

**PROVA INDIRETA: DELIMITAÇÃO CONCEPTUAL E REQUISITOS (O
DEVER DE ENUMERAÇÃO DOS FACTOS INDICIANTES E INDICIADOS E O
DEVER DE MOTIVAÇÃO)**

**INDIRECT EVIDENCE: CONCEPTUAL DELIMITATION AND REQUIREMENTS
(DUTY TO INDICATE FACTS AND INDICIATES AND DUTY TO MOTIVATE)**

Susana Aires de Sousa¹

RESUMO: O artigo tem como objetivo delimitar conceptualmente a chamada prova indireta, decompondo-a nas suas categorias constitutivas de modo a expor a sua natureza e, consequentemente, as suas fragilidades. Como coordenadas fundamentais desse exame crítico segue princípios fundamentais do processo penal português. Atende-se ainda à apreciação que dela tem feito o Tribunal Constitucional português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Considera-se ainda o esforço jurisprudencial em desenvolver um conjunto de exigências à sua admissibilidade e valoração, de modo muito particular na jurisprudência espanhola e italiana. Como conclusão da investigação e reflexão defende-se ser por via dos deveres de fundamentação da sentença que a prova indireta de um facto desfavorável ao arguido conhece o seu derradeiro e inultrapassável limite.

PALAVRAS-CHAVE: Código do Processo Penal. Direito Penal. Direito Processual Penal.

ABSTRACT: The article aims to conceptually delimit the so-called indirect proof, decomposing it into its constitutive categories in order to expose its nature and, consequently, its weaknesses. As fundamental coordinates of this critical examination follows fundamental principles of the Portuguese criminal process. It also takes into account the assessment made by the Portuguese Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECtHR). It is also considered the jurisprudential effort to develop a set of requirements for its admissibility and valuation, particularly in the Spanish and Italian jurisprudence. As a conclusion of the investigation and reflection, it is argued that it is by way of the grounds of the judgment that the indirect evidence of an unfavorable fact to the accused knows its ultimate and unsurpassable limit.

KEYWORDS: Criminal Procedure Code. Criminal law. Criminal Procedural Law.

¹ Mestre e doutorada em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
E-mail: susanaas@fd.uc.pt

INTRODUÇÃO

A prova indireta de um facto desfavorável ao arguido em processo penal constitui uma das questões mais controversas e debatidas em processo penal.² As dificuldades iniciam-se logo no plano conceptual, na delimitação de categorias e estendem-se ao problema da admissibilidade e valoração da prova, mas também – e sobretudo – à fundamentação da sentença penal. O tema associa-se a um conjunto específico de problemas, de distinta natureza, alguns dos quais de resposta complexa, que exigiriam uma necessária incursão na teoria da prova – tarefa que extravasa a natureza e os limites deste texto.

O nosso propósito é por isso bem mais contido: pretende-se, num primeiro momento, delimitar conceptualmente a chamada prova indireta, decompondo-a nas suas categorias constitutivas de modo a expor a sua natureza e, conseqüentemente, as suas fragilidades. Como coordenadas fundamentais desse exame crítico seguiremos princípios fundamentais do processo penal português. Neste contexto, e como auxílio, atende-se ainda à apreciação que dela tem feito o Tribunal Constitucional português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Considera-se ainda o esforço jurisprudencial em desenvolver um conjunto de exigências à sua admissibilidade e valoração, de modo muito particular na jurisprudência espanhola e italiana.

Como conclusão da investigação e reflexão que temos vindo a fazer, defendemos ser por via dos deveres de fundamentação da sentença que a prova indireta de um facto desfavorável ao arguido conhece o seu derradeiro e inultrapassável limite. À presunção de um facto em direito penal há de corresponder um especial dever de cautela e prudência do tribunal que se materializa num dever acrescido de fundamentação, sindicável por via de recurso e concretizado, no seu conteúdo e exigências, na última parte deste estudo.

Este não é um tema estranho ao ordenamento jurídico brasileiro atendendo ao disposto no artigo 239.º do Código de Processo Penal cuja delimitação tem propiciado alguns problemas de interpretação, oscilando a literatura entre a sua admissibilidade e força

² SOUSA, Susana Aires de. **Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal**: nos Estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva. Universidade de Coimbra: Coimbra, [2020?]. No prelo.

probatória sem grandes hesitações³ até autores que entendem que os indícios, apesar de incluídos no Título VII do Código, não são provas e valem “para muito pouco”⁴ É nossa convicção que embora este estudo não tome por referência essa norma, dele possa resultar algum contributo na delimitação de requisitos de validade da prova indiciária.

