

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

RAFAEL FECURY NOGUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Rafael Fecury Nogueira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-842-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, por ocasião da realização do XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 nas dependências do Centro Universitário do Pará - CESUPA, instituição sediada na belíssima capital do Estado do Pará, Belém.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 15 de novembro, reuniu pesquisadores de todo o país, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Congresso Nacional do CONPEDI, de um locus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da breve sinopse de cada um dos textos aqui reunidos:

O artigo intitulado “O crime como ‘mercadoria’: a mídia e a construção imagética do ‘homem delinquente’ no Brasil”, de autoria de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Vera Lucia Spacil Raddatz, problematiza a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de produção de alarma social diante da criminalidade na sociedade contemporânea e na construção imagética da figura do “delinquente”, reforçando a seletividade punitiva que caracteriza o sistema penal brasileiro.

Já o artigo de autoria de Rafael Fecury Nogueira, intitulado “A prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal: critérios para a sua admissibilidade e valoração”, analisa a disciplina da prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010) que, importando a norma italiana, pretende conferir critérios mais seguros e racionais para a prova indiciária.

Por sua vez, o artigo de Lucas Morgado dos Santos e Luanna Tomaz de Souza, sob o título “(Des)Encarceramento feminino nas Regras de Bangkok”, visa a compreender de que forma políticas de desencarceramento estão costuradas às Regras de Bangkok, bem como os avanços e os limites destas Regras em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

Sob o título “Controvérsias sobre competência de foro envolvendo as Forças Armadas”, Fernando Pereira Da Silva analisa as controvérsias sobre a competência de foro envolvendo as Forças Armadas e a insegurança jurídica advinda das interpretações destoantes do texto legal, considerando as controvérsias sobre se é competente a justiça comum ou militar para que julgue os processos oriundos do emprego dos militares.

O artigo “Desobediência civil e a greve de fome em presídios brasileiros”, de Evelise Slongo, discute a melhora das condições de vida dentro dos muros da penitenciária e como a greve de fome de presos é utilizada como meio de chamar a atenção das autoridades e da sociedade, configurando-se como um ato legítimo de desobediência civil.

O texto de Rafael Augusto Alves, sob o título “Execução antecipada da pena: constitucionalismo discursivo à brasileira”, aborda os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena (a partir da condenação em segunda instância), com o objetivo de estabelecer reflexões sobre o Constitucionalismo Discursivo e a sua capacidade de instituir a jurisdição constitucional como legítima mandatária popular a partir da representação argumentativa, conceito desenvolvido por Robert Alexy.

No artigo intitulado “Importunação sexual ou estupro? Os caminhos da satisfação da lascívia”, Ana Paula Jorge e Plínio Antônio Britto Gentil abordam a tipificação do novo crime de importunação sexual (Lei 13.718/18), evidenciando que os intérpretes divagam nos parâmetros para distingui-lo do estupro e estupro de vulnerável, ora baseando-se no emprego de violência, inclusive presumida, ora no contato entre corpos, ora na imprescindível participação da vítima, entre outros. O texto sugere, então, que se substituam essas distinções pelo seguinte: se no ato libidinoso houver contato do agente com órgão genital da vítima ou desta com o órgão genital daquele, o crime poderá ser estupro; ausente esse contato específico, hipoteticamente a conduta subsume-se ao tipo de importunação sexual.

Cássio Passanezi Pegoraro e Luiz Nunes Pegoraro abordam, no artigo “O direito à não autoincriminação: aspectos teóricos e práticos na legislação infraconstitucional”, o princípio constitucional da não autoincriminação de investigados, indiciados e réus em procedimentos de persecução penal, em consagração ao direito individual de não produção de provas contra si próprios, aprofundando a análise dos conceitos e reflexos legais do princípio em face de situações pontuais em que o mesmo acaba se afigurando como um efetivo ônus e não apenas um direito.

O artigo “O sistema democrático constitucional e sua influência no direito processual penal”, de autoria de José Serafim da Costa Neto e Maria Luiza de Almeida Carneiro Silva, parte do

pressuposto de que o Estado brasileiro possui como fundamento o sistema democrático constitucional, o qual é baseado em pilares centrais que garantem o funcionamento do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais, especificamente na seara do processo penal.

No texto intitulado “Os impactos da corrupção na efetivação do direito constitucional à saúde no Maranhão: uma avaliação a partir da operação ‘Sermão aos Peixes’”, Sandro Rogério Jansen Castro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, a partir de dados empíricos colhidos em operação realizada pela Polícia Federal, observam que a corrupção se revela como obstáculo à efetivação de direitos sociais no Maranhão, na medida em que os recursos destinados para a implementação de políticas públicas foram desviados para outros fins. Assim, a corrupção nesse modelo de gestão frustrou o direito constitucional à saúde no Estado.

O artigo de Ricardo Gagliardi, intitulado “Penas restritivas de direito: reinterpretação jurídica dos requisitos para a sua aplicação”, analisa os requisitos para a substituição das penas privativas de liberdade às restritivas de direito, frente à interpretação sistemática e conforme a Constituição, concluindo pelo direito à substituição em crimes em que for possível a aplicação de institutos despenalizadores, independentemente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, gerando menor grau de encarceramento e privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

Luciana Correa Souza, no artigo intitulado “Reflexões em torno das manifestações do direito penal do inimigo no Brasil”, analisa as manifestações do Direito Penal do Inimigo em face dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, buscando evidenciar a impossibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Por fim, o texto de autoria de Ezequiel Anderson Junior e Greice Patricia Fuller, sob o título “Riscos ao internauta: um enfoque penal”, explora estatísticas sobre crimes virtuais, o que permite uma visão panorâmica das principais ameaças ao internauta na perspectiva penal.

Os leitores que acessarão este livro, certamente, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são marcadas pelo viés crítico e pelo olhar atento à realidade contemporânea, o que reflete o compromisso dos pesquisadores brasileiros no âmbito das Ciências Criminais na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas e à sempre necessária filtragem constitucional e convencional.

É com grande satisfação, portanto, que os organizadores desejam a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ, Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Rafael Fecury Nogueira (CESUPA, Pará)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROVA POR INDÍCIOS NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CRITÉRIOS PARA A SUA ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO.

EVIDENCE PROOF IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE PROJECT: STANDARDS FOR ADMISSIBILITY AND VALUATION.

