

Prova indiciária e as novas formas de criminalidade¹

I

A actividade probatória é constituída pelo complexo de actos que tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência, ou inexistência, de uma determinada situação factual. Na formação da convicção judicial intervêm provas e presunções, sendo certo que as primeiras são instrumentos de verificação directa dos factos ocorridos e as segundas permitem estabelecer a ligação entre o que temos por adquirido e aquilo que as regras da experiência nos ensinam poder inferir.

É clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se aos factos probandos, ao tema da prova, enquanto a prova indirecta, ou indiciária, se refere a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação quanto ao tema da prova (v.g., uma coisa é ver homicídio e outra encontrar o suspeito com a arma do crime).

Na prova indiciária, mais do que em qualquer outra, intervêm a inteligência e a lógica do juiz. A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica (v.g., a prova directa – impressão digital – colocada no objecto furtado permite presumir que o seu autor está relacionado com o furto; da mesma forma, o sêmen do suspeito na vítima de violação).

Aliás, é importante que se refira que a prova indiciária, ou o funcionamento da lógica e das presunções, bem como das máximas da experiência, é transversal a toda a teoria da prova, começando pela averiguação do elemento subjectivo de crime, que só deste modo pode ser alcançado, até à própria creditação da prova directa constante do

¹ Intervenção no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau em 30 de Novembro de 2011.

testemunho (a intenção de matar infere-se da zona atingida; da arma empregada; da forma de utilização).

A primeira tentativa de regulação formal da prova indiciária verificou-se com a Constituição Criminal Carolina da Alemanha, considerada como o primeiro código penal da Idade Média, a qual regulou em detalhe a prova por indícios, ainda que negando-lhe a capacidade para fundamentar uma condenação. A mesma prova por indícios justificava que, com base na sua existência, o juiz recorresse à tortura do suspeito para provocar a confissão, que, na época, era considerada a rainha de todas as provas (*regina probatorum*) e, uma vez obtida, constituía prova plena. Sem embargo, foi a supressão da tortura como método de prova que atribuiu à prova indiciária o seu valor como meio de convicção autónomo. Foi longo o percurso ensaiado pela prova indiciária até atingir a sua maioridade e lograr obter um lugar de relevo entre os meios de prova, nomeadamente em processo penal. Na verdade, uma visão transversal ao longo da História imprime a ideia de que os indícios têm sido o elemento essencial nalguns dos grandes processos criminais e os casos Dreyfus², Lokerbie³, O. J. Simpson⁴ são exemplos dessa afirmação.

² Caso Dreyfus – foi um escândalo político que dividiu a França por muitos anos, durante o final do século XIX. Centrava-se na condenação por alta traição de Alfred Dreyfus em 1894, um oficial de artilharia do exército francês, de origem judaica. O acusado sofreu um processo fraudulento conduzido a portas fechadas. Dreyfus era, em verdade, inocente: a condenação baseava-se em documentos falsos. Quando os oficiais de alta patente franceses se aperceberam disto, tentaram ocultar o erro judicial. A farsa foi acobertada por uma onda de nacionalismo e xenofobia que invadiu a Europa no final do século XIX.

³ A importância dos indícios foi fundamental no caso Lokerbie pelo que, para uma melhor compreensão se transcreve Informação constante da Wikipedia “The initial investigation into the crash site by Dumfries and Galloway Constabulary involved many helicopter surveys, satellite imaging, and a fingertip search of the area by police and soldiers. More than 10,000 pieces of debris were retrieved, tagged and entered into a computer tracking system. The perpetrators had apparently initially intended the plane to crash into the sea, destroying any traceable evidence, but the late departure time of the aircraft meant that its explosion over land left a veritable trail of evidence.

The fuselage of the aircraft was reconstructed by air accident investigators, revealing a 20-inch (510 mm) hole consistent with an explosion in the forward cargo hold. Examination of the baggage containers revealed that the container nearest the hole had blackening, pitting, and severe damage indicating a "high-energy event" had taken place inside it. A series of test explosions were carried out to confirm the precise location and quantity of explosive used.

Cassette player similar to the one allegedly used in the disaster fragments of a Samsonite suitcase believed to have contained the bomb were recovered, together with parts and pieces of circuit board

Diversos factores se conjugam nesse voltar de página, em que convergem as imposições de novos tipos de criminalidade, como é o caso da criminalidade económica e financeira, em que os sinais, ou indícios, são factores essenciais para descodificar situações ambíguas, ou, numa outra perspectiva, derivam da espantosa evolução que se

identified as part of a Toshiba Bombeat radio cassette player, similar to that used to conceal a Semtex bomb seized by West German police from the Palestinian militant group Popular Front for the Liberation of Palestine - General Command two months earlier. Items of baby clothing, which were subsequently proven to have been made in Malta, were also thought to have come from the same suitcase.

The clothes were traced to a Maltese merchant, Tony Gauci, who became a key prosecution witness, testifying that he sold the clothes to a man of Libyan appearance. Gauci was interviewed 23 times, giving contradictory evidence about who had bought the clothes, that person's age, appearance and the date of purchase but later identified Abdelbaset al-Megrahi. As Megrahi had only been in Malta on 7 December, that date was assumed to be the purchase date. An official report, providing information not made available to the defence during the original trial, stated that, four days before identifying al-Megrahi for the first time, Gauci had seen a picture of al-Megrahi in a magazine which connected him to the bombing, a fact which could have distorted his judgment. The date is also in doubt as Gauci had testified that Malta's Christmas lights had not been on when the clothes had been purchased, it has since been found they had been switched on 6 December. Scottish police had also failed to inform the defence that another witness had testified seeing Libyan men making a similar purchase on a different day.