1 DELIMITAÇÃO CONCEPTUAL

A ausência de prova (direta) de um facto essencial à condenação do arguido, constitui o substrato principal das dúvidas sobre a admissibilidade deste procedimento de inferência.⁵ Dúvidas e reservas que se agigantam quando se indaga da congruência entre a prova de um facto desfavorável por presunção num processo penal que encontra uma das suas garantias fundamentais no princípio de que o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado.

Com frequência se enunciam como sinónimos, na jurisprudência e na literatura, as expressões prova indiciária, indireta ou por presunções.⁶ Em causa está, de forma essencial, não um método de obtenção de prova, mas um procedimento mental, de natureza inferencial, levado a cabo pelo julgador.⁷ Como refere Vaz Serra, as presunções não são meios de prova em sentido próprio “mas somente meios lógicos ou mentais da descoberta de factos, e firmam-se mediante regras de experiência”.⁸ Neste sentido não há prova (meios de prova) do facto; antes o facto se tem provado por intermédio de um juízo de inferência protagonizado pelo juiz.

Esta prova indireta do facto, obtida por meio de um juízo de inferência, autonomiza-se nas suas características e realização da chamada prova direta. Nas palavras de Germano Marques da Silva “é clássica a distinção entre prova directa e indiciária”,⁹ referindo-se aquela imediatamente ao facto a provar, ao tema da prova, enquanto a prova indireta ou indiciária

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 469 e 472. Também BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 491.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 720.

⁶ Distinguindo, porém, as presunções dos indícios NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 473.

⁷ TARUFFO, Michele. *Certezza e probabilità nelle presunzioni*. **Il Foro Italiano**, Itália, v. 97, 1974. p. 87.

⁸ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. **Provas: direito probatório material**. Lisboa: Seccão Anuário Comercial de Portugal, 1962. p. 142.

⁹ SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, v. 2, 2011. p. 144.

se refere a factos diversos do tema de prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação quanto ao tema da prova.

A delimitação conceptual da prova direta e indireta ocupa desde há muito o direito processual penal. Como sublinha Michele Taruffo, trata-se de uma distinção importante e habitual, com distintas formulações e designações diversas em todas as culturas jurídicas,¹⁰ como, por exemplo, a italiana, a alemã, a espanhola, a portuguesa ou a brasileira.

A título de exemplo, Pereira e Sousa, jurista português, nas suas *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, publicada no início do séc. XIX, esclarecia que por “indício se diz a circunstancia que tem conexão verosimel com o facto incerto de que se pretende a prova” não podendo um indício remoto “trazer prejuízo algum ao Réo”.¹¹ No seu Tratado¹² sobre as provas no processo penal, também José da Cunha Navarro de Paiva faz o exercício de reunir as espécies de classificação das provas em processo penal, dando conta da diversidade de noções e classificações apresentadas pelos “tratadistas do processo penal”. Entre as espécies apresentadas contam-se a prova *directa* e a prova *indirecta*, autonomizada na obra de diversos autores como Bentham, Bonnier, Cubain ou Muyart de Vouglans. Referindo-se ao pensamento de Bentham, a distinção é feita do seguinte modo: “Dá-se a prova *directa* quando o testemunho se refere ao facto principal. Pedro viu cometer o delicto de que se trata; o seu testemunho é a prova *directa* do facto criminoso. Se o depoimento se refere a qualquer outro facto que não seja o próprio delicto mas que está de tal modo ligado com ele que, verificada a existencia d’aquelle, resulta uma presunção mais ou menos forte da existencia d’este, n’este caso dá-se a prova *indirecta*. Assim, se se cometeu um crime de furto em casa de um indivíduo e o creado foge na mesma noite em que foi cometido, este facto constitui uma prova *indirecta* ou *circumstantial* contra ele”.¹³

A delimitação conceptual do que seja a prova indireta pressupõe um esforço de diferenciação dos seus elementos constitutivos, desde logo, porque a sua utilização em sentido genérico propicia alguma confusão terminológica, não sendo invulgar, por exemplo, tomar-se como sinónimos ou expressões equivalentes as suas próprias categorias constitutivas como

¹⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 453.

