

MÉTODO DA PROVA INDICIÁRIA COMO DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NO PROCESSO PENAL

CIRCUMSTANTIAL EVIDENCES METHOD FOR SUBJECTIVE ELEMENT DEMONSTRATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto

RESUMO

O presente artigo trata da utilidade e indispensabilidade das provas indiciárias na valoração e demonstração do elemento subjetivo do tipo, reconhecendo-se a impossibilidade de demonstração material de elementos psíquicos não externalizados pelo agente. Tendo como problema o risco de se retirar conclusões com base em meras conjecturas ou presunções, afetando os direitos constitucionais do acusado/investigado, parte-se da hipótese de que os indícios – aqueles considerados como meio de prova regulamentado no artigo 239 do Código de Processo Penal – são os meios probatórios indispensáveis para a valoração do elemento subjetivo, requerendo, todavia, uma análise mais detida, especialmente detalhada e para além de uma função meramente demonstrativa da prova. Portanto, devem os indícios serem trabalhados numa perspectiva lógico-argumentativa, com base no livre convencimento motivado do juiz, com foco no *standard* probatório que afaste as dúvidas e incertezas dos fatos analisados, ou seja, atinja um nível para além de uma dúvida razoável em uma eventual decisão condenatória justa e obediente aos preceitos constitucionais de garantias processuais. Conclui-se que, ao se trabalhar com a prova de indícios, ou prova indireta, o método difere das provas diretas.

Palavras-chave: Indícios. Dolo. Prova indiciária. Elemento subjetivo.

ABSTRACT

This article deals with the usefulness and indispensability of circumstantial evidences in the assessment and demonstration of the type's subjective element, recognizing the impossibility of material demonstration of psychic elements not externalized by the agent. With the problem of the risk of drawing conclusions based on mere conjectures or presumptions, affecting the constitutional rights of the accused/investigated, it is assumed that circumstantial evidences – those considered as means of proof regulated in Article 239 of the Code of Criminal Procedure – are the indispensable evidential means for the assessment of the subjective element, requiring, however, a more precise and detailed analysis, beyond a merely demonstrative function of the evidence. Therefore, the evidence should be processed in a logical-argumentative perspective, based on the judge's free and motivated conviction, focusing on the evidential standard that removes the doubts and uncertainties of the analyzed facts, that is, reach a level beyond a reasonable doubt in a possible condemnatory decision that is fair and complies with the constitutional precepts of procedural guarantees. It is concluded that, when working with circumstantial or indirect evidences, the method differs from the one used on direct evidences.

Key-words: Evidence. Intent. Circumstantial evidences. Subjective element.

INTRODUÇÃO

Na tipificação abstrata de crimes no ordenamento jurídico, há vários delitos cuja prova do elemento subjetivo são indispensáveis para a configuração de sua tipicidade. São crimes que exigem a prova da intenção ou a prova do fim perquirido pelo agente, algo que, quando não claramente explícito por ele mesmo, expondo voluntariamente aquilo que se passa ou se passou em sua mente, torna-se impossível pelo impenetrável acesso ao seu ambiente psíquico interno. O *animus necandi*, a intenção de causar dano ao patrimônio público ou a finalidade de associar-se permanentemente para práticas criminosas são alguns exemplos de casos em que as provas diretas são escassas ou muitas vezes inexistentes.

Visto isso, questiona-se se em um cenário concreto de ausência de provas diretas para a demonstração do elemento subjetivo admite-se métodos de evocação dos indícios como meios de prova aptos a constituir material probatório suficiente para uma condenação criminal, ainda que sejam eles o único meio possível.

Parte-se da hipótese de que o indício, este previsto no artigo 239 do Código de Processo Penal, é meio de prova que se coloca em igual hierarquia e possui a mesma força probante que outras figuras previstas no título VII (“Da prova”), concluindo-se que eles são meios aptos e muitas vezes únicos e indispensáveis à prova do elemento subjetivo do agente.

Ao final, confirma-se a hipótese de que, tomando como premissa a inalcançabilidade do *standard* a nível de verdade real e da plena certeza, o método dos indícios é um trabalho mais argumentativo que demonstrativo, concentrado na produção de um arcabouço de provas de várias outras circunstâncias externas, ainda que exclusivamente indiretas, aptas a fundamentar um juízo de valor para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) quanto ao elemento subjetivo do agente.