Rafael Fecury Nogueira ¹

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a disciplina da prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010) que, importando a norma italiana, pretende conferir critérios mais seguros e racionais para a prova indiciária. A presente pesquisa segue a metodologia exploratória, com abordagem qualitativa e o emprego de pesquisa bibliográfica. A análise circundará o artigo 168, §1º, do texto aprovado pelo Senado Federal para a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, visando concluir se a eventual disciplina probatória para os indícios efetivamente conferirá critérios lógicos, objetivos e mais controláveis para essa prova indireta.

Palavras-chave: Prova por indícios, Projeto, Código de processo penal, Admissibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the discipline of evidence in the draft reform of the Brazilian Code of Criminal Procedure (PL 8045/2010) which, by importing the Italian norm, aims to provide safer and more rational standard for evidence. This research follows the exploratory methodology, qualitative approach and the use of bibliographic research. The analysis will surround Article 168, §1, of the text approved by the Federal Senate for the reform of the Brazilian Code of Criminal Procedure, aiming to conclude if the eventual evidential discipline for the indications will effectively confer logical, objective and more controllable standard.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidence proof, Project, Criminal procedure code, Admissibility

¹ Doutor em Direito Processual Penal (USP) Professor de Direito Processual Penal do CESUPA Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNAMA.

1. INTRODUÇÃO

O âmbito de atuação do livre convencimento do juiz é objeto de constantes indagações, o que é justificado pelo receio de se decidir conforme a íntima convicção do julgador. No processo penal, esse receio se agrava diante da necessidade de se tutelar a liberdade do acusado e de se conferir efetividade à presunção de inocência a partir de seu aspecto de norma probatória com o estabelecimento do ônus da prova à acusação.

No tratamento da prova penal, a prova indiciária se mostra com relevância e complexidade, necessitando de critérios de admissibilidade e valoração mais seguros e controláveis. Mesmo com a relevância que tem, inexistente qualquer critério para a sua admissão no processo penal, diferentemente da disciplina da prova indiciária no direito processual penal italiano, que impõe determinadas restrições ao livre convencimento do juiz na valoração da prova por indícios, exigindo, no artigo 192, 2, do diploma italiano, que os indícios devam ser graves, precisos e concordantes.

Sofrendo essa influência, o Projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro prevê norma análoga àquela prevista no art. 192, 2, da lei italiana, de maneira que o exame dos diversos questionamentos suscitados por esta disposição legal poderá, guardadas as devidas proporções, ser útil para se compreender em que medida a aprovação do art. 168, §1º logrará evitar julgamentos de fato fundados no intuicionismo puro e simples.

Advirta-se que as limitações contidas na proposição legal também não estão livres das críticas constantemente direcionadas à subjetividade da valoração probatória, donde ressalta a necessidade de se estabelecerem métodos lógico-rationais para a avaliação da prova indiciária.

A necessidade de estudo e debate sobre a prova indiciária é premente, justificando a análise sobre a sua valoração a ser realizada no presente artigo. Assim, objetiva-se perscrutar o estabelecimento de critérios objetivos e mais controláveis para a admissibilidade da prova indiciária no Código de Processo Penal projetado. Para tanto, analisar-se-á a disciplina da prova indiciária no código de processo penal vigente para, em seguida, realizar o seu estudo a partir da normativa italiana e, finalmente, verificar se a norma projetada para a prova por indícios pode estabelecer critérios de admissibilidade e valoração mais controláveis e em que medida.

2. PROVA INDICIÁRIA E SUA NORMATIZAÇÃO

Malgrado pouco estudada, a prova indiciária é utilizada em larga escala na prática jurídica brasileira, impondo o aprofundamento de sua análise técnica, o que será feito no presente item, a fim de se elucidar essa relevante prova, permitindo a análise para a sua valoração.

Legalmente prevista como meio de prova, o indício é consagrado no artigo 239 do Código de Processo Penal brasileiro, dispondo que *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*. Contudo, sem embargo da aludida disposição legal, o indício não é meio de prova, mas como conclui Badaró (2016, p. 490), “é o resultado probatório de um meio de prova”. Assim, o indício seria a soma de um meio de prova qualquer mais o raciocínio indiciário. Por essa razão, o indício é caracterizado como prova indireta, que depende de um raciocínio inferencial que o leva ao fato a ser provado.

Define-se o indício, consoante MOURA (2009, p. 41), como “todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido a ela relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.

Segundo Scapini (2001, p. 7), o significado técnico-jurídico da palavra ‘indício’, utilizada para designar a prova indiciária, “não se afasta muito da acepção comum; tradicionalmente, de fato, o indício é definido pelos juristas como uma circunstância certa da qual, por inferência lógica, se pode extrair uma conclusão sobre a existência ou inexistência do fato a ser provado”.¹

Historicamente, esclarece Mittermayer que a prova artificial – com o que se refere à prova indiciária – costuma ser definida de duas maneiras diversas: a primeira compreende todos os meios imperfeitos que constituiriam prova direta se satisfizessem as condições exigidas por lei; a segunda, relativa, simplesmente, à prova que, mediante comprovação de um fato certo, conduz à ilação de outro fato, não comprovado. Essa primeira noção de indício como prova imperfeita ou semiplena, tem por base a Constituição Carolina, que, inserida no sistema de prova legal construído pelo direito canônico medieval, buscou disciplinar hipóteses em que as provas semiplenas (e.g., um testemunho isolado ou uma confissão extrajudicial, que não poderiam ser considerados provas plenas), também denominadas indícios, serviriam

como elementos de convicção suficientes a ensejar o tormento – ou seja, a tortura –, no afã de obter-se a confissão. Posteriormente, o conjunto de indícios (*i.e.*, provas mais frágeis, do ponto de vista demonstrativo, segundo o sistema legal) foi também alçado à condição de prova suficiente a ensejar, não a pena capital, mas penas mais brandas, denominadas extraordinárias (MITTERMAIER, 2006, p. 360).

Com efeito, a prova por indícios é um resquício do velho sistema da prova legal ou tarifada, que estabelecia valor exato para cada meio de prova.

