceitos é fundamental para uma adequada análise dos requisitos e pressupostos da prova indiciária, sobretudo em casos de criminalidade complexa de que é exemplo o crime de branqueamento de capitais, crime no qual esse tipo de prova é de

⁹⁸ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 196.

⁹⁹ MATTA, Paulo Saragoça da – A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, p. 278.

extrema importância para superação da dúvida porquanto a obtenção de prova direta é quase sempre impossível.

2.2.5 Limitações probatórias

A prova indiciária, como qualquer outra prova, para ingressar no processo sofre limitações, até porque já se registrou aqui que o esclarecimento dos fatos no âmbito do processo penal não se faz a qualquer custo. Ou seja, além da observância dos princípios constitucionais que compõem o estatuto processual do arguido, a prova também tem que respeitar lindes decorrentes das limitações do direito de punir estatal, que, como se sabe, só se legitima quando o seu exercício respeita outros bens também caros à coletividade e ao indivíduo de que são exemplos a liberdade, a honra, a privacidade e a intimidade.

Veja que o artigo 32 da Constituição da República portuguesa é muito claro quando prescreve que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. A norma em questão não deixa margem a subterfúgios, conferindo a pecha da nulidade à prova que seja amealhada com a violação a quaisquer dos bens jurídicos que menciona. Nesse sentido esclarecedores os ensinamentos de Muñoz Conde: *“realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no sólo en cuanto implica de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado em um proceso penal, que constituyen un limite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito”*.¹⁰⁰

No processo penal português há previsão legislativa ordinária expressa sobre a admissibilidade e proibição das provas tanto no artigo 125.º quanto no artigo 126.º do Código de Processo Penal português. Assim, o exame das proibições da prova no direito português leva à conclusão de que essas limitações, em verdade, funcionam como um verdadeiro balizamento de padrão mínimo de funcionamento do poder estatal na persecução penal, tudo visando a preservação de direitos ligados à dignidade humana.

Veja que as proibições de prova tem natureza contra epistêmica porquanto prejudicam o conhecimento da verdade. Um processo que tivesse como guia um ideal puramente epistêmico

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco – **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo**, p. 18.

não poderia admitir qualquer limitação probatória porque estas retiram do conjunto probatório elementos colhidos com violação aos direitos fundamentais. Se o fim fosse só a descoberta da verdade, toda e qualquer prova deveria ser admitida desde que relevante.

Não cabe um maior aprofundamento sobre a questão, pois o objetivo aqui é apenas por em evidência que a prova indicaria se submete também a esses limites probatórios, além de funcionar também ela como um limitador da busca da verdade a qualquer custo, pois, quando bem trabalhada no âmbito do processo penal, do ponto da sua justificativa epistêmica e lógica, evita a busca desenfreada por provas diretas o que pode acabar por afrontar direitos constitucionais do arguido fato que pode contaminar todo o processo ensejando a sua nulidade, tornando ineficaz a persecução penal.

3 Lógica e tipos de inferência

A lógica tem por escopo analisar dentro de um argumento a relação entre as premissas e a conclusão. Note-se que não está dentro do campo de preocupações da lógica a aferição da verdade ou falsidade das premissas. O objetivo primordial da lógica é emprestar um caráter racional para a atividade inferencial, daí a sua importância na atividade de valoração da prova. Essa racionalização da atividade probatória se mostra importante porque permite o seu controle intersubjetivo. O estudo dos métodos lógicos possibilita e viabiliza um controle sobre o raciocínio probatório do ponto de vista da coerência e validade.

Não é objetivo deste trabalho desenvolver um profundo estudo sobre as modalidades de raciocínios lógicos. O objetivo aqui é apenas por em relevo as características principais e fundamentais dos principais métodos lógicos, tendo por foco principal indicar elementos para auxiliar na questão da valoração da prova indiciária, inclusive para verificar e abordar a polêmica sobre qual o melhor tipo de inferência desenvolvido pelo juiz no raciocínio probatório.

Nas palavras de Márcio Schlee Gomes, “A prova indiciária é uma prova que parte de um fato conhecido para que, mediante um raciocínio lógico, por inferência, se tenham elementos para a demonstração de um outro fato, desconhecido, mas que se busca apontar”.¹⁰¹

Do ponto de vista epistemológico a relação probatória é vista como uma relação entre crenças, uma vez que a prova é uma crença que dá suporte a outra crença que consubstancia uma crença em determinada proposição, já pelo viés lógico a relação probatória é uma relação entre proposições sob a forma de argumento.

Já se mencionou neste trabalho que a prova é relacional, o conceito de evidência se relaciona com a questão da justificação que é uma das três condições para a aquisição do conhecimento, uma vez que segundo a teoria da CVJ conhecimento é uma crença verdadeira justificada (*justified true belief*, na língua inglesa). Ou seja, para que alguém saiba algo é preciso que está pessoa acredite nesse algo, que esse algo seja verdadeiro e que a pessoa esteja suficientemente justificada para crer nesse algo, por exemplo, eu sei que há um gato sobre a mesa, se a) é verdade que o gato está sobre a mesa; b) eu acredito que o gato está sobre a mesa; c) eu estou adequadamente justificado para acreditar que o gato está sobre a mesa. Assim, evidência, é o nome dado a uma crença que embasa outra crença dentro de uma sequência de justificação. A minha crença de que o gato está sobre a mesa pode se fundar na crença de que o meu amigo disse que o gato está sobre a mesa. A crença no que o meu amigo disse embasa a

¹⁰¹ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 117.

minha crença de que o gato está sobre a mesa. Esta relação entre crenças, embasadoras e embasadas, é realizada por intermédio das inferências, ou seja, pelos raciocínios que podem ser dedutivos, indutivos ou abduativos.¹⁰²

Ou seja, é o conhecimento de fundo, *background*, junto com as inferências que conduzem o intérprete das crenças embasadoras (crença em proposições sobre o *factum probans* até as crenças embasadas (crenças em proposições sobre o *factum probandum*). Do ponto de vista lógico o que se vê são argumentos construídos a partir de proposições (evidências) que dão base a outras proposições que consistem na hipótese que se quer provar, via raciocínio inferencial. O que consistia em crença do ponto de vista epistemológico, constitui as premissas do ponto de vista lógico, já a crença embasada transmuda-se em conclusão.¹⁰³

O processo desenvolve-se tendo por mote um debate de hipóteses. A acusação formula a sua hipótese que por sua vez é contraposta pela Defesa. As hipóteses vão dizer respeito não só a fatos principais, mas também a fatos secundários que necessitam ser provados. Dentro desse caldo argumentativo é que vai se desenvolver o juízo probatório do magistrado que, como lembra Lowe-Rosemberg, é um juízo de probabilidades.¹⁰⁴

O julgamento baseado em grau de probabilidades se mostra como o melhor caminho para se alcançar a verdade dentro do processo penal de modo a se atingir a necessária certeza para o decreto condenatório. A discussão gira em torno então da reconstrução fática, ou seja, discutem-se os fatos, confirma-os ou não e, por fim, toma-se uma decisão para sufragar a hipótese mais adequada à realidade. Esse debate ganha ainda mais relevo quando o conjunto probatório não consegue amearhar um conjunto de provas diretas, de que é exemplo a confissão do acusado ou o depoimento de uma testemunha presencial, caso em que a prova do fato delituoso se dará por intermédio de uma reconstrução dos fatos a partir de elementos probatórios que não dirão respeito diretamente a elementos integrantes do fato típico, mas trarão informações que indiretamente podem levar à conclusão da ocorrência do fato típico, por óbvio, a confirmação do fato típico nesses casos ocorre sob um prisma fortemente probabilístico.¹⁰⁵

Mesmo que se considere que no exame das provas diretas também se faz uso da lógica inferencial para se chegar a um determinado juízo de probabilidade, no âmbito da prova indiciária essa questão ganha mais relevo, até pelo preconceito que se tem de modo geral com relação à aptidão da prova indiciária para produzir um decreto condenatório.

¹⁰² DALLAGNOL, As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções, p. 19-21.

¹⁰³ Idem – Op. Cit. p. 51.

¹⁰⁴ LOWE-ROSENBERG *apud* WALTON, Douglas. *Lógica informal*, p. 277.

¹⁰⁵ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 118.

Do ponto de vista analítico, o juízo probatório se desenvolve em duas fases, numa primeira há a produção e introdução da prova no processo buscando dotar o magistrado do maior número de elementos probatórios de modo que sejam demonstrados os fatos, isto se dá por meio de testemunhos, perícias, documentos. Já na segunda etapa, a partir das informações trazidas pelas provas, extraem-se conclusões que vão no sentido da veracidade ou não da hipótese acusatória. É neste segundo momento que ocorre a inferência sobre o material probatório, é aí que se passa da premissa à conclusão. No âmbito da prova indiciária a tarefa é hercúlea porque a reconstrução do fato principal é fundada em elementos probatórios que não ensejam uma conclusão imediata sobre o *facto probandum*, mas sim, por via inferencial, em que há uma conjugação de provas que vão justificar do ponto de vista probabilístico a ocorrência ou não do fato desconhecido.

No caso, por exemplo, do crime de branqueamento de capitais, a complexidade do *iter* criminoso e a ausência de testemunhas presenciais que aumentam a dificuldade probatória torna o uso da prova indiciária essencial para não ocorrer uma deficiente tutela da segurança pública. Para dar conta de como se chega a uma conclusão sobre as possíveis versões apresentadas em processos desse jaez, importante o estudo dos modelos probatórios cujos principais são o sistema narrativo, o sistema probabilístico e o híbrido.

Nas palavras percucientes de Márcio Schlee Gomes: “A lógica, a inferência e o grau de probabilidade da ocorrência de certo fato de acordo com a versão apresentada pelas partes envolvidas no processo são fundamentais na discussão de um processo fundado em prova essencialmente indiciária”.¹⁰⁶

3.1 Modelos probatórios

Apesar de não haver uma clara sistematização a respeito dos modelos probatórios, observa-se, da leitura de diversos doutrinadores, que a questão divide-se entre aqueles que advogam a teoria narrativa em contraposição aqueles que sustentam a teoria probabilística. Para os narrativistas a decisão no processo é construída a partir de versões antagônicas, devendo prevalecer a melhor que será considerada boa e, portanto, verdadeira. Já para os que advogam para a teoria probabilística a decisão no âmbito do processo encontra suporte em probabilidades que podem ser calculadas com base no teorema de Bayes. Há, ainda, uma terceira corrente que

¹⁰⁶ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 120.

propõe um sistema misto correlacionando fundamentos de ambas as concepções acima, conciliando, assim, as posições narrativas e probabilísticas.

3.1.1 Modelo narrativo (*story-telling*)

O modelo narrativo é aquele em que as partes apresentam as suas versões, estas versões, no âmbito do processo, serão comparadas e analisadas e o magistrado escolherá aquela que apresentar força probatória suficiente para demonstrar um fato trazido ao processo. Aqui não se perquire sobre a probabilidade matemática de ocorrência ou não de tal fato, o que ocorre é apenas a comparação entre as histórias discutidas no processo.

A discussão foge de qualquer parâmetro estatístico ou matemático, o que se busca na reconstrução fática é amealhar o mais amplo conjunto probatório, verificar a coerência das versões, dando preferência a simplicidade da história, tudo para dar suporte e embasamento para a escolha do juiz.

É um sistema descritivo com viés fortemente indutivo e lógico e que se desenvolve em três estágios: primeiro faz-se a compilação das versões e das provas que as embasam: em um segundo estágio colacionam-se as opções de veredicto e, por último, comparam-se as histórias, as narrativas, optando-se pela mais coerente e aceitável que será tida como a melhor.¹⁰⁷

As versões têm por base fatos e matéria jurídica, sendo que o objeto de prova será a matéria fática uma vez que as questões jurídicas não necessitam de prova. A matéria fática englobará tanto o fato principal quanto aqueles fatos que, sem fazer parte do fato principal, tem relevância para o deslinde do fato principal na medida em que servem como premissas que serão ponto de partida para inferências que resultarão numa conclusão que confirmará ou não a versão acusatória.

Uma questão relevante a ser observada nesse modelo é a importância de, como diz Twining, os fatos serem levados a sério, até porque estes, uma vez provados, serão matéria-prima das proposições formuladas pelas partes e, por consequência, da decisão do juiz.¹⁰⁸ Não se desconhece a importância dos stories para o processo, pois, por intermédio deles, é que se concatenam todos os dados necessários para a reconstrução do fato objeto do processo. Nesse sentido, os stories carregam a nota da essencialidade para a demonstração dos fatos. É o exame da narrativa que permitirá constatar e aferir a veracidade ou não da versão apresentada, isto pela observação da concatenação dos fatos e argumentos a partir das inferências realizadas que

¹⁰⁷ DENNIS, Ian *apud* GOMES, **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 122.

¹⁰⁸ TWINING, William *apud* GOMES, **Op. cit.** p. 123.

levam à conclusão sobre o mérito do processo. O outro lado da moeda é o caráter perigoso da narrativa, seja pela falta de clareza das versões, seja pelas variáveis envolvidas em fatos circunstanciais, seja pela possibilidade de manipulação da matéria fática pelas partes em razão dos seus objetivos, a condenação para a acusação e a absolvição para a defesa, o que termina por obnubilar o correto acerto dos fatos. Note-se que num processo relacionado ao crime de branqueamento de capitais, por exemplo, o conjunto probatório, será, muitas vezes, quase na sua totalidade, constituído de prova indiciária, de modo que o confronto das versões entre acusação e defesa consubstanciará intensa discussão não só sobre fatos mas também sobre teses jurídicas diversas. Decorre daí o relevante papel desempenhado tanto pela acusação quanto pela defesa porque, por óbvio, ao construírem as suas narrativas, na prática, estarão em verdade buscando o convencimento do julgador a respeito da tese que apresentam, mais até do que o correto acerto da verdade e aqui surge o perigo do modelo narrativo.

É certo que no processo penal e especialmente em relação ao Ministério Público o afirmado acima não se mostra totalmente veraz porquanto a atuação ministerial não pode ser equiparada a atuação do advogado de defesa. O Ministério Público narra a sua versão a partir de uma investigação formal com o dever de não sustentar a versão acusatória quando no decorrer do processo verificar que não há elementos suficientes para referendar a acusação, ou seja, o Ministério Público não pode sustentar uma condenação a qualquer custo, embora também esteja imbuído de convencer o magistrado da sua versão acusatória; ao revés, a defesa, aqui entendida como defesa plena, tem por objetivo e a possibilidade de empregar todos os meios para a demonstração da inocência do réu. Nessa característica da defesa, segundo Taruffo, reside o risco de manipulação dos fatos por intermédio da argumentação porque, de fato, a defesa não tem compromisso com uma narrativa verdadeira dos fatos, mas sim compromisso com o réu, ou seja, com a busca de uma situação mais favorável ao seu cliente.¹⁰⁹

Para Taruffo, por ser o último e definitivo, o juiz é o “mais importante narrador do processo” é ele que vai promover o denominador comum das várias narrativas muitas vezes contrastantes e divergentes produzidas nos autos pelos outros atores processuais, sejam as testemunhas, sejam as partes. O Papel do juiz é descobrir nessa teia de versões qual a melhor narrativa para o acerto dos fatos objeto do processo, tendo como fundamento da sua decisão a quantidade de prova apresentada que será avaliada pelo viés da coerência e da

¹⁰⁹ GOMES, A **prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 124-125.

credibilidade, tudo visando, por um critério subjetivo, a melhor tese, a mais convincente, a que mais encontra suporte no conjunto probatório produzido.¹¹⁰

3.1.2 Modelo probabilístico

No modelo probabilístico a construção do sistema é baseada em probabilidades matemáticas ou estatísticas que não se fia na melhor versão da história, mas sim naquela que possui maior grau de probabilidade de ocorrer considerado o resultado matemático. Um dos instrumentos de valoração deste sistema é o teorema de Bayes que visa aferir quando a evidência torna mais provável a hipótese. O modelo probabilístico se liga a teoria confirmatória que tem por base a inferência indutiva, aqui entendida em sentido estrito, que busca confirmar se a evidência torna ou não mais provável a versão apresentada. Assim, se E é evidência da hipótese H, a teoria confirmatória dirá que E ou confirma, ou desconfirma a hipótese H. Se a evidência E confirma a Hipótese H significa dizer que E apoia H.¹¹¹

Fica evidente que o modelo probabilístico utiliza de cálculos aritméticos para confirmar uma hipótese no processo judicial e é bastante utilizado no common law. É uma doutrina bastante criticada porquanto é muito difícil fazer um juízo matemático sobre fatos tão complexos como estes que são objetos de processos judiciais. Há inclusive, para aqueles que defendem este modelo, uma busca por definição de patamares percentuais para, por exemplo, aferir quando o réu deve ser condenado, sendo que alguns entendem que a probabilidade daquela evidência confirmar a hipótese deve ser de 90 a 95 por cento.¹¹²

Porém, na esteira do que adverte Nieva Fenoll as regras probabilísticas se prestam a regular fenômenos aleatórios, o que não é o caso da atividade jurisdicional que trata de questões fáticas e jurídicas que possuem inúmeras variáveis dada a complexidade das relações humanas, de modo que quantificar em números a corroboração ou não de determinada hipótese não se mostra muito adequado e seguro para eventual condenação do arguido.¹¹³

¹¹⁰ TARUFFO, Michele – Narrativas processuais, p. 131.

¹¹¹ DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 59.

¹¹² GOMES, **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 129-130.

¹¹³ NIEVA FENOLL, Jordi *apud* GOMES, **Op. Cit.** p. 130.

3.1.3 Modelo híbrido

Aqui chegamos a uma terceira corrente que busca unificar as características positivas tanto do modelo narrativo quanto do modelo probabilístico, dando relevo tanto para a comparação entre histórias secundada por um juízo valorativo quanto para os critérios probabilísticos, entendendo que ambos os mecanismos, trabalhando em conjunto, se prestam para confecção de uma adequada decisão em processo judicial.

Nesse modelo a chave para reconstrução fática envolve tanto o trabalho de aferição probabilística quanto a avaliação da plausibilidade e coerência das histórias.

Para quem convive com a prática judiciária, os perigos apontados por Taruffo, quando trata do modelo narrativo, são uma constante na grande maioria dos processos. Assim, manipulação de testemunha, depoimentos falsos, suposições equivocadas, todo esse caldo pode levar a se concluir por uma história boa, porém falsa, o que resultará num julgamento injusto. O modelo probabilístico também tem os seus problemas na medida em que não se tem todos os dados concretos e objetivos, dada a complexidade dos fatos e das limitações humanas, para elaboração de um cálculo aritmético seguro, de modo que este modelo acaba descambiando para o subjetivismo do magistrado que terá que quantificar a probabilidade de uma versão num quadro probatório de grande incerteza, o que fatalmente em algum momento gerará um julgamento injusto, ou seja, a justiça da decisão passa a depender da álea.¹¹⁴

Nesse quadro, as dificuldades decorrentes da aplicação isolada de um ou outro modelo levaram alguns doutrinadores a aproveitar os pontos positivos de um e outro modelo para fundar um terceiro que aproveita pontos importantes de ambas as teorias. Spottswood sustenta que as ciências cognitivas e a psicologia devem se somar aos modelos narrativos e probabilísticos como forma de aprimoramento do raciocínio probatório. Salienta que os processos cognitivos não funcionam sempre da mesma forma, uma vez que em alguns casos a resposta é quase imediata e, em outros, o processo é mais moroso para se chegar a uma conclusão, de modo que perquirir sobre a cognição humana e os seus fatores de influência incrementa o modelo híbrido tanto quando se compara as histórias narradas no processo como quando se utiliza de juízos probabilísticos.¹¹⁵

Conclui-se que tanto o modelo narrativo quanto o modelo probabilístico constituem, em conjunto, ferramentas importantes para auxiliar na confecção do ato decisório no âmbito do

¹¹⁴ GOMES, A **prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 131-132.

¹¹⁵ SPOTTSWOOD *apud* GOMES, **Op. cit.** p. 133.

processo judicial. Veja que a discussão em torno da prova indiciária é que, não havendo provas diretas em relação ao fato principal, deve-se, de forma cogente, desenvolver um raciocínio inferencial seguro visando a identificação de fatos e provas e o seu nexo de causalidade com a hipótese probatória visando o julgamento do arguido de forma objetiva e que resultará em condenação ou absolvição. Assim, tanto na comparação das histórias, como na análise probabilística, importa encontrar caminhos seguros para que de forma veraz e coerente se chegue a uma decisão que se possa chamar justa.

3.2 Inferência

O objetivo da lógica e da epistemologia clássica é compreender os principais modelos de avaliação do raciocínio, assim como divisar as inferências boas das ruins. Nesse sentido, o foco passa a ser o estudo das inferências. A lógica estuda a relação entre a premissa e a conclusão, mas note-se, sem se preocupar com a verdade ou não das premissas. Conforme Thompson, a inferência é “a ferramenta lógica que permite o julgador de um fato prosseguir de um fato a outro”.¹¹⁶

Inferência e raciocínio podem ser tomados como sinónimos, tanto que para André Ibañez o ato de inferir, levando em conta o contexto de ela ocorrer a partir da prova no processo judicial, consiste em realizar um processo argumentativo que vai de um fato conhecido a outro estado de conhecimento a partir do uso de regras para generalização do saber empírico de modo que a inferência pode então ser considerada um “meio de saber empírico, de utilização habitual e imprescindível no desenvolvimento da atividade probatória”.¹¹⁷

Segundo Márcio Schlee Gomes: “A cada inferência possível corresponde um argumento e destes argumentos trata a lógica, pois em todos estes se terá o que se denomina premissas e conclusões, que caracterizam a estrutura do argumento. A sua adequação será avaliada pela pertinência e lógica entre premissas e conclusões, tratando-se de uma necessidade de caráter universal, a busca da correção do raciocínio, a logicidade da conclusão em relação às premissas, isso em qualquer situação na relação cognitiva”.¹¹⁸

A prova, aqui considerada como evidência, tem um viés doxástico, ou seja, uma crença que tem a função de dar suporte para uma outra crença, mas também possui um viés proposicional na medida em que a relação probatória é tomada como uma relação lógica entre

¹¹⁶ THOMPSON, Alan *apud* GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 136.

¹¹⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto – Valoração da prova e sentença penal, p. 29.

¹¹⁸ GOMES, Op. cit. p. 136.

as proposições cujos objetos consubstanciam crenças. Por isso que Deltan Martinazzo Dallagnol diz que:

“O processo de formação de novas crenças (crenças embasadas) a partir de crenças embasadoras pode ser visto do seguinte modo. A matéria-prima é composta de evidência (crenças/proposições embasadoras e crenças/proposições de background. O produto final é a hipótese (crença/proposição embasada). A inferência é o processo de raciocínio que transforma a matéria-prima no produto final. É como se nossa mente fosse uma máquina que recebe evidências como “input” e produzisse uma hipótese como “output”. Outro modo similar de colocar isso é dizer que as inferências são pontes de raciocínio entre, de um lado, evidências (incluindo aqui as crenças/proposições de fundo) e, de outro lado, a hipótese”.¹¹⁹

Veja que uma crença pode estar em situação epistêmica melhor do que outras, seja porque estão baseadas em evidências e razões adequadas e foram formadas em procedimentos confiáveis, ou porque não há contra evidências ou derrotadores. Aliás, um dos objetivos da epistemologia é que as condições de justificação da crença se mostrem adequadas de modo que aquela crença se aproxime da verdade, por isso é que grande parte das discussões em epistemologia presentemente refere-se a estes métodos de justificação de crenças.¹²⁰

Assim, passemos ao exame dos critérios metodológicos inferenciais.

3.2.1 Dedução

É assente na doutrina que o movimento de dedução, ou seja, o raciocínio dedutivo opera por intermédio de silogismos em que se parte de uma verdade geral para uma verdade particular, o seu objetivo é garantir a validade do argumento.

O raciocínio dedutivo, como diz Gustavo Henrique Badaró a partir de Irving, “é uma argumentação lógica perfeita, em que se obtém uma conclusão a partir de duas premissas. Na dedução há uma premissa maior, consistente em uma regra universal, uma premissa menor, consistente em um enunciado particular, e uma conclusão”.¹²¹

Note-se que a dedução é um tipo de inferência que se denomina verdade conducente porque a verdade das premissas é transmitida para a conclusão sem, todavia, qualquer ampliação de conhecimento. A dedução simplesmente revela o que já está contido nas premissas.¹²²

¹¹⁹ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 51.

¹²⁰ NEIVA, André Luiz de Almeida Lisboa – *Probabilidade e bayesianismo na teoria epistêmica de Richard Swinburne*, p. 13.

¹²¹ COPI, Irving M *apud* BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 96.

¹²² DALLAGNOL, *Op. cit.* p. 61.

Nessa esteira, Brewer, citado por Dallagnol, ensina que: “em um argumento dedutivo válido, é logicamente impossível que as premissas sejam todas verdadeiras enquanto a conclusão é falsa. Isto é, a verdade das premissas de um argumento dedutivo válido prevê evidência incorrigível para a verdade de sua conclusão”.¹²³

Nesse passo, a lógica dedutiva consiste em que uma vez postas as premissas necessariamente se seguirá a conclusão, e se o argumento estiver adequado em termos lógicos, a conclusão sempre estará de acordo com as premissas, jamais ampliando o conhecimento ou arrostando o conteúdo das premissas, de forma que a verdade das premissas garanta a verdade da conclusão, em contrapartida, a falsidade das premissas implicará, necessariamente, a falsidade da conclusão.

Veja-se: argumento A – 1) Todos os homens são mortais; 2) Sócrates é um homem; 3) Logo, Sócrates é mortal). Outro argumento que chamaremos “B”: 1) Todos os homens são imortais; 2) Sócrates é um homem; 3) Logo, Sócrates é imortal; note-se que tanto o argumento A quanto o argumento B, do ponto de vista lógico, são válidos, mas perceba, embora o argumento B seja válido, a sua premissa maior não é verdadeira o que produziu uma conclusão necessariamente falsa, embora válida do ponto de vista lógico. Assim, em um raciocínio dedutivo a conclusão só será necessariamente verdadeira a partir de premissas verdadeiras, disso decorre que, de regra, a conclusão já está inserida nas premissas, de forma que no raciocínio dedutivo é impossível ampliar conhecimento, daí decorrendo a sua impropriedade, como método inferencial, para utilização no raciocínio probatório uma vez que neste tipo de raciocínio o que se busca é justamente ampliar conhecimento.

Assim, como ensina Badaró: “Num modelo de epistemologia judiciária, não é correto caracterizar o raciocínio probatório como sendo uma dedução. Não há uma premissa universal e verdadeira à qual se aplica uma premissa concreta e particular, mas igualmente verdadeira, que permita se obter uma conclusão também verdadeira. De um modo geral, as premissas gerais utilizadas no raciocínio probatório não são leis universais, mas meramente probabilísticas, o que já é suficiente para tornar inadequado o método dedutivo como modelo de raciocínio probatório. O mesmo vale para as leis científicas, que não estabelecem verdades gerais, mas somente probabilidades”.¹²⁴

A lógica dedutiva exerceu forte influência no pensamento jurídico por sua ligação com o processo de subsunção dos fatos à norma expostos na fundamentação das sentenças. O

¹²³ BREWER, Scott *apud* DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 61.

¹²⁴ BADARÓ, **Epistemologia judiciária e prova penal**, p. 98.

silogismo dedutivo era utilizado para promover a subsunção de um fato provado a um tipo jurídico.

3.2.2 Indução

Diferentemente da argumentação dedutiva que confirma o conhecimento já constante das premissas, o que dá a nota de verdade conducente ao método dedutivo, na indução, há revelação de conteúdo para além do contido nas premissas, o que leva a uma ampliação do conhecimento.

