

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO**

**JOEL VENÂNCIO DA SILVA JÚNIOR**

**INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA.  
Uma perspectiva de efetividade do Processo Penal.**

**RECIFE 2009**

**JOEL VENÂNCIO DA SILVA JÚNIOR**

**INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA.**

S237i

Silva Júnior, Joel Venâncio da

Indícios como meio de prova : uma perspectiva de efetividade do processo penal / Joel Venâncio da Silva Júnior ; orientador Manoel Severo Neto, 2009.

124 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2009.

1. Processo penal. 2. Prova (Direito). 3. Presunções (Direito).  
I. Título.

**Uma perspectiva de efetividade do Processo Penal.**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Área do conhecimento: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Severo Neto

---

SILVA JR, Joel Venâncio

INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA.

Uma perspectiva de efetividade do Processo Penal. Recife/2009

124 p.

Dissertação apresentada como requisito para parcial à obtenção do título de mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

1 Indícios. 2. Prova. 3. Verdade Processual. 4. Indícios como meio de prova.

---

**INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA.****Uma perspectiva de efetividade do Processo Penal.**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

**ATA DE DEFESA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DO ALUNO**

**JOEL VENÂNCIO DA SILVA JÚNIOR**

Aos dezessete dias do mês de abril do ano de dois mil e nove, realizou-se às quatorze horas, na sala 307 do 3º andar do Bloco G4, à rua Almeida Cunha 245 - Boa Vista, Recife-PE, a sessão pública de defesa da Dissertação "INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA. UMA PERSPECTIVA DE EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL", apresentada e defendida pelo aluno Joel Venâncio da Silva Júnior, bacharel em Direito pela Unidades de Institutos Paraibanos de Educação e que concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de "Mestre em Direito", segundo encaminhamento do Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior, Coordenador do Programa de Mestrado em Direito, desta Universidade e documentação constante nos arquivos da Secretaria de Registros Acadêmicos, desta Pró-reitoria. Os trabalhos foram instalados e coordenados pelo Prof. Dr. Manoel Severo Neto, presidente da Banca Examinadora, que foi constituída pelos Professores Doutores: Hélio Sílvio Ourém Campos, da Universidade Católica de Pernambuco; Anamaria Campos Torres, da Universidade Federal de Pernambuco e Manoel Severo Neto, da Universidade Católica de Pernambuco, orientador do mestrando. Como Membros Suplentes: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia, da Universidade Católica de Pernambuco e Prof. Dr. Zélio Furtado, da Universidade Federal de Pernambuco. O Prof. Dr. Manoel Severo Neto, como presidente da Banca Examinadora, solicitou ao mestrando que apresentasse sua Dissertação. Em seguida, a Banca Examinadora tendo decidido aceitar a Dissertação passou à argüição pública do mestrando. Encerrados os trabalhos de argüição, os examinadores deram o parecer final sobre a Dissertação, tendo sido o candidato APROVADO, por todos os membros da Banca Examinadora, e para constar eu, Nicéas Izabel Alves, secretária, lavrei a presente Ata que assino juntamente com os membros da Banca Examinadora. Recife, 17 de abril de 2009.

\_\_\_\_\_  
Nicéas Izabel Alves

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourém Campos

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Anamaria Campos Torres

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Manoel Severo Neto  
(presidente da Banca Examinadora)

## RESUMO

O papel dos indícios no processo penal ainda é questão tormentosa. No Brasil poucas e incompletas são as obras que tratam do tema. No código de processo penal a expressão indício é utilizada constantemente. Por vezes aparece com sinônimo de prova, noutras como menos que prova. O sistema mostra-se assim, incoerente, fruto de arcaica e péssima técnica legislativa. Os estudiosos do tema no Brasil, quando admitem que o indício pode ser utilizado como meio de prova o fazem com restrições. Para a maioria eles precisam ser comprovados por prova direta, servindo de complemento àquela. Aliás a expressão indício é sempre utilizada no plural, pois tamanha seria sua fragilidade que só poderiam ser aceitos como prova se houvesse um conjunto deles afinados, harmônicos. A restrição ao uso do indício como meio de prova se justifica tendo em vista o princípio da verdade real, vigente no processo penal. A condenação no processo penal só seria cabível quando houvesse certeza plena da materialidade e autoria delitiva. O indício seria incapaz de revelar esta verdade plena, por tratar-se de juízo de probabilidade, pois é obtido através de uma construção lógica, pelas regras da experiência. A verdade plena, absoluta é inatingível. A filosofia desde remota época tenta conceituar a verdade sem sucesso, eis que esta depende da visão do falante. Pelas limitações humanas e do próprio processo não há como obter a verdade plena, inatacável. O que se consegue é a verdade que o processo é capaz de revelar com os meios de prova disponíveis. O próprio processo penal mitiga a verdade real ao impor uma série de restrições quanto à prova, como no caso das obtidas por meios ilícitos. Afastada a verdade real só resta a probabilidade da ocorrência do fato, qualquer que sejam os meios de provas utilizados. O risco de uma condenação injusta é uma constante do sistema processual penal e ele só diminui quando se assegura às partes iguais condições (não apenas fictícias), afinal é a dialética do processo que fornecerá a verdade possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1 Indícios. 2. Prova. 3. Verdade Processual. 4. Indícios como meio de prova.



## ABSTRACT

The role of evidence in criminal proceedings is still a tormenting issue. In Brazil, there are few and incomplete works that deal with the issue. In the criminal procedure code the term evidence is used constantly. Sometimes it appears as a synonym of proof, in other cases less proof. The system seems to be so inconsistent, the result of bad technique and archaic legislation. The scholars of the theme in Brazil admit that the evidence can be used as proof with restrictions. For the majority they need to be supported by direct proof, serving as a complement to that. Indeed the expression evidence is always used in the plural, as such would be its weakness and therefore could only be accepted as evidence if there is a body of evidence and proof harmonics. The restriction on the use of evidence as evidence is justified in view of the principles of real truth, existing in criminal proceedings. The sentencing in the criminal proceedings would only be appropriate when there is a certainty of hard evidence and criminal authorship. The evidence would be unable to reveal the full truth, because it is likely that the court has obtained it through a logical construction, according to the rules of the practice, while the direct evidence could rebuild the fact to be proven. The argument of the real truth is false. The full truth is absolutely unattainable. The philosophy from remote attempts to conceptualize the true reasons without success, this depends on the vision of the speaker and the human limitations of the process itself, and there is no way to get the full truth. What if it is true that the process is able to prove with the evidence available? The prosecution itself mitigates the real truth to impose a series of restrictions on the evidence, as in the case of those obtained by unlawful means. Apart from the real truth there is only the probability of occurrence of fact, whatever the means of evidence are used. The risk of a conviction is unfair in a system of criminal procedure and it only decreases when the parties ensure equal conditions (not only fictitious), it is the end of the dialectal process that can provide the truth.

Key words: 1, Evidence. 2, Proof. 3, Truth procedure. 4. Evidence as proof.

#### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS<sup>1</sup>

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
<i>VS</i>	<i>Versus</i>

---

<sup>1</sup> Cfr. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10522: Abreviação na descrição bibliográfica. Rio de Janeiro, 1988. 9 p.

## DEDICATÓRIA

Ao professor MANOEL SEVERO  
NETO  
pelo incentivo,  
à ANDRÉA CALADO VENÂNCIO,  
minha adorável esposa, pelo apoio  
incondicional,  
aos meus filhos IVAN D'ANGELO  
CANTISANI VENÂNCIO e JOELLE  
CALADO VENÂNCIO,  
como expressão do meu amor.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
Delimitação do tema.....	12
Metodologia empregada.....	17
CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	20
CAPÍTULO 2. INDÍCIOS.....	27
2.2. Evolução histórica.....	27
2.2. Controlabilidade dos indícios.....	33
2.3. Indícios e presunções.....	39
2.4 Indícios e circunstâncias .....	46
2.5. Classificação dos indícios.....	48
2.6. Contra-indícios.....	58
CAPÍTULO 3. PROVA.....	63
3.1. Regras Gerais.....	63
3.2. Classificação das provas.....	67
3.3. Provas ilícitas.....	71
CAPÍTULO 4. VERDADE PROCESSUAL E O USO DE INDÍCIOS.....	73
4.1 Certeza, Verdade e os indícios.....	73
4.2. Verdade material, formal e o uso de indícios.....	78
4.3. Verdade processual e o uso de indícios.....	83
CAPÍTULO 5. ÔNUS DE PROVAR E A PRODUÇÃO DE INDÍCIOS...	91
5.1. Considerações gerais.....	91
5.2. Ônus da acusação.....	97
CAPÍTULO 6. INDÍCIOS COMO MEIOS DE PROVA.....	102
6.1. Força probatória dos indícios.....	102
6.2. Modernos meios de aquisição de indícios.....	110
6.3. Entendimentos jurisprudenciais.....	113
CONCLUSÕES.....	116
8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	119

## INTRODUÇÃO

### 1. Delimitação do tema

Em tempos de alta criminalidade como o que vivenciamos hoje no Brasil, são grandes as tentações de suprimir garantias para que a lei penal possa ser aplicada de maneira cada vez mais eficaz, combatendo o fantasma da impunidade e fazendo resgatar a credibilidade das instituições estatais encarregadas pela persecução penal.

O tema da segurança pública está na pauta do dia dos políticos que procuram soluções rápidas que agradem ao eleitorado, cansado da violência desenfreada que aflige a sociedade.

Nesse ambiente, não raramente, temos a influência de teorias que mitigam o garantismo<sup>2</sup>, como foi o caso da lei de crimes hediondos, construída num cenário de comoção nacional e inspirada no Direito Penal do Inimigo<sup>3</sup>; ela fulminou na sua redação original qualquer tentativa de individualização da pena, apenas pelo pressuposto de que o indivíduo

---

<sup>2</sup> “Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.” SCARANCA, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

<sup>3</sup> “A expressão Direito Penal do Inimigo é usada pelo mestre alemão Gunther Jacobs no seu funcionalismo sistêmico para designar um direito penal protetor da norma e não do bem jurídico fundamental. De acordo com o autor, o inimigo é aquele indivíduo que se afasta completamente do estado de direito não oferecendo garantias cognitivas de que será fiel às normas. Deve ser tratado como inimigo e não como súdito. Haverá então dois direitos penais distintos, um para o súdito, cidadão que se sujeita às normas, mas que eventualmente tenha delinquido e outro para o inimigo. Para este último se imporiam medidas de segurança ao invés de pena. Não se consideraria o fato criminoso em si, já passado, mas a sua periculosidade, a propensão a realização de outros atos futuros. Ao inimigo se poderia impor a antecipação da tutela penal, como medida de proteção, punindo-se até mesmo atos preparatórios.” In *Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)*. Luis Flavio Gomes. Disponível em [www.revistajuridicaunicoc.com.br](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br) Acesso em 20/10/2008

condenado pela prática de determinados crimes, de visível periculosidade, não estaria a merecer o benefício da progressão de regime. Essa excrescência que atenta contra cláusulas pétreas da nossa Constituição vigorou por longos dezesseis anos, até que o Supremo Tribunal Federal, mudando sua posição até então, reconheceu a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal.

A cada novo caso de repercussão nacional surgem projetos de lei para endurecer as penas e tornar mais efetivo e célere o processo penal, mesmo que isso custe a supressão de alguma garantia individual.

Além da pressão interna, da opinião pública que se sente encurralada por criminosos, temos a externa, exercida pelos órgãos internacionais, preocupados em reprimir os crimes transnacionais que campeiam potencializados por fenômenos como a globalização, a informatização e a popularização da rede mundial de computadores. Nesse quadro, já se fala no fenômeno da expansão do direito penal.<sup>4</sup>

A opinião pública cobra produtividade dos operadores da persecução penal que deve ser aferida pelo número cada vez maior de inquéritos que apontem a autoria (com indiciamento), denúncias e condenações criminais. Modernos sistemas gerenciais estão postos no sentido de aumentar esta produtividade e nestes, a absolvição, o pedido de arquivamento do inquérito ou sua conclusão sem indiciamento são vistos quase sempre como “cifra negra”<sup>5</sup>, pois se o crime existiu e está

<sup>4</sup> “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. (...) A doutrina já se ocupou detalhadamente desses fenômenos – bens coletivos, interesses difusos – que realçam a crescente dependência do ser humano de realidades externas ao mesmo, como é o caso da normal atividade de determinados terceiros. O que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida. De qualquer modo, seria ocioso dedicar aqui mais espaço a essa discussão. O que interessa ressaltar neste momento é tão-somente que existe, seguramente, um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, deva se afirmar que também se dão importantes manifestações de “expansão desarrazoada”. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

<sup>5</sup> A expressão cifra negra é utilizada por autores da denominada escola da criminologia crítica, principalmente pela sua linha mais radical, a dos abolicionistas, que são contrários ao direito penal, que seria um mal injustificável. Para estes o

registrado no sistema cabe aos órgãos encarregados apontar e punir seus autores.

Impõe-se que o processo penal seja efetivo e célere, sem abandonar o garantismo que o inspira, sob pena de transformar-se as varas criminais em fábricas de condenação e a ânsia de “produzir”, poderá levar todo o sistema ao descrédito. E isso comprometeria avanços que ocorreram ao longo de séculos à custa de muito sangue inocente.

A tensão apresentada, entre a efetividade e o garantismo no processo penal, não é nova e está longe de acabar, mas os fenômenos acima citados a aumentaram sobremodo, exigindo da ciência jurídica parâmetros seguros para que possamos ter um processo penal efetivo-garantidor, pois um pressuposto não elimina o outro, embora não falte quem alegue justamente o contrário.

A prova é sem dúvida a essência do processo. Somente com um estudo detalhado da disciplina da prova podem ser fixadas as balizas seguras para proporcionar um processo penal efetivo-garantidor.

O instituto do indício no processo penal não é novo nem inexplorado, mas no Brasil nunca teve o devido prestígio. Verificar qual seu exato alcance é o objeto desta pesquisa.

A hipótese do trabalho é que o indício é meio de prova no processo penal mesmo que se possa atacá-lo em alguns casos sob o argumento de que se trata de juízo de probabilidade. Embora desejável, pelos ideais de Justiça, nenhum meio de prova pode fugir deste mesmo argumento, já que a convicção resulta da verdade possível e não do alcance da verdade real, material, que é inatingível. Seriam os meios de provas, todos eles, nada mais que um juízo de probabilidade.

O que se exige para sustentar uma condenação criminal como válida, lícita, é uma convicção extraída do máximo de conhecimento sobre o objeto que o processo possibilita e não uma correspondência exata entre o conhecimento e o objeto, numa lógica aristotélica.

No dizer de Aristóteles<sup>6</sup>, a exata correspondência entre o conhecimento e o objeto ou entre o conhecimento e ele próprio seria o sistema de persecução penal é extremamente seletivo escolhendo suas vítimas, enquanto que uma série de crimes fica à margem, sem o devido julgamento. Estes crimes que não são objeto de julgamento constituem a cifra negra.

expressão da verdade. Mas este conhecimento varia conforme o ângulo de observação do falante, de modo que só é possível alcançar uma porção da verdade e não sua plenitude.

Pelo pressuposto da verdade material, que é apenas utópico, muitos autores ainda sustentam a inviabilidade do uso dos indícios como meio de prova. Outros apregoam que eles podem ser utilizados, tendo em vista o princípio do livre convencimento, mas fazem sérias restrições tendo em vista a ampla possibilidade de erro judiciário.

O erro judiciário, o julgamento injusto, pode ocorrer qualquer que seja o meio de prova empregado. Embora seja preocupação central de qualquer sistema comprometido com a Justiça afastar as condenações injustas, elas continuarão existindo, pois derivam da imperfeição humana.

A verdade real, material ou substancial, inexistente. Tal assertiva é ousada embora não seja inédita, tendo em vista valorosos trabalhos de cunho científico-filosófico a confirmar esta hipótese. No mais, a própria dinâmica do processo e suas garantias acabam por mitigar a busca pela verdade. É o que ocorre, por exemplo, quando se inadmite a prova proveniente de ilícito, embora esta possa esclarecer sobremodo como tudo ocorreu.

Os tratadistas nacionais importaram a classificação dada aos indícios sem se preocupar com sua utilidade ou aplicação prática. Examinar, ainda que sucintamente, os indícios em relação às modernas técnicas destinadas a coleta dos vestígios no local do crime é um dos objetivos desta pesquisa.

Após as considerações iniciais, examinaremos, no capítulo seguinte, a questão da prova no processo penal. Detalhar as fontes e os meios, buscando verificar entre os novos e modernos meios científicos de captação dos vestígios do crime, quais deles se equiparam efetivamente a indícios. O rol contido no CPP é apenas exemplificativo e existe uma série de provas inominadas que fazem parte da nossa prática judiciária,

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson BINI. Bauru: Edipro, 2005. 608p. pp. 81-110: Da interpretação.



sendo conveniente explorar algumas delas, eis que embora se assemelhem com uma das listadas pelo Código, nada mais são do que indícios de autoria. O que dizer, por exemplo, do reconhecimento de voz? Estaria compreendida no reconhecimento de pessoas, ou a semelhança da voz nada mais é de que um indício de que seja ele o autor do crime?

Sem dúvida o avanço da tecnologia colocou à disposição da persecução penal importantes meios para revelação dos fatos apurados. O exame de DNA tanto nas partes moles, duras e mitocondriais, os modernos meios de conferência da autenticidade da voz, os potentes aparelhos que permitem realizar a escuta ambiental a distância, a vigilância realizada em ambientes de pouca luminosidade através de aparelhos que utilizam luz infra-vermelha, entre outros, são importantes ferramentas da investigação criminal que resultarão em acalorada discussão na instrução criminal quanto a sua valia como meio de prova. Por ausência de uma construção doutrinária, a questão vem sendo decidida pelos tribunais, mesmo sem o conhecimento necessário e muitas vezes à base do casuísmo.

O quarto capítulo discute a verdade no processo penal. Grande entrave à aceitação dos indícios se dá pela perseguição da verdade real, também chamada de verdade material, substancial, plena, inatacável. Não nos parece adequado, embora em visão utópica atenda aos ideais de Justiça, ao processo penal, a perseguição incansável desta verdade plena. A uma porque ela inexistente ou pelo menos é inatingível. A duas porque o próprio processo mitiga a busca desta verdade quando impõe restrições aos meios de prova. A verdade real constitui verdadeiro dogma e contestá-la é uma ousadia. Não estamos sozinhos nessa jornada

O quinto capítulo é reservado ao ônus de provar no processo penal. Quais deles cabem à acusação e quais cabem à defesa, observando também, qual o papel do julgador na construção da verdade.

No sexto capítulo se verificará a condição do indício como meio de prova, inclusive, analisando casos práticos a partir da jurisprudência dos tribunais, para depois apresentar as conclusões deste trabalho.

## 2. Metodologia Empregada

O método utilizado é o dialético-hermenêutico. Dialético porque penetra no mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca e hermenêutico porque o fenômeno jurídico, como de resto as “ciências do espírito”, pressupõe o processo de compreensão e construção de significados.

O nosso trabalho tem caráter eminentemente dogmático, buscando encontrar, através de uma análise da legislação nacional e da jurisprudência dos tribunais pátrios o real alcance do instituto dos indícios<sup>7</sup>.

Não houve pesquisa empírica, mas tão somente bibliográfica, através de consulta a legislação nacional, livros e artigos nacionais e estrangeiros, alguns de remota data, mas cujos conteúdos permanecem atuais.

Utilizamos o negrito para realçar palavras e expressões em textos alheios, inclusive nas notas de rodapé, assim como, para chamar a atenção para os títulos e subtítulos dos capítulos. O itálico foi utilizado para as expressões latinas e citações feitas em língua estrangeira.<sup>8</sup>

As aspas são utilizadas para as citações *ipsis literis* de textos alheios, artigos de lei e expressões que são utilizadas em desconformidade com o habitual. Nas citações em que houver inserção de outras em escrito alheio, ela será destacada com aspas simples.<sup>9</sup>

Utilizaremos citações literais e conceptuais<sup>10</sup>. No caso das primeiras podem ser curtas ou longas. Sendo curtas e ocupando até três linhas serão feitas no próprio texto. As longas foram destacadas do texto, sendo tabuladas com uma margem esquerda maior e com uma fonte menor, para o devido destaque.

---

<sup>7</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 7-8.

<sup>8</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 8

<sup>9</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 9

<sup>10</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 9

Quanto à citação conceptual, esta será desenvolvida e feita de forma livre, utilizando-se da paráfrase, mesmo que haja uma ampliação ou crítica do pensamento do autor, cujas ideias do original serão mantidas. Haverá ainda, citação mista, que consiste na reunião dos dois tipos de citações anteriores (literal e conceptual), ou seja, será transcrito de forma literal, porém com aspas, o texto ou expressões alheias, mas o parágrafo será complementado com texto próprio.<sup>11</sup>

Eventuais erros de grafia nas citações, se houver, colocaremos após os mesmos o termo sic entre colchetes. Quando não for possível determinar a data da obra citada será utilizada a abreviatura “s.d” (sem data).<sup>12</sup>

Os parênteses são utilizados para fazer comentários na condição de aparte. Quanto à supressão de palavras utilizamos reticências no local da omissão, seja no início ou no final do texto. Se a omissão se der no meio do texto, as reticências serão antecedidas e seguidas de parênteses.<sup>13</sup>

Quando da omissão de artigos, incisos ou parágrafos de um texto legal, no lugar da omissão utilizaremos a expressão *omissis*. As letras maiúsculas são utilizadas para destacar os capítulos, os nomes e sobrenomes de autores citados tanto nas notas de rodapé quanto na bibliografia final.

As notas de rodapé são inseridas na parte inferior do texto, para indicar o livro, artigo ou site consultado, tanto a título de comprovação, quanto para facilitar a consulta do leitor, caso queira se aprofundar no assunto tratado. Também são utilizadas para inserir explicações, comentários e críticas feitas.<sup>14</sup>

O travessão é utilizado para destacar orações ou frases explicativas e ainda para dar maior relevo à expressão sem perder a

---

<sup>11</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 9

<sup>12</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 9

<sup>13</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 10

<sup>14</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 10

sequência do discurso e abreviar páginas de livros e artigos que foram citados.<sup>15</sup>

Os livros, artigos e sites mencionados no texto ou nas notas de rodapé serão citados por inteiro, para evitar a consulta constante a bibliografia final. Quanto aos livros e artigos foram citados empregando-se a seguinte ordem de elementos essenciais: nome do autor (seguido de ponto); título do livro ou revista (seguido de ponto); nome do tradutor (se existir, seguido de ponto); número da edição (se existir, seguida de ponto); local da publicação (nome da cidade em que fora editado o livro, seguido de dois pontos); nome da editora (seguido de vírgula); ano da publicação (seguido de vírgula); indicação do número do volume ou do tomo (se existir, seguido de vírgula); e indicação da página que contém o texto citado.<sup>16</sup>

Nos textos retirados da internet são citados o endereço eletrônico e a data da consulta.

A bibliografia visa documentar a pesquisa, de modo que só foram citadas as obras utilizadas, dispensadas outras que, embora tenham contribuído para a formação do pensamento, não contém o assunto abordado. Devido à escassez de obras nacionais que tratem do tema, houve necessidade de consulta a estrangeiras, mesmo antigas, mas de conteúdo atual e extremamente necessárias.

## **CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Seria o indício meio de prova suficiente por si só para sustentar uma condenação, ou menos que isso? Em vista da disposição dos indícios no Código de Processo Penal, relacionado que está, como capítulo do

---

<sup>15</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 10

<sup>16</sup> SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p 11

título DAS PROVAS, e ante a necessidade de evitar impunidade, inúmeros autores nacionais já admitem o indício como meio de prova, mas fazem sérias restrições ao seu uso, ora afirmando que se trata de uma prova imperfeita, perigosa, que se deve evitar pelos riscos que traz, ora afirmando que os indícios só se prestam se forem examinados em conjunto e estiverem vinculados a uma prova (direta). Outros, de autoridade incontestada, simplesmente apregoam a não aceitação dos indícios como meio de prova por constituírem um juízo de probabilidade e não de certeza, requisito para a condenação criminal<sup>17</sup>.

Tourinho Filho, embora reconheça os indícios como meio de prova, em face da disposição que se encontram no Código e do sistema do livre convencimento chega a afirmar “que nenhum Juiz proferiria um decreto condenatório respaldando-se apenas em prova indiciária” e citando Eliezer Rosa diz “que no manejo dos indícios, o juiz criminal tem que ter cuidados extremos, porque de todas as provas, a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica é, sem dúvida, a prova indiciária”.<sup>18</sup>

A própria expressão indícios, sempre no plural, já está a indicar que isoladamente estes seriam imprestáveis<sup>19</sup>. Mantivemos a expressão no plural no título do presente trabalho, não com esta mesma abordagem, mas pela pretensão de classificar os indícios, conforme se demonstrará mais a frente, em capítulo próprio. Pelo princípio do livre convencimento, que vigora no nosso Processo Penal, não se mostra adequado condicionar a condenação a um determinado número de provas ou excluir alguma da apreciação do magistrado, pois não há entre elas hierarquia.

Não foram poucos os sistemas de prova que optaram por definir regras rígidas quanto à apreciação da prova, procurando limitar ao máximo o arbítrio. Nesta perspectiva foram impostas regras quanto à apreciação da prova, como, por exemplo, a necessidade mínima de duas

---

<sup>17</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2001

testemunhas, a limitação quanto às pessoas que poderiam depor e uma hierarquia entre as provas, de maneira que algumas se prestavam a todo tipo de condenação, enquanto outras só serviam para aplicação de penas mais brandas<sup>20</sup>.

Estas formulações numéricas e rigorosas parecem superadas ante a hegemonia do sistema de livre convencimento, adotado entre nós. Para Roque de Brito Alves o livre convencimento não é absoluto, “a liberdade do julgador tem de ser relativa (seria, melhor dito, autonomia), pois tem de ser limitada ou vinculada à prova oferecida, com sua valorização legal preestabelecida”.<sup>21</sup>

Mas a evolução da teoria da prova demonstrou que por mais cuidadoso que seja o legislador não será capaz de listar com exatidão todas as infinitas situações da vida, de modo que em qualquer caso corre o risco de impedir a condenação de um culpado somente porque a regra antes engendrada não se adequou exatamente àquele caso concreto.