¹¹ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras Linhas Sobre o Procésso Criminal*. 3. ed. Lisboa: Typografia Rollandiana, 1820. p. 56 e 58.

¹² PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Tratado Theorico e Pratico das Provas no Processo Penal*. Porto: Coimbra Editora, 1895.

¹³ PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Tratado Theorico e Pratico das Provas no Processo Penal*. Porto: Coimbra, 1895. p. 8.

“facto indiciado” e “prova indiciária”, isto é, o resultado obtido e o procedimento usado na sua determinação e esclarecimento probatórios.

O facto *probandum* essencial para o preenchimento típico criminal carece de ser dado como provado pelo julgador, que o toma, na sua convicção, como certo. Tal facto ganha solidez probatória com base em meios de prova que podem ter a prova desse facto como objeto direto – o que diz a testemunha ou o que consta de um documento. Neste caso, do facto conhecido retira-se diretamente o facto que importa provar.¹⁴ Porém, o facto pode ter-se como provado a partir da prova de outros factos que a ele se ligam segundo as regras da experiência. Neste último caso – quando um facto é dado como provado com base num juízo de inferência lógico do julgador – prova-se o facto de forma indireta ou por presunção judicial. Assim, prova indireta, indiciária, lógica ou por presunção diz respeito a um procedimento racional ou lógico em que a partir de um facto provado (o indício) se retira a existência de um outro facto essencial ao objeto do processo. Esse juízo fundamenta-se em regras de normalidade ou regularidade como as regras da experiência ou as leis científicas.¹⁵

Deste modo, as categorias conceptuais convocadas pela camada prova indireta ou indiciária de um facto são: a base da presunção ou facto-indício; o juízo de inferência e as regras de normalidade que o suportam; e o *facto (probandum)* presumido ou indiciado.

2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROVA INDIRETA

Entre os elementos constitutivos da chamada prova indiciária destaca-se, desde logo, o facto indiciante que está na base da presunção. A prova do facto-indício ou base da presunção constitui o impulso necessário ao juízo de inferência sobre o facto principal. Trata-se, porém, de um facto circunstancial, acessório, que, considerado por si só, não permite a prova do facto criminoso, mas dele resulta um indício sobre a sua realização ou sobre quem foi o seu autor. O facto-indício, ainda que provado, é insuficiente para, por si só, dar como provada a autoria criminosa ou a realização do tipo legal de crime; mas é suficiente para criar no juiz uma convicção sobre o facto principal que tem de ser confirmada e fundamentada e pode ser infirmada.

Em segundo lugar, importa referir o juízo lógico de inferência. O julgador socorre-se de um procedimento probatório por presunção quando retira de um facto ou factos provados

¹⁴ TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. Pádua: CEDAM, 2000. p. 32.

¹⁵ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milão: Giuffrè Editore, 2015. p. 228.

ou conhecidos (os indícios ou base da presunção) um facto desconhecido essencial – o facto indiciado ou presumido. Em causa está um procedimento indiciário ou juízo de inferência que permite alcançar um facto novo essencial, fundamentando-se nas regras da experiência ou nas leis científicas. Nesse juízo de inferência o julgador toma por critério a normalidade de acontecer ou a regularidade sustentada cientificamente.

Elemento essencial para a prova indireta de um facto é o recurso às regras da experiência. As regras da experiência, bem como as regras científicas, usadas pelo juiz para suportar o juízo de inferência não são mais do que argumentos (heurísticos)¹⁶ explicativos, baseados na normalidade do acontecer, que ajudam a explicar o facto presumido, ou sejam, situam aquele facto concreto, objeto do juízo de inferência, na normalidade abstrata do acontecer. Em causa está, portanto, um juízo forte de probabilidade fundado na normalidade estabelecida pelas regras da experiência ou da ciência. A racionalidade da presunção assenta formalmente na lógica metodológica que lhe é inerente e materialmente na normalidade (previsibilidade) do acontecimento.

Com fundamento numa argumentação baseada nas regras da experiência, enquanto normas de probabilidade e de previsibilidade, presume-se, da existência comprovada do facto base (ou indício), um facto novo: o *factum probandum* cuja prova se revela essencial para sustentar a condenação criminal do arguido. Diz-se assim que o facto presumido é estabelecido por prova indireta na medida em que o fundamento probatório desse facto reside na prova de um outro facto base (o indício) e sustenta-se nas regras da experiência.