1. O INDÍCIO COMO ESPÉCIE DE PROVA AUTÔNOMA E APTA À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ

O uso dos indícios ou da prova indiciária (*circumstantial evidences*) é capaz de contribuir na demonstração de elementos normativos do tipo, principalmente quando se diz respeito ao elemento subjetivo. Todavia, na prática ainda se apresenta resistência à condenação do réu com base unicamente nos indícios. A principal

celeuma tem origem numa confusão conceitual, pois ao termo “indício” têm se aplicados vários sentidos. O próprio Código de Processo Penal fala de indícios em variados contextos e significações. Por exemplo, em determinado momento ele menciona “indícios de prova” como um conjunto de evidências ainda não amadurecidas que lastreia um juízo de mera probabilidade, sendo capaz de determinar, dentro das fases conhecidas da persecução criminal, unicamente o início de investigações para apuração do fato.

Já na fase do processo judicial, o Código de Processo Penal traz também o termo “indícios” como *standard* de prova (inicial) analisada pelo magistrado no momento do recebimento da peça inicial acusatória, ou seja, na análise da viabilidade da instauração da ação penal. Ainda, o decreto de prisão cautelar ou de quaisquer outras medidas cautelares exige o exame também de meros “indícios” de autoria (artigos 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o termo “indício” como “*fundada suspeita*” – critério aplicado na deflagração de investigações, no recebimento da denúncia e no decreto de medidas cautelares, como visto acima – é apenas um dos sentidos admitidos no ordenamento processual penal, conquanto os indícios também podem ser trabalhados e argumentados como meio de prova (prova indireta). Considerado o indício como meio de prova, dentre vários outros figurados no título VII do código (“Da prova”), não se pode atribuir-lhe como atributos a superficialidade ou acessoriedade aos outros meio de prova.

Ao se considerar o sentido preconizado no art. 239, o termo “indício” passa a ser tratado como prova (indireta): apta a embasar uma condenação criminal por possuir força de cognição suficiente para tanto. A prova por indício, portanto, é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por via de um raciocínio dedutivo ou indutivo, a um fato consequência, que se quer provar.

Dallagnol esclarece o tema com o elucidativo exemplo abaixo:

Assim, temos prova direta quando a testemunha João fala diretamente do delito, afirmando que Caim matou Abel. Por outro lado, a prova é indireta quando a testemunha João fala indiretamente do delito, afirmando que viu Caim fugir da cena do crime com a arma na mão após o estampido de um tiro. Neste último caso, o fato demonstrado é a fuga e é a partir dela que se inferirá, mediante uma inferência adicional, a autoria do crime. Se, ao invés do testemunho, João narrar os fatos em documento, teremos prova documental direta ou indireta. Já a prova material é direta quando o julgador examina o corpo da

vítima desfalecida, e indireta quando examina o chapéu que o autor do crime deixou cair na cena do crime.¹

Portanto, Dallagnol esclarece a diferença entre prova direta e prova indireta dando-lhe uma noção de bifurcação da classificação da prova quanto ao conteúdo. Assim, segundo o autor, “quanto ao conteúdo, qualquer dessas provas pode ser direta, quando diz respeito diretamente ao fato delituoso, ou indireta, quando a partir do fato demonstrado é necessária uma inferência adicional para se chegar ao fato delituoso”.²

Como se observa, o indício como prova indireta não é proibido pelo ordenamento. Pelo contrário, há previsão expressa da permissão do seu uso no artigo 239 do Código de Processo Penal, com reforço da norma do artigo 155 do mesmo código, e a doutrina também parece estar se dedicando mais ao enfrentamento dos problemas concernentes à valoração dos indícios, a exemplo de Mendroni:

Os indícios já não podem mais ser concebidos como suficientes apenas e tão somente à propositura da ação penal, mas ingressam no âmbito de análise do contexto probatório, como influxo, para prolação da sentença de mérito. Em um Processo Criminal que verdadeiramente deve se direcionar no sentido da busca da verdade real, não se pode desprezar qualquer elemento de prova que, guardadas as proporções, correlações e formas, serve para demonstrá-la. Tudo deve ser analisado e balanceado em um exercício coerente de fundamentação, sempre lógica e sistemática. Só assim torna-se possível viabilizar ao Juiz um julgamento verdadeiramente justo. De outra parte, ao se desprezar indícios ou qualquer elemento de prova, pelo simples fato de que tenha sido juntado aos autos durante a fase pré-processual, é o mesmo que conscientemente furtar-se à sua análise ou até “esconder” a verdade. É evitar a Justiça. A sentença deve conter uma retrospectiva temporal e lógica dos fatos e suas correlações probatórias, e culminar no convencimento imparcial do juiz.³

A prova indireta também é reconhecida e aceita no direito internacional, sobretudo quando delitos complexos, como crimes societários, de colarinho branco, crimes contra a administração pública ou graves homicídios de autoria nebulosa. Destaca-se, pois, a Convenção de Viena sobre tráfico de drogas, ratificada internamente pelo Decreto 154/1991, aduzindo que o conhecimento, a intenção ou o propósito requeridos como elementos constitutivos de qualquer das infrações

¹DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 108.