É lugar-comum na doutrina afirmar que o método indutivo gera uma conclusão de caráter geral a partir de uma ou várias situações particulares, ou individualizadas, e, embora esta seja uma característica realmente presente neste método, a sua característica mais relevante é a capacidade de gerar conhecimento novo. Na indução parte-se de uma série limitada de casos particulares e resultados a partir dos quais se extrai uma conclusão de caráter geral, essa conclusão sempre vai além das premissas, esse salto inferencial gera informação não contida, nem implicitamente, nas premissas. Há extração de uma regra geral a partir da observação repetida de casos particulares.

Outra importante nota que se deve fazer é que se na dedução uma premissa válida necessariamente vai gerar uma conclusão igualmente válida, tal não ocorre na indução onde toda a conclusão é provisória, pois pode ser descredibilizada a qualquer momento por um dado novo que se acrescente ao argumento, e aqui reside mais uma característica que diferencia o raciocínio dedutivo do indutivo, porquanto se naquele o argumento se resolve numa questão de tudo ou nada, ou seja, premissa válida gera conclusão válida enquanto premissa inválida gera conclusão inválida, no argumento indutivo admitem-se graus de força cuja potência será extraída conforme o maior ou menor suporte fornecido pelas premissas, ou seja, a situação fica no campo da maior ou menor probabilidade.¹²⁵

Note-se que em um raciocínio indutivo as premissas podem ser verdadeiras e a conclusão simultaneamente falsa, ou seja, ainda que as premissas sejam verdadeiras e pareçam apoiar a conclusão, esta pode revelar-se falsa. Tome-se de empréstimo um exemplo clássico de raciocínio indutivo: X, Y, Z são cisnes; X, Y, Z são brancos; assim, todos os cisnes são brancos. Nesse argumento é possível que a maioria dos cisnes seja brancos, todavia a conclusão de que todos os cisnes são brancos pode não ser verdade. A indução não garante que a conclusão seja

¹²⁵ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 99.

verdade, é dizer, o argumento indutivo, diferentemente do dedutivo, é um argumento derrotável na medida que o acréscimo de uma premissa pode fazer a conclusão falsa.¹²⁶

Assim, o argumento indutivo, por mais forte que seja a sua conclusão, fica sujeito ao aumento ou diminuição de sua força a depender da premissa que se adicione ao raciocínio. No exemplo acima, a adição da premissa de que um cisne é preto anula a conclusão de que todos os cisnes são brancos. Como já se disse, a força da indução tem uma escala de gradação e uma das formas de expressar essa gradação é utilizar-se da noção de probabilidade que se não confere a nota da veracidade ao argumento pode conceder uma boa razão para dar crédito a uma determinada conclusão.¹²⁷

A partir disso, a questão que surge é como aferir a força de um argumento indutivo, Fogelin e Sinnott levantam alguns fatores que podem influenciar na força do argumento, o primeiro é o grau de aceitação das premissas aqui, por exemplo, o objetivo é verificar se aquela impressão geradora da premissa não decorre de falsas memórias. Outro fato importante é o “grau de garantia que as premissas conferem à conclusão” e, nessa altura, tem relevância na análise o tamanho da amostra e a sua representatividade.¹²⁸

Outro ponto que caracteriza o argumento indutivo é o de que a força da conclusão é inversamente proporcional à força do argumento, é dizer, quanto mais forte é a conclusão, mais fraco é o argumento. Tome-se o exemplo dos cisnes novamente, dizer que todos os cisnes são brancos torna o argumento mais fraco do que afirmar que é provável que todos os cisnes são brancos, veja que o surgimento de um só cisne negro anula a conclusão do primeiro argumento, mas deixa incólume a conclusão do segundo argumento.¹²⁹

3.2.3 Abdução

Uma terceira forma de raciocínio inferencial é a abdução que consiste em formular hipóteses a partir da conclusão, aqui vou do fato para possíveis hipóteses explicativas. É um raciocínio muito utilizado no dia a dia, por exemplo, na elaboração de diagnósticos médicos e nas atividades investigativas.¹³⁰

Na abdução, quem raciocina visa criar a segunda premissa que levará à conclusão do raciocínio, nesse sentido, tal como o raciocínio indutivo, a abdução é uma inferência criativa

¹²⁶ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 61.

¹²⁷ Idem – *Op. Cit.* p. 64-65.

¹²⁸ ROBERT J. FOGELIN WALTER SINNOTT-ARMSTRONG *apud* DALLAGNOL, *Op. cit.* p. 65.

¹²⁹ Idem – *Op. Cit.* p. 66.

¹³⁰ PEIXOTO, Ravi – *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 112.

porquanto acrescenta conhecimentos novos, contudo nem a dedução, nem a indução cria premissas novas o que já ocorre no raciocínio abdutivo. Assim, o raciocínio dedutivo leva a conclusão do que tem que ser, a indução trata do que provavelmente será, e, por fim, a abdução apenas sugere o que pode ser.¹³¹

De um modo geral a doutrina se reporta ao trabalho de Charles Peirce que teria desenvolvido o conceito de abdução. Mencionado autor busca diferenciar os raciocínios inferenciais por meio da utilização de silogismos básicos. Na dedução, eu tenho a regra, que consubstancia a premissa maior, por exemplo, todos os feijões dessa saca são brancos, tenho a premissa menor, que traduz o caso, por exemplo, o meu punhado de feijões é desta saca, e, por fim, o resultado, ou seja, o meu punhado de feijões se refere então a feijões-brancos. Nesse tipo de raciocínio parte-se de uma regra geral que se aplica a um caso, o que resulta na conclusão que será verdadeira e válida do ponto de vista lógico porque as premissas são verdadeiras. Na indução trocam-se os termos silogísticos, parte-se do caso e do resultado para criar-se uma regra geral que não terá a garantia da verdade, mas transitará no campo da probabilidade. Assim, teríamos o caso: “O meu punhado de feijões é desta saca”; o resultado: “O meu punhado é de feijões-brancos” e, por fim, a regra: “Todos os feijões desta saca são brancos”. Por último, o autor trata da abdução em que eu tenho a regra e o resultado para se chegar ao caso, cujo raciocínio é assim exemplificado pelo autor: “Suponha que eu entre numa sala e lá encontre um certo número de sacas contendo diferentes tipos de feijões. Sobre a mesa há um punhado de feijões-brancos; e, após procurar, descubro que umas das sacas tem apenas feijões-brancos. De imediato, infiro, com uma probabilidade, ou como uma aposta justa, que esse punhado foi tomado daquela determinada saca. Esse tipo de inferência é chamado de fazer uma hipótese. É a inferência do caso a partir da regra e do resultado”.¹³²

Todas as induções e abduções são inferências ampliativas do ponto de vista cognitivo e trabalham sempre no campo do provável, de modo que a diferenciação entre as duas é turva, mas existente nas palavras de Ravi Peixoto: “Na indução, tem-se um determinado caso concreto e, a partir dele, são desenvolvidas conclusões; na abdução tem-se o resultado, mas a explicação não existe, sendo desenvolvida de forma argumentativa pelos participantes daquele processo. Por exemplo, nas histórias de Sherlock Holmes e de detetives em geral, tem-se o resultado, o crime, mas não se tem a explicação do crime, nem os culpados”.¹³³ Uma das formas de aplicação do raciocínio abdutivo ocorre por intermédio da denominada Inferência para melhor explicação

¹³¹ BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 103.

¹³² PEIRCE *apud* BADARÓ, *Op. cit.* p. 103-104.

¹³³ PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 114-115.

– IME. Já o Bayesianismo é um recurso lógico argumentativo aplicável à indução. Estudaremos estes temas nos próximos dois tópicos.

3.3 O Bayesianismo

3.3.1 A questão da probabilidade no juízo de fato

A ideia de que a reconstrução dos fatos no âmbito do processo judicial se resolve no campo do provável não é nova, tanto que se percorrermos a história veremos que era uma ideia corrente no pensamento medieval que considerava que um vasto campo do conhecimento era fruto do provável. De fato, as coisas não se mostram muito diferentes na atualidade, em que cada vez mais se busca uma racionalização do procedimento probatório e a identificação da certeza judicial com a probabilidade.¹³⁴

Para Marco Eugênio Gross a confirmação de que no âmbito do processo só se pode falar em probabilidade se dá por intermédio das seguintes constatações: “(i) a verdade de qualquer sorte importa no processo; (ii) a verdade é funcional para a obtenção de uma decisão justa; (iii) o que importa é simplesmente a verdade, devendo-se, ainda, compatibilizar a verdade como correspondência com a verdade como coerência”.¹³⁵

Em apoio ao afirmado acima, não se pode esquecer que a estrutura do processo privilegia, além da obtenção da verdade, outros valores de igual ou superior estatura, o que acaba por tornar a verdade no âmbito do processo uma questão tormentosa porque se por um lado a verdade importa, tanto que é um dos objetivos do processo, de outro, a necessidade de proteção de outros valores processuais acabam por torná-la relativa. Visando superar este paradoxo, entra em cena o juízo probabilístico. A esse respeito, Michele Taruffo ensina que a probabilidade refere-se “a uma proposição factual, ou ao seu grau de fundamentação, de credibilidade e aceitabilidade com base nos elementos de prova”.¹³⁶

Assim, o campo do provável tem em vista descrever em maior ou menor grau a versão aproximada da verdade, de modo que quando se afirma que um fato é provável em verdade está se afirmando que este fato corresponde em certa medida à verdade, ao que aconteceu na realidade, isso é claro sempre com base nas evidências amealhadas nos autos. Pode-se afirmar, assim, que o contexto da descoberta em processos judiciais trabalha no campo do provável. A

¹³⁴ GROSS, Marco Eugênio – **Probabilidade no modelo do juízo de fato e a sua influência no discurso justificativo da decisão judicial**, p. 48-135.

¹³⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 48.

¹³⁶ TARUFFO, Michele – **La prova dei fatti giuridici**, p. 164.

reconstrução dos fatos em processo judicial apoia-se em um juízo de probabilidade que, note-se, estará em algum lugar entre a dúvida e a certeza, uma vez que o juiz parte da dúvida e após análise de fatos humanos faz um juízo no campo do provável, isso é claro, como já se disse aqui, não implica desprezo à verdade, que será sempre um dos faróis principais da atividade probatória, mas apenas o reconhecimento da incapacidade do ser humano de capturar a realidade como se plasmada em uma fotografia.¹³⁷

Importante perceber que, embora essas “nuances” na aquisição do conhecimento no âmbito do processo judicial tragam a nota da relatividade para a verdade, é preciso dizer que esta relatividade se liga mais ao conhecimento da verdade, uma vez que este conhecimento se baseia em razões cuja aproximação da verdade se resolve no campo do provável. De outro lado, é preciso divisar que essa relatividade não implica dizer que essa verdade não pode ser objetiva, é dizer, fundada em razões objetivas que sustentam o convencimento judicial, convencimento este que deve se afastar de subjetividades ou mesmo de preferências individuais.¹³⁸

Por tudo que foi até aqui afirmado, fica fácil entender a importância do juízo probabilístico do fato que impõe ao julgador que estabeleça como objetivo, como meta, o atingimento do maior grau de probabilidade da hipótese aventada nos autos, não se contentando com o caráter persuasivo da narrativa, com sua coerência, mas, sobretudo, que essa narrativa seja amparada por elementos concretos de prova o que lhe dará uma base aproximada da verdade.

Assim, a probabilidade de existência de determinado fato é crucial para o deslinde da causa processual, de modo que é preciso analisar as espécies de teorias probatórias que detêm relevância no procedimento probatório.

3.3.2 O probabilismo bayesiano

Já se disse que provar é argumentar, já abordamos, neste trabalho, as formas lógicas de argumento sobre as quais repousam duas das mais modernas teorias probatórias, o Bayesianismo e o Explanacionismo. Neste tópico, abordaremos a primeira dessas teorias com os seus problemas para, a seguir, estudarmos e defendermos o explanacionismo para fins de valoração da prova, especialmente da prova indiciária. O Teorema de Bayes é uma das formas que a filosofia utiliza para estruturar o raciocínio probatório, mencionado teorema é hoje um dos principais representantes da teoria confirmatória que estuda quanto a evidência torna mais

¹³⁷ GROSS, *Probabilidade no modelo do juízo de fato e a sua influência no discurso justificativo da decisão judicial*, p. 52.

¹³⁸ Idem – *Op. Cit.* p. 53.

provável a hipótese. O teorema em verdade é uma fórmula desenvolvida por John Bayes que visa demonstrar cálculos de probabilidades condicionais, ou seja, eventos que possuem certo grau de dependência. A título de exemplo podemos indagar qual a probabilidade de uma pessoa passar de carro em um cruzamento sem prestar atenção e atropelar uma pessoa. Neste exemplo, a probabilidade de avançar o cruzamento com desatenção influencia na probabilidade de atropelamento de um transeunte.¹³⁹

Veja que pela perspectiva do teorema a crença vai sendo atualizada a partir do incremento de novas evidências. Assim, a cada nova evidência faz-se uma atualização da crença em determinada hipótese. Neste ponto é pertinente uma brevíssima digressão. Há dois tipos de probabilidade quantitativa: a objetiva e a subjetiva. Na probabilidade objetiva verifica-se a frequência com que certo fato acontece dentro de uma classe mais ampla de fenômenos mais gerais. Ou seja, há uma atribuição de valor para a ocorrência daquele fato a partir de numerosas observações de eventos passados. Não por acaso este tipo de probabilidade é chamada de probabilidade estatística.¹⁴⁰

Já a probabilidade subjetiva busca racionalizar o grau de crença gerada pelo acontecimento, sempre tendo por base o conjunto probatório disponível. No particular, busca representar em que medida é racional considerar verdadeira a proposição estabelecida com base na evidência.

A probabilidade quantitativa do tipo objetivo não é adequada para o tratamento do raciocínio probatório dada a incompatibilidade de seus métodos estatísticos com o exame do fato concreto objeto da evidência. É que a análise estatística da ocorrência de determinado fato não tem relevância para fins probatórios no processo. Ou seja, para o processo não importa se um grande percentual de homens de 40 anos, desempregados e alcoólatras agredem as suas esposas, mas sim se efetivamente Caio agrediu a sua esposa Maria, ainda que tenha 40 anos, esteja desempregado e faça uso descontrolado de bebida alcoólica. Não se nega a utilidade da probabilidade estatística em certas circunstâncias, mas é preciso enfatizar que ela dificilmente conseguirá justificar e confirmar um determinado fato sem que se agregue alguma particularidade do caso concreto. Ravi Peixoto elucida o ponto: “Basta pensar em um conhecido exemplo de um indivíduo que ajuíza uma ação após ter sido atropelado por um motorista de autocarro imprudente, e a única prova disponível é a que oitenta por cento dos autocarros que operam na região pertencem à Companhia de Autocarro Azul. O fato de que a frequência de

¹³⁹ PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 98.

¹⁴⁰ GROSS, *Probabilidade no modelo do juízo de fato e a sua influência no discurso justificativo da decisão judicial*, p. 55.

autocarro na região é mais alta por parte de uma determinada empresa não revela nada sobre a situação fática, não se podendo admitir que a empresa seja responsabilizada sem nenhuma prova relativa ao caso. Em suma, haveria a necessidade de algum elemento concreto que pudesse ser alinhado à questão estatística, como, por exemplo, uma testemunha que tenha visto um autocarro da empresa Azul, ou a existência de algum autocarro com avarias decorrentes do acidente etc.”¹⁴¹

Demonstrada a inadequação da probabilidade quantitativa objetiva para tratamento de questões probatórias, conclui-se que a forma de utilização das probabilidades no campo probatório se dá pela via subjetiva, de modo que aí ganha relevo o Teorema de Bayes. Pois bem, já se disse que mencionado teorema é uma fórmula matemática usada para aferir a probabilidade da ocorrência de um evento a partir de um evento que já ocorreu, por isso é que se diz que ele trata de probabilidades condicionais, veja-se que ele precisa da informação do evento anterior para calcular o evento subsequente.¹⁴²

Deltan Martinazzo Dallagnol explica em termos claros o funcionamento do bayesianismo como um dos principais representantes da teoria confirmatória: “Assim, E é evidência para H quando E torna H mais provável. O Bayesianismo aplica a fórmula matemática de probabilidades condicionais (probabilidades de fatos que não são independentes – probabilidade de H, dado E), desenvolvida pelo reverendo Bayes, para a atualização de crenças em relação a novas provas, em um processo chamado condicionalização. Em termos simples, cada evidência nova deve atualizar o grau de crença que existia, antes daquela evidência, a respeito da hipótese. A condicionalização é a sucessiva atualização da força da crença com base em novas evidências”.¹⁴³

Em termos simples o teorema de Bayes pode ser representado da seguinte forma: $P(H/E) = P(E/H).P(H)/P(E)$, donde $P(H/E)$ é probabilidade de H dada uma evidência E; $P(E/H)$ seria a frequência estatística de E considerando a ocorrência de H a priori; $P(H)$ é a probabilidade de que H tenha ocorrido independentemente de saber da evidência E, e, por último $P(E)$ é a frequência estatística de E independente da ocorrência da hipótese H;

Esse teorema quando aplicado a valoração da prova vai indicar a probabilidade subjetiva de H considerando que se conheça a evidência E, sendo que E experimentará uma variação em razão da probabilidade subjetiva de H, isso antes de saber se E era verdadeiro. As

¹⁴¹ PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 99-100.

¹⁴² Idem – *Op. Cit.* p. 101.

¹⁴³ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 92.

probabilidades subjetivas variam de 0 a 1 sendo que zero significa nenhuma probabilidade e 1 consubstancia confiança total na ocorrência do fato.

Ravi Peixoto traz um exemplo simples para mostrar o funcionamento do teorema de Bayes, menciona um casal que tenha dois filhos, e pergunta qual a probabilidade de que o casal tenha dois filhos homens levando-se em consideração que o primeiro filho é homem. Assim, H na fórmula supra seria a hipótese de que os dois filhos sejam homens e E, a evidência consistente no fato de que o primeiro filho é homem. Assim, a probabilidade E (que o primeiro filho seja homem) independente da hipótese desejada (dois filhos homens) é de 1/2. Já a probabilidade de que os dois filhos sejam meninos P(H) é de 1/4, valor obtido a partir da multiplicação dos dois eventos independentes, ou seja, de que o primeiro e o segundo filho sejam meninos, que é de 1/2 multiplicado por 1/2 que resulta em 1/4. Infere-se também que a probabilidade de que um dos filhos seja menino quando ambos sejam meninos é de 1. Assim, $P(H)=1/4$; $P(E)=1/2$ e $P(E/H)=1$. Desse modo, aplicando-se a fórmula do teorema de Bayes: $P(H/E)= 1/4*1/(1/2)$ resultaria no valor de 1/2., dessa forma a probabilidade de que um casal tivesse dois filhos homens sendo o primeiro menino seria de cinquenta por cento.¹⁴⁴

Transportando o teorema para uma aplicação mais jurídica, tem-se que quando um investigador de polícia encontra o corpo de Mévio caído na rua, a probabilidade de que foi Caio que assassinou Mévio – P(H) é baixa dado o universo de possibilidades no que concerne a autoria. Se, no entanto, por intermédio de atividade investigativa, chega-se a evidência consubstanciada na afirmação de que Tício viu Caio matar Mévio – P (E) – a probabilidade de H cresce substancialmente, ou seja a probabilidade a priori que era baixíssima cresce a partir da descoberta da evidência E. Assim, o teorema de Bayes auxilia e indica o grau que essa nova evidência vai influenciar na valoração final da probabilidade de que Caio assassinou Mévio, sendo que essa probabilidade vai sendo atualizada na medida em que surgem novas evidências. Ressalte-se que P (E/H) é a probabilidade de que E seja uma evidência presente partindo-se do princípio de que H seja verdade. Por óbvio, o fato de Caio ter matado Mévio não gera necessariamente o testemunho de Tício, seja porque ele poderia não ter presenciado o delito, seja porque, embora tendo presenciado, tem medo de testemunhar, ou mesmo, por algum motivo, queira proteger o assassino. P(E) no caso seria a probabilidade a priori de que Tício diga que Caio matou Mévio independentemente da verdade desta hipótese, aqui surgem diversas possibilidades, Tício pode estar mentindo, pode querer prejudicar Caio, ou, pode querer obnubilar a sua responsabilidade já que foi ele que matou Mévio e não Caio.¹⁴⁵

¹⁴⁴ PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 101-102.

¹⁴⁵ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 93.

O que se quer pôr em relevo é que o teorema busca determinar em números a probabilidade de uma determinada hipótese ter ocorrido a partir das provas relevantes para o caso. Nas palavras de Deltan Martinazzo Dallagnol: “Num procedimento que envolve cálculos sucessivos (condicionalização), a probabilidade da hipótese é calculada frente a cada evidência específica que exista. Assim, a probabilidade da hipótese H é calculada com base na evidência E1, para em seguida a nova probabilidade de H, resultante do cálculo anterior, se atualizada com base na evidência E2, e assim por diante. A probabilidade da hipótese H, diante da evidência E, é fruto de um cálculo que se dá sobre três outras variáveis, como se observa na fórmula: a probabilidade de H antes de se conhecer a evidência E; a probabilidade por si só da evidência E; e a probabilidade de existir a evidência E, supondo que a hipótese H fosse verdadeira”.¹⁴⁶

É possível discernir, a partir do teorema, que em relação à variável $P(E/H)$, quanto maior a excecionalidade da prova, maior será a probabilidade da hipótese, uma vez que o valor do denominador na fórmula será mais baixo. Assim, o depoimento da esposa do réu que o incrimina é bastante relevante do ponto de vista matemático já que, de regra, a pessoa que o ama não teria razões para implicá-lo, ou seja, se a evidência decorrente do testemunho é mais provável a partir da ocorrência da hipótese – $P(E/H)$ do que de sua ocorrência a priori – $P(E)$ dizemos que a evidência favorece a hipótese. Por esta mesma razão do ponto de vista matemático, o testemunho do inimigo que prejudica ou do amigo que favorece não são matematicamente confiáveis.¹⁴⁷

Pelo exposto, nota-se que a utilização do teorema de Bayes é de fato problemática no âmbito da prova judicial. Um dos principais problemas da fórmula utilizada no teorema de Bayes é a dificuldade de se estabelecer as probabilidades a “priori”, o teorema não oferece as respostas de forma que a fixação das probabilidades iniciais acaba ficando a cargo do aplicador. Note-se que a probabilidade a “priori” tanto da hipótese $P(H)$ como da evidência $P(E)$ é muito difícil de ser fixada sem qualquer contacto com as provas e ainda que se tente fixar um número ele fatalmente terá a nota da aleatoriedade e do subjetivismo o que tornaria bastante discutível o ponto de partida da fórmula. O risco de fixação de pontos de partida equivocados pode conduzir facilmente a um conjunto probatório para um nível para além de qualquer dúvida razoável, quando, de fato, este “standard” não foi superado o que resultará grave violação ao princípio da inocência.¹⁴⁸

¹⁴⁶ DALLAGNOL, As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções, p. 94.

¹⁴⁷ Idem – Op. Cit. p. 95.

¹⁴⁸ Idem – Op. Cit. p. 96.

A aplicação do teorema de Bayes é ainda mais problemática em relação à prova indiciária, mormente pela característica do raciocínio probatório aplicado a prova indiciária, uma vez que ali há dupla inferência probatória, ou seja, para se chegar ao fato indiciário a aplicação do teorema é semelhante àquela aplicada nos casos de prova direta, mas a partir da prova do fato indiciário há um segundo passo pelo qual se faz um raciocínio inferencial em que o fato indiciário passa de hipótese a evidência do fato que se quer provar. Ocorre que esta evidência admite uma série de explicações alternativas o que acaba por fazer com que o cálculo inferencial passe a depender de cálculos grosseiros de probabilidade, uma vez que atribuir números a tais situações seria evidentemente complexo.¹⁴⁹

Um outro problema relativo à aplicação do teorema de Bayes diz respeito à escolha correta da classe de referência. Antes de mais, classe de referência é aquele subconjunto de fatos, fatos tipos, onde um fato específico pode ser enquadrado após um raciocínio inferencial. Assim, ao se avaliar o testemunho de que Caim matou Abel vai se enquadrar este depoimento em uma determinada classe de referência que tem as seguintes premissas: 1) pessoas usualmente percebem corretamente o que elas dizem que viram; 2) pessoas usualmente lembram corretamente o que elas dizem que recordam; 3) pessoas usualmente narram corretamente o que elas querem dizer; 4) pessoas usualmente dizem a verdade; Ocorre que vicissitudes do caso concreto podem influenciar na escolha da classe de referência, então se a classe de referência acima pode ser tida como correta a partir de uma testemunha que não tenha interesse na causa, no caso do testemunho do inimigo capital a coisa muda de figura já que a generalização de que as pessoas usualmente dizem a verdade pode se tornar bastante ténue, quando esta testemunha for inimiga capital do réu, isto por questões óbvias. Daí se conclui que o correto enquadramento do fato concreto à classe de referência não é simples uma vez que qualquer fato concreto vai ter uma infinidade de características, o que resultará em uma infinidade de fatos tipos arrastando a escolha dessas classes de referência para uma não bem-vinda subjetividade.¹⁵⁰

Um terceiro problema que vale mencionar em relação ao manejo do teorema de Bayes é a elevada complexidade dos cálculos uma vez que a determinação dos fatos no âmbito do processo judicial é tarefa por demais complexa não só pelo número de hipótese possíveis que explicam as diversas provas constantes do conjunto probatório, mas também pela dificuldade de se trabalhar no campo probatório processual com as probabilidades objetivas.¹⁵¹

¹⁴⁹ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 97.

¹⁵⁰ Idem – *Op. Cit.* p. 101.

¹⁵¹ Idem – *Op. Cit.* p. 102-103.

Por último, mas não menos relevante, é o problema do paradoxo das conjunções, ou seja, no caso de existir, e quase sempre existe, a necessidade de se provar mais de um fato relevante e independente no caso concreto, qual deverá ser o “standard” probatório para se considerar os fatos provados, isto porque no teorema de Bayes a conjunção gera uma diminuição da probabilidade considerada globalmente, assim, a probabilidade de que ocorra o nascimento de dois filhos homens é de 25 por cento considerando que a possibilidade de nascer um filho homem em cada gestação é de 50 por cento.¹⁵²

Quando o antecedente da norma exigir mais de um fato relevante para ser provado, o julgador deverá escolher entre dois métodos possíveis, ou se prova cada fato relevante no “standard” exigido, ou, exige-se que o conjunto dos fatos relevantes deve atingir o standard exigido para qualquer alternativa que se escolha haverá distorções. Ao se adotar a primeira alternativa o “standard” global ficará muito aquém do exigido para condenação. Por outro lado, a escolha do segundo método implicará uma exigência muito alta de standard probatório para cada fato relevante individualmente considerado, o que resultará em um ônus probatório demasiado pesado. Assim, por todas estas questões que se levantam, de forma muito superficial aqui neste trabalho, é que se conclui pela inadequação do teorema de Bayes para fins de acerto de fatos no âmbito do processo judicial.

3.3.3 Explanacionismo e IME

É apropriado começar este tópico com Fernando Pessoa:

“Nós não vemos só com os sentidos; vemos, misturadamente, com a inteligência também. Elimino, agora, a hipótese, já anormal, da alucinação. Refiro-me apenas à experiência normal. Um exemplo: passo por uma rua e vejo um homem caído no passeio. Instintivamente me pergunto: por que é que este homem caiu aqui? Já aqui vai um erro de raciocínio, e, portanto, uma possibilidade de erro de facto. Eu não vi o homem cair ali. Vi-o já caído. Não é, portanto, um facto, para mim, que o homem caísse ali. O que é um facto, para mim, é que ele está caído ali. Pode ser que tenha caído noutro lugar e que o tenham transportado para ali; muita coisa pode ser. Creio ter-lhes mostrado bem como é complicado o que parece tão singelo. É preciso, em qualquer problema, separar-se cuidadosamente, logo na princípio, os dados e as conclusões”.¹⁵³

Fernando Pessoa, com sua habitual simplicidade e precisão em enxergar os problemas humanos, chama a atenção para o necessário discernimento entre fatos e conclusões e o risco para o operador do direito que ao tomar, de forma apressada, o que é ponto chegada por ponto

¹⁵² PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 106-107.