3 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA INDICIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA E NA CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

O recurso a presunção judicial para dar como provados factos que fundamentam uma decisão penal condenatória tem vindo a ser admitido pela jurisprudência portuguesa, exigindo-se, porém, no juízo do Tribunal Constitucional, que a “prova indireta atinja o limiar de certeza exigível para uma condenação em processo penal”.¹⁷ Ainda assim, são várias as

¹⁶ MENDES, Paulo de Sousa. **A prova penal e as regras da experiência**: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2010. p. 1011.

¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Processo n.º 321/2018 – Lisboa. Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. **Tribunal Constitucional Portugal**, Acórdãos, 17 out. 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180521.html>. Acesso em: 07 out. 2019.

dúvidas e reservas dirigidas à prova indireta dos factos que sustentam uma condenação. Entre as questões levantadas, destaca-se com particular evidência a compatibilidade desta prova indireta com princípios fundamentais do processo penal, reconhecidos pela ordem axiológica constitucional, designadamente o princípio da presunção de inocência do arguido, o princípio da estrutura acusatória do processo penal, ou ainda o dever de fundamentação das decisões penais.

A legitimidade do recurso à prova indiciária para fundamentar uma condenação penal foi já levada à apreciação do tribunal constitucional português, cabendo destacar dois importantes acórdãos: o acórdão n.º 391/2015, de 12 de agosto de 2015, e mais recentemente, o acórdão n.º 521/2018, de 17 de outubro de 2018. Embora as questões levantadas em cada um dos acórdãos não sejam totalmente coincidentes, em ambos está em causa saber se a Constituição proíbe o recurso, em processo penal, à prova indiciária, “designadamente, a presunções judiciais, no âmbito do processo penal”.

No primeiro acórdão questionava-se a constitucionalidade do artigo 127.º do Código de Processo Penal português,¹⁸ na interpretação de que a apreciação da prova segundo as regras da experiência e a livre convicção do julgador permite o recurso a presunções judiciais em processo penal; como critério normativo de aferição da constitucionalidade invoca-se a compatibilidade daquela interpretação com o princípio da presunção de inocência, acolhido no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição portuguesa. O tribunal não declarou a inconstitucional de um tal sentido interpretativo, por entender que o recurso à prova indiciária não abala aquele princípio quando a relação e consistência da conexão causal entre o que se conhece e o que não se apurou de uma forma direta atinge um grau de probabilidade que permite ao juiz inferir este último elemento. Neste sentido, entendeu-se que a presunção de inocência é superada por uma presunção mais forte e como tal prevalecente. O tribunal pronunciou-se ainda sobre a questão de saber se a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais era compatível com o recurso, na fundamentação, à prova indireta ou por presunções. A este propósito estabeleceu que a utilização de presunções judiciais não é incompatível com o dever de fundamentação da sentença por exigir uma explicação “mais rigorosa que seja claramente explicitadora do processo lógico que lhe é inerente”.

¹⁸ PORTUGAL. Código de Processo Penal. **Lei n. 20/2013, de 21 de fevereiro de 2013**. Direção Geral. Portugal: fev. 2015. Disponível em: <https://e-learning.mj.pt/dgaj/dados/0C/0CTEMA27.pdf>. Acesso em: 02 de out. 2019.

No acórdão n.º 521/2018, a norma sindicada foi o artigo 125.º do Código de Processo Penal português,¹⁹ na interpretação de que a prova indiciária e a prova por presunções judiciais são admissíveis em direito penal e em direito processual penal. Pronunciou-se o tribunal pela admissibilidade constitucional do recurso a presunções judiciais para formar um juízo de culpa ou de condenação desde que a “prova indireta atinja o limiar de certeza exigível para uma condenação em processo penal”, ultrapassando a presunção de inocência que recai sobre o arguido. Entendeu ainda o tribunal que a admissibilidade da prova indireta não põe em causa a estrutura acusatória na medida em que os “*factos probandos*”, ainda que através de prova indiciária, são os que constam da acusação ou da decisão instrutória de pronúncia. Neste sentido, a admissibilidade da prova e a não taxatividade dos meios de prova não significam elasticidade do objeto do processo. O tribunal concluiu assim que o artigo 125.º interpretado no sentido de admitir em processo penal a prova indireta não é inconstitucional, seja por violação do princípio da presunção de inocência, seja por violação do princípio da estrutura acusatória do processo penal, previstos nos n.ºs 2 e 5 do artigo 32.º da Constituição.