A circuit board fragment, allegedly found embedded in a piece of charred material, was identified as part of an electronic timer similar to that found on a Libyan intelligence agent who had been arrested 10 months previously, carrying materials for a Semtex bomb. The timer allegedly was traced through its Swiss manufacturer, Mebo, to the Libyan military, and Mebo employee Ulrich Lumpert identified the fragment at al-Megrahi's trial. Mebo's owner, Edwin Bollier testified at the trial that the Scottish police had originally shown him a fragment of a brown 8-ply circuit board, of a prototype timer which had never been supplied to Libya. Yet the sample he was asked to identify at the trial was a green 9-ply circuit board that Mebo had indeed supplied to Libya. Bollier wanted to pursue this discrepancy, but was told by trial Judge, Lord Sutherland, that he could not do so.[Bollier later revealed that in 1991 he had declined an offer from the FBI of \$4 million to testify that the timer fragment was part of a Mebo MST-13 timer supplied to Libya. On 18 July 2007, Ulrich Lumpert admitted he had lied at the trial. In a sworn affidavit before a Zurich notary public, Lumpert stated that he had stolen a prototype MST-13 timer printed circuit board from Mebo and gave it without permission on 22 June 1989, to "an official person investigating the Lockerbie case". Dr Hans Köchler, UN observer at the Lockerbie trial, who was sent a copy of Lumpert's affidavit, said: "The Scottish authorities are now obliged to investigate this situation. Not only has Mr Lumpert admitted to stealing a sample of the timer, but to the fact he gave it to an official and then lied in court". Traces of high explosives RDX and pentaerythritol tetranitrate (PETN) were found in close proximity to the explosion.

Investigators discovered that a bag had been routed onto PA 103, via the interline baggage system at Frankfurt, from the station and approximate time at which bags were unloaded from flight KM180 from Malta. Although documentation for flight KM180 indicated that all bags on that flight were accounted for, the court inferred that the bag came from that flight and that it contained the bomb. In 2009, it was revealed that security guard Ray Manley had reported that Heathrow's Pan Am baggage area had been broken into 17 hours before flight 103 took off. Police lost the report and it was never investigated or brought up at trial."

⁴ No qual a análise de ADN assumiu um papel fundamental.

verificou na área da investigação criminal, e que vão desde o ADN até às mais elaboradas tecnologias (v.g., *profiling*⁵ ou *Rasterfahndung*⁶).

⁵ O *profiling* refere-se à aplicação das concepções da psicologia na investigação criminal, aceite no domínio da psicologia forense, já desenvolvida e utilizada por numerosos psicólogos forenses em vários países. De acordo com Spitzer, o *profiling* consiste numa competência de perícia forense pluridisciplinar que se consolida com o desenvolvimento de outras áreas, designadamente: a criminologia, a psicologia, a psiquiatria, a criminalística e qualquer outra ciência humana necessária na investigação criminal (antropologia, geografia, sociologia). O processo de inferência das características de indivíduos responsáveis por actos criminais diz respeito à noção de *profiling*, que é uma das subcategorias das técnicas de investigação criminal e que faz a correspondência entre a personalidade e o comportamento criminal. Embora se trate de um modelo de predição recente e em desenvolvimento, o objecto e a função desta técnica supõe a compreensão do criminoso e do crime. O *profiling* consiste num processo de análise criminal que associa as competências do investigador criminal e do especialista em comportamento humano. Trata-se de uma perícia pluridisciplinar, logo, dificilmente um só indivíduo pode pretender reunir tais características. O *profiling* é uma das componentes da análise criminal, mas também funciona como seu prolongamento. Enquanto componente é, muitas vezes, conceptualizada pelo termo *Criminal Investigative Analysis* (CIA) e definida como a tentativa para estabelecer hipóteses acerca de um criminoso, com base na análise da cena do crime, da vitimologia e do estado actual dos conhecimentos sobre os agressores. Enquanto prolongamento da análise criminal, o *profiling* visa elaborar o perfil criminal, pelo que recorre a análises mais específicas, tais como: *criminal profiling*, *offender profiling*, *psychological profiling*, *investigative profiling*, *crime scene profiling*, *criminal behaviour profiling*. Numa tentativa de definição mais lata, o *profiling* consiste em deduzir e/ou induzir a imagem psicossocial, o mais rigorosa possível, de um indivíduo, a partir da análise de um conjunto de informações relativas às circunstâncias criminais verificadas na cena de crime e reunidas em *dossier* de instrução. A recolha e a inferência de dados pretendem fornecer informação específica sobre potenciais criminosos. McCrary reforça a ideia de que *profiling* é a descrição de traços e características de um agressor desconhecido, já que se considera que qualquer comportamento reflecte a personalidade de um indivíduo. Faz questão de salientar, ainda, que as características do criminoso devem ser consideradas factores de predição, meramente indicativos, na tentativa de identificar o agressor: Em síntese, constata-se que os principais objectivos do *profiling* são orientar as investigações, com o auxílio das ciências humanas e das ciências criminais, ligar os casos, identificar crimes com as mesmas características, ajustar as estratégias ao perfil do criminoso e emitir recomendações em vários domínios da criminologia (Cf. Elisabete Correia, Susana Lucas, Alicia Lamia, “Profiling: Uma técnica auxiliar de investigação criminal”, *Análise Psicológica* (2007), 4 (XXV): 595-601).

⁶ O método de investigação policial regulado no processo penal alemão (StPO) e conhecido com o nome de *Rasterfahndung* consiste numa análise computadorizada de dados pessoais, os quais estão recolhidos e armazenados em arquivos pertencentes a instâncias alheias à administração de justiça penal para uma finalidade distinta de perseguição de delitos. A análise dos ditos dados produz-se a partir da elaboração, por parte das instâncias policiais, de determinados critérios criminológicos (denominados *Rastern*), ajustados tanto ao delito que é objecto de perseguição como ao presumido autor do mesmo. Afectados pela medida do *Rasterfahndung* estão, em princípio, todas as pessoas cujos dados estão recolhidos no arquivo em questão, ou seja, incluindo pessoas em princípio não suspeitas. Neste sentido, este método de investigação policial apresenta-se, em princípio, como uma ingerência de carácter processual no direito fundamental de todo cidadão a decidir por si mesmo sobre a transmissão de dados de carácter pessoal.