Mas se houve um abandono à rigorosa definição da quantidade de provas necessárias, por que se utiliza a expressão indício sempre no plural? Seria uma mitigação ao princípio do livre convencimento ou simplesmente péssima técnica legislativa?

Os opositores ao uso do indício como meio de prova argumentam que ele não oferece a certeza necessária. Então qual o grau de certeza ou ausência de ignorância para a prolação da sentença

---

<sup>20</sup> “É na ordenação criminal da Baviera que se encontra a teoria mais completa, mais notável, enfim, pela observância rigorosa dos princípios científicos sobre a matéria. Deve-se, contudo, reconhecer que, desejando principalmente formular um sistema, em que nada faltasse, e muito preocupado talvez em encerrar o juiz em estreitos limites, determinando-lhe sob que condições necessárias a prova pode ser inteira, assegurando-lhe regras absolutas, contendo normas positivas ou proibições, não soube o legislador evitar certos defeitos. Assim, em muitos casos, o juiz não pôde seguir a sua convicção e, mau grado seu, vê-se forçado a proferir a absolvição do crime. Adotando a qualificação de meia prova, deu à sua obra o caráter matemático de uma tarifa; deixa, por outra parte, pouca latitude ao magistrado, e enumera uma longa série de indivíduos incapazes de depor, quando as menores circunstâncias na causa poderiam levá-lo a apreciar o grau de confiança, que devesse conceder à testemunha.

Em resumo, uma multidão de prescrições rigorosíssimas sobre a prova foi introduzida na ordenação bávara, as quais podem motivar a impunidade do indivíduo verdadeiramente culpado.

A pena de morte não seria possível pela lei bávara se houvesse apenas indícios.” MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 22

<sup>21</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 102

criminal de condenação? Certeza plena, inatacável, perfeita, este seria o pressuposto para alguns autores quanto à condenação criminal. O rigor da pena só seria admitido quando se afaste todo e qualquer tipo de dúvida. Considerar que a condenação só é devida com o alcance desse grau absoluto de certeza é praticamente inviabilizar a aplicação da lei penal e fomentar a impunidade. É que a verdade real é apenas um mito a ser perseguido pelos ideais de justiça, mas inatingível na prática. O próprio processo penal mitiga a investigação da verdade real quando impõe limites à produção da prova, seja através de procedimentos que podem macular a captação do objeto *probandum*, seja quando rechaça o uso de provas obtidas por meio ilícito.

Embora o instituto do indício no Brasil seja fartamente utilizado no Código de Processo Penal e legislação penal extravagante, bem como, no Código de Processo Civil, poucas e incompletas, quando não equivocadas, são as obras nacionais que se ocupam do tema.

Talvez porque no inquérito policial haja alusão ao investigado como indiciado e invariavelmente a expressão indício remete a esta fase pré-processual, de natureza inquisitorial e, portanto, sem a presença da garantia Constitucional do devido processo legal, que é postergado<sup>22</sup>.

Ressalvadas as perícias que precisam ser realizadas de maneira urgente, sob pena de desaparecerem os vestígios, tudo quanto é produzido no inquérito policial não serve isoladamente para sustentar uma condenação, eis que obtido, em regra, sem o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais inarredáveis.

Mas não se trata aqui de diligências em inquérito policial e sim da instrução criminal, onde é comum que o convencimento do julgador se dê através de uma construção lógica, inferida pelas regras da experiência. A prova indiciária costuma ser chamada de prova indireta,

---

<sup>22</sup> Art. 5º da CF  
*Omissis*

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL, Constituição da Republica Federativa. Org. Luis Flávio Gomes. 10ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

em oposição às demais provas, como a testemunhal, que são chamadas de diretas.

A distinção é meramente didática, quando ao método de captação, embora seja vista por alguns como representativo de que a indireta é meia prova e a direta prova propriamente. Mesmo utilizando a denominação, de pouca utilidade no nosso sentir, de prova indireta para os indícios, somos forçados a admitir que a verdade (possível) raramente se revela de forma direta. Isso não somente em relação ao processo, mas em todos os níveis de conhecimento. Até mesmo nas nossas relações pessoais, sempre chegamos a determinadas conclusões através do uso de indícios. As pessoas se dizem altruístas quando muitas vezes são egoístas. Certamente que aquele que esperar por uma confissão ou testemunhos de egoísmo por parte de alguém do seu relacionamento pessoal padece de ingenuidade somente admissível nos primeiros anos de vida.

A vinculação da expressão indício com o inquérito policial mostrou-se prejudicial ao desenvolvimento do instituto. Isto se dá porque no inquérito há excesso de poder nas mãos da autoridade policial, que na condução das investigações criminais reina quase que absoluto. Restringir esse poder a um nível controlável é sem dúvida um grande desafio. Essa medida corre o risco de ser contraproducente e castrar a liberdade da autoridade policial de determinar as diligências, de forma dinâmica e por convicção íntima, pode tornar a investigação absolutamente imprestável.

O criminoso leva enorme vantagem sobre o aparelho de repressão estatal no momento em que comete o delito. Ele escolhe o lugar, a hora, o meio e pode planejar com sossego o álibi, a estratégia de defesa, etc. Daí a necessidade muitas vezes de munir o agente estatal com poderes amplos, de forma a conduzir a investigação estrategicamente, na tentativa de verificar da forma mais fiel possível a materialidade e a autoria delitiva.

Na busca de evitar excessos, o legislador tem imposto que os atos do inquérito policial sejam cada vez mais judicializados. Podemos citar como exemplos a realização de busca e apreensão domiciliar e a



interceptação telefônica. Ambas as diligências são importantíssimas para qualquer investigação na sociedade moderna e só podem ser realizadas com ordem judicial. Mesmo assim, a conveniência da diligência continua a cargo da autoridade policial, nos exemplos acima citados, sequer se faz necessária a intervenção do Ministério Público, e o investigado só vem a tomar conhecimento delas, normalmente, quando já sofreu a constrição.

Embora nos pareça óbvia a distinção, não é exagero ressaltar desde o início, que os indícios objeto da presente pesquisa, em nada se confundem com as diligências realizadas pela autoridade policial no inquérito, que não podem ser consideradas provas, em sentido estrito, ante a ausência do devido processo legal.

O que se busca verificar, é o alcance da expressão indício no processo penal propriamente dito. Seriam os indícios meios de prova ou menos que isso? A pesquisa foi dificultada pela ausência de obras nacionais que tratam do tema, fazendo com que o autor necessitasse consultar estrangeiras, mesmo correndo o risco de que nem sempre se encontra tradução adequada à cultura nacional. Por exemplo, os anglo-saxões não utilizam a palavra indício, mas *evidence*<sup>23</sup>, como englobando todo e qualquer tipo de prova. Mesmo quando utilizam *prof circumstacial* ainda assim, não se pode equiparar pura e simplesmente a expressão a indícios, como querem crer alguns autores.

A ausência de literatura nacional a respeito do tema corrobora o desprestígio dantes anunciado.

Outro fator que contribuiu, no nosso sentir, para o não aprofundamento do tema, foi a péssima técnica legislativa utilizada no CPP. A palavra indícios é utilizada no citado código, ora como sinônimo de prova, ora como menos que isto. Não são poucas as vezes em que a expressão aparece como requisito a concessão de medidas cautelares (expressão não utilizada no código), neste caso, acompanhada de adjetivos que pouco esclarecem. Para a decretação da prisão preventiva, grave medida de constrição, de efeitos irreparáveis, o CPP exige, no art. 312, a existência de indícios suficientes, já para a decretação do sequestro de bem imóvel, consistente na mera averbação da medida junto

---

<sup>23</sup> A palavra *evidence* do inglês significa ao mesmo tempo prova e certeza.

ao cartório de registro de imóveis, reversível, portanto, o mesmo código exige que os indícios sejam veementes, conforme se verifica no art. 126.

Ora veemente é aquilo que se mostra intenso, violento, enérgico, ao passo que suficiente é aquilo que basta minimamente. Uma interpretação literal dos referidos dispositivos poderia levar a conclusão de que se exige um maior número, ou mais contundentes indícios para o sequestro do que para a prisão preventiva, o que seria absurdo.

Enquanto que o código de processo civil brasileiro passou por profundas transformações nos últimos dez anos, podendo-se afirmar que praticamente é outro, dada a redação alterada por dezenas de leis, o CPP continua praticamente inalterado. A redação, com poucas exceções, é a mesma de 1941, demonstrando o quanto tem sido pobre a produção de conhecimento no processo penal brasileiro e um certo descaso do legislador em aperfeiçoar este importante ramo do direito processual.

Já no primeiro capítulo, procuraremos examinar o conceito legal dos indícios e estabelecer uma classificação universal, fazendo a devida distinção entre indício, presunção e circunstância. A distinção dos indícios segundo suas fontes, meios e finalidades será de fundamental importância para o entendimento do seu alcance. Indispensável perquirir sobre o processo mental realizado na avaliação dos indícios, pois se trata de uma construção lógica extraída das regras da experiência.

Ao avaliar a classificação dos indícios, devemos destacar que algumas são meramente didáticas e nada acrescentam quanto ao real alcance do instituto. Verdadeiro esforço se faz no sentido de elucidar em quais casos os indícios são inatacáveis, na medida em que na relação entre o conhecido e o desconhecido, partindo-se da premissa maior para a menor, opera uma regra de causa e efeito infalível, em princípio, e os casos em que esta regra, embora geral, se configure apenas como de alta probabilidade.

Essa distinção nos parece bem mais importante, embora, não sirva para eliminar a segunda categoria do campo da prova, pois em qualquer caso a prova é alcançada por um juízo de probabilidade. Inobstante, um convencimento vigoroso, verdadeira convicção, seja formado no primeiro caso, no segundo pode ocorrer o mesmo, havendo

convergência de indícios, já que no mundo dos acontecimentos é natural que ocorra um conjunto de regras e não de exceções e, o contrário, embora estatisticamente possível, quanto maior o número de indícios harmônicos menor a probabilidade de erro até que se possa também tranquilizar o espírito.

Forçoso será concluir, entretanto, que é a harmonia do conjunto probatório que dita a força do meio de prova, qualquer que seja ele.

## **CAPÍTULO 2. OS INDÍCIOS**

### **1.1. Evolução histórica**

O uso dos indícios remonta aos romanos que os utilizavam tanto teoricamente como praticamente, de modo objetivo, embora não existisse uma sistemática própria.

*Conforme lo detaca SCIALOJA, no parece claro si em el Derecho Romano se admitian o no lãs presunciones hominis*

*o judiciales, com el significado que se lês atribuye em la actualidad, vale decir, como médio de prueba de los hechos discutidos em el proceso.*

*No obstante, ALSINA ensena que la importância de la prueba por presuncines, era ya conocida em Roma, cuyos autores clasicos destacaban así la utilidad que para la investigación tenia la observación de los modos de proceder a los hábitos diários de vida, aunque sería recién em la Edad Media que comenzaria a sistematizarse el estudio de los indícios<sup>24</sup>.*

Por influência do direito germânico os indícios foram utilizados nas ordálias, os Juízos de Deus, como provas formais, quando se acreditava que o julgamento devia ser entregue a divindade que iria intervir em favor da inocência.<sup>25</sup>

Neste caso velhas superstições eram invocadas como provas cabais da culpa, tais como, colocar o acusado para tocar no cadáver e, se ele sangrasse, era considerado culpado. Fazer com que o acusado apanhasse em um caldeirão de água fervendo um objeto pequeno como um anel e se ele não se queimasse era considerado inocente.

Certamente só o clero sabia como burlar algumas dessas provas e outras ficavam inteiramente ao acaso. Não menos despropositados eram os duelos judiciais, em que se esperava igualmente que a divindade interviesse em favor do inocente, embora não houvesse igualdade de armas, se lutavam um nobre e um plebeu.

---

<sup>24</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria de La prueba y medios probatórios. Buenos Aires: Ed Abeledo-Perrot, 1996, p 491

<sup>25</sup> “Os juízos de Deus representam um papel importante no primeiro período da idade média no processo bárbaro. Eram provas puramente formais, e cujos resultados eram atribuídos à divindade. As mais seguidas, e que mais perduraram, foram a prova do fogo, a prova d’água, e o combate judiciário. A primeira consistia em segurar o acusado em uma barra de ferro em brasa, ou por a mão em um guante de ferro em brasa sem se queimar, depois de ter jejuado três dias. Era natural que ali houvesse um segredo só conhecido do clero (que presidia ao processo da prova) que obstasse, quando quisesse, à queimadura. A segunda dividia-se em prova d’água fervendo, e prova d’água fria: a de água fervendo consistia em tirar o acusado um anel, ou outro qualquer objeto do fundo de uma vasilha cheia de água fervendo, sem se queimar, e o da água fria consistia em ligar-se a mão direita ao pé esquerdo do acusado, e lançá-lo assim na água: se sobrenadava era culpado, se submergia era inocente. Após o século XI estas provas começaram a ser menos praticadas, sendo substituídas pelo combate judiciário. Todas elas fundavam-se na presunção de que Deus protegia a inocência.” MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 52

Foi a influência do direito canônico que pôs fim primeiramente aos duelos judiciais, tolerando as ordálias, como uma concessão forçada aos costumes da época e depois a estas próprias, sob a alegação de que elas dependiam apenas do acaso ou de fraude e não da intervenção de Deus.

Na idade média, viam-se duas jurisdições processando diversamente, a eclesiástica e a leiga. Enquanto que a primeira adotava regras mais racionais a segunda utilizava os juízos de Deus e os duelos, provas que prestigiavam o mais forte, a fraude ou o acaso. No conflito envolvendo cristãos eles podiam optar pela jurisdição da igreja, avessa ao derramamento de sangue. Depois a própria igreja passou a reclamar a competência para julgar as questões que envolvessem miseráveis, fracos e oprimidos e todos os crimes que mesmo indiretamente tivessem ligação com a religião.

O auge da influência da igreja se deu nos pontificados de Gregório VII e Inocêncio III, embora essa história depois fosse manchada pela saga da inquisição, que durou três séculos e, a pretexto de não causar escândalos, fez devassas e processos secretos, onde se utilizou fartamente da tortura e da pena de morte para combater a onda reformista e a heresia.

O direito canônico, embora não faça distinção entre indícios e presunção, sistematizou a disciplina, elencando em quais casos era admissível como prova do delito, como no caso do adultério, se o acusado fosse encontrado *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*.

É durante o pontificado de Carlos Magno V, em 1532, que surge a legislação mais avançada em termos de indícios, O código criminal das Carolinas (*constitutio criminalis Carlina*). Era um esforço no sentido de dirigir o processo em busca da verdade material, onde foram prescritas várias fórmulas para evitar condenações injustas.

Foi o surgimento de regras claras para evitar o arbítrio e a preocupação em extrair a verdade. Pouco a pouco, as legislações foram enrijecendo a disciplina da prova, para esmiuçar como deveriam ser produzidas e aceitas.

Importante contribuição é dada por Beccaria, em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em Milão no ano de 1764<sup>26</sup>, condenando à tortura e estabelecendo que a certeza perseguida no processo criminal não pode ser alcançada através de regras científicas ou legais, pois se funda no senso íntimo e inato dos homens, sendo, portanto, os jurados os melhores juízes do delito.

Em 1786 o Gran-Duque da Toscana, Leopoldo, promulgou uma lei que proibia a tortura, mas disciplinava a exaustão a produção da prova, tudo para evitar tratamentos e decisões injustas<sup>27</sup>. Fez restrições à força probatória dos indícios, pois mesmo que fossem muitos os que concorriam na causa, só autorizavam a aplicação de penas mais brandas em relação à pena de morte, tais como, o banimento e a prisão<sup>28</sup>.

A palavra indiciar no nosso dicionário é sinônimo de denunciar, definir o arguido como criminoso em processo criminal<sup>29</sup>. A palavra indício na nossa língua aparece como “indicação”, “sinal”, “prova”. A origem do indício remonta a *index*, que expressa o dedo que designa o objeto. Outros autores invocam a origem latina *indicium*, que *induco*, ou seja, a preposição *in* com o verbo *ducere*, significando “levar a” ou “conduzir a”.<sup>30</sup>

O indício é raciocínio pelo qual se liga um fato em relação tão precisa com outro que acaba por permitir sua conclusão. Ou seja, se parte de um fato conhecido para outro desconhecido, mas as regras da experiência, postas à disposição do intérprete, através de um processo de construção lógica, acabam por levá-lo, invariavelmente, à conclusão do fato a esclarecer.

*Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sólo solo o juntamente com otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica*

<sup>26</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005

<sup>27</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p 45

<sup>28</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p 46

<sup>29</sup> Dicionário priberam. In [www.priberam.pt](http://www.priberam.pt)

<sup>30</sup> ALVES, Roque de Brito. *Indícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5

*baseada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales.*<sup>31</sup>

A convicção proveniente dos indícios pode tranquilizar o espírito do julgador de modo a propiciar a condenação do acusado. Na ausência de fórmula matemática, diante do princípio da livre apreciação das provas, o juiz não está adstrito a qualquer limitação, na aferição do conjunto probatório.

(...) não se trata aqui de fatos representativos, nos quais, pela sua natureza mesma, a função probatória é essencial; mas sim de fatos autônomos, cuja função probatória é meramente acidental e surge pela eventualidade de sua relação, indefinível a priori, com o fato a se provar. Dos indícios não se pode portanto senão ressaltar o aspecto relativo: um fato não é indício de per se, mas tal se torna em quanto uma regra de experiência o ponha com o fato a se provar em uma relação lógica, que permita deduzir daquele a existência ou não existência deste.<sup>32</sup>

Há um teorema geral muito útil para calcular a certeza de um fato, por exemplo, a força dos indícios de um crime. Quando as provas de um fato são dependentes umas das outras, isto é, quando os indícios não se provam senão entre si, quanto mais provas se conectam tanto é menor a probabilidade do fato, pois que as causas que fariam faltar as provas antecedentes fazem faltar as subseqüentes. Quando todas as provas de um fato dependem igualmente de uma só, o numero das provas não aumentam nem diminui a probabilidade do fato, porque todo o seu valor se resolve no valor daquela única da qual depende. Quando as provas são independentes uma das outras, isto é, quando os indícios se provam de outros lugares do que de si mesmos, quanto mais provas se conectam, tanto mais cresce a probabilidade do fato, porque a falácia de uma prova não influi na outra [...] <sup>33</sup>.

A gravidez conduz à conclusão de que houve conjunção carnal e a camisa apreendida manchada de sangue e sem o botão, que é encontrado junto ao corpo do inimigo, conduz à conclusão de autoria em homicídio<sup>34</sup>. Se esses indícios serão considerados suficientes para

<sup>31</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de La Prueba Judicial*. Tomo II. Anotado y concordado por VELLOSO, Adolfo Alvarado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d., p. 269

<sup>32</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Russel, 2007

<sup>33</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 59-60

<sup>34</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p 496-497

sustentar a condenação, vai depender da análise do conjunto probatório, assim como o depoimento da testemunha que diz ter assistido ao crime pode não ser suficiente. Talvez esta testemunha seja o verdadeiro autor do crime, inimigo capital do acusado ou esteja protegendo o verdadeiro criminoso.

É a convergência, ou harmonia do conjunto probatório que deve pesar no veredicto.

O código de processo penal dispõe em seu 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”<sup>35</sup>.

Se o indício surge a partir de uma circunstância conhecida e provada essa é a regra particular que deve tirar sua conclusão da regra geral numa relação de causa e efeito. Já a dedução percorre o caminho contrário, da regra geral para a particular. A opção utilizada pelo legislador considera o fato a ser provado e por isso utiliza a expressão indução, quando na verdade se chega primeiro a regra geral para depois retornar a particular, então o processo lógico é dedutivo-indutivo.

Senão vejamos. No exemplo acima citado, é regra geral que a mulher para engravidar tenha uma relação sexual, em que conste a conjunção carnal. O fato a ser provado é se houve conjunção carnal, pois podemos estar diante de um crime de estupro, para o qual se exige esta ocorrência para configuração do tipo. Então primeiro o raciocínio é feito no sentido de, em sendo a ofendida uma mulher e estando grávida, teve relação sexual. Então a conjunção carnal está presente, pois é causa do efeito gravidez.

Uma interpretação literal levaria à conclusão de que o indício se presta a provar uma ou mais circunstâncias relacionadas ao fato criminoso e não este propriamente. Os verbos e expressões que compõem o tipo penal são chamados de elementos ou elementares, já as circunstâncias os rodeiam, integrando os incisos e parágrafos relacionados ao artigo que definiu o crime. Quando o legislador

---

<sup>35</sup> PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008



determina que estas circunstâncias sejam sopesadas em favor do acusado, abrandando-lhe a pena, são chamadas de privilégio; quando fazem aumentar a sanção são chamadas de qualificadoras. As circunstâncias, como veremos adiante, têm caráter acessório.

Visto por este ângulo, mediante interpretação literal, o indício não se prestaria à prova do crime em si, mas de suas circunstâncias.

Então, por que estaria relacionada entre os meios de prova no CPP? Não nos parece que seja esta a interpretação mais adequada e a própria exposição de motivos do Código, quando assevera que não há hierarquia entre as provas, nem submissão do julgador a fórmulas prontas, está a contrariar este raciocínio. Fosse assim, os indícios teriam de ser considerados meia prova, o que inviabiliza o sistema da livre convicção.

No sistema da prova legal, de muito ultrapassado, havia determinadas provas que só se prestavam à imposição de uma pena mais branda e outras que, pelo seu número, eram incapazes de firmar uma condenação, mesmo que o juiz estivesse convicto da culpa. Daí surge o conceito de meia prova, ou prova imperfeita, expressão que muitos atribuíram ao indício. Dito sistema restou superado pela sua insuficiência.

## **2.2. Controlabilidade do uso de indícios**

A possibilidade de erro judiciário é invocada por muitos autores como elemento impeditivo do uso de indícios como meio de prova. Na verdade, a separação entre culpado e inocente, justo e injusto, no sentido axiológico, é a preocupação central de todo sistema processual penal.

A tentativa de se impor limites de controle ao uso de indícios se assemelha à almejada controlabilidade da própria decisão judicial.

É bem verdade que a controlabilidade das decisões judiciais é tema por demais tormentoso. Atualmente, quando temos uma onda de ativismo judicial, ele está na pauta dos pensadores contemporâneos. Alguns chegam a afirmar que estamos passando por uma redefinição da tripartição dos poderes pensada por Montesquieu.

Robert Alexy tem vigoroso trabalho nesse sentido, quando desenvolveu a sua teoria da argumentação jurídica. Para ele, a decisão judicial, por ser uma atividade que envolve linguística da correção dos enunciados normativos, é chamada de “discurso prático”, embora se diferencie do “discurso prático geral”, haja vista suas peculiaridades. O discurso jurídico é limitado pela lei, dogmática e pelo precedente.

“O discurso jurídico pode ser contemplado de maneiras muito distintas. Assim tais perspectivas podem ser empíricas, analíticas ou normativas.

A perspectiva é *empírica* se nela se descrevem ou se explicam, para citar apenas alguns exemplos, a frequência de determinados argumentos, a correlação entre determinados grupos falantes, situações linguísticas e o uso de determinados argumentos, o efeito dos argumentos, a motivação para o uso de determinados argumentos ou as concepções dominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos. Uma teoria desse tipo é parte de uma teoria do atuar jurídico, especialmente do judicial, a ser desenvolvido com os métodos das ciências sociais.

A perspectiva é *analítica* se nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente, *normativa* se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico.<sup>36</sup>

Estas perspectivas muitas vezes são utilizadas simultaneamente numa mesma decisão, pois não são inconciliáveis. O cerne da questão é saber se é possível controlar decisões judiciais considerando o discurso nelas utilizado, principalmente quando estamos investigando o uso de construções lógicas.

Em outras palavras, a mesma construção lógica que se faz para dizer que o suspeito que foi visto saindo da cena do crime de homicídio com a roupa suja de sangue é o autor pode ser realizada no sentido inverso, pelo menos no sentido de imprimir uma dúvida razoável que não justifique a condenação, que nem toda pessoa que sai da cena do crime com a roupa suja de sangue é o autor.

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2ª Ed, São Paulo: Landy, 2005, p 184.

Outro risco é de que o juiz invoque em sua decisão fatos que sequer foram objeto de debate entre as partes, mas que estão nos autos, para decidir desta ou daquela forma, simplesmente porque esses fatos o levaram a fazer uma construção lógica num sentido ou noutro. Temos que, neste caso, deve o juiz se ater aos argumentos esposados pelas partes, considerando ainda a possibilidade de *mutatio libelo*.

A busca do fundamento racional da decisão jurídica, que é o objeto mesmo da teoria da argumentação jurídica, no caso em análise, ganha especial relevo, pois no processo penal estão em jogo os mais caros bens da vida, como a liberdade, a idoneidade, etc.

Para Alexy, concluir pela inexistência da possibilidade de uma argumentação racional ou na consideração de ser sua utilidade muito pequena, deve-se então limitar o alcance da competência judicial.<sup>37</sup>

Sem dúvida que a perspectiva de reconhecer que o juiz tem poderes para reconstruir o fato indiretamente, através de construção lógica impõe certas limitações racionais. Caso contrário, haveria um leque tão grande de interpretações para os mesmos fatos que nenhuma segurança teria o jurisdicionado.

Daí a tentativa de estabelecer regras para o “discurso prático” que constitui a sentença penal. Sem regras, não há como admitir a racionalidade e, na ausência desta, ficam abertas as portas para o arbítrio.

Tampouco há regra para até que altura se pode arremessar uma bola de tênis ou com que força; no entanto, tênis é um jogo e tem também regras<sup>38</sup>.

Mas, sem regras definidas, é possível construir um discurso para afirmar a verdade na alegação de uma das partes ou sua falsidade, sem grande esforço. Pior ainda quanto à afirmação da acusação que tem maiores ônus no processo penal como adiante abordaremos. Sem dúvida esta é uma das grandes preocupações da nossa pesquisa, que adota uma perspectiva de efetividade para o processo penal.