Acrescente-se ainda que o tribunal não se pronunciou sobre a questão de saber se nas decisões concretamente proferidas houve lugar a presunções sem a necessária certeza ou consistência, apreciação que excede a competência do tribunal.²⁰ É assim porque o tribunal constitucional não conhece da inconstitucionalidade de decisões judiciais; antes tem o seu âmbito de atuação limitado ao controlo da constitucionalidade normativa ou ao controlo da interpretação dada à norma aplicada no caso concreto.

Também a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem seguido o entendimento de que as presunções legais e judiciais não são, em princípio, proibidas pelo artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na medida em que tais “presunções fazem parte do próprio sistema jurídico-penal”.²¹

¹⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Processo n.º 321/2018 – Lisboa. Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. **Tribunal Constitucional Portugal**, Acórdãos, 17 out. 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180521.html>. Acesso em: 07 out. 2019.

²⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Processo n.º 391/2015 - Lisboa. **Diário da República Eletrónico**, Acórdãos, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/71020777/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em: 07 out. 2019. Também, sobre este ponto, PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 52.

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)**. Council Of Europe: Europa, 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf. Acesso em: 09 out. 2019.

A Corte não reconhece um valor absoluto ao direito à presunção de inocência. Contudo, este tribunal tem sublinhado que há limites a presunções de factos (e legais). Com efeito, os Estados estão desde logo obrigados a um necessário equilíbrio entre o que se procura proteger e os direitos de defesa (cf. *Falk v. the Netherlands, Janosevic v. Sweden*). Em particular, no que diz respeito ao juízo de inferência realizado pelo julgador, o TEDH, admitindo a presunção judicial tem, porém, estabelecido requisitos para a sua aceitação. No caso *John Murray v. Reino Unido*,²² referindo-se especificamente às inferências, contra o arguido, deduzidas a partir do seu silêncio (e admitidas pela lei inglesa), o tribunal sublinha a necessidade de se observar determinadas garantias relacionadas com o direito de defesa, bem como a exigência de delimitação dos pressupostos do juízo de inferência. Este juízo, ainda que admitido pela lei nacional, só pode ter lugar se houver uma sólida acusação, baseada em prova direta que, em conjunto com todos os elementos recolhidos, permita conduzir a um juízo para além de uma dúvida razoável. Deste modo, para que possa ter lugar uma presunção contrária ao arguido, a acusação deve ser sólida, estabelecendo previamente, através de prova direta, as circunstâncias que suportam o juízo de inferência; é também necessário que a conclusão inferida ou presumida se possa estabelecer para além de qualquer dúvida razoável. O tribunal acrescenta ainda que estes requisitos que sustentam o juízo de inferência têm de ser expostos na decisão e são sindicáveis por via de recurso.

4 CONDIÇÕES DA SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DOS INDÍCIOS

4.1 O CONTRIBUTO DA JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA E ITALIANA

A discussão sobre as condições de validade da prova indiciária tem já largos anos, em alguns ordenamentos jurídicos, onde se procura determinar e individualizar os requisitos necessários para que seja possível reconhecer força probatória à presunção.

O *Codice de Procedura Penale* italiano refere-se de forma expressa ao valor dos indícios em processo penal, estabelecendo uma regra jurídica de valoração dos indícios,²³ incluída no artigo 192.º, n.º 2, no contexto da valoração da prova. Todavia, o tema da prova indiciária e das condições da sua validade em processo penal é anterior à sua inclusão no

²² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of John Murray v. The United Kingdom*: Application no. 18731/91. Council Of Europe: Europa, 1996. Disponível

em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}). Acesso em: 09 out. 2019.

²³ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milão: Giuffrè Editore, 2015. p. 234.

Código, em 1988, sendo há muito discutido, quer na doutrina, quer na jurisprudência italiana.²⁴ A referência legal aos indícios foi, na verdade, o resultado deste esforço doutrinário e jurisprudencial.²⁵ Por via da intervenção legislativa, procurou-se limitar o recurso ao indício como procedimento probatório de um facto,²⁶ determinando-se que a existência de um facto não pode deduzir-se de indícios, salvo se tais indícios forem graves, precisos e concordantes.