A definição de indício é relevante justamente para esclarecer a confusão ocasionada pela sua noção como prova imperfeita, indigna de crédito ou portadora de um grau de certeza inferior àquelas obtidas por outros meios. Foi dessa confusão que surgiu a ideia de que as declarações do corréu seriam consideradas indícios, não porque se referissem a outro fato que não o *thema probandum*, do qual se pudesse extrair alguma ilação acerca do objeto da prova, mas por causa de sua condição precária, do ponto de vista da pouca credibilidade e da inaptidão desse meio de prova para subsidiar um juízo de certeza sobre os fatos. E tanto é assim que a matéria atinente à delação do corréu foi objeto de disciplina no *Codice di Procedura Penale* Italiano de 1988 em parágrafo subsequente àquele que trata dos indícios (artigo 192, parágrafos 3 e 4), proximidade sugestiva, mormente quanto se tem notícia da noção, amplamente difundida na jurisprudência italiana, de que as declarações do corréu, coautor ou partícipe seriam indícios. Essa ideia não decorre de uma acepção técnica do conceito de indício, mas daquela acepção que Scapini (2001, pp. 6-7) denomina “valorativa”, porquanto tais declarações podem se referir ao *thema probandum*, ou seja, ao delito e aos elementos que o compõem.

A proximidade das disposições que cuidam da valoração dos indícios daquelas que tratam das declarações corréu, coautor ou partícipe, poderia, portanto, contribuir para a persistência da confusão sobredita, fato que não desencorajou o legislador brasileiro a repeti-las nos § 1º e 2º do artigo 168 do Projeto de Novo Código de Processo Penal.² E, conquanto não traduza um equívoco, tal configuração ilustra bem o debate terminológico que perdura durante séculos em torno da prova indiciária e permite constatar que o vocábulo remanesce com ambas as acepções, ainda que uma delas seja considerada imprópria, na perspectiva estritamente técnica.

¹ Quanto ao raciocínio indiciário adotado, embora Scapini se refira à operação indutiva, deve-se ressaltar que a natureza da operação mental realizada para se extrair o fato desconhecido a partir do fato descoberto é alvo de muitas controvérsias, as quais não serão analisadas nesse estudo.

² §2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade”.

É preciso que se tenha presente tal debate para que possa analisar com maior clareza as diversas classificações e categorias dos indícios, muitas delas vislumbradas desde a Constituição Carolina, de 1532, as quais confundem, muitas vezes, a noção de prova indireta (não referente ao *thema probandum*) e a de prova frágil, sob a ótica valorativa. Esse é o ponto fundamental ao redor da prova por indícios, a saber, a confusão entre seu significado técnico de prova indireta e seu significado histórico de prova semiplena, que perdura até hoje.

Consagrado o indício como prova indireta, sua aptidão para a demonstração do fato provando dependerá da observância dos requisitos previstos no parágrafo primeiro do artigo 168, do projeto de reforma do Código de Processo Penal, em texto já aprovado no Senado Federal, dos quais se pode extrair uma previsão de prova legal negativa e uma previsão mais ampla de critérios para a admissibilidade dos indícios. A motivação dessa norma proposta se ampara em diversos fatores que, desde a abolição do sistema das provas legais, enseja ampla discussão sobre a credibilidade atribuída à prova indiciária, que parte de fatos certos (indiciantes) sobre os quais incidem *máximas de experiência* ou *científicas* que autorizam alguma conclusão sobre o fato desconhecido que é objeto de prova.

A dificuldade, como elucida Tonini, (2002, pp. 56-57), reside não apenas na construção da *máxima de experiência* como, também, no enquadramento do caso particular a essa máxima. Explica o autor que um dos problemas está em que “a máxima de experiência é uma ‘regra’, e, portanto, não pertence ao mundo dos fatos”. Assim, comparativamente à prova representativa, que se refere diretamente ao fato probando, exige um raciocínio diverso para se concluir pela existência ou inexistência deste fato.

Não se está aqui afirmando que a prova representativa ou direta prescindia de qualquer raciocínio, mas, para o indício será necessário, ainda, proceder-se ao chamado raciocínio indiciário. E, nesse ponto, aduz Tonini:

É necessário que se tenha bem claro o aspecto de incerteza do raciocínio indiciário. O primeiro aspecto está em estabelecer, entre os diversos fatos históricos humanos irrepitíveis, quais são os elementos ‘similares’ e se tais elementos prevalecem, ou não, sobre os elementos ‘não similares’. O segundo aspecto de incerteza está no fato de que, apesar de o comportamento humano ser, em boa parte, vinculado aos instintos e às paixões, não se pode dizer que o agir de um homem é completamente determinado, em concreto, pelas regras formuladas. As máximas de experiência nos indicam somente que existe uma probabilidade de que uma pessoa, em uma situação similar, comporte-se de uma determinada maneira (TONINI, 2002, pp. 56-57).

Em contrapartida a essa *incerteza* do raciocínio indiciário, tem-se a constatação frequente da impossibilidade de se produzir prova direta de determinados fatos, sobressaindo a possibilidade de se julgar com base em indícios. Por outro lado, é importante notar que, superada a barreira da complexidade do raciocínio indiciário, o crescente desenvolvimento

científico (novos conhecimentos humanos, tecnologias e exames periciais) em que se amparam grande parte das máximas de experiência utilizadas no raciocínio indiciário propicia maior grau de certeza para as conclusões alcançadas por meio desse tipo da prova. Nesse sentido, há quem afirme, como Knijnik (2007, p. 26), ser a prova por indícios mais segura justamente por exigir esse raciocínio inferencial e que a distinção entre prova direta e indireta é um mito, pois “nenhuma prova é puramente direta. Com efeito, toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida”.

Tudo isso se presta a justificar a disciplina específica para a prova indiciária no processo penal, o que não implica pressupor sua inferioridade ou superioridade, mas apenas a complexidade diversa de raciocínio e utilização, que deve ser considerada quando se está diante da exigência de comprovação “além da dúvida razoável” para fins de condenação. Portanto, embora criticada, não se pode descuidar de sua análise e necessidade de aperfeiçoamento exatamente em face de sua frequente utilização.

3. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PROVA INDICIÁRIA

Antes de iniciar a análise sobre a admissibilidade e valoração dos indícios no Projeto de reforma do Código de Processo Penal, importa expor como se revela o tema na ordem processual vigente. O código em vigor, definiu o conceito de indício, e, conquanto não o tenha feito com a maior precisão, conferiu certo conforto à doutrina para a avaliação dessa prova indireta, além de orientar a interpretação jurisprudencial.