¹⁵³ PESSOA, Fernando *apud* SCARPARO, Eduardo – *Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica*, p. 301.

de partida, produzir um raciocínio probatório viciado com sérios prejuízos à correta elucidação dos fatos.

Nesse passo, é preciso, para produzir uma escoreita reconstrução dos fatos no âmbito do processo judicial, que se utilize, que se maneje instrumentos adequados para a produção do raciocínio probatório.

O principal problema neste trabalho é aferir se a prova indiciária tem a força necessária para, só por só, superar o estado geral de dúvida, ínsito a qualquer processo, para supedanejar uma decisão condenatória, é dizer, é possível que a prova indiciária seja um instrumento hábil a atingir a verdade como correspondência ao final do processo judicial sem prejuízo das garantias constitucionais.

Nesse quadro, a inferência para melhor explicação tem sido estudada por juristas como uma alternativa a ser utilizada no raciocínio probatório. Para alguns autores este modelo de raciocínio probatório seria o mais adequado para ser utilizado na determinação de fatos no âmbito do processo judicial. A inferência para melhor explicação, no dizer de Josephson et al é “uma forma de inferência que vai de dados descrevendo algo para uma hipótese que melhor explica ou dá conta dos dados”.¹⁵⁴

Neste modelo probatório, inferir para melhor explicar é escolher, entre as muitas hipóteses que se apresentam, a que melhor explica a evidência ou o conjunto de evidências que se apresentam no caso concreto, ou seja, diante dos dados disponíveis busca-se a melhor explicação para estes de modo que a hipótese termine por explicar da melhor forma essas evidências na mesma medida em que estas evidências justificam aquela hipótese. De se ressaltar que esta atividade é comumente executada na vida quotidiana e científica, sendo muito útil para desvelar acontecimentos fáticos no âmbito o processo judicial. Assim como a indução, a IME busca ampliar conhecimento. Nas palavras de Eduardo Scarparo que trata das diferenças entre dedução, indução e abdução: “Há uma diferença óbvia em derivar uma conclusão de premissas e regras postas e de encontrar uma explicação. A dedução, como já tratado, pressupõe o prévio conhecimento das premissas, permitindo-se a comprovação lógica da conclusão. Na indução ampliativa, há um salto inferencial, com vistas a comprovar a existência de uma regra geral. Quando, no entanto, a intenção é explicar, se busca uma alternativa para os fatos observados e, para tanto, operações mentais distintas são necessárias”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ JOHN R. JOSEPHSON *apud* DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 111.

¹⁵⁵ SCARPARO, *Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica*, p. 302.

A inferência para melhor explicação possibilita a obtenção de explicações a partir de dados conhecidos, o que leva ao conhecimento do mundo de forma inteligível.

Os estudos sobre a inferência para melhor explicação desenvolveram-se a partir dos estudos de Charles Pierce que foi um filósofo americano que primeiro chamou a atenção para um terceiro tipo de inferência que chamou de abdução. Mas foi Harmann quem primeiro utilizou a expressão Inferência para melhor explicação em 1965 para se referir a este tipo de inferência lógica. Pierce, inclusive, para diferenciar os três tipos de inferência, criou um formato clássico de argumento, o chamado exemplo dos feijões, para distinguir a abdução das demais: dedução: regra: todos os feijões deste saco são brancos. Caso: Estes feijões provêm deste saco. Resultado: estes feijões são brancos. Indução: Caso: Estes feijões provêm deste saco. Resultado: Estes feijões são brancos. Regra: Todos os feijões deste saco são brancos. Abdução: Regra: Todos os feijões deste saco são brancos. Resultado: Estes feijões são brancos. Caso: Estes feijões provêm deste saco.¹⁵⁶

Como já se mencionou neste trabalho, entendia-se tradicionalmente que a dedução era um tipo de raciocínio em que se partia do geral para o particular e que se as premissas utilizadas no raciocínio fossem verdadeiras, a conclusão obrigatoriamente também seria. Por outro lado, na indução o raciocínio tinha como ponto de partida uma série de casos particulares que resultava numa regra generalizante de modo que esta teria uma grande probabilidade de ser verdadeira. Note-se que conclusão na indução se resolve no campo da probabilidade, o que não ocorre na dedução, cuja conclusão será sempre inarredável partindo-se de premissas verdadeiras. Modernamente, divisa-se a indução e a dedução justamente pelo fato de que o raciocínio indutivo carrega a nota da probabilidade enquanto o raciocínio dedutivo carrega a nota da necessariedade, ou seja, se as premissas são verdadeiras, a conclusão obrigatoriamente também o será. Diferenciar a indução em sentido estrito da IME parece ser uma tarefa mais complexa porquanto ambas têm como característica ser um raciocínio ampliativo do ponto de vista do conhecimento, mas é importante perceber que na indução ocorre um salto inferencial que resultará numa regra geral, já na abdução ocorre uma explicação que justifique os fatos observados o que fatalmente envolverá operações diferentes.¹⁵⁷

A IME parece ser um guia mais eficiente para o julgador que, a partir de evidência e do "background", aqui entendido como conhecimento de mundo, pode melhor desvelar os fatos objeto do processo, sempre buscando a verdade como correspondência. Uma característica da IME para grande parte dos filósofos é a sua ubiquidade, que se traduz no fato de que ela é

¹⁵⁶ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 112-113.

¹⁵⁷ SCARPARO, *Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica*, p. 302.

frequentemente aplicada tanto no foro científico quanto no dia a dia. Na epistemologia, por exemplo, a IME tem dupla função. Usada por coerentistas e fundacionalistas como ferramenta para justificar e revir crenças. É empregada, outrossim, para defender específicas teorias de justificação. Fora do campo filosófico observa-se que a IME é uma espécie de raciocínio ordinário do dia a dia, porquanto a todo o tempo as pessoas inferem hipóteses a partir de evidências com base no poder explanatório. Um exemplo é o raciocínio do médico para se chegar a conclusão, a partir dos sintomas apresentados, que o paciente tem sarampo e não dengue. No campo judicial, o dolo do assassino é o que melhor explica a prova de que a vítima foi golpeada trinta vezes.¹⁵⁸

A IME pode ser vista sob uma perspectiva estática e outra dinâmica, sob a perspectiva estática a IME seria um guia para uma forma específica de argumento. Exemplo: O fato surpreendente C é observado; se A fosse verdadeiro, C seria o resultado natural; logo, há razão para suspeitar que A seja verdadeiro. Sob a perspectiva dinâmica, a IME seria um processo inferencial em que as hipóteses são formuladas e continuamente testadas de vários modos e partir do surgimento de novas evidências. Essas perspectivas não se excluem, são antes complementares.¹⁵⁹

Do ponto de vista estático, a IME pode ser apresentada na forma de dois padrões diferentes de argumentos, no primeiro em que há múltiplas hipóteses plausíveis, e um segundo em que há uma só hipótese plausível.

Modelo de hipóteses múltiplas:

- (1) E1, E2, ... En são evidências que demandam explicação;
- (2) Se qualquer das hipóteses H1, H2, ...Hn fossem verdade explicaria o conjunto de fatos En;
- (3) O conjunto de hipóteses representa todas as hipóteses plausíveis;
- (4) Hn confere melhor explicação que seus pares;
- (5) Logo, Hn é verdadeira;

Modelo de hipótese única:

- (1) E1, E2, ... En são evidências que demandam explicação;
- (2) Se a hipótese H fosse verdadeira, ela explicaria o conjunto de fatos;
- (3) H é o resultado do trabalho para conceber as hipóteses plausíveis;
- (4) H é boa o suficiente;

¹⁵⁸ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 113-114.

¹⁵⁹ Idem – *Op. Cit.* p. 115-116.

(5) H é verdadeira;¹⁶⁰

Outro conceito interessante de trazer à baila dentro da relação explanatória e a relação entre *explanandum* e *factum probans* e entre o *explanans* e o *factum probandum*. As evidências estão para o *explanandum* assim como os elementos de prova estão para o *factum probans*. As evidências consubstanciam o *explanandum* na relação explanatória porque estas justificam a hipótese, ou seja, o *explanans*. Já o *factum probans* prova o *factum probandum*. A relação probatória e a explanatória trabalham sobre o mesmo eixo, mas em direções opostas. Do ponto de vista probabilístico, o julgado vai da prova à hipótese. Já pela perspectiva explanatória o raciocínio é inverso, a partir da hipótese busca-se explicar a evidência.¹⁶¹

Uma questão importante é delimitar qual o conceito de explicação dentro da IME. Apesar de parecer simples, a questão é objeto de intensos debates no âmbito da filosofia. Como não é objetivo deste trabalho aprofundar-se no estudo específico da IME adotaremos a concepção de Lipton sobre a explicação. Para o mencionado autor a explicação em regra consubstancia causas, explicar um fenómeno é perscrutar a relação entre causa e efeito. O problema aqui é que um fato qualquer pode ter inúmeras causas, de forma que o desafio é como limitar esse conjunto de causas. A resposta de Lipton é que a limitação deve ocorrer por intermédio do fato contraste a partir da seguinte questão: por que isso ao invés daquilo? A análise do fato contraste é a chave para uma adequada seleção de uma causa para determinado fenómeno. Não se pode esquecer também que a resposta a questão supra depende do interesse de quem busca as respostas, se um estudante ou um advogado, por exemplo. De se notar também que é tecnicamente errado dizer que no mesmo argumento existem várias explicações para o fenómeno porque só o facto é que vai explicar o conjunto de evidências, as demais hipóteses no contexto não passam de explicações potenciais que em algum momento do processo explanatório não se mostraram suficientes para explicar aquele conjunto específico de evidências.¹⁶²

Quando se busca hipóteses explicativas para um determinado conjunto de evidências, é certo que o conjunto de explicações é invariavelmente muito grande. As explicações para aquele conjunto de evidências vão desde as mais simples até as mais complexas, incluídas aí as delirantes. Ocorre que do ponto de vista prático não se consideram para fins persecutórios todas as hipóteses explicativas, mas só aquelas que ultrapassam o que Brewer chama de filtro de plausibilidade, que consubstancia um processo em que o conhecimento de fundo, o denominado

¹⁶⁰ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 115-116.

¹⁶¹ Idem – *Op. Cit.* p. 117-118.

¹⁶² Idem – *Op. Cit.* p. 119-120.

background, exerce papel fundamental para delimitar um conjunto de explicações com a nota da plausibilidade. O chamado conhecimento de fundo, que é aquele produto de inferências explanatórias que se provaram ao longo do tempo, a medida que a humanidade vai sabendo mais sobre o mundo, mais o conjunto de evidências iniciais, são os ingredientes que vão dar o "start" para o início do processo explanatório viabilizado pela IME. Mesmo com o uso do *background* para delimitar o conjunto de hipóteses explicativas plausíveis ainda podem restar múltiplas explicações que explicam aquele conjunto de evidências, mas com o adequado desenvolvimento do raciocínio explanatório no caso concreto apenas uma hipótese explanatória se mostrará apta a justificar aquele específico conjunto probatório. Para os críticos da IME o risco que se apresenta neste processo é de o filtro de plausibilidade falhar deixando de fora a hipótese real. Lipton responde que as pessoas naturalmente são boas ranqueadoras de forma que também serão boas geradoras de hipóteses, entendimento contrário seria espalhar um ceticismo generalizado.¹⁶³

Alcançado um número de hipóteses explicativas plausíveis, é hora de avançarmos no método e avaliar esse grupo dentro de critérios competitivos. Esses critérios precipuamente têm por objetivo emprestar racionalidade ao método inferencial na busca pela melhor explicação. Nesse ponto a inferência para melhor explicação, para além de ampliar o conhecimento, desenvolve nessa fase uma função epistemológica, pois, por intermédio destes critérios, busca-se conferir uma maior credibilidade à hipótese tida como a mais provável no contexto. Como ensinam Lipton e Magnani citados por Eduardo Scarparo: “Como sempre existe mais de uma possível explicação para os fenómenos, não se pode inferir algo simplesmente porque é uma explicação possível. É necessário que seja a melhor explicação entre as apresentadas. Em outros termos, é necessário escolher e, para que isso não seja arbitrário, deve-se fixar critérios que viabilizem a competição entre as hipóteses explanatórias alcançadas por abdução”.¹⁶⁴

Definir qual é a melhor explicação é uma tarefa que se reveste de alta complexidade porque a questão é muito polémica no meio académico, e aqui reside uma das maiores dificuldades do método explanatório. Na prática, ao lidar com casos penais há uma tendência em tratar a melhor explicação como aquela que é a mais provável, todavia, considerando que as hipóteses podem ser muito prováveis, mas pouco explicativas, ou altamente explicativas, mas pouco prováveis, deve-se utilizar critérios explicativos como uma espécie de condutor da probabilidade. De forma resumida e adotando os critérios adotados por autores como Lipton e

¹⁶³ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 120-122.

¹⁶⁴ LIPTON, Peter; MAGNANI, Lorenzo *apud* SCARPARO, *Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica*, p. 313.

Thagard os critérios para se fazer uma consistente abordagem explanatória seriam a consiliência, simplicidade, analogia, coerência, mecanismo e conhecimento de mundo ou background. Consiliência seria a “medida de quanto uma teoria explica, para que nós possamos usá-la para dizer quando uma teoria explica mais da evidência do que outra teoria”.¹⁶⁵

É um critério que mede a força da teoria para explicar as evidências do ponto de vista quantitativo. Nesse quadro, a teoria será tanto mais consiliente quanto mais abrangente for, ou seja, quanto maior for o número de evidências justificáveis pela teoria. Um exemplo trazido por Deltan Dallagnol pode esclarecer como funciona a consiliência: “Se a teoria de que Caim matou Abel explica cinco testemunhos segundo os quais Caim matou Abel, prestados por pessoas que não conhecem umas às outras, e também um grupo de exames forenses que aponta no mesmo sentido, então aquela teoria é uma excelente explicação para a evidência. Ao contrário, a teoria de que Caim não matou Abel pode explicar exclusivamente o testemunho da mãe de Caim, que alegou que Caim estava com ela no momento do crime, quando há outra hipótese igualmente consiliente que consiste no fato de que a sua mãe mentiu para beneficiá-lo”. Assim, quanto mais evidências a teoria explica, mais consiliente ela será, ou seja, terá um poder explanatório aumentado.¹⁶⁶

Quanto ao critério da simplicidade, diz-se que quanto mais parcimoniosa é a explicação, tanto mais correta ela será para explicar as evidências. Para Thagard citado por Dallagnol quanto menor o número de hipóteses auxiliares para explicar partes do conjunto de evidências mais simples a hipótese principal será.¹⁶⁷

Um exemplo de Eduardo Scarparo poderá elucidar o significado de simplicidade na teoria explanatória:

“Trazendo ao pragmático, considere que alguém se apresenta a outrem com os olhos vermelhos, pensamento confuso, cambaleante e exalando um curioso perfume adocicado. Diante do quadro, poder-se-á eventualmente concluir que o recém-chegado dormiu mal, não está em seus melhores dias intelectuais, torceu o pé e esteve exposto recentemente a um forte incenso. Uma possível teoria contraposta indicaria o consumo de maconha. Pelo critério da simplicidade, a segunda teoria é preferida, pois embora as explicações complicadas sejam possíveis, elas oferecem mais entes para que estejam errados. Para vingar a primeira teoria, seria necessária uma combinação de eventos que, se individualmente não se mostram improváveis, a sua combinação é ocorrência raríssima e, por assim dizer, pouco fidedigna diante da alternativa mais óbvia”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ THAGARD, Paul R. *apud* DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 124.

¹⁶⁶ DALLAGNOL, **Op. cit.** p. 124-125.

¹⁶⁷ THAGARD, Paul *apud* DALLAGNOL, **Op. cit.** p. 125.

¹⁶⁸ SCARPARO, **Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica**, p. 324-325.

No que se refere a analogia como critério para seleção da melhor hipótese, verifica-se a proximidade lógica do raciocínio analógico com o explanatório, de modo que a analogia revela-se um critério metodológico para fazer a sintonia fina do processo explanatório. No processo analógico, hipóteses fáticas que possuem algumas evidências semelhantes levam a inferência de que elas dividem uma evidência adicional que está provada em uma das hipóteses. Assim, se A é x, y, z e h, e B como A é x, y, z, e h; se A também é w, logo, B como A, provavelmente também é w. A dificuldade aqui é justificar de forma legítima essa conclusão. Uma boa explicação residiria no fato de que se w explica porque A é x, y, z, e h também será uma explicação legítima para por que B também tem essas evidências.¹⁶⁹ A coerência é a um só tempo a ausência de contradição entre as proposições como a presença de vínculos consistentes e fortes entre elas. As proposições devem se encaixar de modo que cada crença sustente umas as outras. Para Glass, “grosso modo, a coerência de um conjunto de crenças descreve o quão bem elas se encaixam ou até que extensão elas sustentam uma à outra e isso parece ser o que é requerido pela IME. O cientista, o médico e o detetive poderiam todos ser descritos como tentando encontrar a hipótese que melhor se encaixa na evidência disponível”.¹⁷⁰

É preciso que se diga no ponto que não se está sendo contraditório ao defender um modelo de verdade como coerência quando o presente trabalho se mostra partidário da verdade como correspondência, mas reconhecendo a importância do relevante papel da coerência como critério explanatório, é dizer, como um critério racional para se crer em algo.

Entender o mecanismo de funcionamento do crime também pode consubstanciar um critério importante para alcance da melhor explicação no caso concreto. Por último, temos o conhecimento de mundo porque precisamos de crenças prévias para, juntamente com as evidências do caso, inferir outras crenças. O chamado background tem importância fundamental em matéria de prova e principalmente dentro do processo explanatório.

Para tratar da força do argumento explanatório, não se pode deixar de citar Josephson para quem mencionado argumento, para ser forte, depende do seguinte: (1) Quão decisivamente a primeira hipótese supera as alternativas; (2) Quão boa a hipótese é por si mesma, independente das alternativas; (3) Quão completa foi a busca por explicações alternativas; (4) Quão forte é a necessidade de se chegar a uma conclusão, especialmente considerando a possibilidade de se

¹⁶⁹ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 126.

¹⁷⁰ GLASS *apud* DALLAGNOL, *Ibidem*.

colher evidência adicional antes de decidir, e (5) Os custos de estar enganado e as recompensas de estar certo.¹⁷¹

Tudo que se disse até agora refere-se ao aspeto estático da Inferência para melhor explicação que, sem embargo, possui um importante aspeto dinâmico consubstanciado na colheita de evidências ao longo do processo explanatório que vai gerar novas hipóteses explanatórias testáveis. Como explicam Anderson, Schum e Twining, “a investigação de fatos, como um processo em desenvolvimento, é uma atividade dinâmica (...) Na medida em que a investigação prossegue, o investigador com frequência tem hipóteses em busca de evidências e, ao mesmo tempo, evidência em busca de hipóteses”.¹⁷²

São muitas as vantagens na utilização da lógica explanacionista para compreensão e análise das provas judiciais. Como já se disse aqui, pela IME, há uma inversão do raciocínio probatório porque se vai da hipótese para evidência, sedimentando e aprofundando o conhecimento da prova não só como argumento, mas também na análise do caso concreto. Entre as vantagens na aplicação da IME está o fato de que a tendência natural do ser humano no dia a dia é pensar segundo uma lógica explanacionista e não probabilística. Na aquisição de conhecimento normalmente se pensa por intermédio de histórias, as conclusões para validação de conhecimento no dia a dia se dão com base em critérios de coerência, simplicidade e singularidade, critérios conformados a um modelo explanatório de raciocínio. Um exemplo trazido por Dallagnol pode aclarar o que se diz aqui:

“Entro em minha casa e gostaria de saber se minha esposa lá se encontra. Até então, a evidência disponível não me permite conferir um peso maior às duas hipóteses alternativas, segundo as quais ela está ou não em casa, pois lá encontro minha esposa aproximadamente 50 por cento das vezes quando chego neste dia da semana e horário. Chamo-a pelo nome, e não há resposta. Isso favorece a hipótese de que ela está fora. Contudo, formulo algumas hipóteses alternativas que igualmente explicariam a ausência de resposta: ela pode estar na casa de banho, usando um secador de cabelo, ou usando um fone de ouvido junto ao computador. Dirijo-me ao escritório, onde encontro o computador, mas não minha esposa. Formulo a predição de que, se ela estivesse em casa, provavelmente o computador estaria ligado e, ao testá-lo, encontro-o sem sinais. Em seguida vou à casa de banho, e, antes mesmo de abrir a porta, não escuto nenhum ruído, o que enfraquece a hipótese de que ela lá esteja, pois posso predizer que, se estivesse, provavelmente haveria ruídos. A hipótese, esposa na casa de banho, é definitivamente excluída com o teste adicional, quando abro a porta e inspeciono visualmente o ambiente. Repentinamente, com base na minha experiência, ocorre-me um insight: embora fosse rara tal possibilidade, ela pode estar no quarto de depósito, do outro lado da casa, onde provavelmente não escutaria meus chamados. Dirijo-me até lá e chamo-a pelo nome, nada escutando. Antes de concluir definitivamente que ela não se encontra, passa-me em mente uma hipótese pouco plausível, mas terrível: algo pode ter acontecido e ela pode estar inconsciente dentro daquele quarto, o que explicaria a ausência de resposta e o silêncio.

¹⁷¹ JOSEPHSON, John R. *apud* DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 129.

¹⁷² TERENCE ANDERSON, DAVID SHUM WILLIAN TWINING *apud* DALLAGNOL, **Op. cit.** p. 131.

Giro a maçaneta, abro a porta e, para meu alívio, a última explicação plausível para a evidência é descartada. O resultado do processo de formulação de hipóteses, predições e testes me permite descartar a hipótese de que ela está em casa, concluindo que está fora”.¹⁷³

Pelo exemplo conclui-se que o raciocínio explanatório é uma habilidade humana que se pode ter como básica e que ocorre no dia a dia sem percebermos, para fins de aplicação desse raciocínio no âmbito do processo judicial é preciso, no entanto, que se estabeleça um passo a passo para conformação de um método para o raciocínio probatório de modo a aumentar a efetividade e controle racional da prática probatória. Outro aspecto vantajoso da IME é que ela pode ser um guia para o Bayesianismo na medida em que pode ser usada como instrumento de avaliação prévia das probabilidades de prova de uma dada proposição ou mesmo para indicar qual a evidência relevante para uma dada hipótese. Assim, o Bayesianismo e explanacionismo podem trabalhar em conjunto para descortinar a probabilidade e a verdade.¹⁷⁴

Uma outra vantagem da IME é que o raciocínio probatório é desenvolvido a partir de uma hipótese e com base no conjunto probatório total disponível, não a partir de uma evidência específica. Novamente um exemplo tirado do excelente livro de Deltan Dallagnol pode elucidar o que se afirma:

“Para tornar isso claro, suponha que um promotor diga que os testemunhos de João e Pedro, segundo os quais Caim disparou tiros contra Abel, são forte evidência de que Caim matou Abel. Por causa da força dessas provas específicas, Caim é condenado pela prática de homicídio. Suponha agora, tudo sendo igual, que surgem cem outras testemunhas depondo, cada uma afirmando que no dia do homicídio Caim estava se casando em outro país e passou todo o dia cercado dessas pessoas. Aquela evidência inicial, composta dos testemunhos de João e Pedro, não mudou em nenhum de seus aspectos intrínsecos. João é o mesmo, Pedro é o mesmo e seus testemunhos são os mesmos. Suas declarações são ainda forte evidência da autoria? Certamente que não. Portanto, as mesmas provas específicas, colocadas em diferentes contextos, sem qualquer mudança intrínseca, têm diferentes pesos”.¹⁷⁵

O exemplo deixa claro que em verdade o que se pesa é a hipótese e não a prova específica A ou B. No exemplo acima o que variou foi a força da hipótese de que Caim matou Abel por conta da variação do conjunto probatório. Como a evidência não pode ser analisada de forma específica, a discussão sobre o peso da prova indiciária em relação a prova direta, por exemplo, é destituída de sentido porque não se determina o peso de uma determinada prova *a priori* mas sim do conjunto de evidências de forma global.

¹⁷³ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 131-132.

¹⁷⁴ Idem – *Op. Cit.* p. 138.

¹⁷⁵ Idem – *Op. Cit.* p. 140.

Outro ponto de importante aplicação da IME se dá em relação à definição dos “standards” probatórios. Nesse sentido, o raciocínio explanatório tem recebido atenção dos juristas como um modelo de auxílio na definição do “standard” probatório, isto porque para estes autores a IME permitiria uma melhor compreensão do problema. Como se sabe, do ponto de vista probatório, duas questões estão intimamente conectadas e trazem uma carga de complexidade em qualquer julgamento. Uma é a avaliação do peso da evidência, a outra é a suficiência deste peso para dar aquela questão como provada no âmbito de um determinado processo judicial. Num primeiro momento avalia-se até que grau aquela proposição foi provada, a seguir questiona-se se aquele grau de prova é suficiente para amparar um provimento judicial naquele caso, aqui está localizado o problema do “standard” probatório. Aqui o problema pode se agravar porque podemos esbarrar na subjetividade da balança, na medida em que cada magistrado pode ter a sua própria métrica. Sem aprofundar a questão, que não é objeto deste trabalho, embora a aplicação da IME na definição dos “standards” probatórios ainda demande detalhamento e aperfeiçoamento que não cabem ser esmiuçados neste trabalho, é certo que a IME, embora não seja uma solução completa para a questão, oferece, de outro lado, importantes avanços, até porque não é fácil estabelecer os limites de cada “standard” probatório no processo judicial. Todavia, a adoção da IME na definição do “standard” soma três avanços, o primeiro diz respeito ao estabelecimento de uma régua única pela qual o “standard” probatório será medido. Em segundo lugar, e conforme afirmado em linhas anteriores, no raciocínio explanatório o conjunto probatório é analisado de forma global porque o que se pesa é a hipótese e não um determinado elemento probatório. Por último, o raciocínio explanatório afasta subjetivismos porque o foco está na objetiva explicação da hipótese e não nos graus de confiança do magistrado.¹⁷⁶

¹⁷⁶ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 143-146.

4 Prova Indiciária

O estudo da prova indiciária se revela de extrema relevância dentro do espectro do direito probatório, além de se revestir de grande polêmica, uma vez que alguns sustentam o seu baixo valor probatório para suplantar o princípio da presunção da inocência. Recorda-se que a prova indiciária foi, em idos tempos, muito ligada à tirania, uma vez que qualquer suspeita poderia levar ao patíbulo, o que levou a demora dessa prova ser reconhecida como prova criminal, valendo notar, que mesmo quando começou a ser admitida isto deu-se não sem grandes vacilações.

Não se desconhece que a imputação de um fato criminoso ao cidadão por parte de órgãos estatais consubstancia a forma mais grave de ataque aos direitos fundamentais do indivíduo.

Já se disse neste trabalho que se por um lado o poder estatal tem o dever de, uma vez vulnerada a ordem jurídica com um fato típico, buscar a responsabilização dos indivíduos que praticaram esta conduta como forma de tutelar esta mesma ordem jurídica e, por consequência, os bens jurídicos relevantes para aquela sociedade no espaço-tempo, por outro, essa imposição de graves sanções criminais ao indivíduo, não pode ser feita primeiro, sem o necessário respeito aos direitos fundamentais, e, por último, sem a necessária comprovação cabal da culpabilidade do agente a quem se imputa a prática criminosa.