Da leitura desta norma a doutrina italiana tem retirado, em primeiro lugar e por princípio, que um só indício não é suficiente para estabelecer a prova do facto.²⁷ Exige-se ainda, como condição necessária ao juízo de inferência, a certeza do facto indiciante, entendendo-se que este facto deve ser objeto de prova direta e recusando-se, por princípio, que um indício possa ser deduzido de outro indício.²⁸ Quanto às exigências expressamente estabelecidas no corpo do artigo, é necessário que os indícios sejam “graves, precisos e concordantes”. Através da gravidade do indício atende-se “ao elevado grau de convencimento”: como refere Tonini, um indício grave será aquele que se mostra resistente a objeções porque se baseia numa regra da experiência a que se reconhece um amplo grau de probabilidade,²⁹ tendo, como tal um ampla força persuasiva relativamente ao tema de prova. O requisito da precisão verifica-se quando os factos indiciantes estão amplamente provados e fundamentados (por exemplo, “a coincidência de perfis genéticos resultante de exame de ADN”),³⁰ não se bastando com uma argumentação lógica e formal. Por último, o artigo 192.º, n.º 2, exige ainda a concordância dos indícios relativamente à mesma conclusão.³¹

Particularmente relevante no esforço de delimitação e concretização dos requisitos de validade da prova indireta de um facto se mostra a jurisprudência espanhola, em particular a jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional.³² O Tribunal Constitucional tem entendido que a admissibilidade da prova indiciária não é impedida pelo

²⁴ A título de exemplo, veja-se TARUFFO, Michele. *Certezza e probabilità nelle presunzioni*. **Il Foro Italiano**, Itália, v. 97, p. 83-112, 1974.

²⁵ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016, p. 61.

²⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo CP*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal**, Milano, ano 33, 1990. p. 139.

²⁷ TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2015. p. 234. Neste sentido, na doutrina brasileira.

²⁸ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. n.]: Almedina, 2016. p. 64.

²⁹ TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2015. p. 234.

³⁰ TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2015. p. 234.

³¹ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 77.

³² Sobre a relevância da jurisprudência espanhola dos tribunais superiores na fixação dos requisitos de validade da prova indiciária, com exemplos concretos, SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente*. **Julgare**, Lisboa, n. 2. 2007. p. 207.

CABRAL, José Santos. **Prova indiciária e as novas formas de criminalidade**. Lisboa: Coimbra, 2012. p. 17. e PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 80.

princípio da presunção de inocência; antes deve ser admitida e apreciada na medida em que tenha força probatória suficiente para superar a presunção de inocência, e, por essa via, retirar do espírito do julgador a margem de dúvida. A questão fulcral será então delimitar as condições de que depende a força probatória da prova indiciária capaz de afastar a dúvida sobre o facto.³³ Esse exercício tem vindo a ser feito sucessivamente pela jurisprudência quer do Tribunal Constitucional quer do Tribunal Supremo espanhol. Desde logo, tem-se por necessário que na decisão se expressem os factos base e se explicito o raciocínio através do qual o tribunal presume o facto punível (requisitos formais). Exige-se ainda, como pressupostos materiais, que os indícios ou factos base estejam plenamente provados (através de prova direta), sejam plurais (ou, no caso de um único indício, que ele possua especial força probatória), sejam também concomitantes e se interrelacionem no desvelar do facto probando. Por sua vez, o juízo de inferência não pode ser arbitrário, impondo-se a sua razoabilidade fundada nas regras das experiências.³⁴

Também na Alemanha, tal como em Portugal ou Espanha, e diferentemente de Itália ou do Brasil, não existe nenhuma norma expressa sobre a prova indiciária. Importa, contudo dar conta de que, fruto de alguma oscilação na jurisprudência superior,³⁵ é hoje entendimento maioritário que o indício, por si só, não é suficiente para dar como provada a autoria do facto criminoso.³⁶

4.2 PROPOSTAS DE DELIMITAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA PROVA INDIRETA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O esforço feito quer pela jurisprudência espanhola quer pela jurisprudência italiana constituiu um forte contributo para a delimitação do significado probatório da prova indiciária ou por presunção em processo penal, influenciando a literatura portuguesa. Perante a ausência

³³ Mais desenvolvidamente, com referência às decisões mais relevantes, PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 82.