Apesar de o conceito de indício estar delimitado em lei, a valoração da prova indiciária parece não ter seguido seu próprio conceito, deixando a questão conforme cada decisão específica, *v.g.*, a decisão de pronúncia, a decretação da prisão preventiva, a decretação do sequestro e a autorização para interceptação telefônica como meio de obtenção da prova. Todas essas decisões podem se basear em indícios, entretanto, cada uma possui uma categoria distinta de indícios, dificultando a tarefa do intérprete ao se deparar com adjetivos diversos, sem que possua parâmetros normativos para orientação.

Desse modo, tem-se no vigente Código de Processo Penal uma espécie de etiquetamento dos indícios conforme a decisão a ser tomada, a saber, indícios *suficientes* para a pronúncia, prisão preventiva e especialização da hipoteca legal (art. 413, 312 e 134), indícios *veementes* para a decretação do sequestro (art. 126), além de indícios *razoáveis* atribuídos à decisão que autoriza a interceptação telefônica de um imputado (art. 2º, I, Lei

9.296/96). Toda essa categorização de indícios revela o resquício do sistema da prova legal ou tarifada até os dias de hoje.

Questão ainda mais tormentosa refere-se à suficiência dos indícios para a condenação. Nesse ponto específico, tem-se as decisões mais dispares possíveis, havendo toda a sorte de condenação e absolvição com base em indícios³. É nesse exato ponto em que se coloca a necessidade de se estabilizar a análise e valoração da prova por indícios, especialmente em razão de sua importância, bem como, por essa disparidade em relação à diversas decisões no processo penal a fim de fornecer critérios mais edificados sobre essa prova.

4. A NORMA PROPOSTA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA FONTE: O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ITALIANO

Neste item do artigo, analisar-se-á a disciplina normativa da legislação que inspirou diretamente a confecção do texto previsto no artigo 168, § 1º, do projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, a saber, o artigo 192, 1, do Código de Processo Penal italiano. Antes, porém, é relevante historiar brevemente o projeto brasileiro.

No ano de 2008, a Presidência do Senado Federal criou uma Comissão de juristas para redigir o Anteprojeto do Código de Processo Penal a ser totalmente reformulado⁴. Apresentado o anteprojeto e convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, tramitou por 1 ano e 8 meses no Senado, sendo aprovado em 7/12/2010. Remetido à Câmara dos Deputados, converteu-se no Projeto de Lei nº 8045/2010, onde ainda tramita na Comissão especial, onde já se apresentou o Substitutivo pelo relator, mas ainda não votado naquela Comissão.

Inspirado no código de processo penal italiano, o art. 168, do Projeto de Código de Processo Penal brasileiro, conforme texto aprovado pelo Senado Federal, consagra a disciplina probatória do indício e os critérios para a sua admissibilidade. A norma proposta é equivalente à previsão do parágrafo segundo do 192, do *Codice di Procedura Penale* italiano

³ Decisões que admitem a prova por indícios para a condenação: TACRIM-SP – 7ª C.-AP 1.309.619-9, Rel. Pinheiro Franco, j. 20.06.2002; TACRIM-SP – 12ª C.-AP 130.494-1, Rel. Barbosa de Almeida, j. 26.08.2002; TACRIM-SP – 4ª C.-AP 131.141-7, Rel. Devienne Ferraz, j. 17.09.2002. Não admitindo a condenação com base somente na prova indiciária: STF, 2ª T. – HC 77.987-4, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.02.1999, DJU 10.09.1999; e TJPR, EI 5/83, Rel. Eros Gradoswski.

⁴ Comissão de juristas composta por Hamilton Carvalhido (Coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

de 1988. Segundo a legislação italiana, “*L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordante*”, redação copiada pelo projeto brasileiro.

Veja-se com Pisani, Molari, Perchinunno e Corso (1994, p. 233), provável origem da norma sobre os indícios dirigida à jurisprudência italiana para se evitar a casuística do erro judiciário nesses casos, sendo esta a razão pela qual os indícios não podem ser utilizados a não ser que sejam caracterizados pelos requisitos da gravidade, da precisão e da concordância.

O artigo 192, 2, do *Codice de Procedura Penale* italiano limitou, sob alguns aspectos, o livre convencimento, mediante a imposição de regras que são de valoração da prova (PISANI; MOLARI; PERCHINUNNO; CORSO, 1994, p. 213). Assim, também, o artigo 168 do Projeto que elege, no parágrafo primeiro, critérios para admissibilidade da prova indiciária, a saber: gravidade, precisão e concordância, os quais serão oportunamente esmiuçados.

Apesar da dicção do dispositivo legal estabelecer a imprestabilidade dos indícios, salvo se atendidos os requisitos, cremos que a gravidade e a precisão somente podem ser suscetíveis de um controle valorativo, enquanto que o requisito da concordância (também traduzido como *consonância*) revela a inidoneidade de um só indício para produzir qualquer resultado probatório tendente à condenação.

Em corroboração a essa assertiva, Tonini (2001, p. 58) afirma que, da regra do art. 192, 2 do Código italiano, “emerge, em primeiro lugar, que um único indício nunca é suficiente”, o que equivale a dizer que a prova indiciária que não se componha de múltiplos fatos indiciantes padece de *relativa “inutilizzabilità”*, o que, no direito italiano, corresponderia à imprestabilidade de tal prova para a comprovação dos elementos do crime. Por isso, parece correto concluir que o aludido dispositivo traz regras que representam limitação típica do sistema da *prova legal negativa*, devido à proibição de utilização um só indício para comprovar o fato criminoso.

A definição dos propósitos e características do sistema da prova legal negativa pode ser extraída das considerações de Nobili acerca da teoria alemã desenvolvida no curso do século XIX⁵. Ao discorrer sobre o tema, Nobili ressalta que o objetivo do sistema da prova legal negativa consistia na compatibilização da liberdade do juiz (verdadeira essência do livre convencimento) com uma série de prescrições legais destinadas a tutelar a inocência e a

⁵ Para uma análise mais profunda sobre os sistemas de valoração da prova e da prova legal negativa, cf. FECURY NOGUEIRA, Rafael. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 27, n. 156, p. 307-352., jun. 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151452.

assegurar racionalidade ao procedimento cognitivo do juiz. Tratava-se de um sistema “misto”, em que o legislador deveria impor certas restrições ao arbítrio do juiz e impedir-lhe que condenasse o acusado diante da insuficiência de provas, enquanto que para a absolvição prevalecia a íntima convicção. (1974, p. 189).