Pois bem, numa sociedade cada vez mais complexa, o aparato estatal vai encontrando cada vez mais dificuldades para apurar e punir condutas criminosas. A crescente especialização e modernização da criminalidade organizada vai exigindo do sistema criminal uma sofisticação cada vez maior como uma espécie de contraveneno à crescente complexidade dos fatos a serem apurados, muitas vezes com repercussões transfronteiriças. A moderna criminalidade dificulta ao máximo a descoberta das suas condutas, de forma que é muito difícil, durante a investigação, a obtenção de provas diretas dos fatos consequência, de modo que doutrina e jurisprudência não podem deixar de abordar e estudar o tema da prova indiciária, veja que Andrey Borges de Mendonça chega a afirmar que em matéria de branqueamento de capitais: “a prova indiciária adquire especial importância no delito de lavagem de dinheiro, já tendo se afirmado que se trata da rainha das provas em matéria de lavagem. Realmente, é a utilização da prova indiciária que poderá permitir uma eficaz persecução penal dos delitos de lavagem, impedindo que a impunidade reine nesta espécie de delitos”.¹⁷⁷

¹⁷⁷ LOMBARDERO EXPOSITO, Luis Manuel *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de – Do processo e julgamento, p. 501-503.

Outro fator que torna fundamental a abordagem e o estudo da prova indiciária é que tanto a jurisprudência brasileira quanto a portuguesa, aquela em maior grau, se ressentem de um certo atraso no tratamento do tema, especialmente em relação à jurisprudência americana, espanhola e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Outra razão é que reina uma certa confusão de conceitos entre os diversos autores pesquisados, o que resulta numa inadequada compreensão do tema, mormente porque o tema não é estudado a luz da lógica e da epistemologia. Tanto que Antônio Dellepiane em obra paradigmática sobre o tema assim nos diz:

“O primeiro fato que devemos notar, ao iniciar o estudo sobre a teoria da prova indiciária, é a grande confusão de ideias, a profunda anarquia de opiniões existentes entre os autores que escreveram sobre a matéria. A terminologia por eles usada é vaga, pessoal, flutuante. Que se entende por indício, por presunção, por suspeita? A este respeito, nem sempre se harmonizam os tratadistas. E o mesmo se dá quando se trata de determinar a índole da operação mental que se efetua no caso em tese e cujo respeito LOPEZ MORENO insiste reiteradamente em inculcar a ideia de que essa operação consiste em uma indução (op. cit. pag. 318 e 325). MITTERMAYER E BONNIER falam já de indução, ao referirem-se ao processo lógico indiciário. Por último, igual divergência e imprecisão de opiniões encontramos no que se refere à importante e delicada questão de saber qual é o fundamento racional da prova indiciária, quando se trata de certeza adquirida mediante concurso de indícios; como também sobre o interessante ponto relativo às condições necessárias para chegar-se à certeza ao usar este meio de prova”.¹⁷⁸

Apesar de toda a cizânia doutrinária que paira sobre o tema, é inegável que hodiernamente a prova indiciária tem apresentado cada vez mais importância na jurisprudência dos tribunais, tanto que Santiago Lopez Moreno chega a afirmar que: “*Y, sin embargo, la prueba de indicios bien puede asegurarse que sirve de fundamento a la condena en la mayoría de los procesos criminales; es decir, que ella sola encarna más importancia que todas las restantes pruebas juntas. Bien merece, pues, la pena de ser estudiada y conocida, no solo por los juzgadores, cuya rectitud é ilustracion son la única regla en el asunto, mas de todos quanto puedan ser juzgados*”.¹⁷⁹

Assim, tendo por ressaltada a importância do tema, passaremos nos dois tópicos seguintes a estudarmos duas necessárias distinções.

4.1 Prova por indícios e indícios de prova

O vocábulo indício no direito processual apresenta forte equivocidade. No ensinamento de Walter Coelho o vocábulo tem origem latina, sendo que alguns dizem que a

¹⁷⁸ DELLEPIANE, Antonio – **Nova teoria da prova**, p. 76-77.

¹⁷⁹ LOPES MORENO, Santiago – **La prueba de indicios**, p. 4.

palavra tem origem, provém de *induco*, cuja etimologia decorre da preposição *in* com o verbo *ducere*, cujo significado seria levar a, conduzir a; outros sustentam que o vocábulo teria origem no verbo “*indicare*” e, por fim, outros deduzem que a origem da palavra *indício* decorreria da palavra *index*, ou seja, aquilo que aponta para alguma pessoa ou coisa.¹⁸⁰

No direito processual brasileiro o vocábulo *indício* aparece denotando pelo menos dois significados, ora significa prova por indícios, ora significa indícios de prova. Ou seja, de um lado o termo é ligado ao conceito de prova indiciária, sendo que neste sentido o vocábulo *indício* nada mais é que o fato indiciador a partir do qual se infere o fato indicado, fato este que no processo penal se relaciona com o delito ou parte dele e aí pode-se afirmar que neste contexto, o *indício* seria o “*factum probans*” cuja inferência levará ao “*factum probandum*”, é este o sentido vazado no artigo 239 do Código de Processo Penal brasileiro cuja redação é a seguinte: *Art. 239 – Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Mas basta uma leitura atenta ao Código Processual brasileiro para perceber que o termo *indício* também pode significar princípio ou começo de prova, é dizer, naquele caso específico investigado há um conjunto de elementos que ensejam uma suspeita de certo grau, não suficiente para a certeza, da prática de uma infração penal. É importante perceber que neste sentido, esse conjunto inicial de elementos probatórios pode conter tanto as chamadas provas diretas quanto as provas indiretas. Pois bem, se no primeiro sentido temos a prova por indícios, neste segundo sentido temos o *indício* de prova.¹⁸¹

Essa ambiguidade de sentido foi captada com agudeza pela pena do professor Andrey Borges de Mendonça, veja-se:

“No Brasil, esta importância ainda não foi visualizada por parcela da doutrina e da jurisprudência que continua a possuir enorme resistência em aceitar a possibilidade de condenação com base em indícios. Porém, esta resistência se deve, em parte, a um equívoco na fixação dos conceitos. A palavra *indícios* é polissêmica e foi empregada pelo próprio legislador, no CPP, de diversas maneiras diferentes, com sentidos variados em relação ao distinto momento processual em que é utilizada. Em um desses sentidos, o legislador faz menção aos indícios de prova, referindo-se a um conjunto de provas que permita um juízo de probabilidade. Assim, para o início das investigações, necessária a existência de indícios da prática delitiva. Na fase judicial, para o recebimento da denúncia, necessários indícios de autoria e prova da materialidade. Assim também para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP) e das medidas cautelares patrimoniais (arts. 126 e 134 do CPP). Porém, veja que a expressão *indícios*, neste sentido, deve ser interpretada não como prova indireta, mas sim como um conjunto de provas que demonstrem, razoavelmente, uma suspeita fundada, baseada em algum dado objetivo, ou, nas palavras de Moro, ‘no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena, à semelhança do emprego do mesmo termo em dispositivos como o art. 126 e o art. 312 do

¹⁸⁰ COELHO, Walter – **Prova indiciária em matéria criminal**, p. 13.

¹⁸¹ DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 152.

CPP'. Em outras palavras, a expressão indícios, nesta aceção, está se referindo a uma cognição vertical (quanto a profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória. Vale destacar que o próprio STF já reconheceu esses sentidos polissêmicos (STF – RE 287658 e HC 83.452/PE). Porém, estes indícios de prova não podem ser confundidos com a prova de indícios, esta sim disciplinada no art. 239 do CPP, aqui considerada em sua dimensão probatória. A prova de indícios é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por via de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência, que se quer provar. (...) Assim, ao contrário do que alguns afirmam, a prova indiciária pode – e no caso da lavagem, deve, em razão da dificuldade de se obter provas diretas – ser utilizada para embasar um decreto condenatório, pois permite uma cognição profunda no plano vertical, se sorte a permitir que o juízo forme a sua cognição acima de qualquer dúvida razoável”.¹⁸²

O objeto de estudo nesse trabalho é a prova por indícios, antes, porém, vamos traçar algumas linhas para diferenciar indício de presunção.

4.2 Indícios e presunções

Como apontado por alguns doutrinadores, há um certo desacerto na doutrina quando se tenta elaborar a diferença entre indícios e presunções. Para alguns, o desacerto doutrinário pode ser justificado pela grande semelhança entre o raciocínio inferencial da prova indireta e aquele utilizado no raciocínio presuntivo. Maria Tereza Rocha de Assis Moura nos dá uma noção básica do que seja presunção:

“Etimologicamente, presunção (do latim praesumption, onis, do verbo praesumere) tem o significado de tomar antes; ideia antecipada, previsão, conjectura; opinião, crença, prejuízo; suposição de uma coisa como certa, sem que esteja provada. De acordo com sua aceção literal, presunção equivale, pois, a pressuposto, preconcebido, juízo antecipado. Em sentido vulgar, a palavra é empregada em diferentes sentidos: corresponde a ação ou efeito de presumir; suspeita, suposição, desconfiança, conjectura, opinião ou juízo baseado nas aparências; vaidade, afetação, arrogância, orgulho, jactância de si mesmo. Sob aspecto jurídico, a presunção vem, em geral, definida nos dicionários como consequência ou ilação que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido”.¹⁸³

Alguns como Mittermayer tratam essas expressões como sinónimas, veja-se a propósito trecho do seu livro Tratado de la prueba em matéria criminal quando trata da prova artificial: “*La prueba artificial se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen de los hechos: los indícios o las presunciones (1) son los medios de hacerla funcionar*”.¹⁸⁴ Outros, como a já citada Maria Tereza Rocha de Assis Moura, tratam os vocábulos ressaltando as suas diferenças, veja-se: “(...) esta é a ilação que o magistrado tira de

¹⁸² MENDONÇA, Do processo e julgamento, p. 501-503.

¹⁸³ MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis – **A prova por indícios no processo penal**, p. 47.

¹⁸⁴ MITTERMAIER, **Tratado de la prueba em matéria criminal**, p. 371.

um fato conhecido, partindo tão somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como provável, fato desconhecido. Vale dizer, antes que de outra forma seja provado. Aquele, o indício, remonta, de fato específico, certo, concreto, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum”,¹⁸⁵ mas, mesmo entre estes doutrinadores, não se pode deixar de perceber que as distinções são as mais variegadas.

Uma linha de pensamento que é bastante comum entre doutrinadores civilistas e do processo civil no Brasil é diferenciar indício de presunção pela posição que estes termos ocupam no raciocínio inferencial, desse modo, o indício faria o papel de uma espécie de suporte fático do raciocínio inferencial, enquanto a presunção seria o resultado da ilação. Nesse sentido, os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart: “Por outro lado, não é possível esquecer o papel das regras de experiência na formação das presunções. As presunções são formadas a partir dos indícios, ou melhor, das provas indiciárias, mas sempre com base em regras de experiência – comuns ou técnicas”.¹⁸⁶

Porém, como adverte Maria Tereza de Assis Moura considerar que a presunção é a conclusão do raciocínio inferencial “é confundi-la com a inferência indiciária”.¹⁸⁷ Uma outra corrente doutrinária pega boleia na distinção sobre a natureza da inferência utilizada no raciocínio probatório, a esse respeito Dellepiane já constatava a dificuldade de consenso a respeito do tema: “Assim, no que diz respeito com o processo que segue o espírito humano para chegar à verdade em casos determinados, como, por exemplo, quando se trata de prova indiciária, existe uma completa anarquia de opiniões entre autores, pois enquanto, para uns, se trata de um processo indutivo, trata-se, para outros, de processo dedutivo, ou de um processo por analogia, etc.”¹⁸⁸

A partir destas distinções sobre a natureza da inferência empregada nos raciocínios probatórios, Maria Tereza de Assis Moura diz que: “na presunção, diferentemente do indício, não há o trabalho indutivo, porque lhe falta o elemento particular, que se move em direção à regra geral”.¹⁸⁹ Walter Coelho em trabalho sobre a prova indiciária cita Lopez Moreno que também diferencia indício de presunção a partir da natureza inferencial do raciocínio probatório: “Para Lopez Moreno, na prova indiciária recorre-se ao processo lógico da dedução

¹⁸⁵ MOURA, **A prova por indícios no processo penal**, p. 55.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz – **Prova**, p. 370.

¹⁸⁷ MOURA, **Op. Cit.** p. 53.

¹⁸⁸ DELLEPIANE, **Nova teoria da prova**, p. 19.

¹⁸⁹ MOURA, **Op. Cit.** p. 53.

(in *La prueba de los indícios*, Madrid, 1897). Em contrário, Dellepiane (*op. cit.*) para quem, no caso, o processo lógico é o da indução”.¹⁹⁰

Por fim, uma terceira corrente doutrinária procura diferenciar indício de presunção pela natureza do argumento probatório. A esse respeito cumpre mencionar o que ensina Walter Coelho sobre o raciocínio: “O raciocínio é sempre um juízo decorrente de dois outros juízos, em que cada um deles é expresso numa proposição, podendo, assim, ser decomposto em: premissa maior, premissa menor e conclusão. O juízo, por sua vez, nada mais é que a relação entre duas ideias, relações essas que serão de identidade ou diversidade. Dessa bipartição fundamental decorrerão todos os juízos possíveis: das relações de identidade surgem os juízos analíticos e das relações de diversidade provêm os juízos sintéticos. Na primeira hipótese teremos o princípio básico da identidade: o que é, é; na segunda hipótese (diversidade) uma coisa atua ou gera sua eficácia sobre a outra e teremos o princípio da causalidade: todo fenómeno tem uma causa”.¹⁹¹

Nesse sentido, Malatesta conclui que o raciocínio probatório indireto, do ponto de vista lógico, se desenvolve a partir da experiência, já do ponto de vista ontológico pode ser de duas espécies, um decorrente do princípio da identidade e o segundo decorrendo do princípio da causalidade. A partir dessas premissas, Malatesta sustenta que estas espécies de argumentos probatórios só podem conduzir a duas classes de prova indireta, a primeira baseada na relação de identidade que o autor denomina de presunção e a segunda que se fundamenta na relação de causalidade, o que para o autor seria o indício. E segue o autor para concluir que “sempre que, a propósito da argumentação indireta, na premissa maior do raciocínio probatório se está diante da atribuição de uma qualidade a um sujeito, o raciocínio leva a uma presunção propriamente dita. Quando, pois, na premissa maior do raciocínio probatório, é atribuída uma causa a determinado efeito, ou vice-versa, o raciocínio é indiciativo, isto é, daqueles que levam a um indício propriamente dito”.¹⁹²

Cabe mencionar que para o supracitado autor a lógica inferencial utilizada tanto no raciocínio indiciário quanto no raciocínio presuntivo é a mesma, ou seja, a lógica utilizada em ambos os raciocínios é a lógica indutiva, ou seja, embora as premissas inferenciais sejam diversas, a lógica aplicada para o desfecho do raciocínio é a mesma porque tanto a relação de causalidade entre o indício e o fato probando quanto a relação de identidade entre os objetos da presunção são baseadas na aplicação de regras da experiência, seja comum ou técnica.

¹⁹⁰ COELHO, **Prova indiciária em matéria criminal**, p. 19.

¹⁹¹ Idem – **Op. Cit.** p. 21.

¹⁹² MALATESTA, **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 213-214.

4.3 Prova direta e prova indireta

A prova tem por objetivo plasmar no espírito humano a verdade objetiva dos fatos investigados. Tanto a pessoa ou a coisa, de onde se extrai o conteúdo da prova, reproduzem no espírito humano a sua relação com a verdade, o que faz com que a percebamos. Daí que é importante estudar a prova segundo o seu objeto ou conteúdo, ou seja, na relação da prova com a coisa provada, de modo que seja natural tomar como ponto de partida no estudo da prova sua natureza objetiva. É o que Malatesta denomina de critério substancial da classificação das provas. De se ressaltar que esta classificação relaciona-se sempre com uma verdade específica e concreta que se deseja verificar, ou seja, esta classificação só oferece sentido a partir da identificação de qual fato se quer esclarecer, para só então passarmos a examinar a relação do conteúdo probatório com o fato investigado ou perseguido no processo. Ora, só se instaura o juízo penal para se verificar e confirmar uma forte suspeita de criminalidade de modo que a verdade no juízo criminal converge para o delito, assim, o objetivo da crítica criminal é fomentar regras lógicas para diminuir a possibilidade de erro na persecução penal de modo a encontrar um resultado mais consonante com a verdade objetiva.¹⁹³

Assim, e partindo-se da premissa que o delito é a verdade que se tenta verificar, a prova pode se relacionar imediatamente com o delito ou um de seus elementos, ainda que mínimos, caso em que se tem a denominada prova direta ou, pode, por outro lado, relacionar-se de forma imediata com uma coisa diversa do delito, mas que uma vez provada pode se ligar mediamente ao fato criminoso, e aí teremos a denominada prova indireta. Importa frisar que a relação imediata com fato delituoso pode se dar por intermédio de uma pessoa ou coisa, assim como a relação mediata também pode se dar nesses termos tendo em conta a natureza subjetiva das provas que a divisa em provas pessoais e reais.¹⁹⁴ Alguns doutrinadores, segundo Malatesta, consideram prova direta somente aquela que prova todo o delito, o que se mostra equivocado na medida em que é bastante improvável que uma única prova demonstre todo o "iter" criminal, assim, para o autor, a prova direta é aquela que se refere a partes do delito ainda que mínimas. Outros doutrinadores afirmam que a prova direta é o testemunho, a confissão e o documento, sendo o indício um exemplo de prova indireta. O equívoco dessa posição parece estar no tratamento confuso entre diversas categorias probatórias, uma vez que o testemunho, a

¹⁹³ MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 171-172.

¹⁹⁴ Idem – *Op. Cit.* p. 173.

confissão e o documento são categorias formais de prova e o indício se enquadra como modalidade substancial de prova.¹⁹⁵

Aliás, sobre esta questão, não se pode deixar de reconhecer um equívoco do Código de Processo Penal brasileiro ao tratar da prova indiciária no artigo 239 dentro do capítulo “Da Prova” e, logo após, a regulamentação das perícias, interrogatório, da confissão, do ofendido, das testemunhas, do reconhecimento das pessoas e coisas, da acareação e dos documentos, isto porque a análise topográfica do CPP brasileiro leva à conclusão de que o legislador brasileiro não estabeleceu uma adequada compreensão da prova indireta uma vez que, por exemplo, a prova documental pode consubstanciar prova direta, quando se referir a um elemento do crime, ou, pode consistir em prova indireta quando se referir a um elemento de prova que uma vez demonstrado leva a conclusão de ocorrência de outro fato por raciocínio inferencial, o que revela o desacerto da localização topográfica da prova indiciária no código brasileiro.

Malatesta segue divisando prova direta da indireta ao analisar a forma como a razão do juiz reage quando tem que racionar sobre estas modalidades de prova. Para o autor, a prova sempre terá um sujeito e um objeto, sendo que o sujeito é a pessoa ou coisa que afirma e o objeto é o fato demonstrado. Pois bem, quando se quer chegar a verdade daquele fato demonstrado, é preciso antes avaliar a credibilidade de quem o afirma. Assim, diz Malatesta: “Uma pessoa ou coisa se apresentam em juízo fazendo uma afirmação. É preciso começar por avaliar a credibilidade deste sujeito pessoal ou real de prova e a credibilidade consiste na relação entre o sujeito que afirma e a afirmação: relação de veracidade ou falsidade entre a pessoa que afirma e sua afirmação; relação de veracidade ou falsidade entre a coisa que atesta e suas atestações”.¹⁹⁶

Para o autor, a avaliação desta credibilidade seria sempre feita pela razão, de modo que no ponto não há distinção entre a prova direta e a indireta, assim tanto no testemunho de que Tibério viu Semprônio atirar em Malaquias, como no caso de ter visto apenas a fuga de Semprônio o magistrado terá que necessariamente avaliar a credibilidade do testemunho de Tibério. Esse exame de credibilidade também acontece no caso das provas reais, sejam diretas ou indiretas. Diferentemente ocorre quando se avalia o conteúdo da prova, onde, na opinião do autor, parte da doutrina não tem percebido a relevante diferença entre as modalidades probatórias. Novamente cita-se Malatesta pela clareza do exemplo:

¹⁹⁵ MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 173.

¹⁹⁶ Idem – *Op. Cit.* p. 175-176.

“Começamos pela prova pessoal. Uma testemunha vem declarar em juízo ter visto Tício disparar um tiro contra Caio. Diante desta prova pessoal direta do disparo, quando a razão do juiz fixou como argumentos lógicos a credibilidade da testemunha, não pode deixar de afirmar o conteúdo do testemunho. O disparo do tiro contra Caio, materialidade criminosa que se contém no testemunho, é afirmado espontânea, direta e naturalmente, sem nenhum esforço de raciocínio, desde o momento que se admite a crença na testemunha. Quando, por força da avaliação subjetiva, se é levado a admitir a veracidade da afirmação direta, a verdade do que foi afirmado, a cuja investigação se dirige a avaliação objetiva, deve admitir-se, por consequência, imprescindível, sem trabalho de raciocínio. Mas isto não acontece quando se trata de prova indireta. Continuemos no exame da prova pessoal. Uma testemunha vem declarar em juízo ter visto o acusado fugir no dia tal, a tal hora. Estamos diante de um testemunho indireto. Depois de termos estabelecido a credibilidade da testemunha e depois de termos concluído pela veracidade da fuga, coisa imediatamente provada, nada tem de positivo em relação à conclusão final da prova, isto é, relativamente ao delito que se quer apurar. Torna-se necessária uma segunda avaliação, a objetiva da prova, da relação que o fato da fuga tem com o delito”.¹⁹⁷

Em resumo, para o autor não há diferença quando se avalia a prova do ponto de vista subjetivo, caso em que necessariamente a razão do magistrado atua para aferir a credibilidade da pessoa ou coisa que afirma. A diferença se dá do ponto de vista da avaliação objetiva porquanto na prova direta uma vez aceita a credibilidade não há esforço de raciocínio para se concluir pela veracidade da afirmação, já na prova indireta seria necessária uma inferência para se concluir pela ocorrência do fato consequência, ou seja, o fato que se mira provar.¹⁹⁸

Assim, em termos de valoração da prova direta e indireta para a doutrina tradicional, esta deve ser feita em relação à prova direta, considerando a credibilidade sob três aspetos. Tomando-se como exemplo a prova testemunhal direta, a credibilidade será aferida em razão do sujeito da prova, ou seja, a pessoa que dá a declaração, em segundo lugar, de acordo com a forma, momento em que será avaliada as expressões orais e corporais da pessoa e, por último, a credibilidade do conteúdo propriamente dito, é dizer, se o conteúdo refere-se a todo o delito ou parte dele. Nessa toada, pelo parâmetro da credibilidade subjetiva faz-se uma avaliação se a testemunha não se engana ou se não quer enganar, assim, há testemunhas que são inidôneas por uma questão intelectual ou mesmo por ter uma relação de parentesco com o réu, ou mesmo por nutrir um ódio ou amor ao réu ou um dos envolvidos no fato criminoso seja como réu ou vítima.¹⁹⁹

Igualmente, do ponto de vista formal, a análise da credibilidade vai perscrutar se, ao se expressar, a testemunha usou de clareza de linguagem, se suas expressões indicam alguma animosidade, excitação ou perturbação e, se há identidade de suas declarações com outras já dadas em outro momento no processo. Por fim, a credibilidade é aferida do ponto de vista do

¹⁹⁷ MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 180.

¹⁹⁸ Idem – *Op. Cit.* p. 181.

¹⁹⁹ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 175.

conteúdo, ou seja, se a narrativa é verossímil ou crível, se há detalhes ou o fato é narrado de forma geral, se há um contexto e dentro disso se há alguma contradição.²⁰⁰ Como já se disse, na prova indireta haveria toda essa verificação sobre a credibilidade nessas três vertentes mais a necessária inferência entre o fato base e o fato principal.

Podemos concluir assim que, para a doutrina tradicional, na valoração da prova direta há uma simples análise de credibilidade da prova que uma vez ultrapassada leva à admissão e, portanto, à convicção do conteúdo afirmado pela pessoa ou coisa, já em relação à prova indireta, sem embargo de haver toda essa análise de credibilidade, especialmente entre o testemunho ou a coisa que leva ao fato indiciário, haveria, ainda um trabalho adicional, um percurso inferencial para, a partir do fato indiciário, se chegar ao fato principal.

4.4 Breves apontamentos sobre a crise da distinção entre prova direta e indireta

O ponto fulcral que diferencia a prova direta da prova indireta segundo uma visão tradicional da doutrina é o fato de na prova indireta existir uma necessária inferência para a partir do fato indiciário se chegar ao fato principal, o que não ocorre na valoração da prova direta que é objeto de simples exame de credibilidade. Para reforçar o que se disse cita-se posicionamento de diversos autores que parecem ir no sentido do que se afirma até aqui:

- Aranha: “Prova pode ser direta, se referir-se imediatamente ao fato probando, ao fato cuja prova é desejada, ou indireta, caso afirme outro fato do qual, por via de raciocínio, se chega ao que se deseja provar, necessitando, destarte, para sua apreciação, um trabalho de raciocínio indutivo”.²⁰¹
- Oliveira: “Pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato”.²⁰²
- Feitoza: Indício é o fato provado (ou fato indicante) que, por sua relação com o fato probando (ou fato indicado), autoriza concluir algo sobre este último.²⁰³
- Moura: Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.²⁰⁴

²⁰⁰ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 176.

²⁰¹ ARANHA, José Q. T. de Camargo *apud* DALLAGNOL, *Op. Cit.* p. 186.

²⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli *apud* DALLAGNOL, *Op. Cit.* p. 186.

²⁰³ FEITOZA, Denilson *apud* DALLAGNOL, *Op. Cit.* p. 186.

²⁰⁴ MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis *apud* DALLAGNOL, *Op. Cit.* p. 186.

- Dellepiane (Argentina): “Os autores de direito processual distinguem seis provas ou meios de provas principais e autônomos, que são: a verificação judicial, a prova pericial, a confissão, as testemunhas, a prova literal e a indiciária (...) Estas chamadas provas soem classificar-se em dois grupos ou classes: provas diretas que são as cinco primeiras, e prova indireta, a qual é a última. A base desta distinção reside em que, entre as primeiras e o fato sobre que depõem ou que demonstram, não se intercala fato algum diferente; enquanto que, tratando-se da última, sim, se intercala. (...) Nesta prova indireta), teremos três termos: 1º P, isto é, uma prova direta que leva a h, fato indiciário, intermediário, o qual, por sua vez e mediante uma inferência, conduz a H, fato principal, fato cuja existência se trata de estabelecer”.²⁰⁵

No mesmo sentido, alguns autores do *common law*:

- GARDNER ANDERSON: Enquanto prova direta pode ser usada para provar diretamente fatos, prova circunstancial requer que o julgador extraia inferências. Uma inferência é uma conclusão que pode ser extraída de um fato.²⁰⁶
- INGRAM: “Prova direta é prova que é baseada em conhecimento pessoal ou observação e que, se verdadeira, prova o fato sem inferência ou presunção”. [Nota: Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009)] “Historicamente, prova direta tem sido vista como prova que está dentro do conhecimento pessoal da testemunha e não requer a extração de uma inferência para suportar a proposição para a qual ela é oferecida. [Nota: Compton v. Lowe’s Cos., 2011 U.S. Dist. Lexis 12207 (S.D. III. 2011)] (...) Prova Circunstancial, algumas vezes chamada prova indireta, é assim chamada porque a verdade é descoberta mediante inferências de probabilidades emanando de uma associação de fatos”.²⁰⁷
- WARTHON: “Prova direta é aquela que prova o fato sem uma inferência ou presunção e que em si própria, se verdadeira, estabelece aquele fato”. (Nota 39: Mont. Conde Ann §26-2-102(5). (...) Prova circunstancial é prova da qual o julgador pode inferir se os fatos em disputa existiram ou não existiram. É possível que o julgador extraia essa inferência se uma relação razoável existe entre os fatos conhecidos e as circunstâncias e fatos que se buscam provar.²⁰⁸

²⁰⁵ DELLEPIANE, Antonio *apud* DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 186.