²Op. cit. p. 108.

³MENDRONI, Marcelo Batlouni. Curso de investigação criminal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83.

previstas no n.º 1 do presente artigo podem ser deduzidos das circunstâncias factuais objetivas. Nestes mesmos termos, cite-se ainda a Convenção de Estrasburgo (artigo 6.2, c) e a Diretiva 91/308, da Comunidade Europeia.

Ademais, existe uma consequência mais benéfica ao processo e ao próprio réu no uso da prova indiciária porque o seu levantamento acaba por exigir do magistrado prolator da decisão uma motivação mais detalhada, explicitando o raciocínio indutivo ou dedutivo pelo qual se demonstra a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize concluir-se a existência de uma ou mais circunstâncias, como detalha Dallagnol:

[...] no caso da prova direta, o julgador se apoia na imediação da colheita da prova, em vez de expor os caminhos racionais utilizados na escolha e valoração da prova. Já na prova indireta, a segurança é bastante maior porque o juiz se sente compelido a detalhar os passos inferenciais que conduziram sua convicção a favorecer determinada hipótese fática em detrimento de suas concorrentes. A necessidade de maior fundamentação da prova indireta, para o magistrado, converte a prova indireta em mais fundamentada, e, portanto, mais garantista ao estar menos exposta a voluntarismos interpretativos.⁴

Este raciocínio motivado precisa demonstrar razoabilidade, e quão mais coerentes forem os indícios, principalmente quando múltiplos e conjugados, ou confrontados com outras provas diretas, mais a sentença está em bons termos para eventual condenação. Entendimento contrário à consideração dos indícios como elemento de prova pode levar, muitas vezes, à situação de injusta impunidade. Sobre essa questão, válido citar passagem da obra de Mendroni, nos seguintes dizeres:

Trata-se de enfrentar, com igualdade de armas, em especial o poderio das organizações, montadas para a prática dos crimes, de ocultar, apagar ou simplesmente forjar contraindícios e provas falsas, mas também para melhor enfrentar os criminosos mais perigosos. São documentos falsos (material ou ideologicamente) trazidos pelos réus à apreciação do Juiz, falsas perícias ou perícias “compradas”; ameaças, intimidações e constrangimento de testemunhas; incremento de corrupções a funcionários públicos, testemunhas, intérpretes ou analistas, ou ainda experts; fotografias montadas etc. [...] de qualquer forma, os criminosos também sabem bem como apagar evidências, sumindo com a arma do crime, incendiando veículos e até cadáveres; agindo por meio de terceiras pessoas, que

⁴DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 121.

desconhecem a verdadeira identidade dos mandantes; apagando rastros etc.⁵

O uso da prova indiciária não significa necessariamente a diminuição de direitos e garantias do réu, pois mesmo a prova indireta deve sobrepassar o estado de dúvida. Por isso, não se pode dizer que a prova indiciária viola o princípio da presunção de inocência ou é mais gravosa ao réu que as outras provas. Reforçando a igualdade do poder de persuasão entre a prova direta e indireta, ensina Mendroni:

[...] afirmamos uma vez mais que mesmo as evidências indiretas (indícios) podem sim ter força probatória, dependendo do caso concreto. Assim como em muitos dos casos os indícios não levarão a nenhuma conclusão firme, existirão outros casos em que os indícios proporcionarão um raciocínio cujo grau de convicção seja muitas vezes maior do que a apreciação de uma evidência que se suporia direta e que, por isso, deveria ser mais eficiente para a comprovação⁶.

Assim sendo, o confronto entre prova direta e indiciária, na análise de sua legitimidade, é uma discussão vazia, pois a prova indiciária em nada afeta a qualidade da fonte de prova. É apenas uma das várias formas de demonstrar as circunstâncias fáticas do processo.