Enfim, a proibição de fundamentação da sentença num só indício se refere às sentenças condenatórias, não havendo essa regra de proibição probatória para a sentença absolutória em razão do ônus da prova da acusação imposto pela presunção de inocência como norma probatória.

A previsão contida no artigo 168, *caput*, do Projeto, e os critérios do § 1º, quanto à prova indiciária, seriam a positivação dessa necessidade. Enquanto não houver essa positivação, é bem possível que se afirme, diante de um julgado o que se trouxe à tona, que o tribunal e o juiz de primeiro grau (este principalmente, por conta da imediação) formaram livremente seu convencimento a partir da apreciação das provas e que a sentença se encontra formalmente fundamentada. Caso a exigência do artigo 168 seja positivada, não haverá dúvidas da necessidade do controle lógico da decisão e, quanto ao parágrafo primeiro, da desobediência da sentença à regra de prova legal negativa ali estabelecida. Enfim, essas considerações sobre o requisito da concordância (ou pluralidade dos indícios) somente se prestam a demonstrar a imprestabilidade relativa do indício isolado como prova.

Quanto aos demais requisitos, embora se consubstanciem em requisitos lógicos, por não comportarem, em geral, uma verificação objetiva insuscetível de questionamentos, não podem se caracterizar como normas de proibição absoluta, senão como critérios para orientar o juiz na valoração do juiz no momento de apurar a existência do fato delituoso narrado na denúncia. Isso porque a análise probabilística contida na inferência é sempre dependente da verificação do caso específico e, como a maioria dos indícios é contingencial, dificilmente se poderá considerar aceitável a conclusão por apenas uma das probabilidades.

Daí já se descortina a dificuldade de um controle pela jurisprudência sobre o cumprimento desses requisitos, problema detectado na jurisprudência e doutrina italianas. Enfim, é preciso esclarecer que a motivação das restrições criadas pelo legislador italiano, cuja transposição para o direito brasileiro é objeto de proposta legislativa, reside, possivelmente, no risco da prova indiciária poder induzir o julgador a erro. Não se deve, porém, a partir da complexidade do raciocínio a ser feito pelo juiz, concluir que a força probatória dos indícios seria menor, mas, sim, que o fato de não se referirem diretamente ao fato probando exige, no mais das vezes, formas específicas e verificação (NAPPI, 2004, p. 105).

5. CRITÉRIOS PARA ADMISSIBILIDADE DOS INDÍCIOS NO CÓDIGO PROJETADO

A norma proposta no parágrafo primeiro do artigo 168 do Projeto de Código de Processo Penal brasileiro reproduz, como assinalado, disposição do artigo 192, 2, Código de Processo Penal italiano de 1988. Ambos estabelecem que a prova de um fato somente pode ser feita por indícios se estes forem graves, precisos e concordantes.

É cabível uma advertência inicial quanto às perspectivas de interpretação dessa norma no direito brasileiro, caso ela seja aprovada. Como se constatou no item anterior, por maior que seja a influência da doutrina italiana entre nós, a jurisprudência ainda não consolidou a adoção dos critérios de gravidade, precisão e concordância, amplamente discutidos e aplicados no direito italiano⁶, onde a adoção desses critérios já era preconizada e expressamente prevista para presunções simples em matéria civil.

Ressalvadas as distinções entre prova indiciária penal e presunção civil, no direito italiano, para a apuração dos elementos necessários à condenação penal, deverá ser mais estrito, já que a norma deve ser interpretada à luz da proteção da liberdade do acusado. O estágio evolutivo da legislação e da jurisprudência italianas propiciou o aprofundamento dos critérios valorativos utilizados em matéria civil, para as “presunções simples” referidas na lei, e, em matéria penal, para a prova indiciária, consolidando a possibilidade de controle da observância de seus critérios legais, como se extrai da jurisprudência da Corte de Cassação italiana:

Il libero convincimento del giudice, che si estrinseca nel momento della valutazione della prova, nel processo indiziario è il corretto risultato di un' operazione logica-induttiva attraverso da quele la massima di esperienza nel silogismo normativamente imposto dal 2° co. dell' art. 192 c.p.p., se pone come premessa maggiore, l' indizio è la premessa minore e la conclusione è costituita, nel suo divenire per cristalizzarsi definitivamente, dalla prova del fatto in esame, cui si giuge (stante la naturale inadeguatezza dei indizi) sequesti sanno gravi, vale a dire resistente alle obiezione e perciò convincenti, precisi e cioè non suscetibili di diversa interpretazione, per lo meno altrettanto verosimile, e concordanti vale a dire non contrastanti tral loro o com altri elementi certi (Cassa., sez. I, 14.3.1995).

O julgado citado deixa muito claro que o direito processual penal italiano caminha para a superação da noção de livre convencimento fundada na convicção moral do juiz para, em tema de prova indiciária, estabelecer um método probatório mediante a utilização de

⁶ Não se está, aqui, tecendo qualquer juízo acerca do modo pelo qual esses critérios são aplicados no direito italiano; o fato é que, independentemente das críticas existentes quando à aplicação, aos casos concretos, da norma prevista no art. 192, 2, do Código de Processo Penal italiano, a jurisprudência já logrou definir esses critérios normativos, aos quais faz remissão nas decisões sobre questões de fato.

critérios de admissibilidade e de valoração dos indícios sem incorrer numa tarifação dos meios de prova. É preciso insistir nesse ponto, porque o fato de a prova indiciária exigir critérios e mecanismos específicos de avaliação, ao invés de mitigar-lhe o valor probatório, torna-a, muitas vezes, digna de mais credibilidade do que a prova indireta do fato investigado.

Decerto que esse grau de certeza atribuído à prova indiciária, as vezes superior à prova direta, decorre da estrita observância do requisito (concordância) e dos critérios (gravidade e precisão) estabelecidos na lei para efeitos de admissão e valoração desse meio de prova. Mas há outro aspecto que não pode ser ignorado, cuja análise antecede à dos critérios normativos. Trata-se da certeza do fato indiciante, é dizer, da necessidade de que a circunstância conhecida, que constituíra ponto de partida para o raciocínio inferencial a ser feito na prova indiciária esteja cabalmente comprovada. Esse pressuposto essencial à prova indiciária, implícito na norma proposta pelo Projeto de Código de Processo Penal brasileiro, é denominado pela doutrina e jurisprudência italianas de *certeza do fato*.