²⁰⁶ THOMAS J. GARDNER TERRY M. ANDERSON *apud* DALLAGNOL, **Op. Cit.** p. 188.

²⁰⁷ JEFFERSON L. INGRAM *apud* DALLAGNOL, **Op. Cit.** p. 188.

²⁰⁸ WHARTON *apud* DALLAGNOL, **Op. Cit.** p. 189.

Essa visão tradicional da dicotomia entre prova direta e indireta apresenta problemas. Um deles consiste, como já se mencionou neste trabalho, na percepção de que não são os fatos que consistem no objeto de prova, mas sim as proposições ou, mais especificamente, as afirmações de fato. Todavia, o principal problema da visão tradicional é que, embora haja uma explicação de como se vai do indício ao fato consequência (método inferencial), essa doutrina não consegue dar uma explicação de como se vai da prova direta ao fato consequência ou mesmo da prova ao indício. Malatesta tenta justificar, ainda que de forma implícita, argumentando que estas ligações são feitas pela análise da credibilidade da prova, ou seja, tanto na prova direta quanto na primeira fase da prova indireta, em que se vai da prova ao indício, a avaliação é meramente subjetiva, de modo que se a prova for subjetivamente confiável a credibilidade do conteúdo é inerente ao juízo de credibilidade. Porém, como afirma Deltan Dallagnol “evidências (crenças embasadoras) e o objeto da prova (crenças ou hipóteses embasadas) são sempre conectados por inferências, dentro de um processo de raciocínio no qual o conhecimento de background desempenha um importante papel. É seguro afirmar que há sempre uma ligação inferencial entre prova direta e seu objeto dentro do contexto do julgamento dos fatos”.²⁰⁹

Como a prova é relacional e esta relação se dá entre crenças embasadoras e crenças embasadas o background ou conhecimento de fundo, ou de mundo se torna essencial em todo e qualquer raciocínio probatório. Veja que Taruffo, depois de reconhecer a importância do conhecimento de fundo, afirma que “o dado geral que é colocado como manifesto é que a avaliação do grau de aceitabilidade de um elemento de prova é resultado de inferências”.²¹⁰

Para reforçar essa linha de entendimento, que prega que tanto na prova direta quanto na prova indireta há sempre algum grau de inferência, cumpre trazer a lume uma didática classificação do termo prova que termina por dividi-las entre demonstrativas, experimentais, históricas e judiciais. O critério é estabelecido com base no conteúdo que se quer provar. Assim, dados abstratos e hipóteses científicas são provadas por meios demonstrativos, já as ciências naturais são objeto de experiência. Já a prova histórica e judicial guardam alguma semelhança, uma vez que ambas têm a nota característica de reproduzir um fato único e irrepetível ocorrido em algum lugar do passado, mas note-se, diferentemente da prova histórica, a judicial é uma prova que deve ser produzida no âmbito de um processo judicial obviamente com todas as limitações e garantias que visam proteger também outros valores, igualmente ou mais importantes, que a teleologia da verdade. Assim, diferentemente da prova experimental,

²⁰⁹ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 191.

²¹⁰ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 262-263.

por exemplo, que pode, a partir da sua reprodução, enquadrar-se em categorias universais, a prova jurídica, justamente pela característica de buscar comprovar um fato único e irrepetível, não é passível de um juízo universalizante. Desse modo, a prova jurídica de um modo geral não sobrevive de forma legítima sem a devida justificação.²¹¹

A prova jurídica busca reproduzir fatos passados e assim descortinar a dúvida inicial do processo sobre conhecimento a respeito dos fatos, sendo assim a pergunta que fica é se existe alguma forma de conhecimento sem a participação da inferência. Leonard Schmitz assim se posiciona: “Nossa resposta, em resumo, é negativa. Mesmo nas chamadas provas diretas (como o testemunho ocular de alguém que observou um acidente de automóvel e pode confirmar detalhes de como ocorreu), as conclusões jurídicas a respeito da eficácia probatória dependem de movimentos intelectivos que podem ser caracterizados como juízos de pertencimento a categorias gerais que respondem a critérios da experiência humana. Assim, mesmo a nível subconsciente, o julgador precisará saber que, em geral, observadores que estavam a menos de vinte metros de um acidente e que não têm problemas de visão são fontes confiáveis a respeito dos fatos. Só aí, a ligação entre o meio de prova (oral) e a afirmação de fato que se quer provar (a negligência do réu, por exemplo) deixa de ser estritamente direta. O que ocorre é que o número de passos inferenciais não pode ser contado, individualizado. Ao menos, não de modo tão seguro a ponto de servir como critério de distinção entre provas diretas e indiretas. Mesmo a prova que, à primeira vista, atesta um fato direto é passível de ser compartimentada em uma série de inferências”.²¹² A nota característica da prova jurídica é trabalhar no campo da probabilidade de forma que a sua função é, indo além dela mesma, dar uma base ao magistrado para chegar a conclusões prováveis e isso se dá por intermédio das inferências que ocorrem tanto nas denominadas provas diretas como na prova indireta.

O que se quer enfatizar aqui quando se chama a atenção para as falhas da teoria tradicional dicotômica da prova é que a adesão cega a essa doutrina acaba por criar patamares valorativos infundados entre a prova direta e a indireta, o que pode justificar certo preconceito de parte da doutrina para com a prova indireta. Assim, pode não ser errado considerar as provas diretas e indiretas como categorias diversas, o que se torna equivocado é a partir disso e de forma abstrata imprimir força probatória maior à prova direta pelo simples fato de sê-la. Como já se disse, provar é argumentar e a força do argumento, seja da prova direta, seja da indireta, só pode ser aferida em concreto. A seguir estudaremos a posição da prova indiciária na legislação portuguesa.

²¹¹ SCHMITZ, Leonard – **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências**, p. 283.

²¹² Idem – **Op. Cit.** p. 283-384.

4.5 A posição da prova indiciária no sistema processual português

De início cumpre afirmar que diferentemente do processo penal brasileiro, o sistema processual português não prevê expressamente o indício como meio de prova. É preciso dizer que esta opção legislativa quer parecer a mais adequada em face do que já foi exposto neste trabalho sobre a confusão de parte da doutrina em considerar o indício como meio de prova. Até porque o indício conforme várias definições tiradas da doutrina consiste naquela circunstância que, uma vez tida como provada, leva, por um exercício da razão do magistrado ao utilizar-se de métodos lógicos, a concluir pela existência, até então desconhecida, de um fato que consubstancia relevante e que se buscava provar no processo, seja porque é parte de um figura típica investigada no âmbito penal, seja porque integrante de uma fato consequência no âmbito civil. Assim, o indício não consubstancia meio de prova, mas sim um ponto de partida para concluir-se por um fato até então desconhecido no processo. Essa a razão nos parece, para acertadamente o legislador português não ter inserido o indício entre os meios de prova.

Sem embargo do afirmado acima, é preciso observar, por outro lado, que o fato de não haver uma regra específica tratando do indício não implica que não sejam reconhecidos ao longo de diversas regras que compõem o código de processo penal português ou mesmo a Constituição da República Portuguesa. Nesse sentido, o artigo, 27.º, n.º 3. al.ª, b da CRP quando menciona a expressão “fortes indícios” para autorizar a prisão preventiva. Os artigos 200.º, n.º 1, 202º, n.º 1, al.ª a, do CPP português em que há menção a “indícios fortes”. O artigo 174.º, n.º 5, al.ª a do mesmo diploma que faz referência a “indícios fundados” para fins de busca e apreensão.

Assim, embora os indícios não sejam tratados como meio de prova, não se nega, nem na doutrina, nem na jurisprudência portuguesa, a possibilidade de o juiz, tendo por norte a livre apreciação das provas, a partir do conteúdo de documentos, testemunhos, perícias de onde se extraem indícios e, utilizando-se do raciocínio lógico inferencial, concluir que aquele conjunto probatório composto unicamente por indícios pode supedanear um decreto condenatório.

O grande problema em relação à prova indiciária não se relaciona talvez a admissão da sua capacidade de gerar um conjunto probatório apto a condenação, mas sim estabelecer critérios objetivos para definir quando os indícios atingirão o grau de suficiência necessária para a condenação.

Como observa Marcio Schlee Gomes: “Então, a formação do juízo de convencimento para definir se há prova suficiente, levará em conta as inferências realizadas a partir dos fatos,

das provas, a aplicação de máximas de experiência, a conexão lógica entre estes, e esse percurso lógico deverá ser devidamente demonstrado na decisão judicial”.²¹³

Sobre as máximas da experiência, Paulo Dá Mesquita, com suporte em Friederich Stein afirma que são “regras gerais construídas indutivamente com base no conhecimento empírico sobre determinados estados de coisas, servindo como premissa maior de silogismos judiciais”.²¹⁴

Ou seja, as máximas da experiência consubstanciam verdadeiras generalizações indutivas decorrentes do nosso conhecimento de mundo que, quando compartilhada pelos destinatários do raciocínio, prescindem de prova, caso contrário, a prova do afirmado é obrigatória. Decorrem do nosso conhecimento de mundo, o chamado *background*, que faz as pessoas perceberem o modo como as coisas geralmente acontecem. São conhecimentos compartilhados ou com base na experiência de mundo, ou com base na ciência.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

“O juiz, para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras da experiência, ditas comuns e técnicas. Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre o indício e o fato essencial. As regras da experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter por base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico científico sobre uma determinada situação. Como as regras de experiência comum podem se fundar em leis científicas e as regras de experiência técnica delas derivam, alguma confusão pode ocorrer. Mas essa confusão é facilmente eliminada quando se constata que a regra de experiência técnica é ancorada diretamente no pensamento científico (ou em uma lei científica), enquanto a regra de experiência comum é uma versão popular acerca de uma lei ou pensamento da comunidade científica”.²¹⁵

Assim, o foco deste trabalho é tentar definir os limites e pressupostos que darão à prova indiciária a nota da suficiência para formação de um juízo condenatório apto a ultrapassar o princípio da presunção de inocência. Veja que de ordinário invoca-se o princípio da livre apreciação das provas para sustentar a admissão da prova indiciária no sistema processual português, mas essa afirmação acaba por não ser suficientemente esclarecedora porquanto, como se sabe, a livre apreciação das provas não é inteiramente livre, até porque, entendimento contrário, tornaria a decisão inconstitucional por violação a outros valores processuais igualmente relevantes. Em um estado democrático de direito a decisão deve ser controlável uma

²¹³ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 102.

²¹⁴ MESQUITA, 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, p. 368.

²¹⁵ MARINONI; ARENHART, Prova, p. 149.

vez que como afirma Patricia Silva Pereira: “O princípio da livre apreciação da prova está, assim, numa relação de delicado equilíbrio entre a presunção de inocência, o dever de fundamentação das sentenças, o direito a tutela efetiva e o direito de recurso”.²¹⁶

A fundamentação correta das decisões judiciais é tão relevante para o resguardo de direitos fundamentais que o Tribunal Constitucional afirma: “dir-se-á que um bem estruturado e bem delimitado dever de fundamentação das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do princípio da livre apreciação da prova”.²¹⁷

O desafio nos parece não é admitir ou não a prova indiciária, mas sim tornar a sua valoração, prerrogativa inalienável do magistrado, fundamentada, motivada, e principalmente objetivável como forma de controlo da sua suficiência para condenar.

4.6 A estrutura da prova indiciária

O raciocínio probatório compõe a essência da prova indiciária. A prova indiciária pode ser definida como a operação intelectual que, partindo-se de um fato conhecido, leva a outro até então desconhecido. Daí se conclui que a estrutura básica da prova indiciária consubstancia três elementos, o antecedente, ou seja, o fato conhecido de onde se parte; o consequente, é dizer, o fato que se quer conhecer a partir do antecedente ou fato conhecido, e, por último, a ilação inferencial que leva ao desconhecido a partir do fato conhecido.

Como ensina Antonio Dellepiane: “Que é indício? É todo rasto, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos. Como é que mediante um fato comprovado podemos chegar a conhecer outro, que ignoramos e quem nem foi percebido por nós, nem caiu sob a percepção de uma testemunha que no-lo refere, nem foi consignado em nenhum documento escrito, nem nos foi revelado pelo seu autor? Graças a uma operação da mente, como acabamos de antecipá-lo; graças a uma inferência que, para lograr tal fim, se apoia nas relações necessárias derivadas da natureza das coisas”.²¹⁸

Para fins de garantia do arguido, o ponto fulcral da mencionada prova é que a conclusão pela ocorrência do fato até então desconhecido se dá pela exposição das razões que determinaram a conclusão, nesse sentido, estas razões devem dar conta de explicar de forma coerente e a partir da lógica e da experiência porque se concluiu pela ocorrência do fato desconhecido. A conexão intelectual entre o fato conhecido e o desconhecido deve dar-se de

²¹⁶ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 112.

²¹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional de 19 de novembro de 1996, **BMJ**, n. 461, p. 93.

²¹⁸ DELLEPIANE, **Nova teoria da prova**, p. 77-78.

tal forma que permita a qualquer pessoa perceber que a conclusão foi obtida e está ajustada a critérios lógicos e racionais.

4.6.1 Indícios

Dentro dessa operação mental chamada prova indiciária, o indício é o ponto de partida, ou seja, o fato conhecido a partir do qual se conclui pela ocorrência do fato desconhecido. Para Walter Coelho, a palavra indício tem origem latina, mas possui divergências do ponto de vista semântico, alguns sustentando que o vocábulo decorre de *induco*, tendo o significado de levar ou conduzir a, outros relacionam a origem ao verbo “indicare”, por fim há aqueles que relacionam indício a palavra “index”, ou seja, aquilo que aponta para algo ou alguém.²¹⁹

A jurisprudência portuguesa por vez define o que seja indício em seus acórdãos, nessa esteira, por exemplo: “as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto (...)”.²²⁰

O raciocínio inferencial na prova indiciária se dá por intermédio de um silogismo do qual o indício ocupa a posição de premissa menor. Cabe ressaltar que o indício pode revestir-se tanto de um acontecimento material, caso em que será chamado de rastros, vestígios, ou, pode consubstanciar um comportamento do homem, é dizer, poderão ter uma natureza meramente intelectual ou psicológica, que, sem ter valor por si mesmas, aqui se resgata a característica relacional da prova, podem subsidiar o juiz para que este conheça fatos desconhecidos até então, mas que possuam valor relevante para o processo. Sobre as diversas classificações dos indícios existentes na doutrina, autores como Vito Gianturco²²¹ e Patricia Silva Pereira²²² dizem que as diversas classificações apresentadas cumprem uma função meramente acadêmica e infrutífera, mormente em face do princípio do livre convencimento, é dizer, a tipologia e avaliação da prova são deixados à livre apreciação do juiz.

Todavia, como ensina Gorphe, de fato, nenhuma das classificações podem ser seguidas a partir de uma lógica rigorosa, mas servem, de fato, para sistematizar o entendimento,

²¹⁹ COELHO, **Prova indiciária em matéria criminal**, p. 13.

²²⁰ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 11 de julho de 2007. **Proc. 07P1416**. Relator Armindo Monteiro.

²²¹ GIANTURCO, Vito *apud* GOMES, **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 95.

²²² PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 55.

facilitando assim o estudo da prova indiciária, o que colabora para uma avaliação escoreita do peso da prova indiciária em determinado contexto probatório concreto.²²³

Assim, não se pretende esgotar o estudo das diversas classificações doutrinárias para o indício, mas fazer uma breve menção superficial do assunto para fins de desenvolvimento da sequência do trabalho.

Para tanto, cita-se literalmente o compilado de Deltan Dallagnol²²⁴ escoreado no trabalho de Maria Tereza Rocha de Assis que em sua obra “A prova por indícios no processo penal”, faz um breve resumo das diferentes classificações dos indícios estabelecidas pela doutrina:

“Dos antigos penalistas:

- Com base na força probante, os indícios podem ser: a) manifestos, indubitáveis, violentos, urgentes ou inelutáveis (relação direta e necessária); b) próximos (conexão próxima, mas não necessária); c) remotos (causa contingente);
- Com base na extensão, os indícios, se demonstram capacidade para delinquir em geral ou relação com um tipo de crime, podem ser: a) comuns ou gerais; b) próprios ou especiais;
- Com base no aspeto criminológico, são: a) antecedentes ao delito; b) concomitantes; c) subsequentes;
- Conforme haja ligação direta com o fato ou necessidade de um raciocínio lógico intermediário, pode ser: a) imediatos; b) mediatos;
- conforme previsto ou não na lei, são: legais e não legais (jurisprudenciais ou doutrinários);
- segundo o grau de probabilidade, pode ser: a) indícios veementes; b) prováveis e medianos; c) leves; ou ainda: i) urgentes; ii) graves; iii) leves; iv) levíssimos;
- segundo demonstrarem ou infirmarem a acusação, serão: a) positivos (sobre o fato, quanto à identidade do culpado, de culpabilidade, sobre as condições objetivas de punibilidade ou sobre circunstâncias); b) negativos (excludentes de materialidade, de autoria, de dolo ou atinentes a fatos impeditivos, ou extintivos);

Da era moderna:

- de Ellero, segundo a sua função, são: a) indícios morais (da capacidade de delinquir, do móvel para delinquir, e da oportunidade para delinquir); b) indícios das marcas materiais dos delitos; c) indícios das manifestações do autor e de terceiros (anteriores aos fatos, diretos e indiretos, e posteriores ao fato);
- de Malatesta, conforme a posição do fato indicante na relação causal, podem ser: a) indícios causais (de capacidade intelectual e física para delinquir e de capacidade moral para delinquir em razão de disposição geral do espírito ou por impulso particular para o crime), em que o fato indicante é a causa, a qual aponta para um efeito; b) indícios efetivos (materiais e morais), em que o fato indicante é um efeito, o qual aponta uma causa;
- de Carnelutti, conforme a fonte de que emanam, serão: a) reais; b) pessoais;
- de Garraud, consoante o fato indicado, pode ser: a) demonstradores da identidade; b) comprovadores de materialidade, qualificação e época do crime; c) de imputabilidade e culpabilidade;
- de Gorphe, conforme o papel dos indícios na prova, serão: a) de presença, que indicam que uma pessoa estava no local ao tempo do crime; b) de participação no delito; c) de capacidade de delinquência, oportunidade pessoal ou personalidade; d) de motivo; e) de atitude suspeita; f) de má justificação;

²²³ GORPHE, François *apud* GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 95.

²²⁴ MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis *apud* DALLAGNOL, As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções, p. 224-225.

- da própria Moura: a) de materialidade; b) de autoria; c) de imputabilidade e culpabilidade, aqui se encontrando os de capacidade moral para delinquir, de motivo da infração e manifestação do acusado”.

É importante, no ponto, fazer rápidos apontamentos sobre as diversas classificações dos indícios, especialmente aquelas que tratam de divisar os indícios segundo a sua força probatória. Primeiro é preciso reforçar o entendimento de que a força de qualquer prova, aí incluídas a prova indiciária, sofre a influência da lógica indutiva e, portanto, qualquer prova não pode ser tomada em abstrato, uma vez que conforme observamos no capítulo que tratou da lógica e dos tipos de inferências partimos do princípio de que a força de determinada prova depende da formulação de hipóteses e dos respetivos testes, que, por óbvio, só podem ser levados a cabo em concreto. De outro lado, não é correto dizer que uma determinada prova específica é pesada para fins de valoração, mas sim a hipótese é testada com base no conjunto probatório disponível.

Sobre os indícios ainda cabe mencionar a existência de duas questões relevantes, a primeira consiste em sustentar que indício como fato base do raciocínio probatório deve ser certo e determinado, ou seja, sem margens para dúvidas sobre sua ocorrência. A segunda questão é saber se um só indício seria suficiente para superação da presunção de inocência ou é necessária uma pluralidade de indícios.

Com relação a primeira questão é unânime na doutrina que o indício, para funcionar como fato base da prova indiciária, deve estar plenamente comprovado, é dizer, não deve haver incerteza a respeito, uma vez que admitir-se o contrário comprometeria o raciocínio inferencial que teria grande risco de levar a uma conclusão duvidosa com sérios riscos ao "fair trial". Assim, a certeza a respeito do indício é fundamental para validade do raciocínio inferencial na prova indiciária. A par disso, e com base na necessidade de certeza da ocorrência do fato base, autores como José Luiz Vasquez Sotelo indicam a exigência de que o fato base, ou seja, o indício, seja necessariamente provado por intermédio de prova direta, de forma a não admitir uma cadeia de indícios para se chegar ao fato consequente.²²⁵

Michele Taruffo diferentemente sustenta que a estrutura do raciocínio inferencial na prova indiciária pode revelar uma conclusão que consubstancia o último estágio de uma cadeia de várias inferências, uma espécie de prova em cascata ou concatenação probatória. Parece estar com a razão o mestre italiano, não admitir que o indício possa ser ele mesmo objeto de prova indiciária decorre de um pensamento que subdimensiona a prova indireta em relação à prova

²²⁵ VASQUEZ SOTELO, José Luis *apud* CORDON AGUILAR, Julio Cesar – **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**, p. 122.

direta, tratando aquela como meramente subsidiária em relação a esta. Não se pode deixar de mencionar ainda que este pensamento vai de encontro ao princípio da livre apreciação das provas.²²⁶

Com relação à pluralidade de indícios, a jurisprudência espanhola tem exigido, como regra, a pluralidade de indícios para superar o “standard” probatório para condenação. Miranda Estrampes revela que essa posição jurisprudencial acaba por optar por uma conceção mais quantitativa que qualitativa da capacidade probatória dos indícios. Isto porque, segundo o autor, um único indício pode ser suficiente para concluir pela ocorrência do facto probandum.²²⁷

A razão parece estar com quem defende a possibilidade do indício único, isto porque, mais do que a quantidade de indícios, importa para fins probatórios a força dos indícios para, por intermédio do raciocínio inferencial, lograr superar o princípio da presunção de inocência.

Por último, releva notar sobre a classificação aqui exposta, que em um processo penal dirigido por direitos fundamentais não se admite a consideração de indícios baseados ou na personalidade, ou na vida pregressa do autor, sob pena de admitir-se um regresso ao direito penal do autor, o que é incompatível com o estado democrático de direito.

4.6.2 O fato consequência

É a conclusão que se chega a partir do indício, é a afirmação que se extrai da prova indiciária. Esta conclusão deve consubstanciar uma consequência lógica e certa decorrente do indício a ponto de que qualquer outra conclusão seja descartável, seja pela sua improbabilidade, seja por sua irracionalidade.

4.6.3 A ligação intelectual entre indício e o factum probandum

Trata-se do elemento transcendental dentro da estrutura da prova indiciária, é o raciocínio inferencial que liga o fato base ao fato consequência sem o qual torna-se impossível concluir-se pela descoberta do fato desconhecido. O fato desconhecido é extraído do fato base pelas mãos das regras racionais. Daí a necessidade da exposição das razões apontadas pelo juiz que o levaram a concluir pela ocorrência do fato consequência, até para demonstrar que aquela conclusão mesma não decorre de uma criação subjetiva do juiz ou de uma mera suposição, mas sim de princípios lógicos objetivos.

²²⁶ TARUFFO, **La prueba de los hechos**, p. 273-277.

²²⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel *apud* CORDON AGUILAR, **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**, p. 124.

A ligação entre o fato base e o fato indiciante deve dar-se por intermédio de uma causalidade lógica e racional porque como assinala Rocha Degreef: *“una cosa conocida no puede probar una cosa desconocida diferente, sino en cuanto se nos presente como causa o como efecto de ésta, ya que entre cosas distintas, sólo la relación de causalidad puede conducirnos de la una a la otra”*.²²⁸

Especificamente no que concerne ao raciocínio inferencial há um debate sobre a natureza da inferência na prova indireta, ou seja, se a inferência teria natureza dedutiva, indutiva ou analógica. Embora alguns autores sustentem que a operação mental que leva do fato conhecido ao desconhecido na prova indiciária se dê pelo método dedutivo, talvez em razão da semelhança entre a especificação indutiva e o silogismo dedutivo, de fato, a natureza da inferência em matéria probatória, como demonstramos em tópico próprio, é de natureza indutiva.

Dellepiane ao tratar da natureza da operação mental que se desenvolve no desenlace da prova indiciária questiona se o raciocínio seria uma indução como defende Lopez Moreno ou se seria uma dedução pura como sustentam outros autores para arrematar:

“Conquanto essas duas opiniões contenham algo de verdade, nenhuma delas é totalmente exata. O distinto tratadista LOPEZ MORENO, ao afirmar que o processo empregado na prova indiciária é indução, esquece que esta conclui do particular para o geral, que vai do caso, ou casos, à lei. Ora: na inferência indiciária se vai da lei, ou das leis ao caso; o caminho seguido é precisamente o inverso do da indução. Trata-se, portanto, de uma dedução, dado que esta conclui da lei para o caso, do geral para o particular. Mas não seria também rigorosamente exato dizer-se que inferência indiciária é sempre uma dedução rigorosa. Na maior parte dos casos ela constitui somente uma inferência analógica, posto que consiste em uma dedução apoiada em uma inferência indutiva prévia”.²²⁹

Contudo, como diz Dallagnol ao criticar mencionado autor: *“(...) ele mesmo define tal inferência analógica como uma indução seguida de uma dedução, isto é, aquilo que já demonstramos ser uma generalização indutiva seguida de uma especificação indutiva. Além disso, como aquele autor reconhece, os argumentos indiciários são probabilísticos”*.²³⁰

Ao analisar os diferentes tipos de inferência no capítulo anterior vimos que a prova indiciária pode ter por supedâneo argumentos que traduzem indução, analogia e inferências para melhor explicação, sendo que a IME é a que está melhor preparada para resolver problemas probatórios.

²²⁸ CORDON AGUILAR, **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**, p. 124.

²²⁹ DELLEPIANE, **Nova teoria da prova**, p. 79-80.

²³⁰ DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 189.

4.7 A prova indiciária como elemento suficiente para um decreto condenatório

Já se disse ao longo deste trabalho que provar é argumentar. Especificamente dentro do processo penal pode-se afirmar que, de fato, ocorre um conflito entre hipóteses. A partir da denúncia formulada pelo Ministério Público estabelece-se o necessário contraditório a partir do qual o réu, por intermédio da sua defesa técnica, formula uma hipótese contraposta àquela formulada na denúncia.

A confirmação ou não da hipótese acusatória ocorre a partir do exame dos elementos probatórios aportados nos autos com a utilização de critérios decorrentes da probabilidade indutiva, mais especificamente a inferência para melhor explicação.

A propósito do tema, não são poucos os autores que manifestaram a sua preferência pela prova direta justamente pelo fato de que esta se refere imediatamente ao *facto probandum* dando, por consequência, e na visão destes autores, uma melhor reconstrução histórica do fato objeto do processo, o que resultaria em uma melhor credibilidade da hipótese com a consequente facilitação da formação do juízo de conhecimento.

De outro lado, já foi demonstrado neste trabalho que a melhor qualidade a priori da prova direta em relação à prova indireta não se sustenta. Uma vez que da mesma forma que a prova indireta, a prova direta também está sujeita a raciocínios inferenciais quando da sua valoração, mormente em relação a sua credibilidade, fiabilidade, e a forma de ensejar uma construção lógica.²³¹

Veja o que Luchini disse a respeito:

“Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor do que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância. Quando esta esteja bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo”.²³²

Ademais, como afirmado por Deltan Dallagnol “A força da prova depende da força do argumento e é sempre e apenas determinável em concreto”.²³³ Assim, a prova indireta quando da sua aferição em concreto pode levar a hipótese acusatória a um grau de probabilidade

²³¹ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 203.

²³² LUCHINI, Luigi *apud* COELHO, Prova indiciária em matéria criminal, p. 3.

²³³ DALLAGNOL, As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções, p. 209.

suficiente para um decreto condenatório. Para tanto, quais os requisitos necessários para que a prova indiciária empreste preponderância a hipótese acusatória em grau suficiente para superar a presunção de inocência? É o que se pretende estudar a partir do próximo tópico.