Porém, mais importante do que a constatação da evolução histórica, é a procura de denominadores comuns que nos permitam elencar aqueles que devem ser os requisitos gerais de tal tipo de prova. Com tal intuito, procuremos, em termos de direito comparado, algumas pistas que nos possam orientar nesse percurso, incidindo a nossa atenção sobre duas jurisdições de perfil distinto, em que a jurisprudência relativa à criminalidade económica e a prova indiciária são particularmente férteis.

Assim, nos Estados Unidos, na condenação pelo crime de branqueamento de capitais, nomeadamente provenientes da droga, a prova fundamenta-se, muitas vezes, em elementos circunstanciais, ou seja, em prova indirecta. Enumeremos alguns exemplos:

a) **Em United States v. Abbel, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001)**, decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transacções do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;

b) **Em United States v. Calb, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995)**, entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar estupefacientes, pode-se concluir que o dinheiro utilizado na aquisição era proveniente de tráfico de estupefacientes;

c) **Em United States v. Reiss, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999)**, a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;

d) **Em casos como United States v. Hardwell, 80 F. 3d 1471 (10th Cir. 1996), e United States v. King, 169 F.ed 1035 (6th Cir. 1999)**, decidiu-se que a falta de prova de proveniência dos fundos empregados era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados.

De forma semelhante, o Supremo Tribunal espanhol tem vindo a pronunciar-se sucessivamente, enumerando-se quatro decisões paradigmáticas:

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 190/2006, de 1 de Março de 2006

I — 1 — Para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que a base indiciária, plenamente reconhecida mediante prova directa:

- a) seja constituída por uma pluralidade de indícios (embora excepcionalmente possa admitir-se um só se o seu significado for determinante),*
- b) que não percam força creditória pela presença de outros possíveis contra indícios que neutralizem a sua eficácia probatória,*
- c) e que a argumentação sobre que assente a conclusão probatória resulte inteiramente razoável face a critérios lógicos do discernimento humano.*

II — São indícios que permitem superar o princípio da presunção de inocência:

- 1 — o aumento desusado do património do acusado, traduzido na aquisição de bens (embarcação, motociclo e outros),*
- 2 — a inexistência de negócio lícitos, devidamente justificados, que justifiquem tal aumento,*
- 3 — as características da referida embarcação, semelhante às que são frequentemente utilizadas para o transporte de drogas através do Estreito de Gibraltar, zona em que reside,*
- 4 — o seu relacionamento com actividades e pessoas ligadas ao tráfico de drogas,*
- 5 — as viagens realizadas pela sua embarcação através do Estreito de Gibraltar, transportando haxixe,*
- 6 — e a própria inverosimilhança da versão exculpatória que apresentou.*

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 392/2006, de 6 de Abril de 2006

1 — A prova indiciária, circunstancial ou indirecta é suficiente para determinar a participação no facto punível sempre que se reúnam os requisitos seguintes:

1.1 — De carácter formal:

- a) que na sentença se expressem os factos — base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;*
- b) que na sentença se explicita o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado no mesmo. Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível no caso de prova indiciária, precisamente para possibilitar o controlo, em sede de recurso, da racionalidade da inferência.*

1.2 — *De carácter material:*

- a) *os indícios devem estar plenamente comprovados, através de prova directa,*
- b) *devem ser de natureza inequivocamente acusatória,*
- c) *devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,*
- d) *devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,*
- e) *sendo vários devem estar inter-relacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.*

2 — *Requisitos do juízo de inferência:*

- a) *que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda às regras da lógica e da experiência;*
- b) *que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso e directo, segundo as regras do critério humano.*

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 557/2006, de 22 de Maio de 2006

1 — *A prova por indícios, indirecta, mediata, circunstancial, por inferências, por presunção ou por conjecturas tem valor como prova de acusação em processo penal e, por isso, há-de considerar-se apta para infirmar a presunção de inocência do art. 24.º, n.º 2, da Constituição.*

2 — *Pressupostos para a correcta aplicação deste tipo de prova:*

- a) *A existência de “factos básicos” plenamente provados que, em regra, hão-de ser plurais, concomitantes e inter-relacionados (art. 386.º, n.º 1, do Cod. Proc. Civil);*
 - (i) *É necessário que os “factos básicos” sejam plurais e que todos eles, apreciados globalmente (e não um a um ou separadamente) nos conduzam ao “facto consequência”, por serem concomitantes e por estarem relacionados entre si na perspectiva da acreditação de um dado factual que de outro modo não ficaria provado.*
- b) *O estabelecimento, entre esses “factos básicos” e o facto que se pretende provar (“facto consequência”) de uma ligação precisa e directa segundo as regras do critério e experiência humanos.*
 - (i) *Essa ligação directa existe quando, confirmados os factos básicos, possa afirmar-se que se produziu o facto consequência porque as coisas usualmente ocorrem assim e assim o pode entender quem proceda a um exame detido da questão.*

3 — *O órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos “factos básicos” e da sua conexão com o “facto consequência”, assim como analisar as explicações que o arguido tenha oferecido, para admiti-las como credíveis ou refutá-las.*

4 — Respeitou o direito à presunção de inocência a decisão condenatória que assentou nos seguintes “factos básicos”.

(i) aumento desusado do património do arguido, revelado pela aquisição das embarcações X (no valor de 15 000 euros) e Y (no valor de 28 200 euros);

(ii) inexistência de ocupação laboral, negócios ou outras actividades por parte do arguido, que possam justificar os ganhos necessários para tais aquisições;

(iii) existência de vínculo ou conexão do acusado com actividades de tráfico de estupefacientes.

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 1133/2006, de 21 de Novembro de 2006

1 — Constitui branqueamento o câmbio de pesetas por dólares, quando o dinheiro seja procedente do tráfico de drogas.

2 — A prova da procedência do dinheiro cambiado, elemento essencial para a condenação por branqueamento, exige que se explanem devidamente os indícios em que assenta, isto é, que se descrevam os “factos básicos” que por via da prova indiciária (inferência ou dedução) nos possam conduzir à afirmação de que esse dinheiro provinha do tráfico de drogas.