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2ª Ed, São Paulo: Landy, 2005, p. 54

<sup>38</sup> L. WITTGENSTEIN apud ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2ª Ed, São Paulo: Landy, 2005, p. 73

É certo que seja qual for a regra adotada, isso, por si só, não garante a certeza absoluta, mas nem por isso deixa de ser o discurso racional, pois para tanto não se pode exigir certeza.

Na construção da teoria da argumentação jurídica Alexy discorre sobre diversas teorias a respeito do discurso prático, ora exortando, ora rechaçando as conclusões dos diversos autores citados, para ao final construir algumas regras tidas como imprescindíveis ao discurso racional.

Segundo Alexy, deve ser observado pelo sujeito do discurso, o falante, o princípio da universalidade. Também há forte influência da lógica sobre o discurso, principalmente da lógica deôntica. É para evitar a incompatibilidade deôntica que, segundo Alexy nenhum falante pode se contradizer.

O autor enumera ainda outras regras que são fruto da sua bem talhada teoria, o falante deve falar o que acredita, ao aplicar um predicado sobre um objeto deve aceitar a aplicação deste mesmo predicado para outros objetos semelhantes e as expressões têm que ser empregadas pelos falantes com o mesmo significado. Estas são algumas das regras apresentadas pelo citado autor, em apertada síntese.

Salta aos olhos a influência de Habermas<sup>39</sup> e Lumman na construção da teoria da argumentação jurídica, embora existam alguns pontos divergentes entre um e outro. O primeiro com sua teoria da verdade consensual, baseada na ação comunicativa<sup>40</sup>. O segundo, com sua teoria dos sistemas, que trabalha com o binômio lícito e ilícito para o sistema do direito<sup>41</sup>.

É preciso descartar conceitos como “verdadeiro” e “falso” aceitando outros mais adequados ao sistema jurídico como “lícitos” e “ilícitos” ou “válido” e “inválido”. Sem dúvida esta assertiva feita por Alexy

---

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições. Trad. Luiz Sergio Repa, Rodnei Nascimento. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 511.

<sup>40</sup> LUHMANN, Nicolas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31

<sup>41</sup> LUHMANN, Nicolas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31

em suas conclusões é reflexo direto da influência da teoria dos sistemas, de Lumman<sup>42</sup>.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy não está livre de críticas. Afinal, o autor pretende emprestar a atributos como igualdade, coerência, sinceridade, entre outros, o título de racionais, como se racionalidade e moral fossem praticamente sinônimos.

Com o objetivo de fundamentar ‘da forma mais completa possível’ sua *Verbindungsthese*, Alexy estabelece uma espécie de metacódigo normativo, que são suas 28 regras, as quais garantem a racionalidade do discurso, sendo assim hierarquicamente superiores, e o critério de legitimidade para toda e qualquer norma positiva, em última instância, que se pretenda inserir no discurso jurídico racional. Essa louvável busca pela clareza expõe também incongruências, que passam, obviamente, pela concepção de racionalidade de Alexy, tão decisiva quanto peculiar em sua teoria.

Percebe-se então, nessas regras e formas do discurso racional, uma junção de diversos tipos diferentes de regras, tais como<sup>43</sup>: 1. regras lógicas, de coerência, exigências daquele tipo de racionalidade obrigatória que caracteriza as matemáticas em geral, mais ou menos no sentido daquilo que Kant chamou de ‘razão analítica’, como a ‘regra fundamental’ 1.3 de Alexy (todo orador, que atribui um predicado a um objeto, deve atribuí-lo a qualquer outro objeto semelhante); 2 regras de caráter pragmático, como a ‘regra do ônus da argumentação’ 3.3 (quem argumentou só é obrigado a continuar se houver um contra-argumento); ou mesmo simples tomadas de posições éticas, tais como a regra fundamental 1.2 (o orador só deve afirmar aquilo em que ele próprio acredita) ou a regra da razão 2.1 (todo aquele que pode falar está admitido no discurso).

A esse conjunto ele chama ‘racionalidade’, e o discurso que não as tiver como norte não é ‘racional’: transferindo para o direito, espécie do gênero, não é legítimo. Sabe-se que existem outros tipos de discurso, com regras procedimentais in-

<sup>42</sup> LUHMANN, Nicolas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 33

<sup>43</sup> A numeração invocada para as regras é a utilizada pelo próprio ALEXY, daí não haver preocupação com uma sequência, pois somente algumas regras são invocadas para efeito de comentário. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica: Saraiva, 2002, p. 370

teiramente diferentes daquelas aqui expostas, que provavelmente não seriam consideradas racionais por Alexy. Então, definir ‘racionalidade’ passa a ser um problema de auto-referência.<sup>44</sup>

Não se pode, todavia, desprezar a teoria da argumentação jurídica e o trabalho de Alexy ainda desperta a reflexão.

Das assertivas acima podemos tirar algumas conclusões aplicáveis à investigação do uso dos indícios como meio de prova no processo penal. A primeira, de que a construção lógica invocada pelo magistrado para chegar a uma condenação com base em indícios deve obedecer a certas regras. A segunda, de que não cabe, em última análise, afirmar que a acusação (já que estamos nos referindo à condenação com base em indícios) demonstrou a verdade, mas que logrou satisfazer os requisitos “válidos” ou “lícitos”, de modo a autorizar o decreto condenatório.

Apesar das restrições acima expostas, entendemos que pelo menos se pode exigir que as decisões sejam coerentes. É que a coerência, antes de ser um adjetivo moral, é inerente a qualquer sistema. É da substância do sistema a coerência entre suas partes componentes.

Assim, no uso dos indícios como meio de prova haverá de ser respeitada uma certa coerência no valor probante. É certo que em cada caso existe um conjunto probatório próprio, mas os indícios tidos como suficientes num caso para, por si sós, sustentar a acusação, não podem em outro caso análogo ser encarados como insuficientes.

Esta coerência já existe quando se trata do exame da jurisprudência dos tribunais, que na maioria das vezes só considera e, portanto, só aprofunda suas discussões na chamada prova direta. A força probante de uma perícia, espécie de prova documental, é constantemente examinada pelos tribunais diante dos casos concretos.

Certamente não cabe aos tribunais fixar um valor absoluto a determinada prova, desconsiderando o conjunto probatório, mas decidir em que casos a prova indiciária se mostra concludente, válida, portanto, para sustentar uma condenação.

---

<sup>44</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 370-371

A título de exemplo citamos a exigência de exame de corpo delito direto ou indireto pelos tribunais no caso de furto com rompimento ou destruição de obstáculo. Não se impõe no caso valor absoluto ao corpo delito, mas considera-se inválida a decisão que considerar esta circunstância, como qualificadora do crime de furto, sem a realização do aludido exame.

Já são muitos os casos Brasil afora em que o exame de DNA em qualquer vestígio humano tem sido considerado como indício válido da materialidade delitiva<sup>45</sup> para a condenação.<sup>46</sup>

### 2.3. Indícios e presunções.

Muitos autores defendem uma identidade entre os indícios e a presunção. Alguns ordenamentos já chegaram a adotar os dois conceitos como sinônimos. Alguns chegam a classificar a distinção entre indícios e presunção como algo pretensioso, fantástico e arbitrário.

---

<sup>45</sup> CRIMINAL. RHC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PERÍCIA. NULIDADE. LAUDO ASSINADO POR APENAS UM PERITO OFICIAL. LAUDO DE EXAME EM VESTES. EXAME DE DNA. MATERIALIDADE COMPROVADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO. O fato de o laudo de exame de corpo de delito ter sido realizado por um só perito oficial não é hábil a ensejar a anulação do processo criminal no qual o paciente foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor, se os autos evidenciam a existência de outras provas consideradas pelo Magistrado singular para caracterizar a materialidade do crime e embasar o decreto condenatório, tais como o laudo de exame em vestes e o exame de DNA. Em se tratando de nulidades no processo penal, é imprescindível, para o seu reconhecimento, que se faça a indicação do prejuízo concreto causado ao réu, o qual não restou evidenciado no presente caso. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em : <[HTTP://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia). Acesso em: 10 nov. 2008.

<sup>46</sup> 14/08/2002 O ex-policia civil José Pedro da Silva, 39, foi condenado hoje a 15 anos de prisão e mais dois anos em regime semi-aberto pelo assassinato e ocultação do corpo de Michelle de Oliveira Barbosa, de 16 anos, desaparecida desde 10 de julho de 1998, em Ceilândia, cidade próxima a Brasília. O acusado ficará em liberdade até que todos os recursos sejam julgados. Seu advogado conseguiu dois habeas corpus, antes do julgamento, que garantem a liberdade dele. A principal prova contra José Pedro da Silva é o exame de DNA, que foi realizado com o sangue da vítima encontrado no porta mala de seu carro. José Pedro desmentiu durante todo o depoimento que conhecia a adolescente, mas amigos de Michelle garantiram que o ex-policia tinha um romance e era pai do filho que ela esperava. Além disso, ele não soube explicar as 38 ligações de seu aparelho celular para o telefone do quarto dela, sempre em horários em que a adolescente estava sozinha em casa. Os investigadores também encontraram bilhetes com declarações de amor trocadas pelo casal. Polícia Civil do Distrito Federal.

Disponível

em:[HTTP://www.basasanti.sites.uol.com.br/Pagina\\_do\\_Be/opinioes/pcdf/pcdf.htm](http://www.basasanti.sites.uol.com.br/Pagina_do_Be/opinioes/pcdf/pcdf.htm). Acesso em 10 Nov 2008.

Carnelutti chega a dizer que as expressões indícios e presunções se equivalem, sendo a primeira utilizada no processo penal e a segunda no processo civil e a diferença terminológica só se explica pela ausência de contato das duas disciplinas<sup>47</sup>.

Frederico Marques, citando Vicente de Azevedo, afirma que o indício é um fato conhecido que ajuda a descobrir outro, através da dedução, sendo a presunção a operação mental, usa-se o raciocínio ou a experiência para deduzir do indício conhecido. Não está sozinho o mestre paulista quando prega uma interdependência entre indício e presunção, embora admita sutil diferença.

“Em relação ao procedimento lógico, não há – nenhuma diferença entre prova indiciária e prova presuntiva: ambas pertencem ao gênero das provas chamadas críticas ou indiretas, porque não fixam diretamente o fato, em relação ao qual é querida uma determinada consequência jurídica, mas servem para a verificação de um fato, do qual, se chega ao fato indicado ou presumido (...)

Quando se afirma que o indício, como dado específico, é só o resultado de uma indução, desconhece-se que a prova indiciária deve ser corroborada por uma regra de experiência, que, na consideração da generalidade dos casos, vem a justificar, no caso particular, a ligação entre o fato indiciante e o fato indicado. A prova indiciária não é, pois, fruto de simples indução. Se, finalmente, a presunção resultasse, unicamente, de uma dedução da experiência comum, sem ter a sua fonte num indício, dever-se-ia concluir pela admissão, no processo penal, de uma prova *prima facie*, pela qual a pretensão do autor, mesmo na falta de indícios particulares, deveria considerar-se fundada, pelo juiz, sobre a base de uma regra de experiência, deixando, porém, ao acusado a possibilidade de demonstrar que, no caso particular, não se verificou o que soe acontecer na generalidade dos casos. Sem discutir a admissibilidade, ou não, de uma prova *prima facie* no processo civil, parece-nos não ser de acolher, no penal, tal gênero de prova presuntiva, porque, nesse processo, uma regra de experiência poderá servir para iluminar os resultados de uma prova, mas nunca, poderá suprir a falta de prova de

---

<sup>47</sup> CARNELUTTI, Francesco. Misérias do Processo Penal. São Paulo: Russel, 2007, p 120



qualquer elemento de fato indiciante, do qual se possa remontar ao fato presumido ou indiciado”.<sup>48</sup>

Alguns autores enxergam o indício como resultado da presunção<sup>49</sup>, pois teria pressuposto concreto, enquanto na presunção o pressuposto é abstrato. Ou seja, por ser a presunção um procedimento puramente lógico, pode levar aos indícios.

Para esses a presunção é o pressuposto subjetivo do indício. Seria o próprio raciocínio indutivo que liga a premissa maior à menor. Nesta perspectiva a presunção seria meio para o indício, o que nos parece absurdo.

Entendemos haver perfeita distinção e a confusão que se faz em nada contribui para o avanço da ciência, principalmente quando se deseja delinear o alcance dos indícios. Michele Taruffo, processualista italiana das mais modernas, na sua obra *A Prova do Fato Jurídico*, admite a diferença entre indício e presunção.

*Il termine indizio viene usato infatti in almeno tre principali accezioni. In una prima accezione, típica della dottrina meno recente, indizio é sinônimo di presunzione (e di congettura), in quanto indica il ragionamento o l'argomento con cui si connettono due fatti, traendo dall'uno conseguenze relative all'altro.*

*In una seconda accezione, puré alquanto diffusa, indizio si distingue da presunzione in quanto indechebbe quegli elementi di prova che, pur non essendo privi di qualche efficacia probatória, tuttavia non presentano i requisiti dalla legge per l'impiego delle presunzione semplice (...)*

*Esiste infine una terza accezione, piu rigorosa ed anche piu chiara secondo la quale indizio indica il fatto noto o la fonte che rappresenta la premissa dell'inferenza presuntiva: è dunque indizio qualunque cosa, circostanza o comportamento*

---

<sup>48</sup> BETTIOL, Giuseppe apud FILHO, Eduardo Espínola. in REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO, VOLUME XXVI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s. d., p. 316

<sup>49</sup> BETTIOL, Giuseppe apud FILHO, Eduardo Espínola. in REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO, VOLUME XXVI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s. d., p. 317

*Che Il giudice ritenga significativo in quanto da esso possono derivarsi conclusioni relative al fatto da provare.*<sup>50</sup>

O código canônico para a igreja latina não trata de indícios, mas de presunções a partir do Cânone 1584. O legislador eclesiástico insistiu na sinonímia entre indícios e presunções, pois no Cânone 1586 assentou: “o juiz não formule presunções que não estejam estabelecidas pelo direito, a não ser em base a fato certo e determinado, que esteja diretamente relacionado com o objeto da controvérsia”. Certamente que neste caso estava se referindo a indícios e não a presunções propriamente.

Na lição de Malatesta, as presunções, ou prova presuntiva, e os indícios, ou prova indiciária, seriam espécies do mesmo gênero, a prova indireta<sup>51</sup>. A distinção se dá por princípios filosóficos, a presunção se obtém pelo princípio da identidade, enquanto que os indícios se dão pelo princípio da causalidade.

Malatesta enumera oito princípios filosóficos primitivos para depois reduzi-los a dois, a identidade e a causalidade<sup>52</sup>.

O princípio da contradição: é impossível que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo e sob as mesmas relações; princípio do conhecimento: o objeto do pensamento é o ser; princípio da substância: toda qualidade supõe substância; princípio do meio exclusivo: uma coisa é ou não é. Refletindo bem todos eles se resolvem no princípio da identidade<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Editor Dott A. Giuffrè, 1992, p. 451-452

<sup>51</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 187

<sup>52</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 175

<sup>53</sup> “CONTRADIÇÃO: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo justamente porque o que é, é – IDENTIDADE; CONHECIMENTO: o objeto do pensamento é o ser, se não fosse pensar-se-ia em nada, ou seja, pensar-se-ia ou não pensaria, o que remete ao princípio da contradição, que já se resolve no da IDENTIDADE; SUBSTÂNCIA: as qualidades são as substância explicada nos seus modos – todo modo de ser da substância deve supor a substância, de outro modo se suporia o nada, seria então modo de ser e modo de nada, uma contradição que se resolve no princípio da IDENTIDADE; MEIO EXCLUSIVO: o ser é o ser, uma coisa é ou não é, IDENTIDADE.” MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 176

Já o princípio da razão suficiente (não existe uma coisa sem a sua razão suficiente) e o princípio da finalidade (todo meio supõe um fim) decerto podem ser reduzidos ao princípio da causalidade<sup>54</sup>

Assim, o raciocínio como argumento probatório indireto, com base na experiência e do ponto de vista ontológico só pode ser em relação à identidade ou à causalidade. Presunção no primeiro caso e indício no segundo.

Observando a raça humana invariavelmente se chega a algum atributo que lhe é inerente. Por isso diz-se ser comum que os homens sejam inocentes. Desse predicado retirado da regra geral – premissa maior – extrai-se a conclusão que deve ser utilizada no fato – premissa menor. Se o acusado é homem, deve ser considerado inocente até prova em contrário. Presume-se a inocência. Forçoso concluir que a prova presuntiva se faz pelo princípio da identidade<sup>55</sup>.

Porém se existe um crime e Ticio suspeito, foge. Da observação deste fato particular a regra da experiência conduz a seguinte conclusão: quem foge é porque é culpado. Então a fuga passa a indicar a culpabilidade<sup>56</sup>. Existe uma relação de causalidade entre a fuga e a culpa, na regra geral. Se Ticio<sup>57</sup> fugiu isso é um indício de que é culpado. A prova indiciária se faz então pelo princípio da causalidade.

Não se pronuncia indício de inocência, mas presunção de inocência, estando óbvio que presunção e indício não são a mesma

<sup>54</sup> “RAZÃO SUFICIENTE: o que é causa enquanto produz é razão enquanto explica, CAUSALIDADE; FINALIDADE: é sempre o fim que determina a natureza do meio, a natureza do meio é, por isso, uma consequência ou um efeito por assim dizer, da natureza do fim, CAUSALIDADE.” MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 176

<sup>55</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 177

<sup>56</sup> “No obstante, habrá de tenerse presente que el comportamiento procesal no podría ser tomado como prueba indiciária cuando el mismo se hallase legítimamente justificado e constituyese el ejercicio funcional de un derecho o prerrogativa procesal, así, por ejemplo, la oposición a la agregación de documentos ofrecidos extemporáneamente, la no contestación de una posición “impertinente”, etcétera(...)” KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de La prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Ed Abeledo-Perrot, 1996., p 491

<sup>57</sup> O personagem Ticio é utilizado por MALATESTA, em sua memorável obra *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927

coisa<sup>58</sup>. O homem comum tem poder de síntese, mas cabe à ciência fazer a análise distintiva.

A linguagem comum tem dado, portanto, a palavra presunção apenas um sentido muito geral e indeterminado e isto se explica tanto neste como em mil outros casos, o senso comum, que se alimenta de visões intuitivas, se tem o poder da síntese e não da análise. Cabe ao cientista destrinçar das sínteses iniciais, indeterminadas e por isso confusas, do senso comum, as noções analíticas, claras, precisas e distintas, para reuni-las claramente e coordená-las nas altas harmonias da síntese científica.<sup>59</sup>

Presunção e indício se auxiliam mutuamente, mas não concordamos com os que apregoam sua indivisibilidade. É através do argumento presuntivo que chegamos à credibilidade subjetiva do fato indicante. No exemplo acima citado, a fuga de Ticio só pode produzir os efeitos citados se ele agiu com inteligência. Mas todos os homens ordinariamente agem com inteligência, então, Ticio, por ser homem, deve ter agido com inteligência. Por vezes o mesmo argumento probatório pode ocorrer de uma forma ou de outra, a depender do ponto de vista.

Mesmo assentando que a presunção possa agregar credibilidade ao indício, não cremos que haja interdependência. É que, ao considerar no raciocínio do indício que as coisas ocorreram conforme o modo ordinário de ser, embora este raciocínio seja inerente ao presuntivo (princípio da identidade), não se está fazendo uso de presunção propriamente dita. A presunção precisa ser resumida a um fato juridicamente relevante. Do contrário, chegaríamos a conclusão de que presumir é tudo (pois as coisas normalmente ocorrem do modo ordinário), e o que é tudo ao mesmo tempo é nada. Uma coisa considerada como tudo não pode ser individualizada em relação às demais e, portanto, torna-se nada.

Roque de Brito Alves simplifica: “presumir é prejudicar acerca da identidade de um fato, mesmo que não demonstrado, dispensa-se a

---

<sup>58</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 188

<sup>59</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 187

prova ou considera-se provado enquanto não se demonstra o contrário”<sup>60</sup>. Relevante do conceito da lavra do eminente professor, orgulhosamente colega de cátedra, é a referência a um determinado fato. Sempre há um fato a presumir juridicamente relevante. No mais, o ordinário modo de ser das coisas, embora seja um raciocínio fixado a partir do princípio da identidade, não pode ser considerado como presunção propriamente dita, sob pena de reduzi-la a tudo e, conseqüentemente, como exposto dantes, a nada.

Retornando ao texto do código canônico, ao referir o legislador eclesiástico que a “presunção” só poderá ser feita pelo juiz se for considerado fato certo e determinado que tenha relação com a controvérsia, estava na verdade se referindo a indício. É que na presunção não haveria necessidade de fazer alusão ao fato determinado, embora ele exista.

O raciocínio presuntivo é intuitivo, a simultaneidade da percepção entre a premissa maior, a menor e a relação de identidade é tal, que só se enuncia a conclusão<sup>61</sup>.

Assim sendo, não há necessidade de enunciar o fato conhecido na presunção. Se o homem comum na conversa informal não o pronuncia, não podemos supor que o legislador eclesiástico o fez desaperebidamente.

Ainda quanto ao código canônico, uma interpretação hermenêutica, a partir do cânone da totalidade, nos leva a concluir que o juiz eclesiástico tem poderes bem superiores aos juízes comuns. Então por que limitar o campo de atuação do juiz canônico excluindo de sua apreciação os indícios? Não foi isso que aconteceu. Na verdade, o código canônico tratou presunção como sinônimo de indício e não é a única legislação a fazer isso, não se podendo mesmo condenar, já que juristas de escol insistem nesta suposta sinonímia.

O nosso código de processo penal não trata das presunções em matéria de prova, mas a lei substantiva penal o faz em vários

---

<sup>60</sup> ALVES, Roque de Brito. *Dos Indícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 p 14

<sup>61</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 189

dispositivos, como no caso dos crimes contra os costumes, em que se presume a violência no caso da vítima menor de 14 anos ou doente mental. Trata-se, no exemplo acima, de presunção *júris et de jure* (que não admitem prova em contrário) e não de presunção *júris tantum* (que admite contestação por outras provas).

Na linha acima apresentada, de separação nítida entre indícios e presunção, cremos que tanto um como outro podem ser *júris tantum* ou *júris et de jure*.

As ordálias e os duelos eram tidos como meios de prova *júris et de jure* pois havia uma crença de que a divindade interviria em favor do acusado, se inocente, e contra esta não se poderia produzir prova em contrário. Era o caso de presunção, pois o ordinário na espécie era que a divindade estava sempre atuando em favor dos inocentes. Havia então, uma relação de identidade entre a inocência e a intervenção divina salvadora.

Mas o nosso ordenamento também possui presunções *júris tantum*, como é o caso da própria presunção de inocência prevista na Constituição, quando se admite que possa ela ser elidida pela sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Esta presunção não é absoluta, pois se o fosse, impediria até mesmo a prisão provisória, de modo que alguns autores preferem a expressão presunção de não-culpabilidade.

Por conta da herança das presunções *júris et de jure* fartamente utilizadas na idade média e que tanta injustiça fomentaram, preocupou-se o legislador do código penal brasileiro de 1980<sup>62</sup> em proibir textualmente a condenação com base em presunção. A atual legislação penal e processual não tratou de frente a questão da presunção, mas fica evidente que nenhum julgador poderá se furtar de utilizá-las se estiver comprometido com uma análise completa da situação posta em julgamento, sob pena de produzir uma sentença pálida, irreal, distante da realidade.

---

<sup>62</sup> Art. 67 do Código Penal de 1890: “Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à imposição da pena”.

O fato é que encontramos no ordenamento, como visto nos exemplos acima, presunções que acabam sendo utilizadas pelo juiz criminal e não poderia ser diferente.

Malatesta cita como exemplo de indícios *júris et de jure* a filiação obtida durante o matrimônio, quando o rebento é tido como filho do casal, ainda que não o seja<sup>63</sup>. Neste caso há relação de causalidade entre o matrimônio e a paternidade, prevista em lei.

#### **2.4. Indícios e circunstâncias.**

A confusão que se faz entre prova indiciária e prova circunstancial não se justifica, ante a completa diferença existente entre os indícios e as circunstâncias.

Circunstância tem origem nas palavras latinas *circum*, que significa ao redor de, em torno de e *stare*, que significa estar. Portanto, a circunstância é aquilo que está em redor do fato. Sendo assim, não se trata do fato em si, e sim de algo que o acompanha e particulariza.<sup>64</sup>

Conforme se verifica, os indícios têm aplicação bem mais ampla, pois destinam-se a provar o delito e suas circunstâncias, embora o art. 239 do CPP se refira a circunstância conhecida que induz a outra ou outras circunstâncias, não se pode entender que o legislador relacionou os indícios entre os meios de prova para lhes dar a condição de meia-prova.

Em verdade, partindo de uma circunstância, o indício pode revelar mesmo todo o fato criminoso ou apenas alguma outra circunstância que o rodeia.

Ora, essencialmente afirmamos que os indícios não podem ser sinônimos ou traduzirem as circunstâncias, porque embora estas possam expressar fatos, não os constituem propriamente e sim, como seu próprio nome denota, estão, tão-somente ao seu redor temporalmente ou especialmente, como que a

---

<sup>63</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 266

<sup>64</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003 p 26

qualificá-los posteriormente à sua existência ou materialidade.

São, como já ressaltamos, mais propriamente, acessórios (sobretudo de tempo, de lugar, e de modo de ação) que se aplicam ou se colocam em volta do fato, existindo em função deste, não confundindo com o mesmo, não sendo o fato principal – ou fatos – indispensável à existência da infração penal.<sup>65</sup>

A prevalecer uma interpretação literal do art. 239 do CPP chegar-se-ia à conclusão de que os indícios só se prestam a prova das circunstâncias e não ao fato delituoso propriamente, o que seria absurdo. Então o legislador não empregou bem a expressão circunstância no art. 239 do CPP? Pode ser, mas preferimos acreditar que quis dar maior elasticidade ao instituto do indício que pode se originar (fato conhecido) do fato delituoso ou da circunstância para demonstrar a um ou outro (fato desconhecido), por meio das regras de experiência.