4.7.1 Requisitos específicos sobre a prova indiciária

Em artigo escrito em 2007 pela revista julgar Euclides Damásio Jesus dizia que uma análise da jurisprudência penal portuguesa das últimas três décadas levava à conclusão de que o nível de exigência probatória dos tribunais portugueses para proferir decretos condenatórios era tal que, por vezes, eram produzidas absolvições de difícil compreensão por parte até mesmo da comunidade jurídica. Na opinião do autor, este culto à prova direta, que era o único fundamento válido para produzir uma sentença condenatória, tem justificativa no fato de em 1974 o país luso ter deixado para trás séculos de autoritarismo que vilipendiaram as liberdades e direitos humanos, de modo que com a superação do regime autoritário plasmou-se no inconsciente coletivo uma justificável desconfiança em relação aos poderes estatais.²³⁴

Veja que Cavaleiro Ferreira divisava o indício em necessário e provável ou possível, emprestando aquele uma força maior e muito próxima à prova direta, colocando os indícios, pelo menos o que ele chamava de prováveis ou possíveis, em patamar inferior às provas diretas no que se refere a conceção de certeza no âmbito do processo penal, chegando a denominá-los prova insegura.²³⁵

Veja que conforme afirmado por Luchini linhas acima, também em Portugal grassava um certo preconceito com a prova indiciária que era considerada uma prova menor. Ocorre que como já se disse, a prova, seja direta ou indireta, é relacional a um fato concreto, de modo que nenhuma prova vai ser hiper ou hipoavaliada em abstrato, mas sim em concreto quando da prolação da sentença.

Aliás, em razão da complexidade do mundo, as exigências atuais em relação à criminalidade organizada, branqueamento de capitais, tráfico de drogas, colarinho branco, dado o modo não raro complexo de seus iter criminis, impõem uma maior consideração da prova indiciária, até pela inviabilidade de se obter nesse tipo de criminalidade uma profusão de provas

²³⁴ SIMÕES, Euclides Damásio – **Prova indiciária: contributos para seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente**, p. 203-215.

²³⁵ FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de *apud* GOMES, **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 203.

diretas. Entendimento contrário fatalmente levaria a um déficit de proteção da segurança pública por parte dos poderes estatais.²³⁶

No mesmo sentido é o pensamento de José do Santos Cabral para quem: “Diversos fatores se conjugam nesse voltar de página, em que convergem as imposições de novos tipos de criminalidade, como é o caso da criminalidade económica e financeira, em que os sinais, ou indícios, são fatores essenciais para descodificar situações ambíguas, ou, numa outra perspetiva, derivam da espantosa evolução que se verificou na área da investigação criminal, e que vão desde o ADN até as mais avançadas tecnologias”.²³⁷

Mencionado autor ainda observa que a jurisprudência nos Estados Unidos e na Espanha tem dado mais atenção ao tema, reconhecendo que a prova indiciária pode supedanear um decreto condenatório. Assim, a partir da análise da jurisprudência dos respetivos países, relaciona e sintetiza os requisitos da prova indiciária da seguinte forma: a) Os indícios além de estarem comprovados o devem estar por prova direta; b) Devem os indícios ser objeto de análise crítica visando a sua classificação em graves, médios ou ligeiros; c) Os indícios devem ser independentes, isto é, não são independentes indícios que se referem a momentos de um mesmo fato; d) De regra os indícios devem ser plurais a não ser que se fundamentem em leis naturais que não admitem exceção, valendo dizer ainda que a pluralidade mesma só pode ser exigida quando o indício isoladamente não dê substância à inferência, do contrário, quando o indício tem a nota da veemência, mesmo sendo único, pode autorizar a formação da convicção judicial no sentido da condenação; e) Os indícios devem conjugar-se formando um todo natural e coerente, isto é, devem ser concordantes; f) As inferências não devem levar a conclusões diversas, mas sim convergentes; g) Os contra indícios não devem estar presentes ou se estiverem presentes devem ter baixa credibilidade, ou seja, uma força não suficiente para infirmar a conclusão da inferência a partir do indício.²³⁸

A jurisprudência espanhola também enumera requisitos para que a prova indiciária esteja apta a dar supedâneo a um decreto condenatório com a consequente superação do princípio da presunção de inocência. O objetivo da fixação desses requisitos é evitar que uma eventual sentença condenatória fundada em indícios seja em qualquer grau, arbitrária. A seguir abordaremos as condições que os Tribunais Superiores espanhóis consideram necessárias à prova indiciária para o afastamento da dúvida razoável e, portanto, condenação do arguido.²³⁹

²³⁶ SIMÕES, **Prova indiciária: contributos para seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente**, p. 203-215.

²³⁷ CABRAL, José Santos – A prova indiciária e as novas formas de criminalidade, p. 14.

²³⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 31.

²³⁹ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 90.

Para o Tribunal Constitucional espanhol é assente que a prova indiciária pode sustentar um decreto condenatório para tanto, fixa que os factos-base devem estar plenamente provados; o *facto probandum* deve decorrer com precisão dos factos-base; a inferência, que por meio da lógica, liga o facto base ao *factum probandum*, deve estar sob o manto da razoabilidade e completamente exposta na sentença a fim de possibilitar o controle jurídico do raciocínio probatório. Mas não é só, este raciocínio deve se fiar em regras de critério humano ou em regras de experiência comum. Já para o Tribunal Supremo espanhol há requisitos formais e materiais. Pelos primeiros se exige que na sentença se indique quais são os factos-base provados que por sua vez serão a base da inferência que levará do facto base ao *facto probandum*. Em termos materiais, os requisitos traduzem-se na plena prova dos indícios, que sejam plurais, ou, que, sendo únicos, possuam uma particular força persuasiva, devem ainda ser concomitantes ao fato que se tenciona provar, assim como devem estar inter-relacionados.²⁴⁰

Cordon Aguilar a partir da jurisprudência espanhola relaciona os requisitos que devem revestir a prova indiciária para que seja factível a superação do princípio da presunção de inocência. O primeiro requisito que menciona é a pluralidade de indícios ou a presença de um indício de especial significação probatória. Diz que a jurisprudência do Tribunal Supremo vem, no geral, exigindo a existência de indícios múltiplos, embora sem exigir um número determinado (STS 5456/1986, de 14 de outubro); mas cita que, em contrapartida, admite aquela Corte a possibilidade de indício único, desde que este tenha uma singular potência acreditativa (STS 8103/1997, de 29 de maio) ou de especial significação probatória (STS 8485/2000, de 21 de novembro).²⁴¹

O segundo requisito mencionado pelo citado autor espanhol é que os indícios devem estar plenamente acreditados, exigência feita tanto pelo Tribunal Constitucional quanto pelo Tribunal Supremo, é dizer, a prova do indício deve ser válida, ou seja, obtida com observância dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, decisão do STS n. 9344/1991, de 8 de março, em que se considerou violada a presunção de inocência do acusado porque sua culpabilidade foi inferida a partir de diligências que inobservaram o procedimento probatório válido. Ressalta que em princípio a jurisprudência espanhola exige que o indício seja provado por prova direta.²⁴²

O terceiro requisito trazido por Cordon Aguilar é que os indícios sejam periféricos ou concomitantes ao fato a provar, ou seja, os indícios devem estar ao redor do fato a provar de

²⁴⁰ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 90.

²⁴¹ CORDON AGUILAR, **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**, p. 205-240.

²⁴² Idem – **Ibidem**.

modo a inferir um vínculo direto e indissociável entre eles. Mas não é só, os indícios devem estar inter-relacionados, para tanto, no caso de uma pluralidade de indícios estes devem manter uma conexão que os leve a uma mesma conclusão de modo que estes antes se reforcem de modo articulado.²⁴³

Deve haver, ainda, uma racionalidade na inferência que promove o enlace entre o indício e a afirmação presumida, tanto que o Tribunal Supremo, pela decisão STS 1741/2006, de 15 de março, afirmou haver fiabilidade da prova indiciária, superior inclusive à prova direta, em razão do fundamento racional que sustenta aquela. O enlace entre o indício e o fato consequência deve ser coerente, lógico e racional, entendendo a racionalidade não como um mero automatismo, mas sim como “uma compreensão razoável da realidade, normalmente vivida e apreciada conforme critérios coletivos vigentes”.²⁴⁴

Por fim, o raciocínio deve ser explicitamente demonstrado na sentença, nela deve o julgador expor todas as inferências que fizeram com que o julgador tomasse esta ou aquela decisão, explicitando a maneira da prova dos indícios, a conexão entre estes e os fatos consequência, assim como as conclusões de modo a permitir um constitucional e efetivo controle sobre sua decisão.²⁴⁵

O Código de processo penal italiano prevê expressamente a prova por indícios, desde que estes sejam graves, precisos e concordantes. (Artigo 192 n. 02 do Codice di Procedura Penale de 1988). Assim, diferentemente do sistema processual português, a legislação italiana é expressa ao prescrever não só a prova indiciária, mas também seus requisitos. É preciso, porém, fazer justiça à jurisprudência italiana no sentido de que os requisitos legislados foram construídos jurisprudencialmente de forma paulatina ao longo do tempo. O dispositivo legal foi resultado de uma longa construção jurisprudencial com muitas contribuições da doutrina.²⁴⁶

Com relação à certeza do indício cumpre ressaltar que o mencionado artigo 192 do código italiano foi omissivo, porém, antes da reforma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, sustentavam que o fato base deveria ser judicialmente provado, a questão era saber se dentro dessa expressão “judicialmente provado” estava inserida a possibilidade de o fato base ser provado também por prova indiciária. Manuel Cavaleiro Ferreira menciona e reforça que a fragilidade da prova indiciária é reforçada quando o fato consequência tem como ponto de partida também uma prova indiciária, para o professor português quanto maior o número de

²⁴³ CORDON AGUILAR, **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**, p. 205-240.

²⁴⁴ Idem – **Ibidem**.

²⁴⁵ Idem – **Ibidem**.

²⁴⁶ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 61.

inferências intermediárias até o fato consequência maior a fragilidade da conclusão probatória.²⁴⁷

Na doutrina brasileira, o professor Walter Coelho diz, em apertada síntese, que a força e relevância da prova indiciária depende de quatro fatores fundamentais: “a) a espécie e o valor de cada indício em particular; b) a maior ou menor concordância entre esses indícios; c) a avaliação dos contramotivos e contraindícios, objetivos e subjetivos; d) o ajuste ou adequação final da prova indiciária às demais provas coligadas”.²⁴⁸

Vários autores se debruçaram sobre o tema buscando sistematizar os requisitos da prova indiciária para sua adequada valoração. Importante nessa altura do trabalho fazer uma síntese geral do trabalho de cada um deles visando estabelecer um adequado trampolim para o próximo passo que é a partir desses requisitos avaliar e identificar qual o grau de suficiência probatória para superação do princípio da presunção de inocência. De tudo que se abordou no presente tópico pode se concluir que os requisitos essenciais para a prova indiciária consubstanciam nos seguintes: a) Cada indício, individualmente considerado, deve estar amplamente provado, preferencialmente por prova direta, embora, em observância ao princípio da livre apreciação da prova admita-se, em circunstâncias específicas uma cadeia de provas indiciárias; b) De regra, o conjunto probatório deve açambarcar uma pluralidade de indícios embora em certos casos, mormente, naqueles em que o indício tenha uma especial suficiência probatória, admita-se o indício único; c) os indícios devem estar concatenados e convergirem para uma mesma conclusão segundo as regras ordinárias da lógica e da experiência; d) Ausência de contraindícios ou ao menos que a sua força probatória não seja suficiente para infirmar o indício; e) A conclusão do conjunto indiciário deve conduzir ao fato probando de modo seguro e lógico; f) a sentença deve explicitar de modo claro os raciocínios inferenciais que fizeram o magistrado concluir pela ocorrência do fato probando a partir do conjunto indiciário.²⁴⁹

4.8 A força dos indícios no processo penal: valoração e *standard* probatório

Antes de valorar a prova indiciária é preciso que a sua validade esteja hígida com a presença dos pressupostos, estudados no tópico anterior, devidamente delineados. Para ser passível de valoração, esta prova deve ter sido ingressada no processo de modo válido, além de

²⁴⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de *apud* PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 64.

²⁴⁸ COELHO, **Prova indiciária em matéria criminal**, p. 52.

²⁴⁹ GOMES, **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**, p. 210-211.

livre das chamadas proibições de prova. Outro pressuposto básico é a escoreita fundamentação por parte do magistrado de como, do ponto de vista lógico, ele, a partir do indício, chegou, por meio da inferência, ao fato consequência, o fato que se quer provar. Desse modo, investigados os requisitos estudados no tópico anterior, onde se analisa a quantidade de indícios, a relação destes com o fato probando, a inexistência ou insuficiência infirmatória do contra indício, a força das inferências que interrelacionam fato base ao fato consequência a pergunta que resta ser respondida é qual o grau de suficiência probatória que a prova indiciária deve alcançar para racionalmente superar o princípio da presunção de inocência.²⁵⁰

Quando o magistrado vai examinar provas e proferir julgamento no âmbito do processo, duas são as fases principais desta atividade intelectual. Na primeira, cabe ao magistrado avaliar o conjunto probatório do ponto de vista da sua validade, especialmente no que concerne à legalidade do conjunto probatório, ou seja, cabe ao magistrado avaliar se as provas amealhadas no processo não incidem em alguma proibição de prova ou incidem na irrelevância probatória. Em seguida, deve o magistrado, analisar qual o valor probatório daquele específico conjunto para aferir então se este mesmo conjunto probatório confirma ou infirma a tese acusatória. O peso da prova consubstancia, em verdade, uma medida para se avaliar até que ponto os elementos probatórios concretos sustentam ou afastam a hipótese aventada pelo Ministério Público. Vê-se, então, que esta segunda parte do raciocínio probatório é uma questão de grau. Note-se que é justamente no exame da inferência probatória é que está o coração do problema de saber se a prova indiciária pode ou não superar a presunção de inocência.

Mas note-se, justamente, como já se disse ao longo deste trabalho, porque não há diferença epistemológica entre prova direta e indireta, é que a valoração da prova indiciária em nada diverge da valoração da prova direta. Como vimos, a prova ingressa no processo por intermédio da argumentação, é por isso que se diz que provar é argumentar. Assim, a força da prova acaba sendo diretamente proporcional à força do argumento. O argumento probatório, como já estudado, é indutivo em sentido amplo e sua conclusão sempre pode ser alterada com a introdução de um elemento novo na cadeia probatória. Por outro lado, embora o argumento indutivo possa desenvolver-se ora pela especificação indutiva, ora pela generalização indutiva, pela analogia e pela lógica explanatória, no decorrer deste trabalho já manifestamos a preferência por esta última, mais especificamente pela chamada inferência para melhor explicação porque mais próxima do modo como ordinariamente raciocinamos.

²⁵⁰ GOMES, A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal, p. 212.

Assim, com base em Deltan Dallagnol,²⁵¹ destacamos alguns critérios que buscam objetivar a valoração dos indícios, ou mesmo de qualquer prova, associando, ainda, alguns instrumentos para que tal valoração seja otimizada:

- “1. O maior ou menor valor da prova depende da força do argumento probatório. Assim, a força do argumento explanatório na IME é dependente do quanto a explicação para aquele conjunto probatório é boa em si mesma, do quanto é melhor do que as demais hipóteses e também do quanto a busca por hipóteses alternativas à explicação foi ampla; Lembrando que o ranqueamento das hipóteses explanatórias deve obedecer ao critérios da consiliência, simplicidade, analogia, coerência, mecanismo e background;
2. O chamado conhecimento de fundo (*background*) é fundamental para a conclusão do argumento probatório e, dada essa fundamentalidade, necessário que o magistrado exponha e demonstre em sua decisão qual o conhecimento de fundo que o levou, por meio da inferência, a determinada conclusão no argumento probatório, essa exigência é especialmente necessária quando o conhecimento de fundo não for comum ao público daquela decisão.
3. A depender da classe de referência utilizada no argumento probatório, a conclusão sobre este pode ser sempre criticada. Por isso, a adequada e correta utilização da classe de referência na apreciação do argumento probatório é fundamental para a correção da conclusão.
4. A inferência para melhor explicação é importante instrumento para valoração do indício e da prova de um modo geral, primeiro porque reflete o modo como ordinariamente pensamos, segundo porque a IME pode ser avaliada tanto do ponto de vista estático como dinâmico e, por último, torna-se um padrão de avaliação tanto para valoração da prova quanto para aferição do “standard” probatório;
5. A força da prova vai depender do quanto ela foi testada por outras hipóteses (fase dinâmica da IME). Daí a importância do contraditório, uma vez que as hipóteses deverão ser testadas tendo como contraponto as predições e hipóteses fáticas defensivas;
6. Por tudo isso, o que se chama de valoração da prova é em verdade uma valoração da hipótese que está no âmbito do processo sob teste. A hipótese acusatória é testada em função do conjunto probatório amealhado nos autos. Nesse quadro, o valor do indício nunca pode ser aferido em abstrato, mas sim em concreto, ou seja, de acordo como o sopesamento conjunto das demais provas constantes dos autos que devem se mostrar conforme a hipótese acusatória para fins de condenação.
7. Quanto maior a independência das evidências maior é a força do conjunto probatório”.

A pergunta que fica é como controlar a prova circunstancial, isto porque de nada adiantaria a garantia da presunção de inocência se não houvesse meios efetivos de controle da validade da avaliação do conjunto probatório feita pelo magistrado, ou seja, instrumentos para verificação se naquele caso específico o conjunto probatório que supedaneou a decisão foi forjado com observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado. A resposta está na dialética processual porquanto se houver discordância sobre a conclusão do magistrado no exame daquele específico caso concreto pode-se atacar tanto as premissas quanto o conhecimento de fundo utilizados no raciocínio explanatório, demonstrando, por exemplo, que houve preconceito ou parcialidade na amostra; outro modo efetivo é o ataque a inferência que

²⁵¹ DALLAGNOL, As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções, p. 244-245.

levou da premissa à conclusão; a utilização de argumentos explanatórios negligenciados; demonstrando que a hipótese explanatória não explica determinadas evidências que foram deixadas sem explicação; ou, demonstrando que uma hipótese adversa explica melhor aquele conjunto probatório ou pelo menos explica tanto quanto no caso de a hipótese ser defensiva.²⁵²

Em relação ao “standard” probatório, isto é, em relação ao grau de suficiência necessária que um determinado conjunto probatório deverá atingir para superar o princípio da presunção de inocência, observamos que principalmente na doutrina brasileira grassa certa confusão, porquanto a maioria da doutrina brasileira fala em “verdade processual”, “verdade jurídica”, “certeza”, “certeza moral”, ou ainda em “convicção”. Eugênio Pacelli, por exemplo, ensina que a verdade real é um mito que se prestou a justificar a iniciativa probatória do juiz, dando uma perspectiva inquisitória ao processo penal brasileiro, o que vai de encontro ao desenho constitucional do processo penal brasileiro inaugurado com a Constituição Federal de 1988. E continua o autor dizendo que toda verdade judicial é sempre processual, ou seja, uma certeza meramente jurídica, construída com a participação das partes e do juiz. A certeza no processo penal é do tipo material, exigindo a prova da materialidade e da autoria, verdade material, portanto.²⁵³

Para Guilherme de Souza Nucci o fim da prova é a verdade processual, o que ele chama de verdade possível, ou seja, uma verdade que surge no desenvolvimento do processo e que pode corresponder ou não ao mundo real, embora o norte do magistrado seja sempre a realidade.²⁵⁴

Para Water Coelho há três estados subjetivos básicos em relação ao conhecimento de um fato: ignorância, dúvida e certeza. A certeza jurídica, para o autor, seria uma espécie de certeza subjetiva mista “em que se adere a uma proposição que se supõe verdadeira, incorrendo ao sujeito qualquer possibilidade de dúvida”.²⁵⁵

Por tudo que se estudou até aqui, ao se adotar o conceito de certeza do autor estaria inviabilizada qualquer sentença condenatória porque dada as limitações da justiça dos homens, sempre haverá espaço para dúvidas.

Quando do estudo do tema verdade no primeiro capítulo vimos que limitações inerentes ao raciocínio indutivo aliada as crenças de background, além das limitações legais e constitucionais à prova, levam à conclusão de que o resultado do raciocínio probatório é no

²⁵² DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 246.

²⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – *Curso de processo penal*, p. 285-286.

²⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de processo penal e execução penal*, p. 392.

²⁵⁵ COELHO, *Prova indiciária em matéria criminal*, p. 31-32.

máximo uma verdade “relativa”, sendo este termo tomado no sentido de que é impossível saber se uma dada afirmação de fato em relação ao que ocorreu no passado é verdadeira. Assim, embora a verdade possa ser alcançada, não se encontra dentro das nossas capacidades saber com certeza se a foi realmente. Vimos também que dentro do processo a teoria sobre verdade que melhor atende a um processo garantista é a denominada verdade como correspondência e que termos como “verdade relativa” escondem, em verdade, que qualquer decisão no âmbito processual se cinge ao limite do provável, ou seja, a condenação penal, qualquer uma, é lastreada em probabilidade.²⁵⁶

Conclui-se, então, que a certeza probatória consubstancia uma exigência tal para o processo penal que se mostra impossível de ser alcançada em um raciocínio probatório que se desenvolve eminentemente pela lógica indutiva, de modo que nos parece inapropriado o uso dos vocábulos verdade ou certeza para estabelecer um determinado “standard” probatório no processo penal.

Nesse passo, a concepção anglo americana de “standard” de prova parece mais adequada ao processo decisório porque quando o magistrado decide por referendar uma determinada versão nos autos não é correto falar em verdade ou certeza, mas sim de uma escolha, em caso de condenação, da versão acusatória que, diante do conjunto probatório concreto, se mostrou a versão mais provável, mas esta escolha não implica se ver livre de dúvida que é inerente à justiça humana, mas sim, que naquele caso específico, a hipótese que inocenta o arguido não é razoável. Nessa esteira, as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Luiz Fux: “toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação”.²⁵⁷

Assim, para fins de condenação, não se exige a inexistência de dúvida, que de resto é impossível, conforme já abordado, mas sim, que não haja versão defensiva razoavelmente plausível, sustentável. Nesse quadro, nos parece, que o melhor “standard” que traduz a busca da suficiência probatória para fins condenatórios é o *proof beyond reasonable doubt* primeiro porque assume um fato real que é a impossibilidade de se alcançar a verdade ou certeza no âmbito do processo judicial, em segundo lugar porque empresta, apesar do seu conceito fluído, uma significativa segurança para a condenação criminal o que acaba por legitimar o processo. Assim, o *in dubio pro reo* só será aplicado no caso concreto diante de uma dúvida razoável, é

²⁵⁶ DALLAGNOL, **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**, p. 262.

²⁵⁷ SUPREMO Tribunal Federal – **AP 470**, 2012, fls. 53.118-53.119, Plenário, voto do Ministro Luiz Fux.

só este tipo de dúvida que impedirá a condenação e por consequência a não superação do princípio da presunção de inocência.

Não se pode desconhecer, porém, que o problema da subjetividade do “standard” continua dada a árdua tarefa de objetivar a expressão “dúvida razoável”. Deltan Dallagnol chega a afirmar o seguinte a respeito deste ponto: “Entendemos que é impossível chegar a um consenso não só pela complexidade do tema, mas diante mesmo do que nós colocamos anteriormente, no sentido de que tal “standard” deve variar, acima de um limiar mínimo, segundo a complexidade do crime”. E continua o autor nas linhas seguintes: “Nos Estados Unidos, a partir de 1850, os julgadores evoluíram para passar a instruir os júris com base no *reasonable doubt* “standard”. A dúvida razoável era então conceituada por exclusão: não consiste em uma dúvida meramente possível, pois tudo em assuntos humanos está aberto a uma dúvida possível ou imaginária”.²⁵⁸

Sobre essa questão ainda, há um interessante julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal num caso em que houve uma grande apreensão de armas com o arguido e surgiu a discussão se as alegações feitas pelo arguido seriam capazes de suscitar uma dúvida razoável, inviabilizando uma condenação por tráfico de armas. Na instância inferior houve um acolhimento da tese defensiva de que os AK-47 encontrados em caixas se destinavam a disparos comemorativos de final de ano e à caça de javalis. O Supremo Tribunal de Justiça reverteu a decisão inferior nos seguintes termos:

“por maior que seja a benevolência com que se analise a actividade do arguido face ao comportamento do cidadão normal, e investido o mesmo na conduta típica de caçador ou de folião de fim de ano, é, quanto a nós, evidente que é totalmente fora de qualquer regra de experiência ou máxima da vida, a posse de armas de guerra com tais finalidades. As mesmas regras dizem que a posse de tal tipo de armas está ligado ao terrorismo e à criminalidade grave, violenta ou organizada, incluindo o seu tráfico para actividades criminosas e não ao propósito meramente lúdico, nomeadamente a caça de javali. Por mais amplos que sejam os limites da imaginação não se vislumbra o arguido com a sua metralhadora empunhada, percorrendo os campos de Vouga, disparando rajadas de balas para abater javalis. Na verdade, um propósito meramente recreativo dificilmente se compatibiliza com uma arma que dispara, com uma cadência de 600 tiros/minuto, um cartucho de 7,62 mm e que, sem discrepância, é usada com fins bélicos e/ou criminosos. (...) Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto-contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício”.²⁵⁹

²⁵⁸ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 267-268.

²⁵⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça – *Acórdão de 07 de abril de 2011. Proc. 936/08.oJAPRT.S1*. Relator Santos Cabral, julgado por unanimidade.

Duas questões importantes neste julgado, a primeira foi o uso da experiência, do background do julgador para análise dos indícios. A segunda questão é que de fato é impossível expurgar a dúvida, mas é possível divisar se aquela dúvida plantada pela defesa do arguido é razoavelmente provável a partir da experiência, o que foi motivadamente exposto na decisão. Mas note-se, ainda há grande carga de subjetividade na delimitação do “standard”.

Ferrer Beltrán,²⁶⁰ grande estudioso do direito probatório, procura tornar mais objetivável o “standard” de prova no processo penal ao mencionar que a sentença no processo deverá conter duas condições:

“a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter resultados confirmados; deve haver-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis, explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc”.

Estes dois pontos nos parece seriam capazes de elevar de modo bastante forte a exigência de confirmação da hipótese acusatória no processo penal, veja que a superação destes dois pontos pode oferecer a almejada suficiência probatória para condenação. Na primeira condição ter-se ia a confirmação da hipótese a partir de inferências realizadas de acordo como o conjunto probatório concreto, de modo que demonstrar-se-ia a convergência dos elementos probatórios no sentido da responsabilidade criminal do arguido. No segundo momento, demonstrar-se-ia que as hipóteses defensivas não oferecem uma força probatória suficiente para desconstruir a hipótese acusatória, é dizer, a hipótese defensiva não se mostra apta em concreto a subtrair a força persuasiva e demonstrativa do conjunto probatório que leva à conclusão de que o arguido foi o autor do crime e deve ser condenado.

4.9 Análise dos casos na jurisprudência

Já se mencionou aqui a distinção clássica entre prova direta e indireta, sendo que aquela refere-se aos fatos probandos e esta, por primeiro, prova fatos não diretamente relacionados ao fato probando, mas que por inferência lógica permitem concluir pela ocorrência do fato probando. Ainda segundo a doutrina clássica, a prova indiciária é aquela em que mais interfere a inteligência do magistrado.²⁶¹

É cada vez mais evidente a importância que se tem emprestado à prova indiciária para fins de investigação e julgamento de crimes como branqueamento de capitais, tráfico de drogas,

²⁶⁰ BELTRAN, **Valoração racional da prova**, p. 147.