É, aliás, justamente nessa *certeza* do fato indiciante, considerada como primeiro critério valorativo da prova indiciária, que reside a distinção de tratamento das presunções *hominis* do direito civil da prova indiciária penal, a que se aludiu anteriormente. Como argumenta Scapini (2001, pp. 109-110), o “fato certo” adotado no âmbito civil pode consistir num simples dado da experiência ou, ainda, na circunstância que de que a parte contra a qual se alega um fato se abstém de contestá-lo. Essa última possibilidade é justificada pela incidência do princípio dispositivo enquanto máxima expressão do contraditório no processo civil e pela condição das partes de cooperarem, em patamar de igualdade, para a formação do convencimento do juiz. Naturalmente, contra as presunções simples é sempre admissível a prova em contrário. O direito da parte de contrastar as presunções favoráveis ao adversário, contrapondo-lhes outras, ou de infirmar a existência mesma da presunção invocada pela contraparte é, por assim dizer, inerente à estrutura do processo civil. O exercício desse direito, porém, implica um ônus probatório cujo descumprimento, assim como a inaptidão da prova produzida com esse objetivo, reforça a presunção já arguida, fornecendo ao juiz um novo elemento presuntivo.

Como no processo penal, diversamente, não se pode supor que as partes estejam em igualdade de condições, sobre o réu não recai o ônus de contradizer os fatos alegados pela acusação, assim como a falta de exercício do direito à prova não pode constituir presunção de responsabilidade contra o réu. Por ser meramente formal o ônus probatório no âmbito do processo penal, nenhuma consequência deriva da insuficiência probatória. Portanto, conclui Scapini (2001, pp. 109-110), que os indícios a que se refere o art. 192, 2, do CPP italiano não

podem se identificar totalmente com as presunções *hominis* do processo civil, uma vez que, no âmbito penal, a certeza do fato conhecido, do qual se extrai o fato desconhecido (objeto da prova), deve resultar da devida comprovação no caso específico, mediante as provas disponíveis.

Assim, no direito processual penal, somente após a verificação da certeza do fato indiciante é que se poderá, com a finalidade de verificar a ocorrência dos elementos necessários à responsabilização penal do agente, proceder à análise dos explicitamente previstos no artigo 192, 2, do Código de Processo Penal italiano, reproduzidos no art. 168, § 1º, do Projeto de Código de Processo Penal.

Esses requisitos - *gravidade, precisão e concordância* – referem-se, não aos fatos indiciantes, mas à relação existente entre estes e o fato investigado, ou seja, ao raciocínio inferencial que permite extrair do fato conhecido alguma conclusão sobre o fato desconhecido. Daí se poder afirmar, como explica Battaglio (1995, p. 405), que a incidência de tais critérios sobre todo o raciocínio lógico realizado pelo juiz confirma a adoção do conceito técnico-jurídico – e não simplesmente valorativo de prova menor – do vocábulo “indício”.

Nesse contexto, a *gravidade* diz respeito ao no elevado grau de relevância e pertinência do fato conhecido em relação ao *thema probandum*, de modo que será grave o indício que demonstra, com elevado grau de probabilidade, a ocorrência do fato cuja existência deve ser verificada. A *gravidade* deriva, portanto, da correta aplicação da regra de inferência.

A *precisão*, de sua vez, está relacionada à resistência da regra de experiência a possíveis objeções. A verificação do fato investigado, extraída da aplicação da máxima de experiência ao fato indiciante, deve ser convincente a ponto de excluir qualquer outra conclusão razoável acerca dos fatos apurados. Não significa dizer que não haja outras possibilidades no raciocínio inferencial, até porque a maioria dos indícios tem natureza contingencial e não unívoca, porém, para ser preciso, esse raciocínio exige a existência de uma ligação tão forte entre o fato conhecido e o investigado que não seja possível ao juiz, no caso concreto, exercer para uma “escolha racionalmente fundamentada em favor de outra opção” (TONINI, 2002, p. 58).

No que concerne à *concordância*, já se antecipou o entendimento de se tratar de requisito à admissibilidade relativa, que limita a aplicação da prova indiciária quando se trata de verificar fatos que sirvam de fundamento à sentença penal condenatória. Assim, a

comprovação dos elementos delitivos somente pode ser feita mediante prova indiciária quanto haja *pluralidade* de indícios ou concurso de indícios com outros meios de prova.

Tal pluralidade, naturalmente, refere-se à existência de fatos indiciantes *independentes* que, mediante aplicação de *diversificados raciocínios inferenciais*, conduzam a conclusões concordes sobre o tema probando. Por isso não se podem considerar como indícios plúrimos aqueles que se encontrem numa mesma cadeia inferencial. Inseridos na sequência de ilações de que se compõe a prova indiciária mediata, os diversos indícios mediatos não atendem aos desígnios da norma de, com o requisito da *pluralidade*, reduzir a possibilidade de equívocos na apuração dos fatos mediante prova indiciária.

É preciso, ainda, que haja harmonia entre os vários indícios e entre os indícios e demais meios de prova, pois, se ao contrário, um indício desmentir os demais ou se houver contradição entre indícios e demais provas, não estará satisfeito o requisito da concordância. Também não haverá concordância se forem verificados contra-indícios que lancem dúvidas sobre a conclusão inicialmente alcançada acerca do fato probando, como, também, se houver contraprovas do fato verificado mediante prova indiciária. Há, ainda, quem entenda não ser suficiente a mera concordância entre os indícios, pois estes, além de harmônicos entre si e com o conjunto probatório, deveriam convergir para a mesma conclusão. Nessa linha, elucida COELHO que,

enquanto a concordância pressupõe coerência entre os indícios (ou, ainda, entre estes e os demais meios de prova), permitindo que coexistam de maneira harmônica, a convergência exige, ainda, que estes apontem para a mesma direção (v.g., conclusão sobre a autoria do crime), não sendo suficiente a inexistência de contradição. (COELHO, 1996, pp. 66-68).

Assim definidos, verificados os critérios de admissibilidade da prova por indícios no Código projetado, impõe-se a delimitação desse desdobramento, a saber, critérios de valoração desses indícios.