3 — Não se faz prova da origem ilícita desse dinheiro se apenas se podem estabelecer como factos básicos:

(i) que foram feitas muitas operações de câmbio de moeda pelos arguidos;

(ii) que na posse de um deles foi encontrada uma agenda de onde constava o número de telefone de um indivíduo arguido num processo por tráfico de estupefacientes.

Igualmente com o mesmo intuito, refira-se, a título de exemplo, o Acórdão de 2 de Abril de 2011 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (estava em causa a presunção do tráfico de armas, em relação com a diversidade e qualidade do armamento apreendido, e a forma que deve apresentar a prova que pretende colocar em causa os indícios, ou seja, os contra-indícios):

I — A avaliação dos indícios pelo juiz implica uma especial atenção que devem merecer os factos que se alinham num sentido oposto ao dos indícios culpabilizantes, pois que a sua comparação é que torna possível a decisão sobre a existência, e gravidade, das provas.

II — Os factos que visam o enfraquecimento da responsabilidade do arguido, sustentada na prova indiciária, são de duas ordens – uns impedem absolutamente, ou pelo menos dificilmente

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

III — Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício. Dito por outras palavras, o funcionamento do contra indício, ou do indício de teor negativo, tem como pressuposto básico a afirmação de uma regra de experiência que permita, perante um determinado facto, a afirmação de que está debilitada a conclusão que se extraiu dos indícios de teor positivo.

Refira-se, também, a título de exemplo, o Acórdão de 11 de Julho de 2007 (estava em causa um crime de homicídio em que o arguido apresentou para desconto um cheque emitido pela vítima, sem qualquer justificação para tal, e o principal indício era constituído por uma mancha de sangue da vítima no sapato do arguido), que refere:

IV — A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V — Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI — A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar inter-relacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII — O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexu preciso, directo, segundo as regras da experiência.

II

Face a tais decisões, procuremos agora detectar algumas linhas de força que nos guiem na construção das regras da prova indiciária. Assim, e em primeiro lugar, tal como refere Marieta⁷ são dois os elementos da prova indiciária:

a)-Em primeiro lugar o indício que será todo o facto certo e provado com virtualidade para dar conhecer outro facto que com ele está relacionado. (Dellepiane define-o como todo o rasto vestígio, circunstancia e em geral todo o facto conhecido, ou melhor devidamente comprovado, susceptível de levar, por via da inferência ao conhecimento de outro facto desconhecido)

O indício constitui a premissa menor do silogismo que, associado a um princípio empírico, ou a uma regra da experiência, vai permitir alcançar uma convicção sobre o facto a provar. Este elemento de prova requer em primeiro lugar que o indício esteja plenamente demonstrado, nomeadamente através de prova directa (v.g. prova testemunhal no sentido de que o arguido detinha em seu poder objecto furtado ou no sentido de que no local foi deixado um rasto de travagem de dezenas de metros).

b)- Em segundo lugar é necessária a existência da presunção que é a inferência que, aliada ao indício, permite demonstrar um facto distinto. A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior:-a lei baseada na experiência; na ciência ou no sentido comum que apoiada no indicio-premissa menor- permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.

⁷ La Prueba em Processo Penal pag 59

A inferência realizada deve apoiar-se numa regra geral e constante e permite passar do estado de ignorância sobre a existência de um facto para a certeza, ultrapassando o estado de dúvida e probabilidade.

Sufragando nós tal entendimento, expresso por Marieta, não podemos deixar de aprofundar algumas das questões suscitadas pela elaboração do juízo de inferência que justifica o salto entre o facto básico ou indício e o facto consequência

Na verdade, como refere Ragués i Vallès⁸ ao pronunciar-se sobre a **prova do dolo** em processo penal na prova indiciária intervêm dois tipos de enunciados distintos que se empregam num juízo de inferência: as chamadas regras da lógica formal e as regras da experiência. Para se poder afirmar que a conclusão obtida através da prova de indícios coincide com a realidade afirma o mesmo Autor que são necessários dois pressupostos básicos e irrenunciáveis: as regras da experiência que se apliquem em termos de premissa maior devem ser enunciados por forma a que transmitam declarações seguras, e irrefutáveis, sobre o conteúdo da referida realidade e, em segundo lugar, é necessário também que os factos provados, que se conjugam em termos de premissa menor do silogismo judiciário correspondam inteiramente á realidade.

Dentro das regras da experiência que vigoram na nossa sociedade podem identificar-se dois grandes grupos: por um lado as leis científicas e, por outro, todas aquelas ilações que não são mais do que as regras de experiência quotidiana. As primeiras formam-se a partir dos resultados obtidos pelas investigações das ciências, a que se atribui o carácter de empíricas, enquanto que as outras assentam na denominada experiência quotidiana que surge através da observação, ainda que não exclusivamente científica, de determinados fenómenos ou práticas e a respeito das quais se podem estabelecer consenso.⁹

⁸ El dolo y su prueba en el proceso penal pag 243

⁹ Como refere Jaime Torres importa distinguir dois tipos diferentes de regra de experiência: as regras de experiência de conhecimento geral ou, dito por outra forma, as regras gerais empíricas cujo conhecimento se pressupõe existente em qualquer pessoa que tenha um determinado nível de formação geral e, por outro lado, as máximas de experiência especializada cujo conhecimento só se pode supor em sujeitos que tenham uma formação específica num determinado ramo de ciência, técnica ou arte.

Partindo do pressuposto da necessidade de uma afirmação certa e segura da inferência, consubstanciada na regra de experiência, adianta aquele mesmo Autor (referindo-se às condições de legitimidade que uma concepção psicológica de determinação do dolo exige em termos de indícios) que, para que se afirme uma determinada realidade como consequência do facto indiciante é necessária a existência de regras que afirmem que é segura a existência dessa realidade (a água passa do estado líquido a sólido aos zero graus de temperatura; ninguém pode estar em dois lados distintos ao mesmo tempo). Nesta perspectiva as regras que afirmam sob que condições é provável um determinado conhecimento não respeitam as condições para afirmação de uma concepção psicológica do dolo pois não permitem afastar que, no caso concreto, se verifique a hipótese excluída da probabilidade, ou seja, a admissibilidade do juízo de probabilidade ¹⁰ como base do indicio implica a aceitação da possibilidade de que a conclusão não corresponda com a realidade.