²⁶¹ CABRAL, A prova indiciária e as novas formas de criminalidade, p. 13-33.

crimes económicos e organizações criminosas, todos crimes em que dificilmente se encontra prova direta, seja em relação à autoria, seja em relação ao dolo. Aliás, é preciso ressaltar que a obsessão por provas diretas em crimes deste jaez pode provocar um déficit de segurança pública ao assegurar-se a impunidade de crimes graves. Importante mencionar que a exigência obsessiva de prova direta para estes crimes seria também uma espécie de disparate, uma vez que conforme demonstramos não há diferença ontológica de valor probatório entre prova direta e prova indireta.

Nessa linha, são relevantes as observações feitas pela Ministra Rosa Weber em trecho de voto proferido na Ação Penal 470 (Caso Mensalão):

“A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade (crimes contra os costumes), a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenua a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação do acusado com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento de testemunhas, etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Daí a maior elasticidade na admissão da prova de acusação, o que em absoluto se confunde com flexibilização das garantias legais (...) A potencialidade do acusado de crime para falsear a verdade implica o maior valor das presunções contra ele erigidas. Delitos no âmbito reduzido do poder são, por sua natureza, em vista da posição dos autores, de difícil comprovação pelas chamadas provas diretas. (...) A essa consideração, agrego que, em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua desconsideração, *prima facie*, além de contrária ao Direito positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais à ordem jurídica e à sociedade”.²⁶²

Pelo mundo afora, tribunais de grande relevância nos mais diversos países da cultura ocidental tem posto em relevo a urgente necessidade de aceitação da prova indiciária sob pena de não o fazendo, fomentar perniciosa impunidade para o sistema de justiça criminal. Nesse quadro, o Supremo Tribunal Espanhol foi incisivo ao sustentar que em delitos como o tráfico de drogas o arcabouço probatório resume-se basicamente à provas indiretas e que querer expungir-las do debate em observância ao princípio da presunção de inocência resultaria em impunidade das formas mais graves de criminalidade (STS 1637/1999). Em outra decisão o mesmo tribunal chegou a afirmar: “(...) pretender contar com prova direta da autoria, é apostar na impunidade desta condutas desde uma ingenuidade inadmissível (...)” (STS 866/2005).²⁶³ O Supremo Tribunal de Justiça português também relaciona a necessidade de aceitação da prova indiciária e o risco de impunidade, veja-se: “A crescente complexidade e opacidade – nas

²⁶² SUPREMO Tribunal Federal – AP 470, 2012, fls. 52.709-52.711, Plenário, voto da Ministra Rosa Weber.

²⁶³ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 289.

palavras de Euclides Simões, in Prova Indiciária Contributos para seu estudo e desenvolvimento, publicado na Revista Julgar, 2007, n. 2.205 – de certo tipo de comportamento criminal, particularmente no ligado ao tráfico de droga e branqueamento de capitais, exige cada vez mais ultrapassagem, segundo aquele autor, dos rígidos cânones de apreciação da prova, que leve descomplexadamente à assunção de critérios de prova indirecta, indiciária ou por presunções (circunstancial preferem outros), como factores válidos de superação do princípio da presunção de inocência”.²⁶⁴

Em outra decisão da mesma corte portuguesa: “Quem comete crime busca intencionalmente o segredo de sua actuação pelo que, evidentemente, é frequente a ausência de provas directas. Exigir, a todo custo, a existência destas provas implicaria o fracasso do processo penal ou, para evitar tal situação, haveria de forçar-se a confissão, o que, como é sabido, constitui a característica mais notória do sistema de prova taxada e o seu máximo expoente: a tortura. (J. M. Asencio Melado, Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria, 1992, citado por Euclides Dâmaso Simões, in Prova Indiciária, Revista Julgar, n.º 2, 2007, p. 205)”.²⁶⁵

Especificamente no que concerne as novas formas de criminalidade que dizem respeito à criminalidade económica e financeira, de que é exemplo o branqueamento de capitais, Andrey Borges de Mendonça expõe que a persecução adequada ao crime de branqueamento de capitais passa pela compreensão adequada da prova por indícios:

“A tentativa de buscar um equilíbrio entre a eficácia da persecução penal do delito de lavagem e a proibição da inversão do ónus da prova deve passar pela utilização e aceitação da prova indirecta/indiciária, notadamente para comprovar os dois aspetos centrais da produção probatória do delito de lavagem, quais sejam: a origem ilícita dos bens, valores e direitos e o elemento subjetivo do tipo. O uso de indícios é de importância inquestionável para provar ambos os requisitos, especialmente para suprir as carências da prova directa em processos penais relativos a atividades delitivas enquadradas naquilo que se conhece como criminalidade organizada. De fato, será habitual que não haja prova directa das circunstâncias relacionadas à procedência ilícita dos bens e do elemento subjetivo. Justamente por isto, a prova indiciária adquire especial importância no delito de lavagem de dinheiro”.²⁶⁶

De uma forma geral, a jurisprudência de diversos países vem cada vez mais se convencendo da importância da prova indiciária nos crimes de branqueamento de capitais, criminalidade organizada, crimes económicos e financeiros. Ilustrativamente citam-se algumas

²⁶⁴ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Proc. 1/09.3FAHRT.L1.S1**. 3ª Seção, Relator Armindo Monteiro, julgado 12/09/2007 por unanimidade.

²⁶⁵ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Proc. 07p4588**. Relator Armindo Monteiro, julgado 12/09/2007 por unanimidade.

²⁶⁶ MENDONÇA, Do processo e julgamento, p. 501-503.

decisões proferidas nos Estados Unidos e relacionadas por Sérgio Moro,²⁶⁷ estudioso do common law, em trabalho publicado na Revista CEJ:

- “1. Em *United States v. Abbel*, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001), decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;
2. Em *United States v. Golb*, 69 Fd 1417 (9th Cr. 1995), entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar entorpecentes, pode ser concluído que o dinheiro utilizado na aquisição era dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes;
3. Em *United States v. Reiss*, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999), a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;
4. Em casos como *United States v. Hardwell*, 80 F.3d 1471 (10th Cir. 1996), e *United States v. King*, 169 F.ed 1035 (6th Cir. 1999), decidiu-se que a falta de prova de renda legítima ou suficiente para justificar transações feitas por criminoso era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados”.

Outro Tribunal que possui uma jurisprudência muito avançada na matéria é o Supremo Tribunal Espanhol,²⁶⁸ veja-se:

- “1. STS 392/2006 – Lavagem (proveniência ilícita e atos de dissimulação): O acusado figurava como proprietário de embarcação de alta velocidade da espécie normalmente usada para transportar drogas na região mais a ausência de renda lícita para ter tal bem mais o uso do barco por pessoa com antecedente de tráfico de drogas na única vez em que utilizada;
2. STS 33/2005 – Lavagem (proveniência ilícita e atos de dissimulação): Compra de 4 embarcações de alta velocidade e um veículo mais a ausência de renda de fonte lícita ou explicação para aquisição, ou destino de bens mais prévia condenação por tráfico mais a condição de dependente de drogas do acusado;
3. STS 1637/1999 – Lavagem (proveniência ilícita e atos de dissimulação): Transações elevadas em espécie mais antecedentes de tráfico de pessoa envolvida mais ausência de operações comerciais ou negócios que explicassem a origem do dinheiro;
4. STE – 557/2006 – Proveniência ilícita: os bens provêm de ganhos do tráfico: Aumento de património pela aquisição de duas embarcações: uma de 15.000 euros e outra de 28.000 euros somadas a inexistência de ocupação laboral, negócios ou atividades que justifiquem os ganhos necessários para tais aquisições mais o vínculo do réu com as atividades do tráfico;
- 5 STE – 190/2006 – Lavagem de dinheiro do tráfico: aumento do património do acusado e inexistência de negócios ilícitos que justifiquem tal aumento, mais características de bem apreendido idênticas àquelas de embarcação usada na região para o tráfico de drogas, mais relacionamento com atividades e pessoas ligadas ao tráfico mais viagens feitas pela embarcação de réu transportando droga mais inverossimilhança da versão exculpatória que o réu apresentou”.

²⁶⁷ MORO, Sergio Fernando. Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária, p. 11-14.

²⁶⁸ DALLAGNOL, *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*, p. 319.

No Brasil a jurisprudência era bem reticente em se valer da prova indireta para condenação, mas tem melhorado na abordagem da questão, principalmente em razão de casos paradigmáticos de corrupção que ocorreram ao longo dos últimos anos. A título de exemplo, cita-se Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, de relatoria do desembargador João Pedro Gebran Neto em que houve o reconhecimento da transnacionalidade do tráfico de drogas via prova indireta:

“PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ARMAS. TRANSNACIONALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. CEGUEIRA DELIBERADA.

A autoria e materialidade dos crimes de tráfico de drogas e de armas comprovadas pelo conjunto probatório, notadamente pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudos periciais e confissão parcial do agente.

1. Considerando que a atividade de tráfico de drogas e de armas se desenvolve de forma dissimulada e em segredo, a prova da transnacionalidade não raramente será meramente indiciária, ou seja, indireta.

2. A expressiva quantidade de droga apreendida constitui indicativo do profundo envolvimento do agente no assim denominado mundo das drogas, uma vez que a produção e a comercialização de entorpecentes não é um ato isolado no tempo e espaço, mas uma atividade desenvolvida por grupos organizados de forma empresarial.

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal, escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005) ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da cegueira deliberada equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.

Apelação criminal a qual se nega provimento”.²⁶⁹

A jurisprudência portuguesa não pode ser chamada de vasta no assunto, ressalte-se, inclusive, que o uso da expressão “prova indiciária” é relativamente recente no âmbito das cortes portuguesas. Outra questão que é importante mencionar, é que as decisões em matéria de prova indiciária são marcadamente influenciadas pela doutrina italiana, jurisprudência americana e espanhola.

Pois bem, em relação à admissibilidade da prova indiciária, afirma o Supremo Tribunal de Justiça que “o processo penal português, como na generalidade dos ordenamentos jurídicos-processuais, reconhece valor à prova indiciária, ou seja, à prova dos factos que integram o tema

²⁶⁹ TRIBUNAL Regional Federal da 4.^a Região – **Apelação Criminal 5000220-41.2013.404.7005**, 8.^a Turma, Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 20/11/2013, D.E. de 22/11/2013.

da prova com base em factos indiciários ou instrumentais e o auxílio das regras da experiência”.²⁷⁰

Veja que a semelhança de outros ordenamentos jurídicos, a corte portuguesa tem entendido que a prova indiciária não só é admitida, mas também pode traduzir suficiência para condenação. Veja-se: “Nada impedirá, porém, que, devidamente valorada a prova indiciária, a mesma por si, na conjugação dos indícios, permita fundamentar a condenação”.²⁷¹

Importa notar que na jurisprudência portuguesa encontra-se a definição de prova indiciária nos seguintes termos: “a prova indiciária é uma prova indirecta, baseada em indícios, também apelidada de prova lógica; indícios esses que são todas as provas conhecidas e apuradas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão firme, segura e sólida; a indução parte do particular para o geral e apesar de ser prova indirecta tem a mesma força que a testemunhal, documental ou outra”.²⁷²

Com relação aos requisitos da prova indiciária na jurisprudência portuguesa e, antes de passarmos em revista o estado da arte, impende citar, em razão da já mencionada influência da jurisprudência espanhola e doutrina italiana na formação da jurisprudência em Portugal sobre o tema, decisão do Supremo Tribunal Espanhol (STS 392/2006) onde foi construída uma doutrina sobre os requisitos da prova indiciária bastante interessante, com a exposição de critérios formais e materiais, que necessariamente devem ser observados como forma de objetivar a decisão a respeito da prova indiciária, tema tão delicado em face do princípio da presunção de inocência:

“É doutrina reiterada desta Sala a eficácia probatória da prova de indícios e a exigência de uma série de requisitos relativos aos indícios e à inferência. A prova indiciária, circunstancial ou indireta, é suficiente para justificar a participação no fato punível, sempre que reúna uns determinados requisitos, que esta Sala, recolhendo princípios interpretativos do Tribunal Constitucional, tem repetido até a saciedade. Tais exigências se podem concretizar nas seguintes: 1 – De carácter formal: a) que na sentença se expressem quais são os fatos-base ou indícios que se consideram plenamente provados e que vão servir de fundamento à dedução ou inferência; b) que a sentença haja explicitado o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da ocorrência do fato punível e a participação no mesmo do acusado, explicitação, que, ainda que possa ser sucinta ou breve, se faz imprescindível no caso da prova indiciária, precisamente para possibilitar o controle cassacional da racionalidade da inferência; 2 – Desde o ponto de vista material é preciso cumprir uns requisitos que se referem tanto aos indícios em si mesmos, como à dedução ou inferência. A respeito dos indícios é necessário: a) que estejam plenamente provados; b) de natureza inequivocamente acusatória; c) que sejam plurais ou sendo único que possuam uma singular potência probatória; d) que sejam concomitantes ao fato que se trate de provar. e) que estejam inter-relacionados, quando sejam vários, de modo que se

²⁷⁰ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 23 de setembro de 2010. **Proc. 65/09.0JACBR.C1.S1.**

²⁷¹ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 22 de outubro de 2008. **Proc. 08P3274.**

²⁷² SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 26 de janeiro de 2011. **Proc. 417/09.5YRPTR.S2.** Relator Armindo Monteiro.

reforcem entre si. Quanto à dedução ou inferência é preciso: a) que seja razoável, é dizer, que não somente não seja arbitrária, absurda ou infundada, mas sim que responda plenamente às regras da lógica e da experiência. b) que dos fatos-base comprovados flua, como conclusão natural, o dado que se precisa comprovar, existindo entre ambos um enlace preciso e direto segundo as regras do critério humano”.²⁷³

Tomando por base o julgado acima e os mencionados requisitos previstos na legislação italiana da precisão, concordância e convergência é possível encontrar, não de forma uniforme nas decisões pesquisadas, uma vez que não há a menção a todos os requisitos em uma mesma decisão, na jurisprudência portuguesa núcleos identificáveis que ora se aproximam da visão italiana, ora se aproximam da visão espanhola. O que deve ser observado, a partir da necessidade de uma efetiva ação estatal de combate à criminalidade organizada que tem como contraponto a necessária observância das garantias individuais, é se os critérios ou requisitos utilizados na jurisprudência portuguesa emprestam uma fundamental racionalidade à decisão, objetivo que é de todo delicado e complexo.

Diante desse quadro passamos então a analisar alguns casos que tratam dos requisitos da prova indiciária. Com relação à certeza do indício diz o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de abril de 2011: “Em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados”.²⁷⁴

Para Patricia Silva Pereira: “Por verificação quer parecer que se pretende impor que seja provada a existência dos indícios. Precisar há de compreender os já conhecidos requisitos de precisão e independência. Já a avaliação parece referir a ideia de gravidade, isto é, de proximidade face ao *thema probandum*, já com um pendor menos ligado à delimitação do indício, mas à sua valoração”.²⁷⁵

A certeza diz com a necessidade de esses indícios estarem inequivocamente provados, serem de natureza acusatória além de contemporâneos ao *facto probandum*. Outra questão é que a jurisprudência portuguesa parece considerar que a expressão “estar inequivocamente provado” implica que o indício deve ser provado por exclusiva prova direta, veja-se: “os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir, cada uma em separado, prova plena”.²⁷⁶

²⁷³ MORO, Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária, p. 11-14.

²⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 07 de abril de 2011, **proc. 936/08.0JAPRT.S**, relator Santos Cabral.

²⁷⁵ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 128.

²⁷⁶ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 23 de fevereiro de 2011. **Proc. 241/08.2GAMTR.P1.S2**, relator Santos Cabral.

Em acórdão proferido no Tribunal da Relação de Évora de relatoria de Edgar Valente fez-se um apanhado do estado da arte em termos de admissibilidade e valoração da prova indiciária, visando verificar se naquele caso concreto a prova indirecta seria suficiente para supedanear a autoria do arguido e, por consequência, o juízo condenatório. Frisa que apesar de não ser exigível quaisquer limites ou exigências para a operatividade da prova indirecta como prova suficiente para a condenação, põe em relevo a necessidade de que a decisão que toma por base mencionado tipo de prova deve ser motivável e objetivável. Citando doutrina de António João Latas diz que nas decisões fundadas em prova indiciária devem: “respeitar-se as regras lógicas, seguindo um raciocínio essencialmente analítico, sustentado por fases e tendo em conta factores que permitam passar da mera probabilidade à certeza processualmente exigível, evitando o erro judiciário, o que implica que o juiz deve ser particularmente prudente na sua aplicação”.²⁷⁷ E prossegue o acórdão fazendo menção à jurisprudência espanhola e a um acórdão do STJ que divisa três momentos de valoração positiva dos indícios, veja-se:

“Muito embora em Espanha, a prova indiciária também não tenha uma regulação legal específica a jurisprudência, constitucional e do Tribunal Supremo, tem efectuado uma construção rigorosa sobre as suas condições de operatividade, que poderá sintetizar-se nos seguintes termos: O direito à presunção de inocência poderá ser efetiva e legalmente abalado através de uma prova indirecta ou derivada de indícios sempre que concorram as seguintes condições: a) Pluralidade dos factos-base ou indícios; (trata-se de uma exigência comum em várias legislações penais, como, por exemplo, em Itália, onde o artigo 192.º, n.º 2 do CP italiano exige que os indícios sejam graves, precisos e consonantes) b) Os factos-base (factos indirectos) devem estar suportados por prova de carácter directo; c) Carácter periférico do facto-base relativamente ao facto a provar; d) Interrelação entre os factos-base; e) Racionalidade da inferência; f) Expressão da motivação de como se chegou à inferência na decisão recorrida. Entre nós, o STJ tem vindo a recortar três momentos na valoração positiva da prova indiciária, nos seguintes termos: em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados. Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar à reconstrução do acto principal. Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena os autores exigem, uniformemente, como se irá explanar a concordância de todos os indícios, pois que sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstanciais de um único facto, de um drama humano devem necessariamente ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção por forma a que cada indício está obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si segundo a sua natureza e carácter ou segundo relações de causa e efeito. Em última análise está presente no nosso espírito a improbabilidade de aquela série de indícios poder apontar noutro sentido que não o atingido. O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando, ou seja, o funcionamento da presunção. A essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência é a essência de toda a presunção. A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção – em combinação com o

²⁷⁷ TRIBUNAL da Relação de Évora de 22 de novembro de 2011 – **Proc. 415/09.9TASLV.E1**. Relator Edgar Valente.

facto presumido que é o ponto de partida inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade”.²⁷⁸

Este acórdão é interessante porquanto a um só tempo revela a influência da jurisprudência espanhola em Portugal e faz referência a importante acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português proferido em 7 de abril de 2011 proferido no processo 936/08.0JAPRT.S1 onde são explicitados três momentos essenciais da prova indiciária, ou seja, em um primeiro momento os indícios devem ser verificados, precisados e avaliados. No segundo momento é feita uma análise e combinação desses indícios buscando uma síntese teleologicamente ligada a reconstrução dos fatos e, por fim, a análise da relação lógica inferencial entre o indício e o fato consequência.

Dessume-se deste acórdão também e, nos parece, por influência espanhola, a necessidade de os indícios possuírem uma característica inequivocamente acusatória, é dizer, do ponto de vista lógico o indício para ser apto a superar a presunção de inocência não deve permitir uma inferência que simultaneamente leve a incriminação e a absolvição. Aqui nos parece que esta exigência se liga ao requisito da precisão dos italianos.

Em outra decisão, também por influência espanhola, menciona-se a necessidade de os indícios serem circunstanciais e contemporâneos ao facto que se quer provar, ou seja, a necessidade de uma ligação temporal e material entre o indício e o fato consequência. Veja-se:

“Em Espanha (como nos EUA) onde se faz largo uso de tal meio de prova, exige a jurisprudência para validade do indício os seguintes pressupostos: de carácter formal: a sua expressão na sentença em factos-base, plenamente comprovados, que vão servir de apoio à dedução ou inferência, a afirmação do raciocínio através do qual se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado nele; no plano substancial não se dispensa a plena comprovação dos factos indiciários por prova directa, de inequívoca natureza acusatória, devendo aqueles ser plurais ou únicos, mas então, de especial força probatória, contemporâneos do facto, sendo vários devem estar interligados de modo a que se reforcem mutuamente”.²⁷⁹

Duas observações: a primeira é que este acórdão sinaliza a possibilidade de indício único desde que possua especial força probatória, a segunda diz com a necessidade de o indício estar provado por prova directa, este trabalho já se posicionou no sentido de que exigir prova

²⁷⁸ TRIBUNAL da Relação de Évora de 22 de novembro de 2011 – **Proc. 415/09.9TASLV.E1**. Relator Edgar Valente.

²⁷⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Proc. 1/09.3FAHRT.L1.S1**. 3ª Seção, Relator Armindo Monteiro, julgado 12/09/2007 por unanimidade.

directa para a prova do indício é tornar a prova indirecta uma prova menor, o que vai contra a linha adotada neste trabalho.

Por forte influência da legislação italiana exige-se também que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, veja-se: “por qualquer forma é incontornável a afirmação de que a gravidade do indício está directamente ligada ao seu grau de convencimento: é grave o indício que resiste às objeções e que tem uma elevada carga de persuasividade como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Por seu turno é preciso o indício quando não é suscetível de outras interpretações. Mas, sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado ou, como refere Tonini corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas. Por fim, os indícios devem ser concordantes, convergindo na direção da mesma conclusão do facto indiciante”.²⁸⁰

Sobre a concordância, a necessidade de que os indícios se conjuguem para produzir um todo coerente alcança não só cada um dos fatos-base, mas também as inferências que lhes são subjacentes, até porque se os fatos-base convergem para um mesmo sentido, por lógica, as conclusões decorrentes da inferência não poderão ser díspares. Aliás, Patrícia Silva Pereira lembra que ao contrário da jurisprudência italiana que inadmite a utilização de prova indiciária quando concordante com prova directa, a jurisprudência portuguesa caminha em sentido oposto, neste sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça(proc. 83/08.5JAFUN.L1.S1, Rodrigues da Costa) citado pela autora: “É claro que esta prova materializada nas transcrições das interceptações telefônicas não é uma prova directa; é uma prova indiciária ou indirecta, mas que, conjugando-se com factos resultantes de prova directa e com as regras gerais da experiência comum, nos permite inferir com segurança que os factos ocorreram, tal como relatados nas conversações telefônicas, muitas delas adquirindo até o aspecto de uma ordem ou de um facere, através da utilização de enunciados performativos: ‘Vai entregar’; ‘vai levar’; ‘Vou-te já entregar’; ‘contacta novamente’, etc.”.²⁸¹

Sobre as regras da experiência, como já mencionamos, são parte integrante do raciocínio probatório na valoração da prova indiciária, uma vez que por elas permite-se ao julgador alcançar fatos relevantes para o deslinde da causa quando não existe prova directa. A jurisprudência portuguesa divide as regras da experiência em dois grupos: o primeiro baseado em leis científicas e o segundo grupo consubstancia relações decorrentes da experiência

²⁸⁰ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 07 de abril de 2011. Proc. 936/08.oJAPRT.S1. Relator Santos Cabral.

²⁸¹ PEREIRA, **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**, p. 139.

quotidiana, sendo que o primeiro grupo goza de um maior grau de fiabilidade por decorrer de leis científicas. Nesse sentido: “em matérias que impliquem especiais competências técnicas, científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será cada vez mais reduzida e proporcionalmente inversa à certeza da afirmação científica. Como refere Dellepiane só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa. A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa”.²⁸²

Por fim, cumpre citar, para fins de arremate do tópico, Acórdão 241/08.2 do STJ, onde houve ampla fundamentação com expressa menção dos requisitos da prova indiciária nos seguintes termos:

“1) Os indícios devem estar comprovados e é relevante que está comprovação resulte de prova de prova directa, o que não obsta que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas ou seja insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena. 2) Os factos indiciadores devem ser objeto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação o que permitirá a sua interpretação como graves, média ou ligeiras; 3) Os indícios devem também ser independentes e, consequentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos ou partes sucessivas de um mesmo fato; 4) Quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem exceção, os indícios devem ser vários; 5) Os indícios devem ser concordantes, ou seja, devem conjugar-se entre si, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada fato indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias; 6) As inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas; 7) Por igual forma deve estar afastada a existência de contraíndícios, pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária”.²⁸³

Aqui, antes de finalizar o tópico, ainda cabem algumas palavras a respeito dos contraíndícios, como se vê, a inexistência deles é tratada pela jurisprudência como um dos requisitos da prova indiciária, dado que a sua existência resulta em forte carácter desagregador do conjunto probatório provocando uma perda de clareza das conclusões e, por consequência, um arrefecimento da convicção do magistrado frente à prova indiciária. Veja que segundo o Supremo Tribunal de Justiça, os contraíndícios são: “factos que visam o enfraquecimento da responsabilidade do arguido, sustentada na prova indiciária, são de duas ordens – uns impedem absolutamente, ou pelo menos dificilmente permitem que se atribua ao acusado o crime (estes

²⁸² SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 07 de abril de 2011. **Proc. 936/08.oJAPRT.S1**. Relator Santos Cabral.

²⁸³ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 23 de fevereiro de 2011. **Proc. 241/08.2GAMTR.P1.S2**, relator Santos Cabral.

fatos recebem muitas vezes o nome de indícios da inocência ou contra presunções); os outros debilitam os indícios probatórios, e consubstanciam a possibilidade de afirmação, a favor do acusado, de uma explicação inteiramente favorável sobre os factos que pareciam correlativos ao delito, e davam importância a uma convicção de responsabilidade criminal. Denominam-se de contra indícios e emergem em função da necessidade de contra por aos indícios culpabilizantes outros factos indício que aniquilem a sua força à face das regras de experiência”.²⁸⁴

Por óbvio, da mesma forma que os indícios, não basta apenas invocá-los, é necessário que seja feita prova dos contraindícios. Aqui é importante mencionar que o contra indício pode consubstanciar qualquer prova, inclusive um novo indício, que infirme o indício mesmo ou a conclusão que levou o indício ao fato consequência. Assim, o contra indício traduz verdadeira contraprova, ou seja, elementos probatórios que reforçam hipóteses alternativas à hipótese condenatória.

Pois bem, o exame da jurisprudência portuguesa revela que não há dúvida quanto à validade da prova indiciária para produzir um decreto condenatório, de outro lado, observa-se que esta mesma jurisprudência apresenta-se firme no sentido de estabelecer de forma pormenorizada requisitos da prova indiciária com vistas à correta apreciação e valoração do conjunto probatório sempre tendo como parâmetro o respeito aos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*. Percebe-se que a previsão jurisprudencial de requisitos visa exigir que o magistrado na sua sentença indique os fatos que provam, assim como os que não provam, além da forma, o caminho em que se alcançou determinada conclusão, até para possibilitar que a parte que não concordou, maneje o competente recurso com vistas a reformar a decisão. Em resumo, o estabelecimento de parâmetros para uma correta admissão e valoração da prova indiciária visa tornar a decisão com base em tais provas objetivável e motivável, assegurando meios racionalmente aptos para promover o conhecimento dos fatos, afastando assim, nos limites das forças humanas, juízos tomados com base em subjetivismos ou meras suspeitas.

²⁸⁴ SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 07 de abril de 2011. Proc. 936/08.oJAPRT.S1. Relator Santos Cabral.

Considerações finais

Embora o vocábulo prova possua várias significações conforme exposto neste trabalho com as citações de Germano Marques da Silva e Denílson Feitoza Pacheco, o estudo aqui desenvolvido pautou-se pela análise epistemológica dos elementos de prova, que é uma noção que automaticamente se conecta ao objeto da prova.

Nesse passo, provar e demonstrar, tem um sentido diferente quando usados no âmbito da lógica e da matemática, uma vez que nesta última seara, trabalha-se como o que se denomina de nota da irrefutabilidade, o que não ocorre no âmbito da lógica que trabalha no campo da probabilidade.

Daí que o estudo da prova demanda um olhar holístico, até porque do ponto de vista ontológico não há diferença entre a prova produzida no âmbito judicial e aquela produzida em outros ramos do conhecimento.