6. VALORAÇÃO DOS INDÍCIOS NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A regra inserta no art. 168, § 1º, do Projeto do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe sobre os parâmetros mínimos para guiar o intérprete no que diz respeito à valoração da prova por indícios no processo penal. Conforme já visto, essa disposição expressa que *a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes*.

Uma vez expostos e delimitados os significados de gravidade, precisão e concordância, requisitos estes alçados pelo Projeto brasileiro e pelo Diploma italiano para a admissibilidade da prova indiciária, passa-se a analisar a valoração propriamente dita desses indícios. Assim, deve-se interpretar o dispositivo a respeito da necessidade (ou não) de convergência desses três requisitos, *i.e.*, se os indícios devam ser obrigatoriamente graves, precisos e concordantes, se graves e concordantes, se precisos e concordantes, ou se apenas um destes requisitos bastaria para alcançar o intento da lei.

A partir desse questionamento surgem três possíveis interpretações sobre a norma probatória: uma restritiva, uma extensiva e outra intermediária.

A corrente que chamamos restritiva entende que devem estar presentes em cada indício necessariamente os três requisitos, ou seja, para que o fato seja tido por existente através de indícios, devem ser estes graves, precisos e concordantes, no sentido literal da norma prevista no art. 192, 2, do C.P.P.I, e do art. 168, § 1º, do Projeto do C.P.P.B (TONINI, 2002, p. 59).

A corrente intermediária pressupõe o juízo de valoração em dois momentos distintos: o primeiro verificando individualmente nos indícios existentes a gravidade e a precisão e, após isso, valorando sua concordância para a obtenção da certeza. Dessa forma, ampliando a anterior, essa corrente não obriga que a prova indiciária possua os três requisitos cumulados, mas que possam ser buscadas a gravidade e a concordância em diversos indícios distintos, desde que posteriormente verificada a concordância entre eles (TONINI, 2002, p. 59).

Finalmente, uma terceira corrente interpretativa confere maior amplitude à norma do artigo 168, § 1º, do Projeto do C.P.P.B, no sentido de que a prova indiciária deverá emergir de uma valoração global dos indícios (TONINI, 2002, p. 60). Desse modo, afastar-se-ia a análise isolada, permitindo que a gravidade, a precisão e a concordância seja aferida no todo da prova indiciária, como numa espécie de quebra-cabeças ou numa sorte de recortes de vários indícios cada um com um dos requisitos para a posterior montagem numa só peça, obtendo a satisfação da norma processual.

Ademais, e agora tratando especificamente do caso brasileiro, como já se consolidava a jurisprudência no sentido de se admitir a prova por indícios para fundamentar uma sentença condenatória, já que, muitas das vezes era a única prova existente nos autos e, por vezes, a única possível de se obter em dadas hipóteses, a proposta do Projeto se direciona no sentido de estipular um regramento para a validade da prova indiciária como base corroboradora da existência do fato delituoso. Nesse particular, passa-se a analisar a valoração dos indícios em uma sentença de mérito, melhor dizendo, vislumbrar-se-á os requisitos do

artigo 168, § 1º, do Projeto como caminho necessário à decisão final que confirme a existência ou não do fato criminoso apontado e de sua autoria.

Tratando-se, pois, de uma decisão final de mérito do processo penal, a prova para a justificação de uma sentença condenatória deve estar revestida de todas as cautelas para que se evite decisões ao sabor das íntimas convicções, garantindo a certeza necessária e legitimadora de uma decisão condenatória. Não é outra a razão de se fixar parâmetros estritos para a comprovação da existência do fato através de indícios. Portanto, para que haja conformidade com artigo 168, § 1º, do Projeto do C.P.P.B, devem os indícios ser plúrimos, *i.e.*, mais de um necessariamente, em razão da própria concordância prevista no texto legal, o que acarreta uma pluralidade de indícios, uma vez que, segundo cremos, não se pode ter indícios concordantes se há apenas um indício, afronta a lógica, consoante defende MOURA (2009, p. 99).

Quanto aos demais requisitos, não vemos razão para não se exigir a coexistência necessária da gravidade, da precisão e da concordância para a prova indiciária como quer a redação do dispositivo previsto no Projeto do C.P.P.B. Se não fosse assim, não se teria redigido a norma aditivamente, *e...e...e*, mas alternativamente, *ou...ou...ou*. Definitivamente o legislador fez sua opção nesse sentido. Veja-se que, como prova legal negativa que é, o modelo preconizado pelo artigo 168, § 1º, do Projeto chama a atenção para a inadmissibilidade da prova indiciária para a verificação da existência de um fato no processo penal, só se podendo aceitá-la se os tais indícios estiverem revestidos da gravidade, precisão e concordância. Não há, segundo entendemos, como se admitir o atendimento dessa regra probatória apenas com indícios graves e concordantes ou precisos e concordantes.

Adotando, por isso, a chamada corrente restritiva ou garantista, vislumbramos a plena possibilidade de haver dois indícios, *i.e.*, duas inferências decorrentes de fatos que sejam ambos, obrigatoriamente, graves e precisos, dentro do significado já dito, e concordes, harmônicos, não contraditórios, para, dessa maneira, se observar a regra disposta na norma legal. Assim, caso haja a presença de dois indícios graves e precisos que sejam concordantes, satisfaz-se o teor do artigo 168, §1º, do Projeto. Não se pode afirmar que deva haver três indícios e todos eles graves, precisos e concordantes, até porque a concordância, como atrás vimos, não se caracteriza exclusivamente, mas, decorre de uma inferência, tratando-se de uma categoria que verifica a consonância e coerência dos demais indícios.

Discussão interessante que surge deita suas razões especificamente sobre esse ponto da concordância e sua vinculação (ou não) com a convergência. Em síntese, se se tratam da mesma coisa em termos distintos.

Diferenciando concordância e convergência, pondera Coelho que aquela significa, simplesmente, que eles se ajustam, são concordes, não se repelem nem se anulam, enquanto que a convergência o passo posterior à concordância, pois, elucida que esta não está nos indícios, mas nas inferências ou conclusões lógicas que deles se vai extrair, apontando nessa ou naquela direção. Em resumo, sustenta que os indícios *uma vez concordes, são o ponto de partida para a operação lógica de constatar sua convergência ou não para determinado ponto, já que pode haver “concordância” sem “convergência”, porque levando a vários caminhos ou direções* (COELHO, 1996, pp. 67/68).