Tal concepção é, quanto a nós, seguramente de rejeitar pois que, como bem refere Marker¹¹, a maior parte das vezes a premissa maior é uma regra de probabilidade que, frequentemente, nem sequer é segura. Stein por sua vez entende que as regras da experiência quotidiana só podem levar a apreciações aproximativas. Aliás, o entendimento de que a actual sociedade só atribui capacidade de transmitir conhecimento certos sobre a realidade às regras obtidas mediante conhecimento

Usando tais regras de experiência entendemos que o juiz pode utilizar livremente, sem necessidade de prova sobre elas, as regras de experiência cujo conhecimento se pode supor numa pessoa com a sua formação (concretamente formação universitária no campo das ciências sociais). O próprio ordenamento jurídico parte da liberdade do juiz para utilizar estas máximas da experiência de conhecimento geral sem que as mesmas se inscrevam no processo através da produção de prova.

As razões que fundamentam a liberdade do juiz para a utilização dos seus conhecimentos de máxima da experiência são as mesmas que impõem a desnecessidade de fixação de factos notórios. Em qualquer um destes casos o que se pede ao juiz é que utilize os seus conhecimentos sobre máximas da experiência comum sem que importe a forma como os adquiriu

¹⁰ Da sua exigência de uma regra certa como base de inferência parte Vallés para uma situação de quase aporia dificilmente sustentável quando em relação á prova psicológica do dolo afirma eu para se ser coerente a exigência de uma plena constatação da realidade psicológica passa necessariamente por uma redução do número de casos em que é possível formular uma condenação pela prática de um crime doloso.

¹¹ Vorsatz und Fahrlässigkeit pag 182, citado por Vallés

científico-únicas que seriam as únicas susceptíveis de uma afirmação de incontida certeza sobre a realidade que atesta- implicaria a negação da possibilidade de existência de regras de experiência do quotidiano como suporte de conhecimento e de prova indiciária¹².

Certamente que não é esse grau de absoluta certeza que deve estar presente em cada inferência que se faz do facto indiciante como ligação ao facto indiciado. Como afirma Marieta, corroborado pela totalidade dos Autores que se debruçaram sobre esta matéria, a prova indiciária é uma prova de probabilidades e é a soma das probabilidades que se verifica em relação a cada facto indiciado que determinará a certeza. Todavia, a transposição da soma de probabilidades que dá a convergência dos factos indiciados para a certeza sobre o facto, ou factos probandos, que consubstanciam a responsabilidade criminal do agente é uma operação em que a lógica se interliga com o domínio da livre convicção do juiz. Convicção sustentada, e motivada, mas que, nem por isso deixa de significar a passagem do Rubicão, ou seja, do domínio da possibilidade para a formatação de uma íntima convicção sobre a certeza do facto.

Na verdade, a máxima da experiência é uma regra que exprime aquilo que sucede na maior parte dos casos, mais precisamente é uma regra extraída de casos semelhantes. A experiência permite formular um juízo de relação entre factos, ou seja, é uma inferência que permite a afirmação que uma determinada categoria de casos é normalmente acompanhada de uma outra categoria de factos. Parte-se do pressuposto de que “em casos semelhantes existe um idêntico comportamento humano” e este relacionamento permite afirmar um facto histórico não com plena certeza mas, como afirma Tonini¹³, como uma possibilidade mais ou menos ampla.

A máxima da experiência é uma regra e, assim, não pertence ao mundo dos factos, conseqüentemente origina um juízo de probabilidade e não de certeza.

¹² Sem embargo não é possível descartar a possibilidade teórica de, em determinados casos existirem regras de experiência quotidiana susceptíveis de transmitir conhecimentos certos e seguros

¹³ La Prova Penale pag 16 e seg

As inferências lógicas aptas a propiciar a prova indiciária podem, também, consistir em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura media ou leis científicas aceites como válidas sem restrição. Em matérias que impliquem especiais competências técnicas científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será proporcional á certeza da afirmação científica.¹⁴

Como refere Dellepiane só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa. A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa¹⁵

Noutras circunstâncias estaremos sempre perante uma probabilidade, ou seja, como afirma Lopez Moreno ¹⁶ a teoria dos indícios reduz-se á **teoria das probabilidades** e a prova indiciária resulta do concurso de vários factos que demonstram a existência de um terceiro que é precisamente aquele que se pretende averiguar. Note-se que a concorrência de vários indícios numa mesma direcção, partindo de pontos diferentes, aumenta as probabilidades de cada um deles com uma nova probabilidade que resulta da união de todas as outras constituindo uma verdadeira resultante

No mesmo sentido se pronuncia Clement Duran quando refere que o princípio da normalidade se torna o fundamento de toda a presunção abstracta. Tal normalidade deriva da circunstância de a dinâmica das forças da natureza e, entre elas, das actividades humanas existir uma tendência constante para a repetição dos mesmos fenómenos. O referido principio está intimamente ligado com a causalidade: as mesmas

¹⁴ Independentemente da questão da natureza da inferência que constitui a prova indiciária; dedução indução abdução ou inferência analógica o certo é que a aplicação de um conhecimento científico está sujeito ás características de ser genérico experimentável e controlável

¹⁵ .A inferência indiciária de ordem analógica raras vezes é passível de chegar a um resultado certo pois que dificilmente se encontram duas hipóteses exactamente iguais

¹⁶ La prueba de indícios pag 145

causas produzem sempre os mesmos efeitos e tem justificação na existência de leis mais ou menos imutáveis que regulam de maneira uniforme o desenvolvimento do universo.