A expressão prova circunstancial é utilizada principalmente por autores ingleses e estadunidenses, tais como Bentham, Wigmore, Bishop, entre outros, mas o fazem sem acerto<sup>66</sup>.

Se a circunstância é acessório e determinada prova recebe esta denominação significa atribuir-lhe a qualidade de prova acessória, menor, semicompleta. Este tipo de gradação, muito utilizada no sistema legal de provas, cujo insucesso foi constatado após longo período, não atende à necessidade da disciplina.

Considerando um determinado conjunto probatório, uma prova pode destinar-se, naquele caso específico, a demonstrar o fato ou seu acessório (a circunstância), mas nem por isso esta prova deve denominar-se circunstancial. A não ser que se queira, por preciosismo, nominá-las de forma distinta apenas para evidenciar as partes do todo.

Ainda assim, àquela prova seria circunstancial naquele caso concreto mas em outro poderia se apresentar como relacionadas ao fato principal.

---

<sup>65</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 27

<sup>66</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28



Também não procede associar amizade ou inimizade do suspeito com a vítima com circunstância, quando muito, seriam indícios causais morais, a serem analisados de acordo com o conjunto probatório.

## **2.5. Classificação dos indícios.**

Foi o sistema legal de provas quem se preocupou em limitar os indícios, fazendo uma classificação que servia, desde a autorizar o uso da tortura, a aplicação de algumas penas<sup>67</sup>. É desta época que se classificavam os indícios entre legais e não legais, sendo os primeiros previstos na legislação, normalmente, exemplificativos, e os segundo extraídos da experiência do juiz no caso concreto<sup>68</sup>. Também remonta ao sistema legal de provas a divisão entre indícios próximos e remotos<sup>69</sup>.

Os indícios próximos seriam aqueles que levam à certeza da acusação, não permitindo nenhuma formulação em contrário, enquanto que os remotos seriam um juízo de probabilidade, mas com amplas possibilidade de a acusação não se confirmar pela investigação dos fatos.

“Neste sistema os indícios próximos dimanam de fato que acusam um individuo determinado, que fazem pesar as mais graves presunções contra ele, sem dar lugar a presunção alguma menos favorável; por indícios remotos deve-se entender os que só dão matéria para conclusões facilmente falazes; os que dão lugar a presunções diretamente contrárias, ou mesmo à simples possibilidade de um fato plenamente justificativo. Em todos os casos, as probabilidades se contrabalançam. Mas, na prática, esta classificação dos indícios é puramente arbitrária.<sup>70</sup>

No sistema do livre convencimento não há sentido limitar o uso dos indícios.

---

<sup>67</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 45.

<sup>68</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 500.

<sup>69</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 501.

<sup>70</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 500. MITERMAYER está entre os processualistas que não fazem distinção entre indício e presunção.

Classificação que embora faça distinguir a ação criminosa no tempo, não tem grande valia quanto ao valor probatório, já que um ou outro no caso concreto pode apresentar muito mais credibilidade. O fato de o suspeito ter sido visto armado, escondido na estrada deserta, como que aguardando a vítima passar no local onde ocorreu o crime, pode ser, no caso concreto, valorado de forma concludente, embora seja um indício remoto. Ao passo que a roupa suja de sangue é um indício próximo, por estar atrelado à execução e nem por isso tem, necessariamente, mais valor probatório.

Outra classificação comumente utilizada é entre indícios comuns e próprios, também chamados de gerais e particulares,<sup>71</sup> sendo os primeiros encontrados em todos os crimes e os segundo somente em alguns crimes específicos. A aquisição de veneno seria um indício próprio em relação ao crime de homicídio por envenenamento, enquanto que o suborno das testemunhas ou a fuga, seriam indícios comuns a todo o tipo de crime.

Numa perspectiva temporal, os indícios foram classificados ainda, em antecedentes, concomitantes e subsequentes, conforme ocorram antes, durante ou após a execução do crime. Nesta classificação leva-se em conta apenas o critério temporal, em relação à execução do crime, não havendo distinção efetiva entre o valor probatório, já que o subsequente ou o antecedente pode se apresentar no caso concreto com mais valor probatório de que o concomitante.

No sistema legal de provas, algumas legislações deram grande valor a esta classificação<sup>72</sup>.

“O Código bávaro quis dar ao seu sistema uma importância toda prática, mas errôneos foram os seus cálculos: pode muito bem acontecer, por exemplo, que não haja indício algum posterior, constante do processo, mas que haja todavia

---

<sup>71</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 500.

<sup>72</sup> Art. 328 do Código Bávaro, n 1: “para que haja prova plena pelos indícios, é mister que estes sejam ao mesmo tempo anteriores, concomitantes e posteriores. MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 500

prova plena e vigorosa emanando somente dos indícios anteriores e concomitantes.”<sup>73</sup>

Malatesta diferencia indícios contingentes dos necessários<sup>74</sup>. Os primeiros seriam extraídos da relação de causalidade considerando-se o modo ordinário de ser das coisas, enquanto que o segundo se baseia no modo constante de ser das coisas. O fato de alguém ser encontrado com a arma do crime e com a camisa suja de sangue logo após o fato torna muito provável que ele seja o autor do delito, mas se admite argumentar que por uma série de contingências, àquela pessoa poderia ser encontrada naquela situação, sem que isto implique necessariamente ser ela o autor do delito. Já as impressões digitais congruentes com a do acusado são tidas como regra constante, eis que os estudos da medicina legal mostram que não há impressões idênticas. Será?

Esta classificação pode agradar os céticos, aqueles que apregoam a verdade material como requisito da condenação criminal. Só aceitar indícios necessários, aqueles que decorrem de uma comprovação científica de relação constante é tentador.

Ocorre que, a própria ciência está em constante transformação e fórmulas antes tidas como absolutas, num instante são falseadas. Não faz tanto tempo assim que afirmar ser a terra redonda era inadmissível. O próprio exame de DNA que hoje adquire grande relevância na investigação criminal, nada mais é de que um juízo de probabilidade, altíssimo é verdade, mas nem por isso deixa de ser de probabilidade.

O processualista colombiano Jaime Azula Camacho em seu Manual de Direito Probatório ainda explicita que os indícios continentes podem ser graves ou leves.

*De acuerdo con la incidência que tenga em el hecho indicado, puede ser:*

*a) El necesario es el que irremediavelmente conduce a uma determinada consecuencia. Em otros términos, como lo observa MARTINEZ RAVE “cuando el hecho deducido no puede te-*

<sup>73</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 499

<sup>74</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 207

*ner por causa sino el hecho probado. La relacion de causa e efecto es absoluta (...)*

*b) El contingente es el que puede conducir a deducir vários hechos. Así, por ejemplo, si una persona sale del sitio donde se cometio um delito, puede deducirse que ella sea la autora de este o simplemente que se encontraba em ese lugar em outro tipo de gestión.*

*El contingente puede clasificarse em grave e leve, según el grado de equivocidad que exista entre el hecho indicado y el indicador*

*a) Em el grave el hecho indicador conduce a um grado considerable de probabilidad de outro hecho. Acontece cuando a uma persona se le encuentran em su poder objetos robados. Puede haberlos adquirido mediante um ilícito, pero también es factible que los haya comprado sin saber su procedencia.*

*b) Em el leve el hecho indicado es apenas uma consecuencia probable que se infiere del hecho indicador. Em otros términos, del hecho indicador pueden deducirse apenas circunstancias del hecho indicado. No puede deducirse que uma persona sea la autora de la muerte de outra por el hecho de haberla amenazado.<sup>75</sup>*

Ora, a depender do conjunto probatório que pode conter infinitas variáveis, um indício contingente pode demonstrar grande valor mesmo que não seja grave. Embora seja tentador optar somente pelos necessários, não há como negar que os contingentes, existentes em maior número, no caso concreto podem apresentar-se como de grande valor.

Sendo o raciocínio que leva ao indício baseado na relação de causalidade, teríamos que este ou é causa ou efeito em relação ao fato conhecido. Assim Malatesta classifica ainda os indícios em causais ou efetivos, conferindo aos últimos maior credibilidade, pois uma causa pode ter muitos efeitos, enquanto que o efeito normalmente delimita a causa.

Malatesta ainda classifica os indícios segundo sua probabilidade, em prováveis, probabilíssimo e verossímeis, considerando o grau de confiabilidade e, portanto, de valor probatório<sup>76</sup>. Se o indício aparece por conta de uma construção lógica, baseada numa regra de

<sup>75</sup> CAMACHO, Jaime Azula. Manual de derecho probatorio. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis S. A., 1998, p. 294-294

experiência, quanto mais certa a relação de causa e efeito apresentada maior o valor probatório. Esta classificação pode agradar, à primeira vista, na medida em que forneceria um padrão de confiabilidade, de modo a limitar o uso dos indícios como meio de prova. Não nos parece seja factível.

É que a separação entre algo provável, probabilíssimo e verossímil, é subjetiva e depende da construção lógica feita. O que, em alguns casos pode parecer apenas provável, noutros se mostra verossímil. Ademais, como demonstraremos nesta pesquisa, todos os meios de prova nada mais são de que um juízo de probabilidade, ante a incapacidade humana de atingir a verdade plena.

Os indícios, podem, como todos os fatos contingentes, concretizar-se e individualizar-se com uma variedade indefinida e indefinível de contingências acessórias que concorrem para determinar seu valor. Sendo assim, graças a um particular concurso de circunstâncias que o acompanham, um indício ordinariamente provável pode, em casos particulares, ser tido como verossímil.

Malatesta separa ainda os indícios causais sobre a capacidade mental ou física e moral, e os efetivos sobre os vestígios morais do crime<sup>77</sup>.

No primeiro caso, exemplifica que o estelionato requer uma certa capacidade intelectual, e esta pode ser tida como causa do crime. Também se, para o cometimento do crime, eram necessárias certas habilidades e o suspeito as tem, este seria um indício de que praticou o crime<sup>78</sup>.

Seria ainda um indício causal da capacidade moral o fato da pessoa possuir antecedentes criminais, sempre pela prática de crimes da mesma natureza. Não se pode negar, que a coleta dos antecedentes criminais durante a nossa persecução penal não tem somente o objetivo de, numa eventual condenação, cumprir os mandamentos do art. 59 do

---

<sup>76</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 201

<sup>77</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 218-258

<sup>78</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 219

Código Penal, na fixação da dosimetria da pena, ou avaliar a presença de reincidência, que seria circunstância agravante nos termos do art. 61 do mesmo Código.

É prática comum no foro criminal que o magistrado exija a apresentação dos antecedentes para decidir pedidos de liberdade provisória. Mas quem garante que o fato de o réu ter antecedentes criminais faz dele culpado em relação ao crime pelo qual está respondendo naquele processo? Trata-se apenas da demonstração de que o acusado tem a capacidade moral de praticar o delito. E isso comumente influencia o julgamento, embora não seja um fator determinante, pois o acusado pode ter se regenerado de sua vida delituosa.

Os indícios efetivos morais do crime seriam as demonstrações de abalo psicológico pela prática do crime<sup>79</sup>. O preocupado namorado que sempre ligava para saber se sua amada já chegara em casa após o trabalho no dia em que esta foi assassinada não liga, como se estivesse tão amargurado pela prática do crime que não teria capacidade de conversar naquele momento com os parentes da vítima. Seriam demonstrações destes indícios o temor da pena para alguns, o remorso para outros e para os perversos, o prazer de ter alcançado a meta criminosa.<sup>80</sup>

O nosso código parece caminhar nesse sentido quando determina à autoridade policial que verifique o estado de ânimo do indiciado antes, durante e após o crime, conforme se verifica no art. 6º, inciso IX.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração, a autoridade policial deverá:

(...)

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 249

<sup>80</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 249

Sem dúvida que advindo uma condenação estes dados irão subsidiar o juiz para definir na dosimetria da pena qual a personalidade do acusado, mas não é só essa a influência. Na verdade, são verdadeiros indícios que poderão pesar sobremaneira na decisão do juiz de condenar.

O acusado que teme a pena procura esconder por todos os meios a verdade, então mente ao ser interrogado ou simplesmente cala<sup>82</sup>. A mentira é comumente utilizada como indício da prática do crime<sup>83</sup>. O próprio CPP institui a acareação como um instrumento hábil a elucidar contradições e a possibilidade no processo de o juiz tomar outro interrogatório do acusado a qualquer tempo. Essa estratégia de ouvir o acusado mais de uma vez é comumente utilizada pela polícia judiciária, que a cada novo esclarecimento convoca o indiciado, na expectativa de que venha a se contradizer ou forneça outros dados para comprovar que falta com a verdade.

O silêncio do acusado, por ser direito assegurado constitucionalmente, não pode ser formalmente declarado, mas não há dúvida de que influencia o espírito do julgador. O que se espera do acusado injustamente é a revolta e não o silêncio. Se o juiz togado não pode pronunciar em seu julgado a má impressão que teve do silêncio do acusado, o júri, que julga por convicção íntima, certamente não precisará declarar mais vai fazê-lo considerando-o culpado.

É verdade que o silêncio do acusado deve ser examinado com cuidado, pois pode ter outras razões que não a culpa, como a descrença no órgão julgador, acreditando que não será efetivamente ouvido, muito comum em julgamentos políticos ou a necessidade de proteger alguma intimidade.

“E quem não conhece a triste história do nobre veneziano Antonio Foscarini? Todas as noites, encontrava-se ele com a amante, numa casa próxima ao palácio do Embaixador da Espanha. Surpreendido à noite, disfarçado, naquelas imediações, foi acusado de tramas secretas com o

---

<sup>81</sup> PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

<sup>82</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 251

<sup>83</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 251

representante estrangeiro: crime de morte na República de Veneza. Poderia justificar-se nominando a bela senhora que o acolhia naqueles encontros noturnos; podia justificar-se, mas cobrindo de infâmia o nome de sua amante, preferiu calar-se e foi condenado pelo Conselho dos Dez sendo estrangulado na prisão.”<sup>84</sup>

Outra forma de esconder a verdade é fazer com que a testemunha não compareça perante o juiz para depor ou simplesmente minta. A intimidação da testemunha é muito comum, mas pouco eficaz, tendo em vista que a testemunha está obrigada legalmente a comparecer e juízes experientes e comprometidos com a investigação da verdade podem seduzir ou intimidar a testemunha a falar o que realmente sabe.

Então normalmente o acusado que realmente praticou o crime e pretende esconder esse fato se vale da violência ou da fraude para afastar o depoimento da testemunha. Usando de violência ou mata a testemunha ou a mantém em cárcere privado impedindo que ela deponha. Particularmente, no nosso país, chama atenção a violência praticada contra testemunhas e a pouca eficiência do sistema legal de proteção a elas.

Não se tem uma fonte confiável para aferir quantas testemunhas são mortas todos os anos no Brasil, até porque os órgãos encarregados da persecução penal conseguem elucidar apenas numa pequena parcela dos homicídios e esclarecer os motivos determinantes do crime, bem como, sua autoria. Mas a nossa experiência pessoal, empírica, aponta para uma grande quantidade de casos.

Já a fraude para impedir a testemunha de depor é pouco utilizada, até por exigir uma capacidade intelectual maior por parte do acusado. Seria exemplo de fraude o suborno ao oficial de justiça para que ele diga que a testemunha não foi encontrada, ou através de um artifício fazer com que a testemunha se mude para não ser encontrada, talvez a alertando de uma falsa herança em lugar distante, ou arrumando-lhe um emprego em que tenha que viajar constantemente, de modo que perca o

---

<sup>84</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p 252



contato com o local onde ocorreu o fato e também não possa ser encontrada.

A contumácia em esquivar-se o acusado de depor também seria um indício de que pretende esconder a verdade.

Betham também atribui a clandestinidade, a alteração das provas e o suborno de testemunhas a condição de indício.

*La clandestinidad, cualquiera era el método mediante el cual se realicen esfuerzos para obtenerla, es un indicio de miedo y, en consecuencia, todo cuanto hemos dicho sobre el miedo, como prueba de delito, se aplica igualmente a la clandestinidad.*

[...]

*A fin de hacer recaer sobre um inocente la imputacion de un homicidio, el homicida, de acuerdo a numerosos ejemplos que pueden presentarse, depositará el instrumento ensangrentado, o el traje manchado de sangre, o cualquier outro objeto que pudiera servir de prueba real en la morada o en poder de un individuo inocente. Si este, em tal caso, fue sorprendido al trasladar dichos objetos a otro lugar, a él y no al homicida será a quien se pueda imputar el artificio..*

[...]

*Para eso se há de suponer que, en caso de inocência, un hombre que espera prácticas fraudulentas y que no tiene ninguna confianza em los testigos, ni em los oficiales de justicia, ni siquiera em el juez, se cree obligado, para defenderse, a recurrir a los mismos procedimientos ilegítimos que se han de hacer valer en su contra. A efectos de que una consideración de esa natureza, tenga algún valor apolegético, hay que presumir una depravación fuera de lo corriente em el carácter nacional o, por lo menos, em cuanto concierne a la administracion de justicia.<sup>85</sup>*

A própria fuga, que classificamos outrora como indício comum, também pode ser tida como indício efetivo de vestígio moral do crime. Fugir para não ser interrogado e não enfrentar o rigor da pena, sem dúvida denota temor, próprio de quem praticou o crime.

---

<sup>85</sup> BENTHAM, Jeremias. Tratado de Las Pruebas Judiciales. Traducions del francês por FLORIT, Manuel Ossorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1971, p 342-346.

Há ainda, os indícios efetivos dos vestígios materiais do delito, que são as transformações físicas apontadas como efeitos das causas do delito.

Uma impressão digital nada mais é de que a causa do toque do acusado na arma ou no local do crime. O mesmo se diga em relação a pegadas encontradas próximo ao corpo da vítima e que correspondem ao sapato do acusado. A moderna técnica investigativa exige que nestes casos se faça um molde com a pegada e posteriormente usando um peso semelhante ao do suspeito, repita-se a pegada no mesmo terreno; se o peso coincidir, o molde será idêntico.

O exemplo mais comumente utilizado é o da mancha de sangue na roupa do suspeito. Hoje, graças ao refinamento da ciência biológica, se tem como determinar se aquele sangue pertencia à vítima.

Aliás, os avanços da ciência forense enriquecem a investigação dos fatos e não tem como ser desconsiderados no julgamento criminal. Quantos casos difíceis não têm sido elucidados a partir de microscópicos vestígios materiais que são colhidos nos locais de crime. Um quase invisível fio de cabelo encontrado no local do crime pode ter seu DNA dissecado através de um exame mitocondrial, apontando a altíssima probabilidade de ser do suspeito da prática do crime.

Se o suspeito estava no local do crime, teve ao menos a oportunidade de sua prática. Se ele nega que tenha estado no local do crime, aquele indício servirá para demonstrar que falta com a verdade, o que constitui um outro indício, este um efetivo moral, aquele um efetivo material. Tudo irá colaborar na formação da convicção do julgador, que tem que pesar todos os aspectos do caso sub *judice*.

Assim, os vestígios materiais do crime, sempre que se puder estabelecer uma relação de causa e efeito com a preparação, execução, ou atos posteriores à prática do crime, melhor seria dizer, neste caso, relação de efeito e causa, pois as transformações físicas denotam um efeito, são considerados indícios materiais efetivos.

## 2.6. Contraindícios<sup>86</sup>.

Assim como uma construção lógica pode ser desenvolvida para imputar um crime a alguém, pode-se fazer uso dela para eximir o acusado da imputação. Há de se diferenciar quando há pouca credibilidade ou insuficiência do indício colhido. Este meio de prova, assim como qualquer outro, pode se mostrar insuficiente no caso concreto. Lembremos o exemplo da testemunha que diz ter assistido ao crime, mas cujo depoimento não se dá crédito por qualquer motivo. Não haveria neste caso uma contraprova, mas, tão somente, ausência de credibilidade da prova testemunhal colhida.

A expressão contraindícios não é unânime entre os tratadistas. Afinal a prova, seja ela de que natureza for, se presta ou não à demonstração do fato *probandum* e, por isso mesmo, não haveria prova e contraprova, se elas são contraditórias então somente uma delas serve como prova, a outra não. Mitermayer no seu famoso Tratado da Prova em Matéria Criminal admite a existência de contra indícios.

“São denominados comumente contra-indícios; de ordinário, podem ser produzidos em face dos indícios, qualquer que seja a sua natureza; quer no caso em que ao juiz, que prudentemente investiga todos os casos possíveis, pareça que só o acaso presidiu aos acontecimentos e colocou o acusado, sem que este tivesse para isso concorrido, na situação crítica em que se acha; quer no caso de parecer presumível ter sido essa situação arranjada por um terceiro, somente para desviar as suspeitas; quer ainda no caso de ter o próprio acusado feito pesar sobre si as suspeitas, sem malícia, e do modo mais indiferente. Outras vezes, os contra-indícios assentam sobre um ou muitos fatos determinados, mesmo sobre os da acusação, e demonstram, ou que a relação entre a pessoa acusada e o delito pode explicar-se de modo mais satisfatório, ou que se fez uso legítimo do objeto cuja posse parecia suspeita à primeira vista, ou que já não existiam no

---

<sup>86</sup> Pela nova regra ortográfica adotada pelos países da linha portuguesa não se utiliza mais o hífen se o prefixo (ou falso prefixo) termina em vogal e a palavra seguinte inicia com outra vogal. Nos textos citados, por fidelidade aos autores, mantivemos a expressão contraindícios separada por hífen, ou simplesmente separadas, conforme foi utilizado originalmente.

momento da perpetração, os fatos constitutivos da pressuposta relação entre a pessoa e o delito.”<sup>87</sup>

Concordamos com o uso da expressão, mormente quando consideramos as peculiaridades da prova indiciária, mas não temos a mesma visão abrangente do mestre alemão.

Entendemos que só pode ser tido como contraindício a inidoneidade do fato indiciante, que seria, em última análise, macular a essência do raciocínio desenvolvido para obter o indício.

Os indícios são obtidos através de uma relação de causalidade, como visto, onde se supõe que as coisas aconteceram de seu modo ordinário, sem malícia ou fraude. A defesa pode pretender demonstrar que a arma do crime foi colocada propositadamente na casa do acusado para que lhe fosse imputado o crime. Deve demonstrar então, um fato conhecido a partir do qual se possa estabelecer uma relação de causalidade que leva à inidoneidade do indício.

Assim, chamamos de contraindícios apenas aqueles fatos conhecidos que permitem, também por uma relação de causalidade, macular o raciocínio comumente utilizado nos indícios de que as coisas aconteceram de modo ordinário.

Aproveitando o mesmo exemplo acima citado, digamos que na casa de A tenha sido encontrada a arma de fogo utilizada para matar a vítima B, mas que uma testemunha viu C, inimigo de A, entrar furtivamente na sua casa após o crime e antes da busca e apreensão feita pela Polícia. Neste caso, é possível construir um raciocínio, também através de uma relação de causalidade, de que C colocou a arma na residência de A apenas para incriminá-lo.

Os nossos tribunais utilizam de maneira indiscriminada a expressão contraindícios.

“PRISÃO PREVENTIVA; NÃO PODE SER DECRETADA QUANDO INCERTA A PROPRIA EXISTÊNCIA MATERIAL DE CRIME IMPUTADO. NÃO HÁ CONFUNDIR A PROVA DA EXISTÊNCIA DE "MORTE VIOLENTA" COM A PROVA DA EXISTÊNCIA DE HOMICÍDIO. IMPRESTABILIDADE DOS INDÍCIOS DE AUTORIA DE HOMICÍDIO, QUANDO

---

<sup>87</sup> MITTERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p 502.

DECORREM DE INTERPRETAÇÃO ARBITRÁRIA OU QUANDO EXISTEM CONTRA INDÍCIOS QUE SE DESACREDITAM.<sup>88</sup>

“OS INDÍCIOS, QUANDO NÃO CONTRARIADOS POR CONTRAINDÍCIOS OU PROVA DIRETA, AUTORIZAM O JUÍZO DE CULPA DO ACUSADO E SUA CONDENAÇÃO, POIS A PROVA INDICIÁRIA, QUANDO CONCLUDENTE, NÃO REFUTADA, EXCLUINDO TODAS AS HIPÓTESES FAVORÁVEIS AO RÉU, DESCARACTERIZA A SIMPLES PRESUNÇÃO, ADMITINDO-SE A CONDENAÇÃO (RJTA-CrimSP, 34/67)”<sup>89</sup>

Não é apropriado para fins científicos que se utilize uma mesma expressão para designar situações diversas, nem convence contraíndícios como sinônimo de contraprova.

Ora, as provas são colhidas no processo para formar o convencimento do julgador e não raro são contraditórias. É a inteligência humana que vai distinguir quais as aplicáveis ao caso concreto. Contra quer dizer em oposição, em direção oposta, desfavoravelmente. O indício é um meio de prova particular, no qual o modo ordinário de ser das coisas é sua essência. Sendo assim, só é possível imaginar contrário aquilo que o atinge substancialmente.

No mais, se existem meios de prova apontando em caminhos diversos, caberá ao julgador avaliar prudentemente todas eles e formar sua convicção, só não podendo valer-se daquelas que foram obtidas por meio ilícito.

Se uma testemunha idônea reputa como falso o suposto fato indiciante não se está diante de um contra-indício, mas de uma prova direta que em cotejo com as demais mostrou-se convincente, autorizando o decreto de absolvição.

Se o acusado é encontrado com a arma do crime, mas pode não ter sido seu autor, estava com o objeto casualmente, então, a questão é examinar a própria validade do raciocínio indiciante, que não é absoluto, como de resto nenhum tipo de prova é inatacável.

---

<sup>88</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 32940, Julgamento 30/12/1954, Relator Min. Nelson Hungria. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>89</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 356

Também não concordamos com a expressão indícios de inocência. A inocência é presumida por mandamento constitucional e deve prevalecer na ausência de prova em contrário. Então, regra geral, a questão se resume a prova da autoria e materialidade delitiva existir ou não, admitindo-se o contra-indício apenas quando pelo mesmo raciocínio lógico se puder macular a essência do indício, pois teria havido inovação artificiosa.