O Tribunal Supremo Espanhol, na STC 85/99 de 10 de março, sintetizou sua postura a respeito da aceitabilidade da prova indiciária arrolando alguns requisitos a serem observados:

a) Los indicios deben aparecer plenamente probados en virtud de prueba obtenida con todas las garantías y de cuyo resultado se desprenda inequívocamente la certeza del indicio. b) Entre los indicios probados y el hecho que se quiere acreditar debe existir un enlace preciso y directo de acuerdo con las reglas de la lógica. c) Debe expresarse el razonamiento que condujo al Tribunal sentenciador a tener como probado que el hecho delictivo y la intervención de la persona concernida han ocurrido.

A inobservância desses cuidados, ainda segundo o Tribunal espanhol (STC 85/99 de 10 de março), e a falta de razoabilidade dos indícios, fere o princípio da presunção de inocência:

Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba indiciaria existirá cuando los indicios no estén

⁵MENDRONI, Marcelo Batlouni. Curso de investigação criminal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82-83.

⁶Op. cit. p. 82.

suficientemente acreditados, o estén desvirtuados por otros de signo contrario, cuando el juicio de inferencia entre los indicios y el hecho a acreditar adolezca de falta de concordancia con las reglas del criterio humano, o en otros términos, sea irrazonable ya sea por falta de lógica o de coherencia y suficiencia por tratarse de inferencias muy abiertas o imprecisas que no conduzcan naturalmente al hecho a acreditar, ahora bien, el control a efectuar en esta sede casacional debe de versar sobre la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción de instancia, sin entrar a examinar otras posibles inferencias. Debe, pues, examinarse el control externo del razonamiento de la inferencia obtenida y conclusión alcanzada, sin ponderar la posibilidad de otras inferencias distintas.

No Brasil, a prova indiciária ganhou destaque pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (caso “Mensalão”). Cabral, comentando alguns detalhes deste julgamento, cita a função persuasiva da prova, a complexidade das associações criminosas e a predominância da prova indiciária nesses casos:

[...] a prova não deve ser concebida numa visão cientificista, ultrarracionalista (e até certo ponto ingênua) a respeito da cognição humana. Assim era a antiga e superada compreensão da prova apenas em sua função “demonstrativa”: em se exigindo prova técnica ou a certeza de verdades apodíticas, uma condenação só seria possível se o agente público fosse filmado recebendo propina do corruptor, ou se o criminoso tivesse conversa telefônica interceptada confessando o cometimento do delito [...] a função persuasiva da prova reafirma a consolidada jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que há décadas considera suficiente, inclusive para uma condenação criminal, um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias comprovados, e que conduzam à conclusão segura de que o fato ocorreu. Posicionamento, aliás, que prevalece na jurisprudência da imensa maioria dos tribunais do mundo ocidental. Isso é especialmente importante em contextos associativos complexos — marca da criminalidade contemporânea — no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados e tem relevante implicação prática em casos como de formação de cartéis, organizações criminosas, quadrilhas, e crimes e infrações no mercado de capitais (como citado pelo ministro Luiz Fux), onde a prova indiciária é predominante pois é raro que se obtenham documentos e gravações dos fatos criminosos (até porque toda associação pressupõe acordos que normalmente são realizados a portas fechadas).⁷

Com isso, reforça-se a necessidade da maleabilidade no trabalho com as várias espécies de prova quanto ao conteúdo, afastando a exclusividade da função demonstrativa em busca de uma verdade intangível. Por outro lado, a função

⁷CABRAL, Antônio de Passo. Prova e condenação no julgamento do Mensalão. Revista Consultor Jurídico. 22 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/antonio-passo-cabral-prova-condenacao-julgamento-mensalao>>. Acesso em 10 out. 2021.

persuasiva dos meios de prova coloca em prática essa maleabilidade e faz a discussão processual ter mais sentido quando inexistem provas diretas. Nesse sentido, o debate persuasivo com o uso de provas indiretas faz a sentença condenatória ganhar maior robustez argumentativa e aceitação segundo os critérios constitucionais.

2. INDÍCIOS COMO PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO AGENTE

A prova do elemento subjetivo do agente pode ser inviável ou tender ao fracasso caso não se oportunize a realização de um trabalho de inferência sobre vários outros elementos probantes – como quando se trabalha com os indícios.

Gomes reconhece o problema dos limites dessa análise quanto ao perigo de se retirar conclusões por meras presunções ou simples suspeitas, o que violaria os direitos fundamentais do acusado. Mas se o dolo deve ser provado – provoca o autor – que tipo de indícios podem demonstrar o dolo e em que grau de credibilidade?⁸ Em resposta a este problema, pode-se considerar que os indícios aptos a este serviço seriam aqueles acima já discutidos neste artigo, ou seja, o indício como meio de prova previsto no art. 239.