O princípio da causalidade significa formalmente que a todo o efeito precede uma causa determinada, ou seja, quando nos encontramos face a um efeito podemos presumir a presença da sua causa normal. Dito por outra forma, aceite uma causa, normalmente deve produzir-se um determinado efeito e, na inversa, aceite um efeito deve considerar-se como verificada uma determinada causa. O princípio da normalidade fundamenta a eleição da concreta causa produtora do efeito para a hipótese de se apresentarem como abstractamente possíveis várias causas. A análise das características próprias do facto permitirá excluir normalmente a presença de um certo número de causas pelo que a investigação fica reduzida a uma só causa que poderá considerar-se normalmente como a única produtora do efeito. Provado no caso concreto tal efeito deverá considerar-se provada a existência da causa.

Do exposto resulta que o princípio da normalidade, como fundamento que é de toda a presunção abstracta, concede um conhecimento que não é pleno, mas sim provável. **Só quando a presunção abstracta se converte em concreta, após o sopesar das contraprovas em sentido contrário e da respectiva valoração judicial se converterá o conhecimento provável em conhecimento certo ou pleno.**

Só este convencimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária-quando é este tipo de prova que está em causa-, pode alicerçar a convicção do julgador. Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer. Para que seja possível a condenação é imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com génese em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral, mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova.

A forma como se explana aquela prova fundando a convicção do julgador tem de estar bem patente o que se torna ainda mais evidente no caso da prova indiciária pois que aqui, e para além do funcionamento de factores ligados a um segmento de subjectividade que estão inerente aos princípios da imediação e oralidade, está, também, presente um factor objectivo, de rigor lógico que se consubstancia na existência daquela relação de normalidade, de causa para efeito, entre o indicio e a presunção que dele se extrai.

Como tal a enunciação da prova indiciária como fundamento da convicção do juiz tem de se expressar no catalogar dos factos base, ou indícios, que se considere provados e que vão servir de fundamento á dedução ou inferência e, ainda, que na sentença se explicita o raciocínio através do qual e partindo de tais indícios se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo. Esta explicitação ainda que sintética é essencial para avaliar a racionalidade da inferência.

III

Não faz a nossa lei processual penal qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária.

O funcionamento, e creditação desta, está dependente da convicção do julgador a qual, sendo uma convicção pessoal, deverá ser sempre objectivável e motivável nomeadamente em sede de sentença.

Por qualquer forma é incontornável a afirmação de que a gravidade do indicio está directamente ligada ao seu grau de convencimento: **é grave** o indicio que resiste ás objecções e que tem uma elevada carga de persuasividade como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Por seu turno **é preciso** o indicio quando não é susceptível de outras interpretações. Mas sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado ou,

como refere Tonini corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas

Por fim os indícios devem ser **concordantes**, convergindo na direcção da mesma conclusão facto indiciante. Porém, uma perplexidade assalta o analista estas áridas matéria na enumeração dos requisitos deste tipo de prova, pelo menos em face da lógica. É que ultrapassando a questão da necessidade de vários indícios ou da suficiência de um indício, o certo é que, quando existe aquela pluralidade, coloca-se a questão do objecto em função dos quais se deve avaliar os requisitos enunciados. **Nunca é demais sublinhar que é a compreensão global dos indícios existentes, estabelecendo correlações e lógica intrínsecas que permite e avaliza a passagem da multiplicidade de probabilidades, mais ou menos adquiridas, para um estado de certeza sobre o facto probando.**

Tal debate, crucial na jurisprudência italiana, tem tido três respostas diferentes: uma **mais garantista**; uma avaliação mais elástica e teleológica e uma tese intermédia. Para os primeiros os requisitos da gravidade; precisão e concordância devem verificar-se em relação a cada indício. Para a **tese intermédia** a avaliação da prova indiciária deve considerar os mesmos indícios em parte isoladamente e em parte na sua complexidade total. Mais precisamente o juízo de avaliação da prova indiciária deve acontecer em dois momentos bem distintos. No primeiro momento ocorre a avaliação de cada um dos indícios em termos de gravidade e precisão com o que se pretende, ante do mais, que cada indicio deve ser certo sobre a sua base de partida e, assim, deve estar rigorosamente provada a existência de uma circunstância indiciante; para além disso as regras de experiência comum; lógica ou científicas devem trazer á circunstância indiciante um número restrito e bem preciso de consequências devendo-se excluir da categoria de indicio todas as inferências excessivamente vagas. Só depois de se ter correctamente individualizado os indícios é possível- e necessário- passar á sua avaliação em termos de concordância de forma a restringir o campo das múltiplas possibilidades a uma única certeza.

A **terceira tese** coloca sobre um plano distinto os pressupostos e consequências. Segundo esta interpretação a prova indiciária deve emergir de uma avaliação global e unitária dos indícios: eles devem ser graves, precisos e concordantes, mas sempre numa perspectiva global, e não considerados isoladamente. É esta, no dizer de Tonini, a convergência na multiplicidade e o que importa é somente o resultado final de uma operação de co-avaliação dos indícios. Na verdade, o indício que, isoladamente, parece ser de pouca gravidade pode assumir uma importância decisiva no seu cotejo e articulação com os restantes indícios.¹⁷

IV

Pretendendo desenhar alguns dos princípios a que se refere a prova indiciária diremos que na mesma devem estar presentes condições relativas **aos factos indiciadores**; á **combinação ou síntese dos indícios**; á indiciárias **combinação das inferências indiciárias**; e á **conclusão das mesmas**^{18 19 20}

¹⁷ Conf Tonini Prova Penale pag 12 e seg

¹⁸ Dellepiene obra citada pag 93

¹⁹ Para Mittermeier a força dos indícios determina-se pelo cumprimento em cada caso e para cada um dos indícios das condições exigidas; pelo seu número; pela sua natureza e concordância: pelas suas relações com as presunções informativas.