Se prova geralmente é associada à verdade, então contra prova seria a não-verdade, ou a não prova, o mesmo que dizer a prova não existe. Afinal, as provas não têm valor tabelado, que se possa aferir de modo positivo e negativo, nem pode prevalecer no sistema de livre convencimento o conceito de meia prova. Entre todas as diligências produzidas, o julgador deve observar quais se prestam à qualidade de prova, desprezando as demais porque são imprestáveis, artificialmente produzidas (falsas) ou ilícitas.

## CAPÍTULO 3. PROVAS

### 3.1. Regras Gerais

Provar advém do latim *probare*, remontando o radical *probus* que tem significação em honesto, probo, transmitindo a ideia de credibilidade, confiança, veracidade<sup>90</sup>.

No meio jurídico, o vocábulo prova assume vários significados, ora como atividade probatória, ora como resultado da prova e ora como meio de prova. Também pode ser entendida como meio pelo qual a inteligência chega à verdade.<sup>91</sup>

Verifica-se no processo, porém, que o objeto da prova é a alegação de um fato e não o fato em si, pois estes ocorrem ou não no mundo real, não comportando adjetivações ou valorações.

A prova é, sem dúvida, a essência do processo.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>91</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 157

<sup>92</sup> (a) A importância da prova é tão grande que se pode dizer que todo o processo só consiste nela. Pelo menos tudo o que não for preparação, discussão e decisão sobre as provas é superfluidade manifesta nos processos(...)

(b) A escola positiva, no historiar da prova, dividiu a evolução dos sistemas fases: 1º - fase primitiva, em que as provas são entregues completamente ao empirismo das impressões pessoais, e em que a crítica das provas quase não se exercia, porque a vingança-defesa quase que só se efetuava em casos de flagrante delito ou contra autor notório de um dano; 2º - fase religiosa, em que se fazia intervir a divindade para designar o autor do delito, que era, por sua vez, uma ofensa à divindade (ordalia, duelo judiciário); 3º - fase legal, em que o valor dos diversos elementos da prova é fixado pela própria lei, como também o grau de prova necessária ou suficiente para decretar uma pena ordinária ou extraordinária; e é neste período que a confissão do culpado é considerada a “rainha das provas”; 4º - a fase sentimental, da convicção íntima, em que se chega ao excesso oposto, libertando a consciência do juiz ou do jurado de toda obrigação relativamente às provas, isto é, não pedindo conta aos jurados dos meios pelos quais se convenceram. Foi esta fase do processo e da prova que a escola positiva quis juntar a fase científica, representada pelas

A palavra prova geralmente está associada à verdade, de modo que quando se diz que o fato está provado, está se imputando a ele a condição de verdadeiro. Esta aparente sinonímia é absoluta para a maioria dos processualistas nacionais.

“Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a ideia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente a realidade dos fatos.”<sup>93</sup>

A ideia de probabilidade, quando não rejeitada liminarmente por alguns autores, é tida como mero indicativo de prova, não se confundindo com esta. Anamaria Torres caminha nessa posição quando afirma “(...) serão sempre de certeza, jamais de probabilidade, sinônimo de insegurança, embora possa a probabilidade ser caminho, impulso na direção da certeza”.<sup>94</sup>

Esta discussão quanto ao grau de certeza exigível para a prova, trataremos em capítulo próprio. Por ora, vamos apenas examinar algumas regras positivadas quanto à disciplina.

O nosso Código de Processo Penal impõe algumas regras gerais quanto à apreciação da prova. Primeiro se restringe o alcance da prova quando se tratar do estado das pessoas<sup>95</sup>, impondo-se, neste caso, as regras elencadas pelo direito civil, que para os conservadores só estaria preocupado com a verdade formal.

Em seguida, o CPP repete um chavão muito usado no direito processual civil de que “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer”,

---

vistorias e perícias, isto é pela reunião e apreciação metódica de verificações materiais do delito (provas físicas, químicas, mecânicas, caligráficas, profissionais, toxicológicas, etc)”. ENRICO FERRI. *Sociologie Criminelle*. Paris, 1905 apud MITTERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p 15

<sup>93</sup> MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 1997, p 256

<sup>94</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p 121-122.

<sup>95</sup> Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil. PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.



mas amplia os poderes do juiz para que possa “determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”<sup>96</sup>.

Ainda como regra geral o CPP determina o princípio do livre convencimento ao fixar que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”<sup>97</sup>.

No primeiro ponto há clara limitação ao princípio da verdade real, pois, sendo o processo civil regido pela verdade formal, haveria de exportar conceitos para o processo penal, mesmo que estes não correspondam à realidade. A não ser que se admita que a verdade alcançada no processo (civil ou penal) é a processual, aquela que o processo foi capaz de revelar, pois também o processo civil passa por uma fase de publicitação, ante a incapacidade de algumas partes, notadamente os hipossuficientes, de arcar com todos os ônus que lhe são impostos, o que leva o legislador a dotar cada vez mais o juiz civil de poderes antes impensados para equilibrar a balança.

Imagine-se uma relação de paternidade entre acusado e vítima pelo simples fato de o acusado ser casado com genitora da vítima quando da concepção, que é causa agravante da pena, nos termos do art. 61, inciso II, alínea “e”, do Código Penal<sup>98</sup>, onde o réu argumentasse no juízo criminal que na verdade a vítima é filho adulterino.

Certamente buscou o legislador evitar os inconvenientes da produção de prova penal capaz de modificar o estado das pessoas, num conflito injustificável dentro da jurisdição que é una, enquanto manifestação do poder soberano do Estado. Esta e outras formas de mitigação da verdade real serão examinadas em capítulo próprio.

Quanto à alusão de que “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer”<sup>99</sup>, esta não pode ser entendida nos mesmos termos do processo

---

<sup>96</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10<sup>a</sup> Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

<sup>97</sup> Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10<sup>a</sup> Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

<sup>98</sup> PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10<sup>a</sup> Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

<sup>99</sup> “Não é, porém, absoluta a regra de que o ônus da prova cabe à parte que fizer a alegação, pois o juiz pode determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre

civil, sob pena de onerar o acusado a demonstrar um fato negativo, ou seja, que não é culpado. É intolerável exigir que o acusado demonstre sua não culpabilidade, até porque está é presumida *júris tantum*, até mesmo por mandamento constitucional.

No que tange ao princípio do livre convencimento<sup>100</sup>, vimos que este decorre da incapacidade do legislador de prever todas as situações fáticas enquadrando-as em dispositivos legais rígidos. A experiência histórica demonstrou a insuficiência do sistema da prova legal, onde muitas vezes o juiz era obrigado a absolver, mesmo convencido da culpa, apenas porque faltava uma das formas solenes estabelecidas pela lei.

Este poder conferido ao juiz é limitado pela necessidade de fundamentação da decisão e publicidade do julgado. Dessa forma a sociedade controla a razoabilidade dos julgados.

Decorre do processo misto (inquisitivo-acusatório) como o nosso<sup>101</sup>, o princípio da comunhão das provas, pois elas são produzidas

---

ponto relevante, como pode também ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502, caput). Trata-se, porém, de atividade meramente supletiva do juiz, não tendo ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Acrescida prova pelo juiz *ex officio* as partes dever ser ouvidas.”MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo Penal. 8ª Ed. Editora Atlas: São Paulo, 2001

<sup>100</sup> . Entendemos que não é somente pela intervenção do juiz que o texto do CPP é mitigado, não se pode exigir da defesa que apresente provas de fatos negativos. É a acusação quem deve demonstrar que o fato existiu e que é típico, antijurídico e culpável. De outra banda, o juiz criminal não é absolutamente livre na apreciação da prova, impondo o CPP algumas condições, como ocorre, por exemplo, no art. 158, que exige o exame de corpo delicto direto ou indireto, não podendo supri-lo nem mesmo a confissão. Não se estaria neste caso limitando a livre convicção?

<sup>101</sup> “O sistema adotado pelo Brasil, embora não oficialmente é o misto (...). É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por bacharel em Direito, que é o delegado, como todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório, ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação, etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório...Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta prisão do acusado de ofício, se que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação de sua *opinio delicti* e não haveria de ser parte integrante dos autos, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e

no interesse do processo e aproveitam ao juiz ou mesmo a parte que não as arrolou.

Malatesta cita ainda alguns princípios gerais que devem ser observados quanto á produção da prova. São eles: ingraduabilidade das provas, originalidade e oralidade, liberdade objetiva das provas, liberdade subjetiva das provas, publicidade, produção da melhor prova e apego a verdade substancial<sup>102</sup>.

### 3.2. Classificação das provas

A prova pode ser considerada sob dois aspectos: quanto à sua natureza e produção e quanto ao efeito que produz no espírito daqueles perante os quais é produzida<sup>103</sup>.

No segundo aspecto, as provas podem ser divididas, de acordo com o grau de convencimento, em credibilidade, probabilidade e certeza.

Na credibilidade, o autor do raciocínio limita-se a imaginar o possível. Ou seja, a coisa pode ter acontecido deste modo ou não. As possibilidades entre a afirmativa e a negativa se equivalem ou se assemelham. Só podem ser consideradas propriamente como provas no juízo penal aquelas cujas afirmativas se sobrepõem às negativas, as de probabilidade, embora alguns só admitam como tais as provas de certeza.

Mesmo para os mais céticos, a prova de probabilidade poderia ser utilizada se outra prova exclui os motivos divergentes. Ou seja, na prova de probabilidade, os motivos convergentes são bem maiores que os divergentes e, quando outra prova anula esses motivos divergentes, estar-se-ia atingindo, deste modo, a prova de certeza.

Malatesta exemplifica<sup>104</sup> dizendo que se em uma urna existem cem bolas, sendo que noventa e oito são pretas e apenas duas são brancas. Supondo que o acusado retirou uma dessas bolas, é provável que

---

Execução Penal. 3ª Ed. Ver. Atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 104

<sup>102</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 106

<sup>103</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 81

<sup>104</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 83

ela seja preta, já que a maioria, quase a totalidade das bolas é preta. Se depois a urna é jogada num rio e se perde, sem que haja possibilidade de verificar as bolas restantes, mas, quando encontrada praticamente vazia, se verifica que as duas bolas brancas, pelo material de que estavam revestidas, ficaram grudadas na urna, tem-se então, por meio de uma acumulação de outras provas, a absoluta certeza.

Na nossa pesquisa, consideramos a hipótese de o indício constituir meio de prova, mesmo quando se apresente em termos de probabilidade, pois temos que todos os meios de prova só chegam a este ponto, já que a certeza absoluta é inatingível.

Então esta classificação não se revela das mais importantes, a não ser que se queira vincular a prova de probabilidade (e aí muitos dos indícios) a uma prova que depende de outra, portanto, meia prova.

Pretendemos nos deter mais na natureza e produção da prova, até mesmo no contexto histórico, pois quanto ao efeito perante o julgador acabaremos abordando com muito mais ênfase em outros capítulos deste trabalho, pela sua própria natureza.

Malatesta divide as provas quanto à natureza e produção em três aspectos<sup>105</sup>. Quanto ao objeto, pode ser direta ou indireta, quanto ao sujeito, pessoal ou real e quanto à forma, em testemunhal, documental ou material.

A prova seria direta quando dirigida diretamente sobre o objeto *probandum*. Quando a percepção do julgador se dirige a objeto distinto, através do qual se pretende chegar ao *probandum* por um raciocínio lógico haveria prova indireta.

Os indícios (fatos indiciários ou auxiliares) são autênticos meios de prova, embora de uma prova indireta, mais ou menos remota, de acordo com a “distância” que os separa do fato a provar; tanto podem estar ligados com este fato, de uma forma menos remota, de maneira a chegar-se a ele, mediante uma ou mais presunções<sup>106</sup>, como de uma forma

---

<sup>105</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 81

<sup>106</sup> O autor, referido na nota seguinte, distingue indícios de presunções mas entende que a segunda é o meio de ligação entre o fato provado e o fato provando no indício.

mais remota, de maneira a inferir-se o fato desconhecido mediante uma cadeia de presunções.<sup>107</sup>

Quanto ao sujeito a prova pode derivar de pessoa ou de coisa, sendo, portanto, pessoal ou real, conforme o caso.

Já quanto à forma, a verificação de pessoa pode assumir uma forma transitória de oralidade ou pode ter a forma permanente, que se separa da pessoa e se reduz principalmente a forma escrita. Já a verificação de coisa ou se apresenta como conteúdo de uma das formas de verificação de pessoa ou se apresenta em sua forma original e material.

Assim, a prova quanto à forma pode ser testemunhal, que baseia-se, principalmente, no princípio da oralidade<sup>108</sup>, forma original de percepção do fato *probandum*, sem interferências ou intérpretes; pode ser documental<sup>109</sup>, que é a verificação de pessoa na forma do escrito ou de outra materialidade permanente; e pode ainda ser material<sup>110</sup>, que é a verificação de coisa na materialidade das suas formas diretamente percebidas.

Mitermayer cita ainda, outras classificações quanto à prova, em perfeita e imperfeita, natural e artificial<sup>111</sup>.

A prova imperfeita seria aquela que não gerando a certeza necessária, do complexo dos motivos da convicção produzidos, existem, entretanto, em número suficiente e verossímil, de modo a autorizar certos meios do processo, tais como, a aplicação de tortura, a prisão, a vistoria domiciliar, etc. A prova imperfeita seria sinônimo de meia prova. Já a prova perfeita seria capaz de autorizar uma condenação, gerando a convicção de certeza por parte do julgador.

---

<sup>107</sup> MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Índícios e presunções como meio de prova. Revista de processo, ano X, janeiro –março de 1985 – nº 37

<sup>108</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 113

<sup>109</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 81

<sup>110</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 81

<sup>111</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 194

Essa classificação se assemelha à distinção entre provas de probabilidade e de certeza, citadas por Malatesta quanto ao efeito que produz no espírito do julgador<sup>112</sup>.

O próprio Mitermayer admite a pouca valia quanto a esta classificação entre perfeita e imperfeita<sup>113</sup>.

Já a prova natural, também chamada de imediata, convence diretamente o espírito dos motivos de certeza quanto ao objeto, cuja realidade se trata de demonstrar. Enquanto que a prova artificial ou circunstancial, chamada ainda de indireta, baseia-se em motivos, que não são concludentes, senão por meio de induções que permitem. Os indícios estariam entre as provas artificiais<sup>114</sup>, denominação pejorativa que diminui o seu valor probatório.

“Aqueles mesmos, que não querem reconhecer jamais prova completa por indícios, não poderiam negar a existência da prova artificial, desde que reconhecessem que a prova e a certeza são expressões sinônimas(...)

Se, pois, conseguirmos demonstrar, como esperamos, que também os indícios fazem prova completa, sendo o seu mecanismo idêntico ao de todos os outros meio, dever-se-ia concluir que nenhum objeto prático tem a divisão em prova natural e artificial.”<sup>115</sup>

Certamente que a divisão entre perfeita e imperfeita ou natural ou artificial não tem muito valor. A primeira divisão diz respeito a sua utilidade enquanto prova, certamente inadmissível ante a impossibilidade de graduar as provas, sob pena de macular o princípio do livre convencimento, retornando-se a figura já ultrapassada da meia prova, dantes instituída no sistema legal.

A segunda, embora se confunda nos seus fundamentos com a divisão proposta por Malatesta quanto ao objeto<sup>116</sup>, referentes à natureza

---

<sup>112</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 59

<sup>113</sup> MITERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 196

<sup>114</sup> MITERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 197

<sup>115</sup> MITERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 197-198

<sup>116</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 81

e produção, que chamou de direta e indireta, tem abordagem pejorativa quanto aos indícios e presunções, taxando-os de provas imperfeitas.

Ora, imperfeito é sinônimo de incompleto, defeituoso, bizarro. Não nos parece possam assim ser conceituados os indícios, que muitas vezes se mostram os únicos meios de investigação dos fatos disponíveis.

### 3.3. Provas Ilícitas.

Não interessa neste tópico fazer longa e profunda abordagem do tema da prova ilícita<sup>117</sup>, mas, tão-somente, sua relação com o objeto central do trabalho, que é a prova indiciária. No indício, caminha-se de um fato conhecido para um desconhecido. Sendo assim, este tem que ser provado. Nem por isso entendemos que haja subordinação do indício a chamada prova direta. É que o fato a ser provado no indício não é propriamente o objeto *probandum* do processo. Em outras palavras, as provas diretas estão diretamente vinculadas a tese da acusação e da defesa e no fato provado pelo indício isso não ocorre, necessariamente.

---

<sup>117</sup> “O tema da prova ilícita vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão á criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Com apoio em terminologia de Nuvolone, adotada por Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitindo o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. [...]

A tendência atual é no sentido de vedar a produção da prova ilícita, vista como prova obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição, mas há forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade.” SCARANCA, Antônio Fernandes. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89

Nada impede, todavia, que de uma prova direta se extraia um indício, o que não se confunde com subordinação ou valor subsidiário.

Exemplificando, na oitiva da testemunha arrolada pela acusação se procura demonstrar que o acusado foi o autor do delito, na prova de que a mulher está grávida, não há qualquer vinculação com a tese da acusação, mas este fato está a demonstrar, pelas regras da experiência, a existência da conjunção carnal, constituindo um indício efetivo material em relação ao crime de estupro.

A Constituição veda o uso de prova ilícita. Remansosa construção jurisprudencial caminha no sentido de negar validade às provas que derivaram do ilícito (frutos da árvore envenenada).

Neste norte, o fato provado por meio do indício tem que ser obtido licitamente, para que a construção lógica possa florescer sem vícios. Não se pode impor limites à construção do raciocínio no indício, senão pela razoabilidade do pensamento. O controle haverá de ser exercido, no caso do juiz togado, pela fundamentação exposta.

Como exposto outrora, a única regra válida para controle da decisão judicial, enquanto parte de um sistema, é a coerência

Também deve ser considerada a vedação à prova ilegítima, que é aquela realizada sem a observância do procedimento legal. Da mesma forma o indício não poderá ser obtido se o fato provado for alcançado sem a observância da forma solene, quando a lei assim impuser<sup>118</sup>.

#### **CAPÍTULO 4. VERDADE PROCESSUAL E O USO DE INDÍCIOS**

---

<sup>118</sup> “As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.” MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 126



#### 4.1. Certeza, verdade e os indícios.

Como fartamente abordamos desde o início do trabalho, a questão da prova está intimamente ligada ao conceito de certeza e de verdade. À primeira vista, esses dois conceitos parecem sinônimos, porém de fato não o são. A certeza é um estado de espírito, correspondente a tranquilidade, convicção, não dúvida. Já a verdade é absoluta. No dizer de Aristóteles, negar aquilo que é, e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade<sup>119</sup>. A verdade seria então a perfeita correspondência entre o pensamento e o objeto ou do pensamento com ele mesmo.

Certeza e verdade, embora sejam conceitos intimamente ligados, não se confundem. O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre o objeto e a sua imagem captada pelo sujeito. A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, é a adequação do pensamento com a coisa. Porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. É a questão do critério da verdade. A certeza, portanto, constitui a manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.<sup>120</sup>

Para Malatesta, a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, sendo a crença na percepção desta conformidade a certeza. Mas nem sempre coincidem, pois pode se ter certeza do que objetivamente é falso e duvidar do que seja objetivamente verdadeiro<sup>121</sup>.

Neste norte, certeza e verdade embora caminhem no mesmo sentido não são a mesma coisa. Seria a certeza um limite da verdade? A verdade alcançada? Definir minuciosamente a diferença e as peculiaridades é missão das mais espinhosas.

---

<sup>119</sup> ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson BINI. Bauru: Edipro, 2005. 608p. pp. 81-110: Da interpretação

<sup>120</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 25-26

<sup>121</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 21

Muitas foram as inteligências que se debruçaram sobre o tema e apesar de talentosas definições, sempre parecem incompletas. A verdade parece estar mais associada ao ideal de justiça, pois não se concebe uma decisão justa se não é verdadeira.

A própria verdade pode ser verificada de muitas formas. Mitermayer na sua clássica obra *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, abordando o tema chega a afirmar que interessa realmente ao processo a verdade histórica, que trata de assegurar a realidade de certos acontecimentos e atos praticados no tempo e no espaço.<sup>122</sup>

Os indícios podem se apresentar como instrumento hábil para o alcance desta certeza, necessária à prolação de uma sentença condenatória, mormente quando a dúvida se resolve em favor do réu (*favor rei*). Se tratando de indícios necessários – quando a relação de causalidade entre o fato provado e fato provando é infalível, em regra – não há dúvida de que ele logo irá gerar no julgador a sensação de certeza.

Mesmo no caso de indícios contingentes – quando não há relação infalível entre o fato provado e provando, apenas o ordinário modo de ser das coisas – ainda assim, no conjunto probatório podem ter forte influência sobre o espírito do julgador de modo a conduzi-lo à certeza.

Se forem muitos indícios contingentes apontando todos no mesmo sentido, melhor ainda, pois apontam a certeza, já que descrevem o ordinário modo de ser das coisas visto por vários ângulos. Com isso, dificilmente o julgador poderá crer que está diante de uma série de excepcionalidades que coincidentemente se verificaram, quando o normal é que o ordinário coincida.

Se o processo se destina a reconstruir os fatos para verificar a ocorrência do ilícito e a participação do acusado no delito, nada mais faz do que verificar atos passados.

Para Malatesta, a certeza em matéria criminal se confia à autônoma consciência do juiz, na qual deve produzir-se como na de

---

<sup>122</sup> MITERMAYER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 111-112.

qualquer outro homem racional e com os mesmos critérios livres, subordinados apenas às leis eternas da razão. Desta forma, tem-se a certeza natural, a humana, a qual denomina de “certeza moral”.<sup>123</sup>

Os indícios são certamente instrumentos aptos ao alcance desta certeza.

Para que se tenha uma legítima sentença de condenação, o convencimento que provém das provas não deve ter contra si nenhuma dúvida racional. Os indícios não merecem, certamente, uma apoteose, mas também não merecem a excomunhão maior (...)

Se quisermos sempre provas diretas para condenar, crimes há que, pela sua natureza, escaparão quase sempre à punição. (...)

Portanto, não exageremos. O indício pode dar certeza, mas é preciso sempre estar-se atento contra as insídias desta espécie de prova.<sup>124</sup>

A reserva contra a prova indiciária feita por Malatesta, na passagem acima transcrita, dá-se pela confusão entre certeza e verdade, pois o eminente mestre trabalha com a perspectiva de alcance da verdade plena para o processo penal, o que entendemos inadmissível, pois esta é inatingível, como adiante se demonstrará.

Mitermayer enumera condições que diz essenciais para o surgimento da certeza.

1º exige um complexo de motivos, sancionados pela razão e pela experiência, para servir de base a convicção; 2º exige que seja precedida por um esforço sério e imparcial, que tenha estudado a fundo e desviado os meios, que tendessem a fazer admitir a solução contrária. Quem deseja adquirir a certeza, não cerra a porta à dúvida: pelo contrário, detém-se no exame de todos os indícios que a ela poderiam conduzir; e só quando tem conseguido fazê-la desaparecer completamente, é que a sua decisão se firma, e esta apóia-se na base indestrutível dos motivos da convicção afirmativa. Estes princípios, seja dito de passagem, dão ao processo inquisitorial um poderoso alcance, um carácter imponente,

<sup>123</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 44

<sup>124</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 210-211

quando a sua organização é prudentemente combinada: porque o instrutor dedica-se com igual ardor à investigação dos materiais, que mais tarde poderão auxiliar a defesa. Faria notar com cuidado o mais ligeiro indício, mesmo contra uma testemunha de acusação, se dele se pudesse depreender que aquela vive menos honradamente, ou que a sua veracidade deve ser suspeita, ou finalmente que é inimigo pessoal do acusado; 3º a certeza não pode existir antes de terem sido repelidos todos os motivos constantes dos autos, que tendessem a fazer considerar a acusação como baseando-se em uma impossibilidade; 4º o espírito quer ver repelidos, antes que a certeza predomine, mesmo os motivos, que não tenham por base senão uma possibilidade em contrário; 5º o espírito não poderá além disso deixar passar em silêncio as circunstâncias simplesmente imagináveis, ainda que pouco usuais, desde que na causa existem indícios, por mais leves eu sejam, e que estabeleçam uma probabilidade ainda que remota.<sup>125</sup>

Malatesta prossegue dissecando a certeza em espécies das quais só vamos nos deter, por entender de mais valia, na divisão entre certeza objetiva e subjetiva<sup>126</sup>. A primeira seria a exata correspondência do que dito com o acontecido no plano real. A segunda, a que foi captada pelo juiz através da inteligência e ou da sensibilidade.

Ao se falar em percepção desta conformidade, dá-se uma coloração subjetiva. É aquilo que se vê, se sente, se aceita, se percebe, em suma, tudo isto de acordo com vários condicionamentos individuais muito bem realçados por Gorphe, e que são o ódio, o amor, o interesse, e outras infinitas circunstâncias.<sup>127</sup>

A certeza é simples e indivisível. É a crença na possessão da verdade, porém, da verdade subjetiva, aquela a qual se chega pela inteligência. Aqui é imperativo que se distinga a percepção intelectual pura, em que apenas a inteligência capta a verdade, daquela em que também os sentidos participam desta operação. Das funções de reflexão e intuição

---

<sup>125</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 119-120

<sup>126</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 21

<sup>127</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p 49

chega-se a diferentes espécies de certeza, que são: certeza intuitiva puramente lógica, certeza reflexiva puramente lógica, que não interessam ao nosso estudo, pois cuidamos de fatos humanos, com manifestações extrínsecas, exteriorizações que são captadas pelos sentidos. O campo próprio da certeza no criminal é o das verdades sensíveis. Tanto as verdades sensíveis materiais quanto as verdades sensíveis morais. As primeiras, captadas pelos sentidos e as segundas, fatos psíquicos, perceptíveis pelo material em que se exteriorizam. As primeiras são percebidas pela reflexão e as segundas, pela intuição.<sup>128</sup>

Ante a incapacidade humana de apreender a certeza objetiva outra alternativa não resta senão conformar-se com a subjetiva, que, embora não seja completa, não se confunde com a probabilidade.