Para inúmeros fatos levados ao processo, a única espécie de prova apta a demonstrar o elemento subjetivo de forma razoável é a indiciária. Citando o entendimento do Tribunal Supremo Espanhol, posicionamento nesse sentido foi transcrito na STS 33/2005:

La prueba indiciaria no es prueba más insegura ni subsidiaria. Es la única prueba disponible --prueba necesaria-- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa y probablemente más por el plus de motivación que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo.

Por sua vez, quanto à segunda parte da pergunta colocada por Gomes, que diz respeito ao grau de credibilidade do indício para a valoração do dolo, isso dependerá de um efetivo trabalho lógico-argumentativo, e não meramente demonstrativo, o que deve ser feito com maior zelo e maior nível de detalhamento. Para tanto, Gomes

⁸GOMES, Márcio Schlee. A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 250, 2014, p. 39-40.

entende que toda a prova indiciária que vise a demonstrar o elemento subjetivo deve passar por um “profundo debate no caso concreto”, evitando-se ao máximo retirar-se conclusões de meras conjecturas que possam fazer descambar para um Direito Penal do autor. O objetivo, portanto, seria transpor pelo menos o estado de dúvida ou incerteza para que se admita uma decisão condenatória dentro dos preceitos constitucionais.⁹ Conclui-se que este *standard* probatório de que parece tratar Gomes seja aquele já mencionado neste trabalho: o juízo de valor para além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

Oliveira sugere que na base de análise da prova indiciária quanto ao elemento subjetivo está o conhecimento dedutivo, o exame de todas as outras circunstâncias já devidamente provadas, utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece, vejamos:

Em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso uma boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. [...] Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239).¹⁰

Discute-se se é possível adentrar-se no conhecimento pleno das intenções do agente. Sendo isso materialmente impossível, há quem defenda ser inviável trabalhar essa prova. Todavia, o foco da análise não deve ser o pensamento do agente, mas os fatos externos dos quais fazem deduzir eventual intenção. O “*exame de todas as circunstâncias*” de que fala Oliveira é a aferição mesma de todos os sinais indicados pela própria conduta do agente somados a todo o resto do contexto externo do fato.

⁹GOMES, Márcio Schlee. A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 250, 2014, p. 41-42.

¹⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 13. Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 348.

Para Gomes, a prova indiciária é essencial sobretudo em casos em que a intenção do agente não seja manifestada expressamente. O autor usa a terminologia “circunstâncias externas” referindo-se a elementos retirados do contexto geral do drama, e que se relacionam com a execução, com os motivos e as circunstâncias do próprio crime.¹¹

Costa sistematiza um método eficaz de manejo da prova do dolo pelas evidências indiciárias. Para este autor, afastando-se a possibilidade do uso exclusivo das ciências empíricas, da confissão e da presunção, resta de grande importância o correto uso dos indícios. Para tanto, o ponto de partida de análise dessas evidências ocorre pelo raciocínio com as regras da experiência e da lógica para determinar os elementos empíricos extraídos do próprio comportamento do agente. Deve ser buscada a extração do maior grau de probabilidade de uma realidade, pois o processo penal, segundo o autor, não exige a inalcançável certeza.¹²

Das regras da experiência podem ser retirados padrões de comportamento similares que serão confrontados com o caso em concreto. Assim, o estado mental pode ser externalizado pelo agente por meio de sua própria conduta, comparada com aquilo que normalmente ocorre, segundo juízo de valor da experiência individual do julgador.

Assim, finalizando esta seção, serão a seguir arrolados exemplos de aplicação deste raciocínio às provas indiciárias e à valoração do dolo. A começar com Hruschka, que ilustra como se deve analisar o dolo do agente a partir de circunstâncias objetivas pelo exemplo de um vendedor de armas, adulto, são, com capacidade visual normal, observado por testemunhas dignas de crédito enquanto segurava uma espingarda de caça em direção a uma vítima, que acabou morrendo decorrente do tiro dessa arma:

un adulto centroeuropeo normal, sobre todo cuando despacha en una tienda de armas, por fuerza sabe qué es una escopeta, cómo se utiliza e cómo se dispara a un blanco y sabe también que disparar contra un tercero es peligroso para éste y que, según en qué circunstancias, puede llegar a ser incluso peligroso para su vida. Ello permite concluir que el acusado, que cumple todos estos requisitos, fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la integridad corporal o incluso para la vida de la víctima. No existe ningún indicio que permita

¹¹GOMES, Márcio Schlee. A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 250, 2014, p. 40.