Malatesta (1960, p. 240), por sua vez, explicita que a concordância e a convergência dos indícios observa que o aumento de fé, derivado do acúmulo dos indícios, explica-se diversamente, por um argumento probatório especial, surgido do concurso de várias provas, argumento probatório que lhe parece dever chamar-se da convergência das provas. Por outras palavras, sob o aspecto positivo, a convergência de provas se resolve na intensa presunção de verdade do fato ordinário, que é o indicado pelas provas concordantes. Battaglio (1995, p. 420), aglutinando claramente os dois significados, afirma que a concordância pressupõe a existência de uma pluralidade de circunstâncias dotadas de valor probatório que juntas convergem no sentido de um único resultado. Nesse particular, sem embargo da frutífera discussão existente no plano da convergência dos indícios, temos que a concordância a que alude o projeto processual garante, a um só tempo, além da pluralidade de indícios, que estes caminhem sempre em uma mesma direção, convergentes, portanto.

A regra probatória inserta no artigo 168, § 1º, do projeto de reforma do Código de processo penal prima pela exigência de completude e solidez, podendo-se afirmar com Moura (2009, p. 99) que “se um indício sério resta em desacordo com o conjunto, é necessário procurar a causa; se a discórdia persiste, é uma falha que pode comprometer a sua eficácia probante”.

Com efeito, o ponto nodal da prova indiciária conforme o projeto reside nos seus critérios de admissibilidade, não havendo o que se questionar sobre a possibilidade de se fundamentar uma condenação baseada em indícios, exatamente por esse o escopo legislativo com essa regulamentação da prova por indícios. Dessa forma, a valoração da prova indiciária decorre diretamente do atendimento dos seus critérios de admissibilidade e, uma vez conforme o projeto do CPPB, proporcionará mais segurança e possibilidade de controle sobre a condenação lastreada na prova indiciária.

CONCLUSÕES

A prova por indícios é motivo de antiga discussão acerca exatamente de sua validade e credibilidade. Advinda do velho sistema da prova legal ou tarifada, a prova indiciária já teve valor de prova semiplena ou de prova menor.

Essa ideia se encontra superada, passando a prova indiciária a ser considerada tecnicamente como prova indireta, resultado de uma operação aditiva entre o fato conhecido e o raciocínio lógico indiciário que se realiza nessa prova, confirmando-a como o produto final da inferência lógica deduzida entre o fato conhecido e o fato a ser provado no processo penal.

Sem embargo da noção puramente técnica sobre a prova indiciária, ainda se questiona sobre sua força probante. Por isso o legislador projetou nova disciplina para a prova por indícios, exigindo-se, caso a norma prevista no artigo 168, § 1º, do projeto de reforma do Código de Processo Penal seja aprovada, que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, conforme o modelo da prova indiciária previsto no Código de Processo Penal italiano, visando estabelecer critérios mais seguros e controláveis para essa relevante prova.

Para tanto, é essencial que o julgador valere os indícios conforme a sua persuasão racional, atendendo sempre à confirmação do fato indiciante e, em seguida, à verificação da gravidade, precisão e concordância dos indícios para a confirmação de um fato criminoso e de sua autoria.

A *gravidade* está relacionada ao grau de relevância e pertinência do fato conhecido em relação ao fato que se queira provar, devendo ser considerado grave o indício que demonstrar a ocorrência do fato cuja existência deve ser verificada com elevado grau de probabilidade, *i.e.*, com robustez e evidência. Já a *precisão* se relaciona com a resistência da regra de experiência a possíveis objeções, demonstrando ser efetivamente convincente dentre as hipóteses sugeridas. A *concordância* exige que a comprovação dos elementos delitivos somente pode ser feita por indícios quanto haja pluralidade ou concurso de indícios.

Atestados que os diversos indícios são graves e precisos, o julgador deve realizar uma valoração conjunta com os demais meios de prova a fim de pô-los à prova com todo o conjunto probatório produzido validamente na instrução processual, demonstrando todo o raciocínio indiciário percorrido. Dessa forma, estabiliza-se a prova indiciária, propiciando-se a almejada objetividade e segurança para essa relevante e ainda polêmica prova no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BATAGLIO, Silvia. “Indizio” e “Prova indiziaria” nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1995, pp. 395-426.

COELHO, Walter. *A prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor-Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS, 1996.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. Tradução da 5ª edição argentina por Erico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FAUTRIER, Segundo. *La Prueba de Indicios*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1940, p. 57.

FECURY NOGUEIRA, Rafael. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 27, n. 156, p. 307-352., jun. 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151452.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, volume II.

GASCÓN ABELLAN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante. n.28, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- IACOBONO, Alessandro. *Prova Legale e Libero Convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzcos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LAUDAN, Larry. Por qué un estandar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estandar. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n.28. 2005.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova penal*. 2ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica das provas em matéria criminal*, trad. Alexandre Correia, São Paulo: Saraiva, 1960, vol I.
- MESSINA, Salvatore. *Il Regime delle Prove nel Nuovo Codice di Procedura Penal*. Milano: Società Editrice Libreria, 1914, pp. 307-310.
- MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de prueba en materia Criminal*. Traducción al castellano por Primitivo Gonzalez del Alba. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução para o português de Alberto Antônio Soares e Anotações de Pontes de Miranda. 3ª ed. Jacintho Ribeiro dos Santos: 1917.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. 1ª ed. (reimpressão) Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura penale*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2004.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- PIERANGELLI, José Henrique. Da prova indiciária. *Revista dos Tribunais*, vol. 610, ano 75, agosto de 1986, pp. 283-303.
- PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria. *Manuale di procedura penale*. Bologna: Monduzzi, 1994.

SALAVERRIA, Juan Igartua. Prolongaciones a partir de Laudan. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n.28. 2005.

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

SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di lá del Ragionevole dubbio e oltre: Um tentativo di chiarezza sui principi*. Milano: Giuffrè, 2008.

STELLA, Federico; GALAVOTTI, Maria Carla. L'oltre il ragionevole dubbio come standard probatorio – Le infondate divagazioni dell'espistemolog Laudan. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*. V. 48, fasc. 3, Milano, 2005.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *The American journal of comparative law*, HeinOnline, n° 51, 2003.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução da 4ª edição italiana (2000), de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, volume IV.

TOZZI, Antonio. L' Evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XVII, parte I, anno 1940. Padova, 1974, pp. 125-155 e 212-229.