Na probabilidade tanto os motivos superiores convergentes quanto os divergentes constituem seu objeto que é múltiplo. Para o criminal isto gera insegurança. É imprescindível que se rechace racionalmente os motivos divergentes da crença. A certeza, em conclusão, é afirmação intelectual da conformidade entre a ideia e a realidade.<sup>129</sup>

Ousamos divergir, pois percebemos que não há realmente diferença séria entre a probabilidade e a certeza subjetiva, senão no íntimo do falante, de modo que, a depender do observador, o fato pode se apresentar de um modo ou doutro mesmo sem malícia.

A revolução tecnológica ocorrida no século XX operou um espantoso paradoxo. Ao mesmo tempo em que se imaginou saber brevemente sobre tudo quanto possível, assistimos a uma rápida sucessão de teorias que nos faz duvidar de que alguma seja verdadeira.<sup>130</sup>

Esta sucessão de conhecimentos fez ruir a infalibilidade da ciência apregoada na era moderna, culminando com a “queda da utopia”, segundo a qual nenhum sistema ou teoria é capaz de salvar o mundo, que ainda está por descobrir a verdade.

---

<sup>128</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p 29

<sup>129</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p 53

<sup>130</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19

Com relação ao processo penal, vimos na evolução histórica dos indícios que a abolição do sistema legal de provas se deu pela constatação de que ele falhava na captação da verdade, já que a complexidade da vida não cabia em fórmulas prontas de procedimentos judiciais.

Neste norte, não há como negar aos indícios a potência para atingir a verdade, que nada mais é, em última análise, do que uma convicção gerada no íntimo do julgador.

O sistema do livre convencimento não visa dotar de superpoderes o juiz, mas habilitá-lo para enfrentar as questões postas em julgamento, senão não haveria necessidade de fundamentação da decisão.

O uso dos indícios, desde que devidamente fundamentados, tem amparo legal e se coaduna com a busca da verdade no processo penal, até porque muitas vezes eles são os únicos elementos capazes de revelá-la, tornando o processo efetivo.

A intrínseca ligação entre certeza, verdade e justiça se faz sentir no processo penal, onde a verdade real foi eleita como fundamento, para evitar que o juiz se conforme com ficções jurídicas, como se impõe muitas vezes para dirimir os conflitos civis.

#### **4.2. Verdade material, formal e o uso de indícios**

Como anotado, forte doutrina foi construída para diferenciar a verdade que deveria ser atingida no processo penal da que se exige no processo civil. Ao argumento de que no processo civil as partes têm ônus a suportar e que, o não atendimento destes gera efeitos na resolução da causa, mitigou-se a busca da verdade em favorecimento da resolução do conflito.

É assim que no processo civil a revelia, em regra, induz a confissão ficta dos argumentos postos na inicial e, por consequência, impõe a procedência da ação. A igualdade de armas no processo civil,

mesmo ficta, é assegurada pelos instrumentos postos à disposição dos litigantes.<sup>131</sup>

Mesmo que um hipossuficiente tenha toda sorte de dificuldades, as vezes até para se alimentar - quanto mais para fazer frente aos custos do processo - no processo civil será tratado da mesma forma que uma multinacional, que reconhecidamente tem condições financeiras infinitamente melhores.

O mesmo não ocorre com o processo penal. Inicialmente, pela condição de superparte do Ministério Público, que atua como órgão de Estado, com status de agente político. Praticamente o inquérito policial lhe é endereçado, sendo possível ao órgão ministerial requisitar tanto sua instauração (art. 5º, II, do CPP) quanto diligências que tenha como imprescindíveis (art. 16 do CPP), ao passo que o particular não tem esta mesma estrutura estatal à disposição.<sup>132</sup>

A perda de um prazo pelo representante do Ministério Público, quando muito, resulta em responsabilidade administrativa e ou penal, mas não terá efeitos concretos no processo, pois é imprescindível sua participação enquanto representante do Estado no exercício do *jus puniendi* e titular da ação penal.

---

<sup>131</sup> Apesar do entendimento doutrinário dominante que entende justificada a concessão de prerrogativas (privilégios) à Fazenda Pública, temos reserva a essa posição. Regra geral a Fazenda está mais bem estruturada para fazer frente às demandas judiciais que os particulares. No caso dos juizados especiais federais, não há qualquer benefício à Fazenda Nacional que não tem prazo ampliado seja para contestar, seja para recorrer e, quando condenada o pagamento se dá por meio de requisição do valor diretamente, sem o precatório. É um exemplo de sucesso do tratamento igualitário. Mais que argumentos em favor da manutenção de prerrogativas especiais para a Fazenda pesa o fator político. O Estado brasileiro usa e abusa do Poder Judiciário para perpetuar injustiças. Quer algo mais absurdo de que precatórios de alimentos que durante anos não são pagos? A própria execução contra a Fazenda é uma excrescência. Só se executa débitos contra devedor inadimplente. Mas como justificar o próprio Estado inadimplente? Descumprindo as decisões do Judiciário o Poder Executivo estimula a anarquia e a desobediência civil. Se é certo que os pagamentos de precatórios pode comprometer o orçamento do Poder Executivo e a prestação de serviços públicos inadiáveis, não há dúvida que as decisões da Justiça devem ser cumpridas. Então por que não fixar ao menos um percentual no orçamento para pagamento das dívidas reconhecidas pela Justiça. O tema merece uma reflexão mais aprofundada e não cabe neste trabalho.

<sup>132</sup> No caso do particular, ele pode requerer a instauração do inquérito (art. 5º, II, do CPP) ou diligências (art. 20 CPP), mas a autoridade não está obrigada a atender. Principalmente no segundo caso, as diligências costumam ser entendidas como contraproducentes, até porque a autoridade policial está comprometida com a resolução do caso, o que passa pela descoberta do culpado, não raramente, sob forte pressão da opinião pública e de seus superiores, ou de ambos.

De outra banda, a ideia da inércia do acusado gerar efeitos penais é execrável, inadmissível. A revelia, embora consista num indício causal moral, reflexo muitas vezes do temor da pena, normalmente não se mostra suficiente para sustentar uma condenação.

Mesmo quando o réu confessa a prática de um crime pode estar protegendo o verdadeiro culpado, como ocorre muitas vezes no interior de presídios onde uns são ameaçados ou recebem alguma recompensa para assumir a autoria delitiva, e como a pena é personalíssima, não se permite que outro senão o verdadeiro autor possa ser punido.

Mitermayer esclarece que a distinção entre o processo civil e o penal se dá já na origem.

O processo civil inicia-se por um articulado preciso de gravames, pela afirmação de certos direitos da parte de uma pessoa determinada em relação a outra igualmente determinada; mas no crime, e principalmente no processo inquisitorial, por uma circunstância que lhe é peculiar, raras vezes as queixas articuladas se dirigem desde o princípio a um réu designado. Muitas vezes também a natureza do delito não é bem especificada, e com efeito os seus caracteres são manifestados pela informação da queixa feita posteriormente: quando, por exemplo, se trata de ferimentos, nem sempre se poderia dizer previamente se há delito de ferimentos intencionalmente feitos, ou se tentativa de morte.<sup>133</sup>

O fato é que a verdade formal se contenta com as provas produzidas pelas partes, sem que o juiz interfira, admitindo-se mesmo, que presunções sejam consideradas sem verificar se a relação de identidade que retratavam se operou.

Já a verdade material se apregoa como substancial, real, ou seja, a exata correspondência com o fato ocorrido, sem a interferência de ficções ou artifícios.

A indisponibilidade dos bens jurídicos no caso do processo penal parece justificar esta perseguição da verdade real. Mas fosse este argumento válido então teríamos que admitir uma gradação da verdade relacionada à disponibilidade dos bens jurídicos em jogo.

---

<sup>133</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 99



Deste modo se poderia argumentar que haveria mais rigor na apuração da verdade para crimes graves, enquanto que para outros punidos com pena de multa ou sujeitos a transação penal esta poderia ser mitigada.

Ocorre que a verdade real é inatingível, pela própria deficiência humana, tanto mais quando o processo é o meio de investigação posto.

Segundo Vasconcelos, existem duas correntes, os que acreditam na captação da verdade pura e os que enxergam a verdade como o estado de espírito de certeza que se manifesta no íntimo do julgador<sup>134</sup>.

Inadmitir a verdade pura, que é sinônimo de verdade material, também chamada de substantiva, real, e mesmo assim continuar pregando uma certeza, baseada numa verdade. Mas qual verdade? Parece-nos que a certeza exigida é aquela que tranquiliza o espírito, sem que corresponda à verdade plena. Mas, se não corresponde à verdade plena, então trata-se de uma probabilidade e não de verdade efetivamente.

A probabilidade ocorre quando os argumentos em favor da ocorrência do evento são muito superiores aos argumentos da não ocorrência. A certeza alcançada pelo juiz é proveniente da convicção de que os argumentos pró superaram os contra, tranquilizando-o, mas não retira da afirmativa posta na sentença a condição de juízo de probabilidade.

Os indícios podem fornecer esta probabilidade que o julgador chamará, equivocadamente, de verdade, pois está convicto de sua ocorrência, como já demonstramos.

O uso dos indícios se dá tanto no processo civil quanto no penal. Neste último, se aceitarmos um apego maior à verdade, com muito mais justificativa. Na maioria dos casos não se pode alcançar a certeza (convicção) sem o uso dos indícios.

Concluimos este tópico para afirmar que verdade formal e verdade material, sendo a primeira no sentido de fictícia e a segunda como expressão do real, inexistem. O que ocorre são regras de julgamento diferenciadas, que possibilitam ao juiz no cível decidir a

---

<sup>134</sup> VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p 54

causa sem uma investigação mais apurada do fato, somente porque uma das partes não se eximiu de um ônus processual imposto legalmente, mormente sejam os bens disponíveis facultando ao réu ou autor transacionar livremente sobre eles, pondo fim a contenda até mesmo sem a intervenção do Judiciário.

É assim que se impõe força de confissão à revelia no cível, com conseqüente julgamento procedente da ação, pois, sendo o direito inteiramente disponível, o réu pode simplesmente resolver pagar uma indenização ainda que o direito não ampare esta pretensão. Razões de ordem política ou até mesmo íntima podem ditar o comportamento das partes no cível, já que a qualquer tempo podem dispor do bem objeto da tutela, transacionando até mesmo depois de reconhecida a procedência da ação, até mesmo para fixar uma indenização menor do que previu a sentença.

No processo penal e até mesmo em algumas questões civis isto não ocorre, dado o papel exclusivo da jurisdição na solução da causa, exigindo-se do juiz um maior empenho em esclarecer os fatos, senão de forma plena, pois como demonstrado isso é impossível de acontecer, pelo menos o mais próximo possível disso.

Em qualquer caso a verdade material e formal são conceitos ultrapassados, pois consideram os extremos de que, no primeiro caso se atinge a verdade plena e no segundo uma verdade fictícia. Melhor se apresenta o conceito de verdade processual, mola mestre deste capítulo, que consiste na verdade alcançada através do processo com os meios que ele dispõe.

Sem dúvida o uso dos indícios é imprescindível se a meta for o alcance da verdade, seja ela qual for. Rejeitar os indícios como meios de prova, aí sim, é usar uma ficção contraproducente na busca da verdade.

#### **4.3. Verdade processual e o uso de indícios**

Como visto, apregoa-se para o processo penal o princípio da verdade real, que seria o reflexo da realidade exterior, a exata

correspondência entre o objeto e o pensamento, ou do pensamento com ele mesmo.

Mesmo observados os métodos de investigação mais avançados, criados pela ciência, ainda assim, não foi possível ao homem o estabelecimento deste nível de verdade, de modo que é obrigado a se contentar com aquilo de que dispõe no momento, não obstante possa o tempo demonstrar que o verdadeiro era mesmo falso. Sem dúvida, não há verdade material.

A aporia resulta insuperável e somente a agravam as designações alternativas para a chamada verdade real – verdade substancial, material ou objetiva. Substancial é o que concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é”, de sorte que a ideia de verdade substancial redundaria em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o que refere a matéria, vale dizer, àquilo “que toma a forma do ser”. De modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja forma é a verdade; e objetivo entende-se o que respeito ao objeto, isto é, àquilo “que se distingue do objeto”, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas aflitivos da admissão da realidade cognoscível – a objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações e, afinal, a delegação aos mecanismos racionais da definição de confiabilidade do conhecimento.<sup>135</sup>

Badaró enumera outros óbices ao alcance da verdade plena no processo penal<sup>136</sup>. Primeiro, pelos próprios argumentos já expostos, há os que negam a possibilidade de o processo atingir a verdade. Outros consideram que a verdade é irrelevante para a decisão processual.

Na gnosiologia, há correntes que negam a possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos, não só quanto aos fatos processuais, mas em qualquer área do conhecimento. Do ponto de vista estritamente jurídico, acentuam esta impossibilidade de chegar à verdade tanto as regras sobre ônus da prova, que devem levar o juiz a uma decisão não necessariamente verdadeira, quanto os próprios escopos do

---

<sup>135</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19

<sup>136</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 20

processo, que levam a uma limitação ideológica a possibilidade de descoberta da verdade.<sup>137</sup>

O processo tem como finalidade dirimir a controvérsia jurídica entre as partes. Talvez a verdade seja o melhor critério para solução destes conflitos, mas é possível que eles sejam eliminados satisfatoriamente mesmo mediante decisões falsas. Em alguns casos, a verdade pode ser contraproducente, aumentando os custos e o tempo gasto, tanto pelas partes como pelo juiz<sup>138</sup>.

No processo civil é assim, ocorre uma valorização da liberdade, autonomia e iniciativa, de maneira que se adota um sistema dispositivo, vinculando o juiz às provas produzidas pelas partes. O processo é um jogo vencendo o mais hábil e inteligente e não àquele que a apresenta a verdade.<sup>139</sup>

No processo penal consensual não há perseguição à verdade<sup>140</sup>, pois se permite uma transação penal, onde o autor do fato aceita uma pena de multa ou restritiva de direitos, sem a verificação dos fatos.

Por fim, ainda dentro das teorias que consideram a verdade como sendo irrelevante, estão as concepções retóricas do processo. Em tal postura, o processo seria um jogo retórico-persuasivo, cujo aspecto mais relevante é a tática de convencimento com a qual os advogados e promotores de justiça buscam trazer para o seu favor a escolha final do juiz, influenciando sua decisão a favor de uma ou outra *story*.<sup>141</sup>

Não se defende que o processo penal abandone a busca pela verdade, que constitui um critério justo para embasar uma decisão judicial, sobretudo quando condenatória. Só não se pode, em nome dessa utópica verdade plena, admitir excrescências, como a negativa em aceitar o valor probatório dos indícios.

---

<sup>137</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 21-22

<sup>138</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 22

<sup>139</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 22

<sup>140</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 23

<sup>141</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 23

As afirmativas feitas estão longe da unanimidade, não são poucas nem desautorizadas as vozes que gritam no sentido contrário.

Dizem alguns e repetem-no quase todos os tratadistas, que a certeza em matéria criminal não é senão uma probabilidade. Eis uma afirmação falsa do ponto de vista da lógica e falsa e pernicioso do ponto de vista do direito: afirmação que funciona como entorpecente sobre a consciência do magistrado, adormecendo nele aquele sentido de trepidação, a salvaguarda da justiça, enquanto faz sentir viva a necessidade das investigações para chegar com certeza à verdade.

Que diriam os senhores tratadistas, se lessem numa sentença: Tício é condenado a tal pena, por ter provavelmente cometido tal crime? Os proclamadores da premissa se insurgiriam contra a conclusão lógica: a sólita fatalidade a que conduz uma premissa não verdadeira. Para radicar, pois, nos espíritos esta falsa premissa, contribuíram escritores de grande inteligência, alguns dos quais não hesitaram mesmo em colocar no princípio do seu tratado de lógica judiciária o título equívoco de *Lógica das Probabilidades*, sem pensar na funesta confusão que daí decorreria, assim, a gerar aos que nela acreditavam.<sup>142</sup>

Porém o próprio Malatesta admite que “muitas vezes pela imperfeição do espírito humano, não se levam em conta motivos que mereciam ser levados. Então, julga-se estar na certeza, quando se está, ao contrário, na probabilidade”.<sup>143</sup>

Então admite o festejado autor que a certeza é tão somente um estado de espírito e que não reflete a realidade.

Alves chega a associar a busca na verdade no processo penal com a estrutura política da nação, ou seja, seria próprio nas democracias.

Em verdade, é princípio fundamental do processo penal das nações democráticas a sentença condenatória somente poder ser fundamentada em prova geradora de certeza. A forma legal do processo deve estabelecer o fato típico, a autoria e a culpabilidade com total certeza, excludente de qualquer dúvida a respeito.

---

<sup>142</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 54

<sup>143</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 59

Exigindo a condenação imperativamente a certeza, não será suficiente sequer a alta probabilidade sobre tais elementos ou dados, pois lógica e psicologicamente a mesma é apenas um juízo de nosso espírito sobre um fato ou uma realidade. Eliminada qualquer outra superior indagação filosófica ou metafísica sobre a questão, a certeza surge como o conhecimento além ou acima de qualquer dúvida sobre um fato ou uma realidade, com apoio em elementos ou dados objetivos, insofismáveis, que demonstrem o delito e a sua autoria, assim como a culpabilidade do agente indispensável a uma punição.<sup>144</sup>

Ele parece seguir os passos de Mitermayer, ardoroso defensor do sistema acusatório sobre o inquisitorial, este também apregoa que o primeiro é próprio das democracias, enquanto que o segundo pertence principalmente ao sistema monárquico.

Quem estuda a história destas duas formas, convence-se logo que a organização da sociedade política exercerá sobre seus desenvolvimentos uma poderosa influência, eu onde reina a democracia, domina o processo de acusação; o provo vê em qualquer acusação promovida contra um cidadão uma ofensa perigosa à liberdade civil e individual, e se mostra desconfiado em relação ao poder, ao qual a acusação vai dar armas. Por isso mesmo esforça-se em aumentar, tanto quanto lhe é possível, as garantias existentes contra todos os abusos possíveis; quase que não vê no processo criminal senão a questão política, desprezando muitas vezes a questão puramente judiciária.

A forma inquisitorial, pelo contrário, pertence principalmente ao sistema monárquico; adquire todo o seu desenvolvimento nos estados, nos quais o movimento das ideias políticas é contido por um poder ativo central, dando impulso a agentes subordinados, que em todos os sentidos se graduam em hierarquia; este poder supremo ordena a perseguição dos crimes no interesse da segurança e da ordem pública; por instruções erigidas em leis guia para este fim os passos da justiça; e enquanto sujeita os fatos a um exame lento talvez, mas aprofundado; enquanto obriga o magistrado a seguir as

---

<sup>144</sup> ALVES, Roque de Brito. *Dos Índícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 167-168

vias legais, o processo criminal não é aos seus olhos senão um simples negócio de administração.<sup>145</sup>

Certamente que o contexto histórico em que Mitermayer escreveu seu tratado nos idos de 1917 era outro, mas não nos parece seja inerente à monarquia o sistema inquisitorial, mormente quando temos o sistema acusatório funcionando há muito tempo na Inglaterra, que tem uma Rainha.

De outra banda, na maioria dos países ocidentais civilizados desenvolveu-se um sistema misto, modelo referendado pelo Tribunal Penal Internacional criado pela Convenção das Nações Unidas de Roma em 2000.

Voltando à questão da verdade no processo penal, em que a democracia é determinante nesta questão? Será que na monarquia também não se persegue esta mesma verdade? As ditaduras, é claro, são regimes de exceção, em que ordem natural das coisas pode ser alterada pela influência do poder desmedido.

Mas o Brasil atravessou uma ditadura com este mesmo modelo processual, no qual se apregoava a busca da verdade material. Certamente o poder ditatorial tem como criar suas próprias verdades, principalmente por meio da força. Então, talvez, no regime ditatorial, a verdade real espelhada na sentença criminal, mesmo que de verdade não tenha nada, seja extremamente útil aos fins políticos.

A verdade é um princípio que deve ordenar o processo penal, por apego ao ideal de justiça na decisão, mas só se pode alcançar a verdade processual, aquela que foi obtida com os meios que o processo dispõe.

Forçoso concluir, que a verdade processual não se confunde com a verdade material, é apenas um juízo de probabilidade da ocorrência do fato. Altíssima probabilidade. Aquela que foi capaz de tranquilizar o espírito do julgador, chegando muitas vezes a se convencer, inadvertidamente, que atingiu a verdade plena.

A impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta dos fatos não significa que a decisão judicial possa ser tomada

---

<sup>145</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 99

com base em critérios desordenados ou irracionais. A ausência de meios idôneos para garantir a verdade objetiva não constitui motivos para renunciar à tradicional noção de verdade como correspondência dos fatos.

Na busca de uma racionalização do convencimento judicial é comum a identificação da certeza judicial com a probabilidade.<sup>146</sup>

Pode parecer contraditório exigir uma espécie de verdade, a processual, e afirmar-se ao mesmo tempo que se trata de uma probabilidade, mas se chega a esta conclusão por uma análise realista no nosso sistema de produção da prova.

A palavra verdade se sustenta quando se impõe ao julgador um esforço tenaz no sentido de apurar o fato em toda a sua extensão, convencendo-se ou não da procedência da ação penal, mas ao mesmo tempo se reconhece que sua saga será de insucesso, frustrante, se estiver preso, algemado a esta suposta verdade real.

Trata-se, então, da verdade alcançada com os meios de que o processo dispõe e nunca de verdade material. O juiz não condena o provável culpado, ele condena aquele que o processo demonstrou ser o culpado, mas daí a dizer que o processo revelou a verdade plena vai uma distância muito grande.

Um julgador que esteja realmente comprometido com a busca da verdade não pode abrir mão de utilizar os indícios, mormente no processo penal, onde o criminoso utilizará de todos os meios para fugir da ação punitiva do Estado, principalmente, os criminosos contumazes e envolvidos com complexas operações, como é o caso do crime organizado.

Não há como negar que a verdade processual pode ser atingida através de prova direta (depoimento de testemunhas, por exemplo) e indireta (indícios).

Se reconhecemos que o julgador já tem limitações naturais para o alcance da verdade, o que leva a contentar-se com a obtida no

---

<sup>146</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 38



processo, não há razão para limitar mais ainda sua atuação, de modo que se veja obrigado a prescindir do uso dos indícios.

Mesmo que os indícios convençam, gerando verdadeira convicção, ainda assim, se estará diante de um juízo de probabilidade. Mesmo os indícios necessários podem revelar uma relação de causalidade inexistente de fato. Afinal, quantas vezes a ciência tem demonstrado que relações de causalidade antes tidas como infalíveis mostraram-se equivocadas.

Que dizer dos indícios contingentes, que como visto, revelam apenas uma relação de causalidade ordinária? Será que o extraordinário não é possível? Mesmo um conjunto de fatos extraordinários também não é possível?

Esta aparente fragilidade do indício não lhe diminui o valor, pois de resto os demais meios de prova também não são infalíveis. A testemunha pode faltar com a verdade, o documento pode ser falso, enfim, são tantas as possibilidades que o julgador poderia sentir-se inseguro, no caso do processo penal, sempre decidindo em favor do réu mesmo que culpado<sup>147</sup>.

Enfim, o reconhecimento da verdade processual, como sendo a busca da verdade através dos meios que o processo oferece, juízo de probabilidade inevitavelmente, só robustece a necessidade do uso do indício, caindo por terra um dos mais fortes argumentos utilizados contra este meio de prova, o de que ele só oferece probabilidade e não certeza.

---

<sup>147</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 519

## **CAPÍTULO 5. ÔNUS DE PROVAR E A PRODUÇÃO DOS INDÍCIOS.**

### **5.1. Considerações gerais.**

Há os que defendem, inclusive para mitigar a verdade material, que o processo se resolve a partir dos ônus processuais. No processo civil, não há dúvida, até mesmo pelos bens que estão sendo disputados, disponíveis às partes, que o ônus de provar tem grande relevância.

Alguns autores sustentam que o processo penal no sistema acusatório deve ser um jogo entre as partes, vencendo aquele que for mais ágil e mais inteligente, mesmo que não apresente a verdade<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 22

Malatesta elege como princípio supremo, regulador da obrigação da prova, o ontológico: o ordinário se presume, o extraordinário se prova. Outro princípio citado pelo autor é o lógico: se entre a asserção positiva e negativa, é mais provável a primeira, então se põe ao ser cargo o ônus da prova. O autor termina por concluir que no processo penal o ônus de provar é todo da acusação, embora tenha seus princípios como aplicáveis também ao processo civil.

Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação. A presunção de inocência, pois, quanto determina a obrigação da prova em juízo penal, não é senão uma dedução daquele princípio ontológico que afirmamos ser o princípio supremo para o ônus da prova.

Este princípio, precisamente por ser supremo, tem também valor em matéria civil, para determinar o ônus da prova. Instaurado um juízo civil, o autor não pode, de um ponto de vista muito geral, levar adiante mais que a impugnação de um direito gozado pelo chamado a juízo ou afirmação de uma obrigação sua. Ora, a experiência nos diz que são mais numerosos os direito gozados legítimamente, que os ilegítimamente; mostra-nos, em outros termos, que, no maior número de casos, os direito gozados por uma pessoa o são legítimamente. Por isso é ordinário que se goze um direito que nos pertence, assim como também é extraordinário que se goze um direito que não nos pertence.<sup>149</sup>

Embora reconheça o ônus de prova à acusação, Malatesta termina por imputar à defesa a obrigação de apresentar “uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação”.<sup>150</sup>

Malatesta foi infeliz neste aspecto, pois a segunda assertiva contradiz a primeira. Se o ônus de provar compete à acusação, não se pode exigir da defesa a apresentação de “uma justificativa ou desculpa”. Seria o mesmo que dizer que tanto acusação quanto defesa tem ônus, mas

---

<sup>149</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 136-137

<sup>150</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 138

os da acusação têm uma gradação maior. Como aferir tal gradação no caso concreto?