¹²COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Atlas, 2015.

sostener lo contrario. Si se analizan las bases de esta argumentación se advierte que la afirmación de que el acusado ha sido consciente del peligro de su actuación para (la vida de) la víctima se basa en el conjunto de circunstancias “externas” del caso y ello se considera como una justificación suficiente.¹³

Costa, por sua vez, arrola as principais hipóteses de indícios para a prova tanto do elemento intelectual, quanto do volitivo. Para o primeiro (elemento intelectual), seriam relevantes os conhecimentos mínimos do homem médio; transmissão prévia do conhecimento pelo agente ou para ele; exteriorização do próprio conhecimento pelo agente; características pessoais do agente e a cegueira ou ignorância deliberada. Para o segundo, são relevantes a modalidade, a duração e a repetição da conduta, os comportamentos antecedentes e os sucessivos e os motivos da ação.¹⁴

Contribuindo com outros exemplos, mais direcionados aos crimes com violência contra a pessoa, Gracia Martín e Vizqueta Fernández, tomando como base alguns julgados dos tribunais espanhóis, citam como possibilidades de verificação do dolo: relações existentes entre o autor e a vítima; personalidade do agressor e do agredido; atitudes anteriores à agressão, sobretudo, a existência de ameaças; manifestação de intervenientes durante a contenda e a conduta do agente; condições de espaço, tempo e lugar; características da arma e sua idoneidade para lesionar ou matar; lugar ou zona do corpo a que se dirige a ação ofensiva e seu caráter mais ou menos vital; insistência ou reiteração dos atos agressivos, assim como sua intensidade; conduta posterior do autor; a personalidade agressiva do autor.¹⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O elemento subjetivo do tipo é de difícil prova, pois é materialmente inviável o acesso às informações mentais internas do agente. A intenção ou desejo de produzir determinada ação só podem ser provadas, caso o agente não as externalize, pela detalhada análise de todas as outras circunstâncias externas, ou seja, por todos os fatos periféricos que permeiam a situação julgada.

¹³HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial Arazandi/B de F, 2009, p. 186.

¹⁴COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵GRACIA MARTÍN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. Los delitos de homicidio y asesinato en el código penal español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 *apud* GOMES, Márcio Schlee. A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 250, 2014, p. 40.

O art. 239 do CPP permite o uso dos indícios como meio de prova com a mesma força probante dos outros meios admitidos. Deve-se, no entanto, reforçar-se que a noção de indício do art. 239 não se confunde com a terminologia adotada em outros dispositivos legais. Pelo art. 239, considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Portanto, vê-se que os indícios são, por excelência, os meios de prova mais aptos à demonstração do dolo não externalizado claramente pelo agente, pois, na falta de acesso ao que se passa em seu íntimo, o julgador poderá analisar e confrontar todos os outros fatos externos e periféricos já provados, concluindo, por meio deles, e com base em seu livre convencimento motivado (*excepcionalmente motivado*, neste caso), retirar uma conclusão racional fundada naquilo que normalmente ocorre.

Conclui-se que, ao se trabalhar com a prova de indícios, ou prova indireta, o método difere das provas diretas. Passa-se a se trabalhar a prova mais pelo método lógico-argumentativo, e não meramente demonstrativo. Nesse caso, deve-se detalhar o “itinerário” de todo o raciocínio formado com o conjunto de provas até que se atinja um nível de *standard* probatório para além de uma dúvida razoável, ou seja, o ponto mínimo de reconhecimento do dolo para uma eventual decisão condenatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** DOU de 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-ei/Del3689.htm>. Acesso em: 24. abr. 2016.

CABRAL, Antônio de Passo. **Prova e condenação no julgamento do Mensalão.** Revista Consultor Jurídico. 22 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/antonio-passo-cabral-prova-condenacao--julgamento-mensalao>>. Acesso em 10 out. 2021.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova.** São Paulo: Atlas, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A visão moderna da prova indício.** In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. **STS 33/2005.** Fecha de Resolución: 19 de Enero de 2005. Sala Segunda, de lo Penal. ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STC 85/2009. Fecha de Resolución: 18 de Febrero de 2009. Sección Segunda.

GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 250, 2014.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación.** Buenos Aires: Editorial Arazandi/B de F, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 13. Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.