²⁰ Conforme Rosas Castaneda -Algunas Consideraciones sobre la teoria de la prueba indiciaria em el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado:- *os indicios también pueden observarse según su fuerza conviccional, como tal, distinguirlos entre **indicios necesarios** y **contingentes**, según se requiera de uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. **Por su fuerza Conviccional: Indicios necesarios y contingentes** Ahora bien, lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen **indicios necesarios e indicios contingentes**, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del “dato indicado” al que conducen, por lo que están extensos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del thema probandum o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad; más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la causalidad. **Por su relación fáctica con el delito.- Indicios Antecedentes** Estos indicios son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona. Los tres últimos son los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que*

toda acción human, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente.- **Indicios Concomitantes** Son los indicios que resultan de la ejecución del delito, se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros, en la clasificación de **GORPHE**, también llamados de “oportunidad física”, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos. Los segundos, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos.3.- **Indicios Subsiguientes** Son, al decir de **MARTÍNEZ RAVE**, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de **GORPHE** se trata de los indicios de actividad sospechosa. Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos. Los **indicios de presencia y participación en el delito**, que también se pueden llamar de oportunidad física, o de oportunidad material en sentido estricto, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo del delito. En sentido amplio, aquí se ubican indicios muy diversos, sacados de todo vestigio, objeto o circunstancias que implique un acto en relación con la perpetración del delito: señales de fractura o de sustracción, rastros de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia del instrumento del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso.[Ese hecho material resulta sospechoso, solo porque no tiene justificación o, más aún, porque el acusado lo explica mal[Ahora bien, en cuanto a los **Indicios provenientes de la personalidad**, esta clase de indicios tienden a tomar en consideración la conducta anterior del sujeto y su personalidad a fin de inferir de ello si tiene capacidad delictiva que conduzca a presumir su autoría en el hecho que se investiga. En consecuencia, liminarmente es preciso hacer una importante aclaración respecto a que ello no importa adoptar un “Derecho Penal de autor”, sino simplemente valorar como prueba esos extremos para añadir al resto del material probatorio otros que resultan importantes para determinar en conjunto su responsabilidad. Así, los **indicios de capacidad** para delinquir, que también pueden llamarse de **oportunidad personal** proceden de la compatibilidad de la personalidad física y moral con el acto cometido. Por lo que se sabe del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones, se deduce que el acusado era capaz de haber cometido el delito imputado o, inclusive, que fue llevado a ejecutarlo. [33] Constituye una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: unas veces proporciona una simple posibilidad y otras, una probabilidad o verosimilitud, pero no certeza.**Indicios sobre el móvil delictivo:** Se debe partir de la premisa general de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil. [...] de modo que cuando un individuo, se decide a quebrantar la ley y exponerse a una sanción penal, es porque persigue obtener una ventaja, una venganza, o cualquier otro objetivo que se le presenta con tal intensidad que lo lleva a estimar con desdén la eventual sanción. Esta razón predominante es lo que se llama el móvil para delinquir; el cual, como es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comprobación, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El móvil puede considerarse bajo dos aspectos: externo, y entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e interno, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa el delito.[35] De allí que, el autor opta por realizar su objetivo asumiendo el riesgo de las consecuencias. Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo. **Indicios de actitud sospechosa:** Generalmente existen comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extravagancia permiten inferir que tiene relación con el delito cometido. Deducidos de lo que se llama rastros mentales o, en términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito; en pocas palabras, al comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito; es decir, tanto su malvada intención antes del delito, como su conciencia culpable después de haberlo realizado.**Indicios derivados de una mala justificación:** Una vez colectados suficientes elementos probatorios que indiquen a determinado sujeto como autor del hecho delictivo, es menester interrogar al mismo a los fines de que, dando su versión, explique las razones de la existencia de ese material de cargo uno por uno. Su discurso, cualquiera que sea, servirá para integrar la interpretación de aquellas pruebas. Tanto es así que si el inculcado suministra explicaciones satisfactorias y que además se comprueban, los elementos indiciarios existentes pierden eficacia. A la inversa, si sus justificaciones son inaceptables, ambiguas, equívocas, tendientes a eludir una respuesta concreta, deficientes, inventadas o mendaces, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargos desfavorable a su situación procesal. La mala justificación se erige así como un complemento indiciario de los demás elementos de prueba. Como se observa, las pautas que se han seguido en las ejecutorias mencionadas,

Assim

1) Os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena²¹

Porém, estamos em crer que a exclusão de indícios contingentes e múltiplos, que não deixam dúvidas acerca do facto indiciante como prova de um facto judiciário, e pela simples circunstância de serem resultado de prova indirecta, é arbitral e ilógica e constitui um consequência de preconceitos considerando a prova indiciária como uma prova inferior

A prova por inspecção ocular é a que, normalmente facilita a recolha de indícios pelo menos numa fase inicial de recolha da prova. Porém, como acentua Clement Duran os demais meios probatórios também transmitem elementos indiciários de relevo. Assim pode suceder com uma declaração ou um documento, uma parte ou um segmentos dos quais pode fazer alusão a um facto indiciário que é relevante para o julgamento (por exemplo se era noite se o carro tinha ficado fechado ou aberto qual foi o preço de aquisição etc)

Directamente relacionada com a questão da unidade, ou pluralidade de indícios, que se examinará, situa-se a questão dos indícios periféricos, ou instrumentais, em relação ao facto probando. Significa o exposto que os factos indiciantes não têm de coincidir necessariamente como os que conformam o facto sujeito a julgamento, ou algum dos seus elementos ou bem a autoria material do facto ilícito, mas podem tratar-se de factos que estão em conexão ou relação directa com aqueles, situando-se na sua

responden a la clasificación que realiza GORPHE, según su papel en la prueba de la imputabilidad y de la culpabilidad, tanto en cargo, como en descargo.

²¹ Para Clement Duran La prueba Penal pag 639 a prova indiciária pode realizar-se por qualquer meio probatório incluindo outra presunção (com recusa do velho aforismo praesumptio de praesumptione non praesimitur).No mesmo sentido Echandia Teoria General da Prueba judicial

periferia sendo indicativos da realidade do facto que se pretende provar. Isto significa que devem ser concomitantes, ou seja, que devem acompanhar-se entre si por constituir diversos aspectos fácticas de um determinado facto penalmente relevante e que, em consequência têm uma existência comum e em paralelo²²²³

2) Os factos indiciadores devem ser objecto de análise crítica dirigida á sua verificação, precisão e avaliação o que permitirá a sua interpretação como graves, médios ou ligeiros. Porém, e como refere Bentham, não é pela circunstância de se inscreverem nesta última espécie que os indícios devem ser afastados pois que o pequeno indício conjugado como outros pode assumir uma importância fundamental.