Tourinho Filho entende que cabe à acusação provar o que alega, mas se a defesa alega a existência de qualquer causa que vise exculpar, inverte-se o ônus da prova.

A regra concernente ao *ônus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio ou ônus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o promotor denúncia B por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de B, inverte-se o *ônus probandi*: cumprirá à Defesa a prova da tese levantada.

Em regra, esse é o princípio.

Ou, segundo a máxima latina: *Actori incumbi probatio et réus in excipiendo fit actor*.<sup>151</sup>

Esta é a posição da maioria dos autores nacionais, amparados na redação do art. 156 do CPP.<sup>152</sup>

Também neste norte caminha a jurisprudência pátria, como nos julgados adiante transcritos.

TJPR - PENAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO - ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CP - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS - PENA CORRETAMENTE FIXADA - RECURSO DESPROVIDO. 1. A confissão, já chamada a rainha das provas, é valiosa na formação do convencimento judicial. Toda vez que surgir de maneira espontânea, traduzindo a assunção da responsabilidade e afastada a mais remota hipótese de auto-imputação falsa, constitui elemento valioso para justificar a condenação. 2. Tratando-se de delito de roubo, a palavra da vítima é de suma relevância, máxime por dizer respeito ao proceder de pessoas desconhecidas, dando nenhum interesse

<sup>151</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244

<sup>152</sup> Art. 156 do CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

em incriminá-las gratuitamente. 3. Em se tratando de crime contra o patrimônio, a apreensão da res furtiva em poder de pessoa sobre quem recaem suspeitas de autoria, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca, sem a qual a presunção se transmuda em certeza, autorizando o decreto condenatório.(TJ/PR – 5ª Cam. Criminal. Julgamento 22/02/2007)<sup>153</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 809/97

Origem: 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MACAPÁ

Apelante: O MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelado: LUIZ CARLOS BARBOSA

Advogado: LUIZ ALMENA BONFIM (Defensor Público)

Relator: Desembargador EDINARDO SOUZA

EMENTA

Processual Penal. Prova de autoria. Excludente de legítima defesa. Lesão Corporal de Natureza Gravíssima. 1)O Laudo de Exame de Corpo de Delito, juntamente com a afirmação da vítima de lesão corporal dolosa, é bastante para demonstrar a materialidade e autoria do delito, mormente se a versão daquela é confirmada pela confissão do acusado. 2) **Incumbe ao acusado a provar sua alegação de haver lesionado a vítima sob a excludente de legítima defesa própria.** 3) A classificação da lesão corporal como gravíssima, depende da prova irrefutável de haver restado para a vítima um dos resultados materiais previstos nos incisos do §2º, do art. 129 do CP. (grifo nosso) <sup>154</sup>

Não concordamos em imputar à Defesa ônus processual no sentido de produzir prova de atipicidade, excludente da ilicitude ou da culpabilidade, quando alegada, haja vista que o crime só estará apto a ensejar a aplicação da pena se for completamente demonstrado, em todos os seus aspectos. Não estamos sozinhos nessa empreitada.

Não compete, assim, a defesa provar que o fato não é objetivamente criminoso, que é lícito, e *secundum jus* (justificativa penal) e nem que subjetivamente o seu autor não pode ser punido por ausência de culpabilidade, por não ter agido nem com dolo (direto ou indireto) e nem com culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

<sup>153</sup> <HTTP://www.fag.edu.br/professores. Acesso em: 20 nov. 2008.

<sup>154</sup> Tribunal de Justiça do Amapá. <http://www.tjap.gov.br. Acesso em: 20 nov. 2008

Ao contrário, a acusação é que terá de provar ser o fato totalmente criminoso, em todos os seus elementos, isto é, que é um fato típico, antijurídico e culpável, e o acusado seu autor, além da materialidade do fato. A não ser assim, haverá, em nossa compreensão, uma subversão ou inversão dos termos do problema e da própria exigência legal em matéria de prova criminal, com uma doutrina ou jurisprudência, além disso, que não seria melhor, a mais correta.<sup>155</sup>

Sustentamos, todavia, que compete à defesa contraditar todos os argumentos da acusação, buscando, no mínimo, a interpretação jurídica dos fatos que melhor aproveite o réu, sob pena de falta de legitimidade do julgado diante da ausência de efetivo contraditório.

Badaró, citando processualistas austríacos, divide o ônus da prova em objetivo e subjetivo.<sup>156</sup> O ônus da prova objetivo diz respeito ao juiz, que dele se utiliza como regra de julgamento, no caso de dúvida. Já no aspecto subjetivo, o ônus da prova subjetivo diz respeito às partes, competindo-lhes buscar as fontes de prova e requerer que sejam consideradas segundo os meios de prova cabíveis.

Quanto ao aspecto subjetivo, o ônus da prova é abrandado pelo princípio da comunhão das provas, segundo o qual uma prova pode aproveitar até mesmo a quem não produziu. De modo que a parte inerte pode vir a ser beneficiada por meio de uma fonte de prova arrolada pelo seu adversário.<sup>157</sup>

Se por engano, o autor junta aos autos um recibo de quitação da dívida que está cobrando judicialmente, ainda que tenha produzido uma prova contra si, o juiz deverá considerá-la na sentença. Da mesma forma, se o Ministério Público leva para os autos uma prova da inocência do acusado, o juiz deverá absolvê-lo. Diante do princípio da aquisição processual, uma vez realizada a prova, ela será eficaz tanto em benefício como em prejuízo de qualquer das partes, independente de quem a produziu.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> ALVES, Roque de Brito. *Dos Indícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 26

<sup>156</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 178

<sup>157</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 184

<sup>158</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 186

Haveria no processo penal um outro fator de mitigação ao ônus da prova subjetivo que seria a possibilidade do juiz produzir as provas de ofício, ante seus poderes instrutórios. O ônus da prova subjetivo no processo penal seria deste modo imperfeito e atenuado.<sup>159</sup> Mas a atividade do juiz é suplementar a das partes e o ônus da prova subjetivo não chega a desaparecer, primeiro porque são as partes que tem acesso naturalmente às fontes de prova e, segundo, porque é natural que o juiz haja de modo comedido se quiser manter sua imparcialidade.

Um juiz que diligencie em busca de fontes de prova, inovando no processo, certamente comprometerá o já frágil equilíbrio de forças, podendo tornar-se um juiz inquisitor, o que é de todo indesejável, pois possivelmente tende a querer validar na sentença as provas por ele mesmo produzidas, condenando o réu.

Só nos parece lícito ao julgador indagar e exigir a produção de provas cujas fontes foram trazidas para os autos por qualquer das partes, mesmo que despercebidamente. Assim, quando uma testemunha arrolada por uma das partes cita outra não arrolada e aquele depoimento parecer imprescindível para o deslinde da questão, deve o juiz determinar sua oitiva, num esforço de alcançar o máximo de verdade possível, a verdade processual, também chamada de verdade judicial.

Um argumento frequentemente utilizado para fundamentar a tese da inexistência do ônus da prova no processo penal é a possibilidade de o juiz penal, na busca da verdade, determinar de ofício a produção das provas que entenda relevantes para a verificação da imputação penal.

Neste ponto, é comum também a comparação com a situação análoga que ocorre no processo civil. Nos litígios cíveis, em que se debatem direitos disponíveis, vigora o “princípio dispositivo”, pelo qual somente as partes levariam ao processo o material probatório. Consequentemente, o juiz possui uma função passiva, não podendo influir na produção da prova e, em caso de dúvida, deve decidir o litígio segundo a “verdade formal”. Em oposição a esse sistema, no processo penal, por estarem envolvidos direitos indisponíveis, o juiz tem amplos poderes instrutórios, podendo determinar a

---

<sup>159</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 188

produção de provas *ex officio*, na busca da “verdade material”.

Essa distinção, contudo, não é exata. Também no processo civil o juiz possui poderes instrutórios, mesmo no caso em que se debatem direitos disponíveis. A verdade buscada pelo juiz é sempre a mesma: a verdade judicial.<sup>160</sup>

Os indícios são alcançados por meio de uma construção lógica, em que se liga um fato conhecido e provado a um fato desconhecido e a ser provado, mas cuja relação de causalidade se impõe reconhecer, até mesmo pelas regras da experiência.

Sendo assim, forçoso concluir que a formação do indício, principalmente com a demonstração do fato provado que se apresenta como causa ou efeito do fato provando, inclui-se entre os ônus subjetivos das partes, particularmente, da acusação, a quem compete demonstrar que o crime ocorreu e todos os seus elementos se realizaram.

À defesa não se pode impor que apresente indícios de inocência, também chamados de contraindícios, mas em obediência ao contraditório e na busca por uma decisão legítima, deve contrapor todos os argumentos expostos pela acusação, seja negando os fatos, seja buscando a interpretação jurídica que melhor aproveite o réu.

Pode a defesa, na impossibilidade de negativa do fato, atacar a construção lógica feita pela acusação para alcançar o indício, de modo a demonstrar que a relação de causalidade sustentada pela acusação longe de ser provável (quando os argumentos pró superam os contra) ou crível (quando por ser probabilíssima leva o julgador a formar verdadeira convicção), é apenas hipotética, frágil, portanto, insuficiente para sustentar a condenação.

Se a defesa lograr êxito em apresentar indícios de que a autoria delitiva recai sobre outrem, que o réu não poderia ter praticado o delito ou que se praticou não era o fato punível à época, ou adquiriu esta condição em virtude de posterior causa de extinção da punibilidade, estará agindo com mais eficiência, mas ainda assim, não aceitamos a denominação de contraindícios ou indícios de inocência, nem se pode

---

<sup>160</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 195-196



impor à defesa tais ônus, que na maioria dos casos é impossível de ser atingido.

## 5.2. Ônus da acusação.

Questão singular no processo penal é a ausência de lide, concebida como pretensão resistida. Primeiro porque não se pode imputar à acusação a pretensão de que seja aplicada a pena a um inocente, salvo no caso de denúncia caluniosa por parte do querelante, o que já constitui em si mesmo um crime. Segundo porque, mesmo que o acusado confesse o crime, ainda assim, não haverá aplicação da pena, senão pelo processo penal, afinal *nulla poena sine iudicio*.<sup>161</sup>

A lide pressupõe conflito de interesses, que é um conceito sociológico, exterior ao processo, sendo sua eliminação um dos principais escopos do processo civil.<sup>162</sup>

Mas a ausência de lide não inibe a existência de partes, como sujeitos processuais que deduzem suas pretensões perante o julgador.

Questão que ainda levanta controvérsias é a posição do Ministério Público no processo penal. Como titular da ação penal pública, seria ele uma parte desinteressada, imparcial?

Os que defendem uma resposta positiva ao quesito acima argumentam que o *parquet* não tem interesse próprio, pessoal, atua em função de suas prerrogativas institucionais e na busca da verdade, não podendo sucumbir no processo penal, pois se o acusado é inocente interessa sua absolvição<sup>163</sup>.

Entendemos justamente o contrário, que no sistema acusatório não há lugar para uma parte imparcial. O próprio nome é ilógico, pois imparcial é o todo e não a parte. No mais interessa ao sistema acusatório

---

<sup>161</sup> Com a ressalva do processo penal consensual, no caso de transação penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, onde o autor do fato pode aceitar a proposta do *parquet* e mesmo sem a apuração do fato submeter-se a pena restritiva de direitos ou multa. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 205

<sup>162</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 201

<sup>163</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 212

que os litigantes ocupem posições opostas<sup>164</sup> estabelecendo uma dialética que só contribui para ampliar os conhecimentos do julgador. Duas visões opostas sobre o mesmo objeto permitem ao julgador verificar a tese e a antítese formando uma síntese apta ao alcance da verdade, pelo menos a possível. Trata-se de uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade<sup>165</sup>.

É esta justamente a vantagem do sistema acusatório sobre o inquisitivo, pois embora o último, pelos poderes confiados ao julgador pareça mais apto a fornecer a verdade, tem o defeito insuperável de influenciar sobremodo o espírito de quem julga que só tentará confirmar uma hipótese previamente formulada<sup>166</sup>. Na investigação dos fatos pela Polícia, é exatamente assim que ocorre, o policial encarregado formula hipóteses e tenta confirmar, o perigo é que muitas vezes se apaixona por uma delas, então tentará por todos os meios demonstrar sua viabilidade, mesmo que não se mostre procedente.

De outra banda, a alegada imparcialidade do Ministério Público agrega uma credibilidade à acusação e inviabiliza o equilíbrio de forças entre as partes.

A alegada imparcialidade do Ministério Público traz como conseqüência que a posição deste sujeito processual – que não é o julgador – sempre representará a solução justa e correta. Como o acusador nunca buscaria algo ilegal, por ser essencialmente “desinteressado”, quando ele propugnasse pela condenação é porque o acusado realmente seria culpado. Em última análise, o discurso da imparcialidade do Ministério Público tem por fim agregar uma maior credibilidade à tese acusatória – porque a acusação, de forma imparcial e desinteressada, concluiu pela culpa do acusado -, em relação à posição defensiva – que postula a absolvição, porque sempre deverá defender o acusado, bradando por sua inocência, ainda que ele seja culpado. A imparcialidade do

---

<sup>164</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 215

<sup>165</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 216

<sup>166</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 218

Ministério Público, em última análise, acabaria por enfraquecer a presunção de inocência.<sup>167</sup>

Sendo assim, forçoso concluir que o Ministério Público quando atua como titular da ação penal é parte e, por consequência, parcial. O fato de não estar obrigado a pugnar sempre pela condenação não lhe tira o papel de parte. É que, sendo órgão de Estado, não está obrigado a pleitear sempre a condenação, mas se esforçará durante toda a instrução criminal em provar a culpa e, quando vencido pelas provas, nada mais faz do que assumir sua sucumbência<sup>168</sup>.

Vencida a questão da “imparcialidade” do Ministério Público, vê-se que atua em condições de igualdade com o querelante em termos probatórios. A diferença está na deflagração da ação penal, que, enquanto o querelante tem a faculdade de processar, o Ministério Público tem o dever. A ação penal pública é indisponível e tomando conhecimento de fatos que constituam crimes ou contravenções sujeitas a esse tipo de ação penal, surge para o *parquet* o dever, a obrigação de formular a denúncia.

Basta que estejam presentes os pressupostos processuais e o Ministério Público se vê obrigado a formular a denunciacrime, respondendo por desídia ou prevaricação, em caso de paralisia injustificada.

Já o querelante tem a faculdade de oferecer a queixacrime, regida que é pelos princípios da oportunidade e conveniência.

Uma vez oferecida a peça inicial, na qual devem constar os fatos tidos como ilícitos penais, surge para a acusação o ônus de provar. A prova do ilícito deve ser completa. Deve ser demonstrado que o fato é típico, antijurídico e culpável e não estão presentes causas de exclusão.

Enquanto no processo civil cabe ao réu demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado pelo autor, esta mesma lógica não pode ser observada no processo

---

<sup>167</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 220

<sup>168</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 221

penal<sup>169</sup>. Sem dúvida caberá à acusação demonstrar que a o crime ocorreu, que o acusado foi o autor e que não estão presentes nenhuma das dirimentes penais capazes de exculpar.

Assim, cabe à acusação, além de identificar as fontes de provas e arrolá-las, acompanhar a produção, zelar pelo seu fiel aproveitamento e na dialética forense se empenhar pela demonstração da tese.

A tarefa se mostra gigantesca para o acusador privado, no caso do querelante em ação penal privada, mas para o acusador público é atenuada em razão de uma ampla estrutura estatal que atua na identificação do acusado e na reunião das provas cabais do crime. No nosso caso, todo este trabalho é feito normalmente no inquérito policial.

Embora a peça inquisitorial feita pela Polícia Judiciária seja tratada como “mera” peça informativa, de forma até pejorativa, não se pode negar o seu valor, mormente quando não se admite a responsabilidade penal objetiva; e em praticamente todos os casos, o inquérito torna-se mesmo imprescindível à apuração dos fatos, de modo a fornecer justa causa para a ação penal.

Em relação ao indício, cabe à acusação justamente demonstrar o fato provado e sua relação de causalidade com o fato provando. Como afirmamos outrora indício e circunstância não se confundem, sendo o primeiro mais amplo, já que a segunda é por natureza acessória, embora o indício possa partir do acessório para o principal, por se tratar de construção lógica.

Então caberá à acusação buscar as fontes de prova capazes de demonstrar o fato provado e a argumentação lógica de relação de causalidade com o fato provando.

No indício, o fato provado será obtido pelos meios que o processo oferece, ou seja, é ônus subjetivo para a acusação pleitear a produção da prova que através de relação de causalidade estabelece outro fato ou circunstância fundamental.

Se a acusação argumenta que o réu foi visto com a camisa suja de sangue logo após o crime, este fato deve ser provado, para daí

---

<sup>169</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 319

permitir a sustentação do argumento lógico de que ele aponta para a autoria delitiva.

## **CAPÍTULO 6. INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA.**

### **6.1. Força probatória dos indícios**

De tudo quanto foi exposto é possível concluir pela força probatória dos indícios, sem submissão a nenhum outro tipo de prova.

*Tanto en el proceso civil-comercial y en el penal, la prueba de indicios tiene una gran importancia, para suplir la falta, muy frecuente sobre todo en el último, de pruebas históricas del hecho investigado y su verificación por el examen personal y directo del juez.<sup>170</sup>*

Mitermayer, entretanto, condicionava este valor probatório aos seguintes eventos:

- 1º Pelo cumprimento em cada espécie e para cada um dos indícios das condições diversas antes estabelecidas;
- 2º Pelo seu próprio número;

---

<sup>170</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de La Prueba Judicial*. Tomo II. Anotado y concordado por VELLOSO, Adolfo Alvarado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d., p. 271

3º Pelas suas relações com as presunções infirmativas e as conseqüências também infirmativas que se podem deduzir dos fatos geradores;<sup>171</sup>

O mestre alemão houve por bem estipular condições de validade para cada tipo de indício. Esta disposição lembra o antigo tempo do sistema legal de provas, quando se construíam fórmulas rigorosas para apreciação da prova, que terminavam por inviabilizar a atividade do juiz, que era obrigado, por vezes, a absolver embora estivesse convicto da culpa.

Quanto ao número, Mitermayer afirma que “o único princípio a estabelecer é que deve haver concurso de muitos indícios”<sup>172</sup> Contra esta tendência já nos insurgimos no curso deste trabalho. Um único indício poderá ser de grande valor, o que se exige em todo caso é a convergência de todas as provas, sejam indiciárias ou não. É bem mais confortável para o juiz decidir quando conta com um número significativo de indícios, como de resto, melhor seria, que houvesse abundância de provas. Mas a ocorrência de um só indício não inviabiliza sua força probatória.

Como exemplo de prova indiciária moderna podemos citar o exame de DNA, que é um indício contingente, por se basear no modo ordinário das coisas e não constante, já que este exame apresenta uma alta probabilidade de acerto, mas não é infalível. Um único exame de DNA frequentemente é avaliado como preponderante para a decisão do juízo criminal e já demos exemplo disso.

Então não se sustenta a exigência de concurso de indícios para que se aceite o valor probante.

*Cabe destacar que, para nosotros, la prueba indiciaria no necesariamente exige pluralidad de indicios que por su precisión, gravedad y concordancia puedan formar la convicción del juez.*

*Puede existir contrariamente um solo indício, del cual pueda ser argüido lógicamente “el hecho relevante para el juicio”, pues em um sistema de valoración de la prueba regido por el*

---

<sup>171</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 515

<sup>172</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 516

*sistema de la “sana crítica”, su eficacia dependerá antes que su número, del sentido comum del magistrado, incluso, si se quiere, como médio de prueba no previsto pero autorizado por el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 376, CPr. Pcia., Bs. As.), máxime cuando por lãs circunstancias de la causa no puedan ser encontrados o hallados otros médios probatorios u otros más idóneos.<sup>173</sup>*

*Es com respecto a los indícios contingentes que se requeriria, em todo caso, y como lo enseña DEVIS ECHANDIA, la pluralidad de indícios, esto es, com respecto a aquellos que solo acuerdan una interferência de probabilidad.<sup>174</sup>*

Quanto à terceira regra da lavra de Mitermayer, embora seja um caminho natural no raciocínio do julgador, afinal na formação do próprio indício se leva em consideração se a relação de causa e efeito (referida por Malatesta) é válida para aquele caso concreto, há confusão entre valor probatório e essência do próprio indício. Se existem razões infirmantes (contraindícios) não haverá de se considerar que o indício não teve valor probatório, mas que efetivamente não há indício.

*Em cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, vale la pena recordar que una circunstância indica tanto más um hecho cuanto menos puede indicar otros hechos diversos.*

*El valor de la prueba indiciaria, enseña GORPHE, mucho más que el de qualquier outra, depende del juez, por ser su obra uma operación mental de interpretación de los hechos y de reconstrucción sobre datos fragmentários; tarefa que exige uma lógica rigurosa, uma sicologia pelos distintos campos e los que puede referirse.<sup>175</sup>*

Quando exige um concurso de indícios Mitermayer está preso ao conceito de verdade material para o processo penal. Acredita, assim, que o concurso de indícios pode revelar esta verdade, até melhor que a confissão ou prova testemunhal.

A investigação dos indícios em concurso oferece, além disso, uma imensa vantagem, é a de conduzir ao fim por caminhos

<sup>173</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria de La prueba y medios probatórios. Buenos Aires: Ed Abeledo-Perrot, 1996, p 497

<sup>174</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria de La prueba y medios probatórios. Buenos Aires: Ed Abeledo-Perrot, 1996, p 498

<sup>175</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria de La prueba y medios probatórios. Buenos Aires: Ed Abeledo-Perrot, 1996, p 491

diversos; a mesma conclusão é fornecida tanto por um como por outro, e por isso as de ambos se confirmam. Em matéria de confissão e de testemunho assim não acontece: quanto à primeira, é a afirmação de um único indivíduo que firma a nossa opinião, e se somos induzidos em erro, quando o julgamos despedido de qualquer interesse em dar-se falsamente pelo verdadeiro culpado; se chegamos a conhecer mais tarde, o que é muito possível, que ele quis sacrificar-se para salvar um terceiro, ou que uma moléstia mental o levou a sacrificar-se, toda prova da confissão desaparece logo. Figuremos a hipótese de sermos enganados pelas duas testemunhas; de não terem elas, como o julgamos, observado os fatos cada uma de per si, e de se conluiarem para ocultarem a verdade pelas suas declarações habilmente arranjadas: neste caso a que se reduz a prova testemunhal? Na prova artificial, pelo contrário, os indícios em maior ou menor número trazem juntos e separadamente a demonstração do mesmo fato: acham-se nas roupas de A nódoas de sangue, sendo reconhecidas falsas as explicações que ele dá: no lugar do crime é encontrado um objeto que lhe pertenceu; tem em seu poder um objeto subtraído depois da perpetração do crime, e ainda aqui suas explicações são reconhecidas falsas. Chega-se ao mesmo resultado por três vias diferentes.<sup>176</sup>

Na época em que Mitermayer escreveu sua vigorosa obra, a ciência não proporcionava, como agora, que através de modernos exames laboratoriais, se chegasse com altíssima probabilidade à constatação de que o sangue encontrado com o acusado é da vítima. Que dizer diante de tal constatação? Certamente não se tem como desprezar um indício dessa monta. Se ele será suficiente para sustentar a condenação vai depender do caso concreto, pois sempre haverá de ser considerado o conjunto probatório, independente de haver prova indiciária ou não, em que número for.

Camacho enumera requisitos para o valor probatório dos indícios.

Los requisitos del indício, de acuerdo com el tripartito punto de vista tomado como referencia, son los siguientes:

---

<sup>176</sup> MITERMAYER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p 522-523



a) *De existencia.* Para que el indício se considere producido es necesaria la plena prueba del hecho indicador, como preceptivamente lo preceptúa el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil y el 302 del Código de Procedimiento Penal. En varias ocasiones hemos mencionado esta formalidad que, el maestro DEVIS ECHANDIA y nuestra jurisprudencia, tanto en materia civil como penal, es unánime en resaltar. Solo si de los distintos medios probatorios allegados al proceso se desprende la plena certeza de la existencia de un hecho puede el juez deducir el otro.

b) *Validez.* Como el indício parte del hecho indicador, es necesario que las pruebas que lo establecen sean válidas. Esto implica que, si está constituido por testimonio, la declaración se recepcione con las formalidades legales y el consentimiento del testigo no este afectado por violencia, dolo, angano, etc.

c) *Eficacia.* Consideramos que los requisitos necesarios para la eficacia del indício son los siguientes:

A – Que se trate de indício necesario. Ciertamente en ninguno de nuestros ordenamientos procesales existe un precepto que consagre el indício grave y menos aun, que le dé eficacia, pero es incuestionable que no puede negársele, por fundarse en leyes de inevitable ocurrencia.

B – que si se trata de indício contingente Sean plurales, graves, concordantes y convergentes.

Pluralidad. Hace referencia a que los indicios sean varios. Aunque este requisito, tomado en forma ligera, puede aparecer simple, precisa establecer que no toda pluralidad de pruebas lo configura, como sucede cuando concurren a demostrar varias circunstancias de un mismo hecho, pues entonces solo constituyen un indício. DELLEPIANE trae al respecto un ejemplo tomado de FRAMARINO en el caso que un testigo declare Haber visto al sindicado salir apresuradamente Del lugar donde se cometio el delito, otro cuando atravesaba la plaza y el tercero tomar un vehículo y partir. Son tres testimonios que solo establecen un hecho, constituyendo por la huida. Es necesario, por consiguiente, que los indicios demuestren circunstancias diferentes, como ocurre cuando unos establecen la enemistad, otros haber visto

al presunto autor em el lugar de los hechos y los terceros su posterior huida, etc.

Gravedad. Ya hemos considerado este requisito al tratar las clases de indicios y se refiere al grado de probabilidad que existe entre el hecho indicado y el indicador (...)