Outra questão importante é que o conceito de prova pelo aspecto aqui estudado é eminentemente relacional, é dizer, a prova só pode ser considerada como tal se estiver relacionada a algo.

Dentro do espectro da natureza probatória impende concluir pela importância do conhecimento de fundo ou de mundo para a correta abordagem da prova, até pela já sobre dita natureza relacional da prova. A colmatação das lacunas ocasionadas pela relação entre elemento e objeto de prova é geralmente preenchida pelo conhecimento de fundo ou de mundo do magistrado.

O processo judicial trabalha com a determinação de fatos passados, nesse passo, o que se prova em verdade é o que se afirma sobre o fato e não o objeto factual ocorrido em algum lugar do passado que por isso mesmo é irrepetível.

Há um sem número de regras probatórias que devem ser observadas no processo judicial como forma de preservar valores constitucionais tão ou mais relevantes que a descoberta da verdade.

A tomada de decisão no âmbito processual sofre a pressão inapelável do tempo, não se deve prostrar a tomada de decisão de forma indefinida. A decisão deve ser tomada em prazo razoável, até para preservar outros valores importantes como a segurança jurídica. A decisão deve ser justificada não só pela motivação do órgão decisor, mas, principalmente, pela legítima participação das partes no processo.

A função da prova no processo tem íntima relação com a conceção de processo que se adote. Se o sistema processual é construído, pensando, com o objetivo de descortinar a verdade

como meta, a prova deve ser objeto de valoração apropriada, exata e verdadeira, uma vez que a verdade dos fatos é relevante para o deslinde do objeto do processo. Esta a concepção mais de acordo com os princípios reitores do processo penal.

Nesse sentido, o sistema probatório deve estar aberto aos influxos epistemológicos de outras áreas do conhecimento, uma vez que um sistema assim concebido se mostra mais adequado para descortinar os fatos objeto do processo.

Ter a verdade como fim não implica que esta verdade seja alcançável, mas de outro lado, um processo assim concebido não afasta a necessidade de aperfeiçoamento para ir no sentido da verdade, a verdade é uma das teologias buscadas pelo processo. Eis o processo penado com preocupações epistêmicas.

Outra questão relevante é que o manejo do material probatório deve ser feito por um modelo objetivo de direito probatório, porquanto neste há um salutar afastamento da convicção do magistrado da centralidade do sistema, de modo que a verdade passe a não depender do juiz, mas da correspondência do acerto dos fatos do processo com o mundo.

Não há distinção ontológica entre a verdade buscada no âmbito do processo judicial e aquela buscada em qualquer outro ramo do conhecimento.

Ainda que se possa admitir a impossibilidade de descoberta exata de como ocorreu determinado fato discutido no processo, não se pode ignorar que por intermédio de ferramentas lógicas e epistemológicas que é possível concluir, a partir da análise do conjunto probatório, que determinados enunciados ou proposições probatórias são preferíveis a outros do ponto de vista racional. Assim, verdade e justiça são conceitos que se complementam na busca de uma decisão ótima no âmbito especialmente do processo penal.

Não há dois tipos de verdade, a verdade é uma só, o que ocorre é que no âmbito processual, em função das várias limitações a que está sujeito o órgão judiciário, assume-se a verdade como um resultado probabilístico, processualmente válido, ou seja, racionalmente se toma aquela alegação de fato como justificada porquanto obtida por intermédio de meios processualmente válidos.

A teoria da verdade mais adequada, dentro do estudo do direito probatório, é a que toma a verdade como correspondência. O acerto dos fatos no processo judicial para ter a nota da justiça e da correção deve guardar conexão com o mundo real. Na expressão “está provado que p” significa que há elementos probatórios suficientes a favor de “p”.

Não há referência expressa à prova indireta na legislação processual portuguesa. Mas a sua utilização encontra amparo na letra do artigo 125 do CPP que admite qualquer prova desde que não proibida por lei.

Um dos escopos do processo penal é legitimar o direito de punir estatal a partir da construção de um processo penal acusatório que tencione colocar as partes, acusação e defesa, em paridade de armas e que respeite as garantias fundamentais do acusado. Não se faz, dentro do Estado Democrático de direito, justiça a qualquer custo.

Não se pode proferir uma legítima e justa decisão no âmbito do processo sem um correto juízo a respeito dos fatos. Importa, portanto, desenvolver modelos racionais de valoração probatória de forma a obter o máximo rendimento epistémico, sempre é claro, balizado pelas garantias fundamentais do cidadão.

Uma decisão, ao menos tendencialmente justa, depende de três condições: uma epistemologia com foco na verdade; uma correta adequação dos fatos às normas e, por último, um ambiente processual que dê concretude e efetividade aos direitos e garantias processuais e constitucionais do arguido.

A conformação epistemológica do processo passa pelo desafio de equilibrar a vocação de um processo epistémico que busca a verdade como um de seus fins institucionais e a vocação democrática que impõe que o acerto dos fatos deve necessariamente observar garantias inegociáveis do indivíduo, que por vezes, tem a nota antiepistêmica no seu âmago porque buscam preservar outros valores igualmente caros para o processo penal.

A imparcialidade é uma condição essencial para uma legítima e justa decisão judicial. O alcance do princípio da investigação no âmbito do sistema penal português deve ser bem delimitado visando evitar a contaminação do magistrado pela versão acusatória, ou seja, o magistrado deve evitar o protagonismo probatório sem prejuízo é claro da sua função instrutória que é fazer ingressar no processo fontes de prova ligadas ao objeto do processo delimitado pela acusação e que por inação as partes não amealharam para o conjunto probatório.

O contraditório confunde-se com a própria noção de processo democrático no sentido de que não se concebe um processo judicial legítimo sem a necessária participação efetiva das partes.

O contraditório, para além de ser uma garantia de defesa essencial para o arguido, consubstancia também um instrumento de construção epistêmica da verdade no processo, porquanto a partir da efetiva participação das partes no processo permite o robustecimento do conjunto probatório cuja sintonia fina pode ser perfetibilizada pela dialética processual.

A presunção de inocência impõe ao aparelho estatal que o arguido seja tratado como inocente enquanto não estiver a sua culpa constitucionalmente provada, por isso é que se proíbe medidas coercivas que representem verdadeira antecipação de pena. Outro ponto relevante é que se relaciona a esse princípio magno, é que o processo, que é um mal, deve ser solucionado

em prazo razoável, não sendo constitucional o protraimento indevido do trâmite processual. Outro ponto que se deve concluir é que o fundamento da presunção de inocência é axiológico e não epistemológico.

O princípio do *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento que impõe ao julgador, ante a renitência do estado de dúvida processual, o julgamento em favor do acusado, valendo notar que referido princípio alcança inclusive as causas justificantes e exculpantes, é dizer, havendo dúvida em relação à existência ou não destas deve o julgamento ser favorável ao arguido. A dúvida, porém, não se confunde com a existência de versões díspares, mas sim com a impossibilidade de racionalmente sustentar uma versão em detrimento de outra.

O processo não é um instrumento puramente epistémico porque há valores tão ou mais importantes que a busca da verdade que devem ser preservados para possibilitar um exercício do direito de punir legítimo.

A relação probatória tem um viés epistemológico pelo qual há uma relação entre crenças, mas também possui um viés lógico, ambiente em que se estabelece uma relação entre proposições. É na confluência destes dois aspetos que se estabelece uma sintonia fina das conclusões sobre o conjunto probatório.

A lógica não busca aferir a verdade ou falsidade das premissas, mas sim racionalizar as relações entre as proposições, daí a importância do seu estudo no âmbito do direito probatório.

Dentro do conceito de que conhecimento é uma crença verdadeira justificada e de que a evidência é uma crença, pelo aspecto relacional da prova, que embasa outra crença, a lógica amplifica sua importância, porquanto a justificativa que ligará crenças embaadoras à crenças embaçadas se dará por intermédio das inferências, ou seja, raciocínios lógicos que podem ser dedutivos, indutivos ou abduativos.

Basicamente, o juízo probatório desenvolve-se por intermédio de um debate de hipóteses, de modo que a reconstrução fática, que decorre desse caldo argumentativo, termina por resultar em um juízo de probabilidades. Esse debate torna-se mais candente quando o conjunto probatório compõe-se apenas de provas indiretas, já que, por óbvio, a conclusão do juízo probatório nesses casos atraiem forte carga probabilística.

No que se refere aos modelos probatórios de avaliação do conjunto de provas, o trabalho cita os modelos narrativos, probabilístico e o misto, afirmando que este último, por reunir as características positivas dos dois primeiros, constitui ferramenta mais eficiente para auxiliar na confecção do ato decisório.

Sobre os critérios metodológicos inferenciais, a dedução é um método tido como verdade conducente porque revela a verdade contida nas premissas sem, porém, a ampliação de conhecimento. A verdade das premissas garante a verdade da conclusão. A lógica dedutiva não se mostra adequada ao raciocínio probatório porque, como já se disse, este se desenvolve dentro de uma ótica probabilística.

A lógica indutiva diferentemente leva à ampliação do conhecimento contido nas premissas. A conclusão na lógica indutiva é sempre provisória porque pode ser sempre descredibilizada por um dado novo. A conclusão indutiva resolve-se no campo da probabilidade.

Na lógica abdutiva, a partir da conclusão formam-se diversas hipóteses explicativas que vão ser testadas a partir do conjunto de evidências.

Visando a superação do paradoxo que é ter um processo que, sem embargo de ter a verdade como teleologia, também deve proteger outros valores tão ou mais caros à dignidade humana, valores estes que, muitas vezes, ao serem protegidos, acabam por adquirir uma nota contraepistêmica, é que entra em cena a questão da probabilidade no juízo de fato.

O juízo probabilístico busca aproximar aquele acerto dos fatos no âmbito do processo judicial à verdade, é dizer, aquilo que aconteceu na realidade, sempre é claro com base naquele específico conjunto de evidências que foram trazidos aos autos, a partir da observância de obrigatoriedade de regras e princípios democráticos.

O Bayesianismo é um dos principais representantes da teoria confirmatória. É utilizado, no raciocínio probatório, na sua modalidade subjetiva porque calcula a probabilidade de um evento ocorrer a partir da ocorrência de um evento anterior, daí a denominação de probabilidades condicionais, porque o evento subsequente é calculado a partir do evento anterior. Há uma atualização constante na medida em que novas evidências vão surgindo. A aplicação do teorema de Bayes no campo da prova judicial é por demais problemática. A fórmula utilizada tem uma dificuldade de estabelecer uma probabilidade a priori o que acaba por descambar para o subjetivismo de aplicador. A situação é ainda mais complexa em relação à prova indiciária, sem mencionar a crescente complexidade dos cálculos dada a complexidade dos fatos da vida.

A Inferência para melhor explicação (IME) tem sido considerada como um dos modelos de raciocínio probatório mais eficientes. O raciocínio inferencial via IME busca escolher a hipótese que melhor explica os dados reunidos naquele específico conjunto probatório concreto.

A IME promove uma inversão do raciocínio probatório porque se parte da hipótese para evidência, o conhecimento vai sendo aprofundado e sedimentado não só como argumento, mas também e, principalmente, pela análise do caso concreto.

A IME promove uma análise global do conjunto probatório porque o que está a ser pesado é a hipótese e não uma determinada prova específica.

A IME pode contribuir também em matéria de “standards” probatórios porque estabelece padrões objetivos para avaliação tanto da evidência quanto dos “standards”.

O direito de punir estatal não pode exercer-se legitimamente sem o necessário respeito aos direitos fundamentais e sem a comprovação cabal da conduta imputada ao arguido. Por outro lado, a sociedade cada vez mais complexa traz também como subproduto a modernização do crime e um nível de especialização que impõe sérias dificuldades ao aparato estatal no combate ao crime.

A dificuldade de obtenção de prova direta, especialmente no âmbito da criminalidade financeira e em crimes contra administração pública, põe em relevo a importância do estudo da prova indiciária, que se torna importante instrumento para desvelar esquemas criminosos bem concertados.

É preciso divisar a diferença entre as expressões prova por indícios, que se obtém em um contexto de cognição exauriente e, os indícios de prova que podendo conter tanto provas diretas como indiretas, consubstanciam o que se denomina de começo ou início de prova.

O raciocínio probatório indireto do ponto de vista ontológico tem base ora no princípio da identidade, ora no princípio da causalidade, na primeira temos o raciocínio de ordem presuntiva e na segunda a prova indiciária. O estudo da prova sob a perspectiva do seu objeto e conteúdo revela-se essencial na medida em que o conteúdo probatório extraído da pessoa ou coisa reproduz no espírito humano a relação com a verdade.

Não se nega que a verdade no processo penal converge para a verificação da ocorrência ou não do delito. Nesse passo, toda prova que se relacione imediatamente com um dos elementos do delito, ainda que mínimos, traduz prova direta. Ao revés, tem-se a prova indireta quando a prova relacionar-se imediatamente a uma circunstância diversa do delito, mas que, uma vez provada, pode-se ligar, via raciocínio, de forma mediata ao fato criminoso.

Para Malatesta o juízo de credibilidade estará sempre presente, tanto na prova direta quanto na indireta, a diferença para o mencionado autor reside no juízo de conteúdo da prova porque para ele, uma vez ultrapassado o juízo de credibilidade da prova, o juízo de credibilidade da prova o seu conteúdo deve ser admitido como veraz independente do raciocínio o que não ocorre na prova indireta.

O problema dessa visão tradicional é que a análise da realidade leva à conclusão de que há raciocínio inferencial tanto na prova direta quanto na prova indireta porque como a prova é relacional, é dizer, desenvolve-se a partir de uma relação entre crenças, o background ou conhecimento de fundo acaba sendo essencial em qualquer raciocínio probatório. Essa perspectiva é importante porque evita estabelecer patamares valorativos falsos entre a prova direta e indireta.

No sistema português a utilização do indício fundamenta-se no princípio da livre apreciação da prova, mas o principal desafio não é a sua admissão, mas sim, tornar a sua fundamentação legítima dentro dos padrões constitucionais estabelecidos, é dizer, a decisão deve ser apta a ser controlada em relação ao aspecto da suficiência para condenar.

A estrutura básica da prova indiciária abarca três elementos, o antecedente, o fato conhecido de onde se parte, o consequente, o qual é o ponto de chegada, ou seja, o fato desconhecido que se quer descortinar a partir do antecedente, além é claro da própria inferência que é a ponte que liga o fato conhecido ao fato que se quer provar. A garantia do arguido repousa na correção da inferência que deve ser feita de tal forma que permita a verificação por qualquer pessoa de que dita inferência foi balizada por critérios lógicas e racionais.

A doutrina é unânime em sustentar que o indício, para servir como elemento de prova indiciária, deve estar plenamente provado, seja por prova direta, seja por prova indireta. A pluralidade de indícios também não é pressuposto para autorizar um juízo condenatório com base em prova indiciária porque mais que um viés constitutivo importa para fins probatórios a força probatória daquele específico e concreto conjunto probatório, seja este formado por uma pluralidade de indícios ou indício único.

Como provar é argumentar, não faz sentido sustentar uma melhor qualidade do conjunto probatório composto de provas diretas em detrimento daquele sustentado por provas indiretas. A força da prova é determinada em concreto e a prova indireta, em concreto, pode estar amparada por argumentos suficientes para superar o princípio da presunção inocência.

Para que a prova indiciária seja apta a embasar um decreto condenatório deve estar amparada pelos seguintes requisitos: a) os indícios devem estar comprovados por prova direta; b) devem os indícios ser objeto de análise crítica; c) Os indícios devem ser independentes; d) De regra, plurais; e) Sendo plurais devem formar um todo coerente; f) As inferências devem ser convergentes; g) Os contraindícios ou não devem estar presentes, ou, se presentes, devem ter baixa credibilidade;

O Tribunal Constitucional Espanhol não tergiversa sobre a possibilidade da prova indiciária embasar, por si só, um decreto condenatório, mas enfatiza que o facto base deve estar

plenamente provado, sendo que a inferência deve estar adequadamente justificada por critérios razoáveis que devem estar completamente expostos na decisão possibilitando assim o controle objetivo pelas partes. Mas não é só, o raciocínio inferencial deve estar cimentado pelas regras da experiência.

O Tribunal Supremo Espanhol acrescenta que os requisitos materiais são traduzidos pela plena prova dos indícios, concomitantes aos fatos que se quer provar, devendo possuir uma interrelação. O Tribunal Supremo tem admitido a possibilidade do indício único desde que tenha uma singular potência acreditativa. Por outro lado, a jurisprudência espanhola tem exigido que o indício seja provado por prova direta.

O Tribunal Supremo Espanhol chega a afirmar que se a inferência realizada na prova indiciária for coerente, lógica e racional, há até uma superioridade da força probatória da prova indiciária em relação à prova direta, justamente pelo fundamento racional que sustenta a prova indiciária, argumento com o qual não concordamos porquanto a força da prova deve ser avaliada em concreto e independentemente de ser prova direta ou indireta. Para os italianos os indícios devem ser graves, precisos e concordantes, tendo expressado isso no próprio código processual italiano. Estes requisitos vão sendo densificados tanto pela doutrina como pela jurisprudência italiana. Mas é na jurisprudência espanhola que de forma mais enfática se vê a afirmação de que a prova indiciária é o quanto basta para o afastamento da presunção de inocência, a partir da observância de requisitos expostos com uniformidade didática.

Para além de a prova indiciária ter ingressado no processo de modo válido, além de estar amparada por uma correta fundamentação do ponto de vista lógico e racional, deve o magistrado preocupar-se com a suficiência probatória da prova indiciária para superar o princípio da presunção de inocência.

A segunda parte do raciocínio probatório é uma questão de grau e como já se disse que provar é argumentar, é na força do argumento que está a chave para delimitar e estabelecer a força probatória.

O argumento probatório é indutivo e vai sendo alterado à medida que novas evidências se juntam à cadeia probatória e dada essa característica a IME acaba por ser a ferramenta ideal para o desenvolvimento do argumento dada a sua proximidade com a forma como ordinariamente raciocinamos.

O controlo do argumento probatório se dá por intermédio da dialética processual, onde se pode atacar tanto as premissas quanto o conhecimento de fundo utilizados no raciocínio probatório. Ao estudar o “standard” probatório, entendido aqui como o grau de suficiência probatória que o conjunto de provas deve atingir para superar a presunção de inocência, vimos,

que dadas as limitações do raciocínio probatório que se desenvolve por meio de lógica indutiva, descabe falarem verdade e certeza dada a incapacidade de saber com certeza se a verdade foi descortinada, sem embargo de como vimos, a verdade ser uma das finalidades inarredáveis de um processo garantista. Assim, a concepção anglo americana de “standard” de prova nos parece mais consentânea com o raciocínio probatório porque não fala em verdade ou certeza, mas sim em escolha da versão que diante daquele conjunto probatório concreto mostrou-se mais provável, não porque livre de dúvida, mas sim porque esta não se mostrou razoável.

Apesar da carga de subjetividade, também presente no referido “standard”, Ferrer Beltran propõe dois critérios para tornar o raciocínio probatório mais objetivável. O primeiro é o de que a hipótese condenatória explique os dados amealhados, atuais e futuros, o segundo é a de que todas as hipóteses plausíveis compatíveis com a inocência do arguido sejam refutadas.

Na pesquisa jurisprudencial feita no trabalho, em seu último tópico, verificou-se que importantes tribunais nos mais diversos países de cultura ocidental admitem, praticamente de forma uniforme, a eficácia probatória da prova indiciária. Há aqui e ali algumas decisões que nulificam a condenação por prova indiciária, mas não pelo seu uso em abstrato, mas sim pelo erro de valoração daquela prova no específico caso concreto, o que de resto acontece com qualquer tipo de prova.

Há um consenso de que a não aceitação da prova indiciária tem como subproduto um déficit de segurança pública por parte do sistema de justiça criminal porque fomenta uma perniciosa impunidade de crimes graves que, de regra, são muito difíceis de comprovação por prova direta.

A jurisprudência portuguesa tem marca influência da jurisprudência americana e espanhola, além da doutrina italiana. A par disso, há, por outro lado, um elevado zelo em relação ao controle do valor probatório da prova indiciária com o intuito evidente de espancar qualquer fragilidade.

Exige-se que o indício seja certo e provado por prova direta. Deve o indício ser inequivocamente acusatório. A jurisprudência portuguesa tem exigido que o indício seja parecido a ponto de excluir inferências múltiplas. Devem os indícios ser contemporâneos, independentes e inter-relacionados, além de graves, ou seja, indícios com elevada conexão com o fato que se quer provar. O requisito da precisão significa menos ilações, o que eleva o valor probatório do indício.

A regra da experiência deve portar as características da clareza, aceitabilidade e decorrer da motivação exposta na sentença. Nesse sentido, diz-se que a inferência deve estabelecer uma ligação direta, precisa e concisa. O contra indício não pode, ou ser mais

convvincente que os indícios para o julgador, ou plantar a dúvida no magistrado por ser tão persuasivo quanto o indício, caso em que se aplica o princípio do *in dubio pro reo*.

O exame da jurisprudência portuguesa nos revela que não há dúvida quanto à validade da prova indiciária para suplantar a presunção de inocência. Por outro lado, é firme em estabelecer critérios e requisitos para que esta prova se torne apta, a partir de um processo democrático, a amparar um decreto condenatório.

Quanto a esse aspecto não se encontrou na pesquisa feita, particularidades que valessem menção quando comparadas como tratamento da prova indiciária nas jurisprudências alienígenas aqui estudadas. Há um consenso nestes países de que a prova indiciária não é menor, quando considerada em abstrato, quando comparada à prova direta.

Todavia, constatou-se um salutar esforço geral para garantir não só que a produção e a valoração da prova indiciária sejam feitas de forma legal e logicamente válida, mas com a perfeita indicação na decisão, não só dos fatos provados, mas também do caminho que se trilhou para chegar a determinada conclusão, tudo para tornar o raciocínio probatório objetivável e motivável em apreço aos princípios constitucionais que exigem um processo penal democrático e garantidos dos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto – **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo H. – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, Ano 4, n.º 1 (jan./abr. 2018), p. 43-80. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.13>.

— **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-817-2.

BELTRAN, Jordi Ferrer – **Prova e verdade no direito**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7431-3.

— **Valoração racional da prova**. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-214-5.

CABRAL, José Santos – A prova indiciária e as novas formas de criminalidade. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 17, p. 14. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em: <https://julgar.pt/prova-indiciaria-e-as-novas-formas-de-criminalidade>.

CÓDIGO de Processo Penal Português [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostraarticulado.php?artigo;d=199A0340nid=199tabela=leispagina=1ficha=1somiole=nversao=.

COELHO, Walter – **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996.

CORDON AGUILAR, Julio Cesar – **Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal**. Salamanca, 2011. [Consult. 23 Nov 2023]. Disponível em https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110651/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf;jsessionid=D59336A45BCE3E5D45329CEDF3A6292E?sequence=1.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo – **As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. ISBN 978-85-7348-975-0.

DECRETO-LEI n. 78/87 – Constituição da República Portuguesa. **Diário da República I Série**, n. 40 (17-02-87).

DELLEPIANE, Antonio – **Nova teoria da prova**. Campinas: Editora Minelli, 2004.

FEITOZA, Denilson – **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. ISBN 978-85-7626-268-8.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988-9. ISBN 978-972-32-1250-1.

GLANZBERG, Michael – **Truth, The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2009 ed. [Consult. 23 Nov 2023]. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/truth/>.

GOMES, Márcio Schlee – **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. ISBN 978-65-86017-15-1.

GROSS, Marco Eugênio – **Probabilidade no modelo do juízo de fato e a sua influência no discurso justificativo da decisão judicial**. 2015. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.lume.efrgs.br/bitstream/handle/10183/129517/000977295.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

LOPES MORENO, Santiago – **La prueba de indicios**. [Em linha] Madrid: Imprenta de Aurelio J Alaria, 1879. Disponível em archive.org/details/BRes020760/page/n3/mode/2up. Acesso em: 16 ago. 2022.

MALATESTA, Nicolas Framarino Dei – **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2013. ISBN 978-85-7890-015-1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz – **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4016-4.

MATTA, Paulo Saragoça da – A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de – Do processo e julgamento. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MESQUITA, Paulo Dá – **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7.

MITTERMAIER, C. J. A. – **Tratado de la prueba em matéria criminal**. Adicionado y puesto al día por Pedro Aragonese Alonso. 10. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1979. ISBN 84-290-1071-8,

MORO, Sergio Fernando – Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n.º 41, (abr./jun. 2008), p. 11-14.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis – **A prova por indícios no processo penal**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco – **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del inimigo**. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

NEIVA, André Luiz de Almeida Lisboa – **Probabilidade e bayesianismo na teoria epistêmica de Richard Swinburne**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016. 13f. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Processo Penal e execução penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Francisco da Costa – **Defesa criminal activa: guia da sua prática forense**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724020815.

PATRICIO, Rui – **A presunção de inocência no julgamento em processo penal – alguns problemas**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7850-2.

PEIXOTO, Ravi – **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-216-9.

PEREIRA, Patrícia Silva – **Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6105-4.

PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo – **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7205-5.

SALINAS, Henrique – **Os limites objectivos do *ne bis in idem* e a estrutura acusatória do processo penal português**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0406-5.

SCARPARO, Eduardo – **Retórica forense: história, argumentação e invenção retórica**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. ISBN 978-65-994688-3-4.

SCHMITZ, Leonard – **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-228-9.

SILVA, Germano Marques da – **Curso de processo penal**. 5. ed. revista e atualizada. Lisboa: Editora Babel, 2011. v. II. ISBN 978-972-22-3043-8.

SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos processuais: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. I. ISBN 978-972-54-0566.6.

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

SUPERIOR Tribunal de Justiça – Acórdão de 07 de abril de 2011. **Proc. 936/08.oJAPRT.S1**. Relator Santos Cabral. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—Acórdão de 11 de julho de 2007. **Proc. 07P1416**. Relator Armindo Monteiro. [Em linha]. [Consult. 6 Nov. 2023]. Disponível em www.dgsi.pt.

—Acórdão de 22 de janeiro de 2011. **Proc. 184/11.2GCMTJ.L1.S1**. Relator Armindo Monteiro. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.dgsi.pt.

—Acórdão de 22 de outubro de 2008. **Proc. 08P3274**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—Acórdão de 23 de fevereiro de 2011. **Proc. 241/08.2GAMTR.P1.S2**. Relator Santos Cabral. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—Acórdão de 23 de setembro de 2010. **Proc. 65/09.0JACBR.C1.S1**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—Acórdão de 26 de janeiro de 2011. **Proc. 417/09.5YRPTR.S2**. Relator Armindo Monteiro. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—**Proc. 07p4588**. Relator Armindo Monteiro, julgado 12/09/2007 por unanimidade. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

—**Proc. 1/09.3FAHRT.L1.S1**. 3ª Seção, Relator Armindo Monteiro, julgado 12/09/2007 por unanimidade. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stj.pt.

SUPREMO Tribunal Federal – **AP 470**, 2012, fls. 52.709-52.711, Plenário, voto da Ministra Rosa Weber. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stf.jus.br.

—**AP 470**, 2012, fls. 53.118-53.119, Plenário, voto do Ministro Luiz Fux. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2022]. Disponível em www.stf.jus.br.

TARSKY, Alfred – **The semantic conception of truth and the foundation of semantics**. In: ROTA, Gian-Carlo. Ed. Alfred Tarski – collected papers. Basel: Birkhauser, 1986. v. 2, 1935-1944.

TARUFFO, Michele – **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-14-7.

—Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1 (jan./abr. 2018), p. 128-148. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.136>.

—**La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele – **La prueba de los hechos**. Tradutor Jordi Ferrer Beltran. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. ISBN 978-84-8164-534-7.

—Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n 13, (jan/abr. 2011), p. 131.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Cadeia de custódia da prova**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-9967-5.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2021. t. I. ISBN 978-972-40-4207-7.