3) Os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos, ou partes sucessivas, de um mesmo facto. Framarino ilustra este último ponto com o seguinte exemplo: “uma testemunha terá visto o arguido sair precipitadamente da casa da licença de Ticio; outro tê-lo-á visto numa viela transversal á mesma casa e uma outra viu entrar no carro na mesma transeversal e ausentar-se”. Estas três declarações não servem dar a fé mais do que de um único facto indiciário, e este, por mais do que é provado de mil maneiras, nunca constituirá mais do que uma única indicação.

4) Quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem excepção os indícios devem ser vários.

²² Clement Duran obracitada pag 640

²³ Por exemplo as circunstâncias de lugar e tempo são factos especialmente indicativos no que respeita á consumação de um crime de furto: se uma pessoa é surpreendida ás quatro da madrugada nas imediações de um ou vários veículos furtados têm-se indícios muito fortes para fundamentar a atribuição de autoria. Outro tanto se pode dizer no caso de um vestígio de uma mancha de sémen na roupa da vítima e que segundo um relatório pericial corresponde ao sémen do acusado. Trata-se de um facto periférico ou alheio ao acto constitutivo da agressão sexual, mas que indica claramente que aquele acusado foi o autor da agressão

Todavia, a exigência formulada por alguns autores no sentido de existência de um determinado número de indícios concordantes não se afigura de todo razoável e antes se reconduz a uma exigência matemática de algo que se situa no domínio da lógica. De concreto pensamos que apenas se pode formular a exigência daquela pluralidade de indícios quando os mesmos considerados isoladamente não permitirem a certeza da inferência

Porém quando o indício mesmo isolado é veemente, embora único, e eventualmente assente apenas na máxima da experiência o mesmo será suficiente para formar a convicção sobre o facto.

. 5) Os indícios devem ser concordantes, ou seja, conjugar-se entre sí, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias ²⁴.

Neste aspecto Devis Echandia refere que os indícios se avaliam e não se contam, motivo pelo qual não basta somente a pluralidade já que é indispensável que, examinados em conjunto, produzam a certeza sobre o facto investigado e para que isto ocorra require-se que sejam graves que concorram harmonicamente a apontar o mesmo facto.

6) As inferências devem ser convergentes ou seja não podem conduzir a conclusões diversas e a ligação entre o facto base e a consequência que dele se extrai deve ajustar-se ás regras da lógica e ás máximas da experiência.

7)- Por igual forma deve estar afastada a existência de contra indícios pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária.²⁵

²⁴ Os indícios podem referir-se á integração dos elementos materiais do tipo legal (indicio do delito) ou á autoria material do crime.

O contra-indício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto, pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir.

V

Verificados os respectivos requisitos pode-se afirmar que o desenrolar da prova indiciária pressupõe três momentos distintos.:- a demonstração do facto base ou indício que, num segundo momento faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência, ou da ciência, que permite, num terceiro momento, inferir outro facto que será o facto sob julgamento.

Assim,

Em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados. Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar é reconstrução do facto principal. Esta síntese de factos indicadores constitui a pedra de toque para avaliar a exactidão e valor dos indícios assim como também releva para excluir a possibilidade de falsificação dos indícios.²⁶

Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena os autores exigem, uniformemente, como se irá explanar a concordância de todos os indícios²⁷ pois que sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstâncias de um único facto, de um

²⁵ Contra indícios ou contra presunções lhe chama Mittermaier Tratado pag 376

²⁶ Uma questão importante que se suscita a propósito da concordância de indícios é da suficiência de um único indício para fundamentar o facto probando. estamos em crer que nada impede que um único indício possa fundamentar tal conclusão desde que a prova indiciária conjugada com os restantes elementos permita inferir sobre a certeza da conclusão.

²⁷ Deve afirmar-se que concordância e convergência são conceitos distintos. Como afirma Dellapiene . A primeira refere-se aos indícios ou factos indiciadores a segunda ás deduções ou inferências judiciais

drama humano devem necessariamente ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção por forma a que cada indicio está obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si segundo a sua natureza e carácter ou segundo relações de causa a efeito.

Em ultima análise está presente no nosso espírito a improbabilidade de aquela série de indícios poder apontar noutro sentido que não o atingido (Exemplo: feridas múltiplas – ódio; ameaças de morte; arma pertencente ao arguido)

O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando ou seja o funcionamento da presunção. Como refere Duran a essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência é a essência de toda a presunção. A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção- em combinação com o facto presumido que é o ponto de partida inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade²⁸

IV

A necessidade de controle dos instrumentos através dos quais o juiz adquire a sua convicção sobre a prova visa assegurar que os mesmos se fundamentam em meios racionalmente aptos para proporcionar o conhecimento dos factos e não em meras suspeitas ou intuições ou em formas de averiguação de escassa ou nula fiabilidade. Igualmente se pretende que os elementos que o julgador teve em conta na formação do seu convencimento demonstrem a fidelidade as formalidades legais e as garantias constitucionais.

As regras da experiência ou regras de vida como ensinamentos empíricos que simples facto de viver nos concede em relação ao comportamento humano e que se

²⁸ Vg a venda de objecto a preço muito abaixo do preço de custo ou a posse dos papelinhos de droga

obtem mediante uma generalização de diversos casos concretos tendem a repetir-se ou reproduzir-se logo que sucedem os mesmos factos que serviram de suporte efectuar a generalização.

Estas considerações facilitam a lógica de raciocínio judicial porquanto se baseia na provável semelhança das condutas humanas realizadas em circunstâncias semelhantes a menos que outra coisa resulte no caso concreto que se analisa ou porque se demonstre a existência de algo que aponte em sentido contrário ou porque a experiência ou perspicácia indicam uma conclusão contrária.

Coimbra, 25 de Novembro de 2011-11-25

José António Henriques dos Santos Cabral