Concordância. Algunos autores confundem la concordância com la convergencia, pero son diferentes, aunque exista conexidad entre ellas. Esa diferencia se manifiesta incluso em la propia norma al mencionarlas em forma separada. Em efecto – como bien lo observa DELLEPIANE -, la convergencia se refiere al hecho indicador y consiste em “que se ensamblen entre si, de manra de producir um todo coherente y natural, em el cual cada hecho indiciário torne su respectiva colocación em cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias”. Em la concordancia todos los indicios se entrelazan, se corroboran o confirma reciprocamente.

Convergencia. Segun el concepto lel mismo DELLEPIANE la convergencia se refiere a “que todas las inferencias indiciarias reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas”. Com mayor propiedad puede afirmase que todas las inferências conduzcan o apunten a estaclear el mismo hecho.

C – Que no exista prueba que lo infirme. (...)

D – Que no existan contraindício. El contraindício es toda prueba que se opone o le quita eficácia al indício (...)<sup>177</sup>

Concordamos com o mestre colombiano quanto aos requisitos da existência e validez. De fato no indício se parte do provado para o provando, do conhecido para o desconhecido, e este primeiro tem que existir e a prova deste fato tem que se dar por meios lícitos ao direito, para que tenha validade.

Mas quanto ao requisito eficácia, já demonstramos que um indício contingente, a depender do conjunto probatório que pode conter infinitas variáveis, pode demonstrar grande valor mesmo que não seja grave. O próprio Malatesta admite lembrando o erro do sistema da prova legal que exigia uma quantidade de provas e admite que mais importante é que a decisão não enseje dúvida racional

---

<sup>177</sup> CAMACHO, Jaime Azula. Manual de Derecho Probatorio. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis S. A., 1998, p. 296.

Falemos talvez do número e da qualidade dos indícios necessários para que se tenha um legítimo convencimento? Tudo isto, para nós, seria superficialidade de tratadista, tendo desprezado a prova legal e tendo determinado de que natureza deve ser, qualquer que seja a prova, o convencimento sobre que deve basear-se a sentença. Para nós, existe um só e mesmo preceito para toda espécie de prova. Para que se tenha uma legítima sentença de condenação, o convencimento que provém das provas não deve ter contra si nenhuma dúvida racional”.<sup>178</sup>

Mas a questão de fundo é que o indício não poderia revelar, a não ser em casos extremos, num conjunto harmônico, a verdade material. Constatamos que a verdade possível de ser atingida é a processual, aquela produzida com os meios de que o processo dispõe.

Embora se exija do juiz criminal a busca da verdade plena, pelos ideais de justiça, não há como negar que ela é inatingível, e este terá que se contentar com a possível, embora possa no seu íntimo, por ingenuidade acreditar que alcançou a verdade real.

Se todos os meios de prova revelam tão somente um juízo de probabilidade de uma versão dada para o fato, então não há porque excluir o valor probatório dos indícios.

Afinal, o nosso direito positivo consagra os indícios entre os meios de prova.

O indício é, também, um meio de prova, e tanto o é que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, é, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante ao das chamadas provas diretas.

Pode o Juiz proferir um decreto condenatório com base em indícios? Possível é, uma vez que o Código incluiu os indícios no rol das provas. Se eles constituem prova, nada impede possa o Juiz deles valer-se para concluir, por exemplo, pela responsabilidade do réu.<sup>179</sup>

Os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descuidar que há muito preconceito

---

<sup>178</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p.. 209

<sup>179</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244

contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la.<sup>180</sup>

Embora os autores nacionais citados concordem com o contido neste capítulo o fazem por razões diversas (garantia de verdade material) e impõem condições que aqui não são aceitas (como a necessidade de um conjunto de indícios). Outros acabam por admitir o indício apenas como requisito para obtenção de medidas cautelares e sentença (imprópria) de pronúncia<sup>181</sup>.

O único fator – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a uma condenação, visto que esta não prescinde de segurança. Assim, valemo-nos, no contexto dos indícios, de um raciocínio indutivo, que é o conhecimento amplificado pela utilização da lógica para justificar a procedência da ação penal. A indução nos permite aumentar o campo de conhecimento, razão pela qual a existência de vários indícios torna possível formar um quadro de segurança compatível com o almejado pela verdade real, fundamentando uma condenação ou mesmo uma absolvição.<sup>182</sup>

Parece-nos, contudo, que nenhum Juiz proferiria um decreto condenatório respaldando-se apenas em prova indiciária. O grande magistrado Eliezer Rosa observava com certa dose de razão: “no manejo dos indícios, o juiz criminal tem de ter

<sup>180</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. At. Ver. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p 468

<sup>181</sup> “O juiz da pronúncia pois, por isso mesmo que não trata de julgar a final, nem sempre poderá esperar por uma prova inteira, e só sim pela que for suficiente para que decida conscienciosamente se há ou não razoável suspeita de ser o indiciado o autor do crime, e conseqüentemente obrigado a destruir essa suspeita.  
(...)

Por indícios se entende toda e qualquer circunstância que tenha conexão com o fato mais ou mesmo incerto, de que se procura a prova. O valor deles pode ser grande e também quase nulo ou perfeitamente improcedente. Por isso ensaiaram os criminalistas estabelecer um espécie de tarifa dos respectivos valores, qualificando-os como indícios próximos ou remotos, violentos, graves ou ligeiros; essa tarifa porém nada adianta, por isso que o número e natureza dos indícios é tão indefinido e variado, que restará sempre a mesma faculdade discricionária da apreciação. Outras opiniões pretenderam estabelecer como regra a necessidade ao menos de prova semiplena; o que é porém prova semiplena senão indícios, e quem faz a apreciação da existência dela?

Resta a final a mesma expressão de que acima nos servimos, isto é, que o juiz não deve pronunciar senão quando concorram indícios suficientes.” PIMENTA BUENO, José Antonio. Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro. Ed. Anotada, atual. e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1959, p 359-360

<sup>182</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. Ver. Atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 465

cuidados extremos, porque de todas as provas, a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica é, sem dúvida, a prova indiciária. O indício na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária...”<sup>183</sup>

De fato, esta é a perspectiva inovadora deste trabalho, quando enfrenta a questão dos indícios sem nenhum preconceito, livre inclusive do tormentoso e inútil apego à verdade material.

## 6.2. Modernos meios de aquisição dos indícios.

A ciência muito tem contribuído para a elucidação dos infrações penais, na medida em que consegue analisar os vestígios deixados no local do crime<sup>184</sup>, mesmo que microscópicos. Sem pretender esgotar a questão, convém a este trabalho analisar alguns casos em que a ciência

<sup>183</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373

<sup>184</sup> “O professor Carlos Kenhdy, em sua obra Elementos de Criminalística, 1ª Edição, 1968, define local de crime como toda área onde tenha ocorrido qualquer fato que reclame as providencias da polícia. Divide as áreas em imediatas e mediatas, sendo as primeiras aquelas onde se deu o fato e as segundas se constituindo nas adjacências da área imediata.

Para o renomado mestre Eraldo Rabello, já anteriormente citado, como nos ensina em seu artigo Contribuição ao estudo dos locais de crime, publicado na Revista de Criminalística do Rio Grande do Sul, nº 7: Local de crime é a porção do espaço compreendida num raio que, tendo por origem o ponto no qual é constatado o fato, se estenda de modo a abranger todos os lugares em que, aparente, necessária ou presumivelmente, hajam sido praticados, pelo criminosos, ou criminosos, os atos materiais, preliminares ou posteriores, à consumação do delito, e com este diretamente relacionados.

Sabe-se que a preocupação com a busca da prova material ocorreu a partir da segunda metade do século XIX, com a aparecimento do Manual Prático de Instrução, embora, como refere o professor Gilberto Porto, em sua obra Manual de Criminalística, 2ª Edição, 1969, já na velha Roma, César aplicara o método do exame do local, segundo nos informa Tácito. É que Plantius Silvanus, tendo jogado de uma janela sua mulher, Aprônia, foi levado à presença de César, que foi examinar o seu quarto de dormir e nele encontrou sinais certos de violência. Este comparecimento de César a um suposto local de crime pode ser, seguramente, o primeiro exame direito de um local de crime, visando, tomar provas para a formalização da convicção.” STUMVOLL, Victor Paulo. Criminalística. Victor Paulo Stumvoll, Victor Manoel Dias de Oliveira Quintela, Luiz Eduardo Carvalho Dorea; Coordenador Domingos Tochetto. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1999, p 49

apresenta indícios difíceis de serem desprezados quando do julgamento da ação penal.

Começemos por um meio de prova que vem revolucionando a investigação criminal e no Brasil já se incorporou ao dia-a-dia forense há cerca de dez anos, a interceptação telefônica.

Não é somente a conversa gravada no telefone que serve de prova, pois esta pode ser comparada a uma prova direta de grande poder de convencimento, na medida em que o acusado, crente que está gozando de completa intimidade, muitas vezes descreve sua atividade criminosa em detalhes.

Outros dados da interceptação podem gerar indícios que são muito úteis à elucidação do crime apurado. Vamos principiar pela Estação Rádio Base - ERB utilizada pelo portador do telefone celular. Todas as vezes em que utilizamos um aparelho celular, ele capta o sinal de uma ERB que emite sinal para a operadora e desta para a ERB utilizada pelo outro interlocutor, se estiver este também utilizando telefonia móvel. Então a ERB utilizada é um indício de que o acusado estava em determinado lugar. Esta é a circunstância conhecida e provada a partir da qual podemos exercitar o raciocínio lógico.

Se o acusado tem um álibi, mas utilizou o aparelho celular no horário exato do crime, sendo que a ERB utilizada fica próxima ao local do crime e não próxima ao local onde disse estar, é evidente que ele está faltando com a verdade e que estava não no lugar que alega, mas possivelmente na cena do crime.

Ainda com relação à interceptação telefônica existem muitos casos em que o aparelho celular não está habilitado junto à operadora em nome do acusado, mas de pessoa estranha, às vezes mesmo fictícia, de modo que o acusado nega tenha realizado determinado diálogo, quando entra em cena a fonética forense. Com aparelhos apropriados, é possível realizar a comparação da voz captada na interceptação com a voz do acusado, e na quase totalidade dos casos, o exame é conclusivo quanto à coincidência ou não.

Havendo a comparação e sendo positivo o resultado se pode afirmar que há um forte indício de que a voz captada é realmente do acusado.

Que dizer então de exames de DNA que podem verificar a partir de microscópicas camadas de pele contidas nas unhas da vítima, quando tentava se defender arranhando o acusado, senão que constitui um indício contundente, mesmo que seja contingente, pois o exame é de probabilidade.

E os resíduos de sangue, muitas vezes invisíveis a olho nu, encontrados no carro ou na casa do acusado, que o laboratório forense também pode determinar se provavelmente pertenciam ao acusado através de apurado exame de DNA.

Os resíduos de nitrito ou de chumbo quando encontrados nas mãos do acusado, em seu veículo ou sua casa, podem caracterizar que fez uso de arma de fogo, resultando este indício em importante prova a ser considerada no conjunto probatório<sup>185</sup>.

As pegadas colhidas no local do crime também podem ser moldadas e comparadas com os sapatos do acusado, sendo que usando-se o mesmo peso, com precisão, pode se obter pegadas idênticas.

Mais ainda, a perícia tanatoscópica pode revelar lesões e descrever qual a força necessária para produzi-las, se o acusado tiver o perfil necessário este exame se constitui num indício que não pode ser desconsiderado. Assim, existem lesões que não podem ser produzidas por um homem franzino, pois exigem a aplicação de uma força  $x$ , podendo-se até mesmo aferir qual a força do acusado em virtude de sua estrutura muscular.

Não há limites para a evolução científica e não seria exagero dizer que, do ponto de vista microscópico, estamos o tempo todo exalando odores, transpirando, perdendo pele, perdendo fios de cabelo, deixando marcas individualizadoras, de modo que, utilizando os meios e equipamentos apropriados, não tardará o tempo em que praticamente

<sup>185</sup> Embora neste caso o exame não seja conclusivo, é que o contato com algumas substâncias, como o carbono, pode levar a um resultado positivo mesmo que a pessoa não tenha efetuado disparos de arma de fogo. A depender da arma utilizada, também é possível que o autor dos disparos não tenha em suas mãos qualquer resíduo, o que ocorre frequentemente com armas automáticas e semiautomáticas.

todos os crimes serão revelados por meio de técnicas avançadas de coleta de indícios.

Não se pode olvidar também, que a vida moderna praticamente obriga o homem a fazer uso de telefones celulares, internet, cartões de crédito, câmeras de vídeo, entre outros recursos tecnológicos e estes deixam registros, emitem sinais, que podem ser captados e interpretados, constituindo indícios relevantes.

Estes argumentos, por si só, já justificam uma releitura da questão do indício.

### **6.3. Entendimentos jurisprudenciais.**

Por ter uma aplicação eminentemente prática, não podemos deixar de reservar algum espaço para a verificação de como a questão vem sendo tratada pelos nossos tribunais.

A seguir o leitor verá decisões extremamente contraditórias, umas admitindo o indício como meio de prova outras negando esse valor, havendo ainda, as que confundem indícios com o que foi colhido no inquérito ou na peça informativa que deu origem à ação penal. Em todas estas decisões as expressões usadas para adjetivar os indícios tais como, fortes, suficientes, não parecem ter muito sentido, senão de convencer do acerto da decisão.

9. Se através da análise profunda e criteriosa do conjunto probatório – documentos e outros meios de prova disponíveis – chegou o julgador, de acordo com o exame de fatos suficientes para o preenchimento da hipótese típica, à convicção, através do **cotejo de fortes indícios contra os Recorrentes, suficiente para a exarar o decreto condenatório**, não se pode falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência ou condenação com base na presunção de culpa.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> STJ - T6 - SEXTA TURMA - REsp 440106 / RJ – Relator Ministro PAULO MEDINA – data do julgamento 24/02/2005 – data da publicação DJ 09/10/2006 p.



**3. A prova indireta consubstanciada em indícios múltiplos concatenados servem de embasamento para uma decisão condenatória,** conforme o princípio do livre convencimento motivado do juiz adotado pelo Código Penal brasileiro.<sup>187</sup>

**II - Segundo a melhor jurisprudência, admite-se condenação calcada em prova indiciária,** "desde que se trate de indícios veementes, que não se confundem com elementos conclusivos alcançados a partir de conjecturas a respeito de determinada situação". (ACR 1997.39.00.011548-3/PA; Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto; Juíza Vânia Cardoso André de Moraes (Conv.); Terceira Turma; DJ de 10/02/2006, p. 21).<sup>188</sup>

**3. Indícios servem, como estabelece o art. 239 do CPP, como elemento de prova, tendo o mesmo valor da prova direta,** uma vez que nem todo crime se prova diretamente, como os camuflados. Caracterização, no caso, de indícios suficientes para fundamentar decreto condenatório. Precedente deste Tribunal: ACR 2001.37.00.001946-0/MA, DJ 20/04/2007, p.23.<sup>189</sup>

**V – Divergência pretoriana sustentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal veda a condenação com base em meros indícios.**<sup>190</sup>

367. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) acesso em 05.02.2009.

<sup>187</sup> TRF - SEGUNDA REGIÃO - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5729 - RELATORA DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ - DATA DA DECISÃO: 05/08/2008 - DATA DA PUBLICAÇÃO DJU 08/08/2008, PÁGINA 339). Disponível em [www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br) em 05.02.2009.

<sup>188</sup> TRF - PRIMEIRA REGIÃO - TERCEIRA TURMA - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 199834000282649 - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO - REVISOR DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - DATA DA DECISÃO 05/11/2007 - DATA DA PUBLICAÇÃO 30/11/2007. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br) acesso em 05.02.2009.

<sup>189</sup> TRF PRIMEIRA REGIÃO - TERCEIRA TURMA - APELAÇÃO CRIMINAL nº 200632000043159 - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - DATA DA DECISÃO 04/09/2007 DATA DA PUBLICAÇÃO 25/09/2007 PAGINA 124. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br) acesso em 06.02.2009.

<sup>190</sup> STJ - QUINTA TURMA - RECURSO ESPECIAL Nº 765385 / PR - RELATOR MINISTRO DILSON DIPP - DATA DO JULGAMENTO 06/10/2005 - DATA DA PUBLICAÇÃO DJ 24/10/2005 P. 378 (grifo nosso). Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) acesso em 05.02.2009.

3. Autoria não comprovada. **Meros indícios ou conjecturas não bastam para firmar um decreto condenatório**, que deve alicerçar-se em provas estremes de dúvidas, o que incorre na hipótese dos autos, onde, no ponto, tem lugar o princípio in dubio pro reo.<sup>191</sup>

2. No processo penal vige a regra do **juízo de certeza**, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para **meras suposições ou indícios**.<sup>192</sup>

**2. Os indícios não corroborados por outras provas são frágeis para embasar uma condenação.**<sup>193</sup>

**1. Meros indícios não bastam para um decreto condenatório, visto que na espécie a busca é pela verdade real.**

2. No processo penal, **as provas produzidas apenas em procedimento administrativo não servem para embasar uma condenação**, porquanto, como é sabido, são tomadas sem a existência de contraditório e, principalmente, sem a presença do magistrado.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> TRF PRIMEIRA REGIÃO – QUARTA TURMA – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 200139010008836 – RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ – DATA DO JULGAMENTO 23/09/2008 – DATA DA PUBLICAÇÃO DJF 09/10/2009 P. 207. Disponível em [www.trfl.jus.br](http://www.trfl.jus.br) acesso em 06.02.2009.

<sup>192</sup> TRF PRIMEIRA REGIÃO – TERCEIRA TURMA – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 199932000055926 – RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO – DATA DO JULGAMENTO 10/09/2008 – DATA DA PUBLICAÇÃO DJF 03/10/2008 P. 189 (grifo nosso). Disponível em [www.trfl.jus.br](http://www.trfl.jus.br) acesso em 06.02.2009.

<sup>193</sup> TRF PRIMEIRA REGIÃO – TERCEIRA TURMA – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 200001000499338 – RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - DATA DA DECISÃO 25/03/2008 – DATA DA PUBLICAÇÃO DJF 04/04/2008 p. 180. Disponível em [www.trfl.jus.br](http://www.trfl.jus.br) acesso em 05.02.2009.

<sup>194</sup> TRF PRIMEIRA REGIÃO – QUARTA TURMA – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 200439000026362 – RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ – DATA DA DECISÃO 29/01/2008 – DATA DA PUBLICAÇÃO DJF 21/02/2008 P. 257

## CONCLUSÕES

Os indícios podem ser utilizados em todo o ordenamento, mas principalmente no processo penal, diante da previsão expressa do art. 239 do CPP, devem ser encarados como meio de prova. A releitura da utilização dos indícios é indispensável, mormente vários fatores, tais como, a globalização, a rede mundial de computadores, a formação de grandes blocos econômicos, enfim, a globalização, contribuem para a formação da criminalidade transnacional. No plano interno, temos índices de criminalidade que lembram um conflito armado. Neste quadro, aumenta-se pressão por um processo penal célere e efetivo, cabendo à ciência fixar os parâmetros seguros para que não deixe de ser ao mesmo tempo garantista.

A utilização dos indícios remonta ao Direito Romano, tendo sido disciplinados à exaustão do período do sistema legal de provas. Com a adoção do sistema do livre convencimento, mais racional e adequado à realidade, em que cada caso tem um número infinito de variáveis, não há porque discriminar o uso dos indícios para a formação da convicção do julgador.

A controlabilidade do uso de indícios, como de resto em todas as decisões judiciais, na busca por um discurso racional, é tema polêmico, cujo desfecho está longe de ser atingido. Através dos

precedentes judiciais, pode-se exigir ao menos coerência, que além de um pressuposto moral é característica intrínseca a todo sistema.

Há de se distinguir os indícios das presunções e das circunstâncias. Os primeiros são obtidos através de uma relação de causalidade; as presunções se obtêm por uma relação de identidade; já circunstâncias são acessórios, estão em volta do principal. Embora o indício possa decorrer da análise de uma circunstância (fato provado), é capaz de revelar mesmo os elementos do tipo penal (fato provando) ou outra circunstância que está ao redor do fato típico.

Ao longo da história várias classificações foram dadas aos indícios, muitas delas sem nenhuma importância prática. Essas classificações, quando úteis, ajudam a concatenar o pensamento, pelo modo como foi desenvolvida a construção lógica, mas no sistema do livre convencimento nenhum indício pode ser desprezado e sua força probatória haverá de ser aferida em cotejo com o conjunto probatório.

Prova é tida como sinônimo de verdade, o que está provado é verdadeiro. No processo penal, a verdade exigida para embasar uma condenação é a real, também chamada de material, objetiva ou substancial, que seria a exata correspondência entre o pensamento e o objeto. A verdade real nada mais é que um mito.

Na classificação das provas, o indício é tido como prova indireta. Isso não lhe diminui o valor. Apenas espelha que o julgador chega a conclusões de maneira indireta, através de construção lógica baseada nas regras de experiência.

Não se admite no processo a utilização de provas ilícitas, nem seus frutos. Desse modo, o indício, para ser válido, tem que decorrer de um fato provado que foi obtido de maneira lícita.

Verdade e certeza não são sinônimos. Certeza é o estado de espírito de quem acredita ter alcançado a verdade. Pode se estar certo de algo que efetivamente não existe. A verdade e a certeza possíveis de serem alcançadas no processo não se confundem com a verdade material.

Sendo assim, já se admite o uso da verdade processual para fundamentar a decisão. O juiz seja criminal seja cível, em sentido *lato*, busca a verdade através do processo. O próprio processo mitiga o alcance

desta verdade, a ponto de o processo civil, em determinados casos, considerá-la contraproducente, interessando à resolução do conflito.

No processo penal não existe ônus de prova objetivo, no sentido de regras para que, em caso de dúvida, o juiz decida a favor de uma das partes. Quanto ao ônus subjetivo, referente à incumbência das partes em produzir as provas, este compete inteiramente à acusação, até mesmo pela presunção de inocência. Nem por isso a defesa fica isenta de contraditar todos os termos da acusação, pois é da dialética do contraditório que surgem os requisitos legítimos para uma decisão judicial.

Para a força probatória dos indícios, é necessária a demonstração da existência do fato provado e sua validade (obtenção lícita). Já a eficácia deve ser analisada no caso concreto, de acordo com o conjunto das provas produzidas. Não tem sentido exigir pluralidade de indícios, mesmo que se tratem de contingentes, pois um só, pode se apresentar com grande valor, a depender do contexto probatório.

O desenvolvimento da ciência com modernos meios de apreensão de vestígios na cena do crime, exames laboratoriais minuciosos e o rastreamento do uso de aparelhos eletrônicos ampliam a necessidade de releitura dos indícios. Esses métodos modernos são importantes ferramentas para a reconstrução do fato, possibilitando a aferição de qual das alegações deve ser tomada com válida e constituem nada mais que indícios.

Os tribunais ainda não firmaram um entendimento pacífico quanto ao uso dos indícios, de modo que se encontram julgados, admitindo-os como meios de provas e outros negando completamente seu valor. Quanto aos que negam o valor dos indícios, geralmente associam estes às diligências realizadas pela autoridade policial na fase pré-processual, o que constitui um erro terminológico. Estas diligências são peças de informação e não podem ser confundidas com indícios, que são meios de prova previstos legalmente.

A apatia da doutrina nacional com o instituto dos indícios revelada pela pequena e insuficiente literatura deve ser revista. Os

indícios constituem tema relevante para que o processo atinja um de seus escopos, o de alcançar a verdade possível.

## 8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2ª Ed, São Paulo: Landy, 2005.

AMAPA, Tribunal de Justiça do. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.tjap.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2008.

ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson BINI. Bauru: Edipro, 2005. 608p. pp. 81-110: Da interpretação

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAHIA, Faculdade da. Jurisprudência. Disponível em [www.fag.edu.br/professores](http://www.fag.edu.br/professores). Acesso em: 20 nov. 2008

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BENTHAN, Jeremias. *Tratado de Las Pruebas Judiciales*. Traducions del francês por FLORIT, Manuel Ossorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1971

BETTIOL, Giuseppe. *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*. 1938

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaria Versiani; Revisão técnica Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL, Constituição da Republica Federativa. **Mini Códigos**. Org. Luis Flávio Gomes. 10<sup>a</sup> Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Vol. III. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Russel, 2007.

CAMACHO, Jaime Azula. **Manual de derecho probatorio**. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis S. A., 1998

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de La Prueba Judicial*. Tomo II. Anotado y concordado por VELLOSO, Adolfo Alvarado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 30ª Ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. RJ: Aide, 1998.

GARGANTELA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire; Revisão da Trad. Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)**.. Disponível em <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>; Acesso em 20/10/2008

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições**. Trad. Luiz Sergio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000



HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. **Jurisprudência**. Disponível em <[HTTP://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia)>. Acesso em: 10 nov. 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Lisboa: Livraria Clássica, 1927

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Indícios e presunções como meio de prova. Revista de processo**. ano X, janeiro –março de 1985 – nº 37

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. Trad. de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. Ver. Atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PENAL, Código de Processo. Org. Luis Flávio Gomes. 10ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Ed. Anotada, atual. e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1959

LIMA JR, Jayme Bevenuto. Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Jaime Bevenuto Lima Jr. (organizador), Fabiana Gorenstein, Leonardo Jun Ferreira Hidaka. São Paulo: Ed. Loyola, 2002

LUIGI, Lucchini Apud Coelho, Walter, **in Prova Indiciária em Matéria Criminal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista de Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da Imputação Objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCARANCA, Antônio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SEVERO NETO, Manoel. **Substituição Processual**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002

STUMVOLL, Victor Paulo. **Criminalística**. Victor Paulo Stumvoll, Victor Manoel Dias de Oliveira Quintela, Luiz Eduardo Carvalho Dorea; Coordenador Domingos Tochetto. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1999

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milão: Editor Dott A. Giuffrè, 1992

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2005.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. **Prova no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência**. Campinas, SP: Papyrus, 2002

1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal da. **Jurprudência**. Disponível em [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br); Acesso em 06.02.2009.

2ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal da. **Jurprudência**. Disponível em [www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br); Acesso em 06.02.2009.