³⁴ Nestes termos e, por último, com referência a outras decisões, a sentença do Tribunal Supremo: PORTUGAL. Tribunal Supremo. *Sala de lo Penal. Recurso nº 10483 de 08 de janeiro de 2019*. Ponente: Vicente Magro Servet. Publicação em jan. 2019. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8611937&links=prueba%20de%20presunciones&optimize=20190114&publicinterface=true>. Acesso em: 09 out. 2019.

³⁵ Um exemplo jurisprudencial particularmente discutido na doutrina alemã diz respeito à prova do nexo de causalidade em casos de responsabilidade criminal pelo produto; discussão tida a propósito de casos paradigmáticos como o caso Talidomida ou *Lederspray*. Sobre esta questão, SOUSA, Susana Aires de. **A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 248 e 253 e 256.

³⁶ ROXIN, Schünemann. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. [S. l.]: C. H. Beck, 2014. p. 389.

de indicações legais expressas na legislação processual penal, tornou-se essencial identificar as condições de relevância probatória dos indícios, sob pena de a prova indireta de um facto se confundir e esgotar, de forma indiferenciada, numa faculdade subjetiva de apreciação e valoração dos factos pelo tribunal.

Este exercício foi realizado em alguns estudos dedicados ao tema da prova indireta. Santos Cabral³⁷ refere-se à necessidade de uma “sólida estrutura da presunção indiciária” como requisito essencial para alicerçar a convicção do julgador, entendida não como certeza absoluta, mas como uma convicção com génese no material probatório. Neste sentido, adverte o autor que não basta a uma sentença condenatória a certeza moral, exigindo-se a certeza fundamentada numa sólida produção de prova. Imposição que se acentua quando em causa esteja a prova indiciária, por natureza subjetiva, devendo ser objetivada através do rigor lógico na materialização da “relação de normalidade, de causa e efeito, entre o indício e a presunção que dele se extrai”. O autor conclui no sentido de uma convicção judicial fundada na prova indiciária exigir a identificação dos factos base que servem de fundamento à inferência, que explicita na sentença, ainda que sinteticamente, o raciocínio através do qual se conclui pela verificação do facto punível partindo de tais indícios. Neste sentido aponta as seguintes condições a que deve obedecer a prova indiciária: os indícios devem estar comprovados através de prova direta, não tendo porém de coincidir com o facto probando, bastando para a sua relevância que tenham com ele uma relação direta; o juiz deve analisar criticamente os indícios do ponto de vista da sua precisão e gravidade; os indícios devem ser independentes, não sendo indícios independentes os que constituam momentos ou partes sucessivas de um mesmo facto; em princípio deve existir uma pluralidade de indícios, não se excluindo a possibilidade de um único indício ter força suficiente para formar convicção sobre o facto; os indícios devem ser concordantes, as inferências devem ser convergentes e adequadas às regras da lógica e às máximas da experiência; deve ainda afastar-se a existência de contra-indícios.

Também Patrícia Silva Pereira procura ensaiar, a partir da análise da jurisprudência portuguesa, os requisitos de admissibilidade e valoração da prova indiciária no processo penal português. Partindo da admissibilidade daquilo que para a autora é tido como “meio de prova”³⁸ à luz do artigo 125.º do Código de Processo Penal, enunciam-se as condições para a

³⁷ CABRAL, José Santos. **Prova indiciária e as novas formas de criminalidade**. Lisboa: Coimbra, 2012. p. 25.

³⁸ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 111.

sua relevância probatória,³⁹ subdividindo essas condições a partir da estrutura da presunção: requisitos relativos ao facto base, à inferência e ao facto presumido. No conjunto dos primeiros requisitos toma-se como essencial a certeza do facto base ou indício, estabelecida, em princípio, por prova direta; exige-se ainda o carácter incriminatório dos indícios que devem ser contemporâneos do facto a provar, independentes e interrelacionados; por influência italiana, alguma jurisprudência tem ainda exigido que os indícios sejam graves, precisos e concordantes. Entre as condições relativas ao juízo de inferência, conta-se a seleção de uma regra de experiência (onde se inscrevem as regras da experiência quotidiana, bem como as leis científicas),⁴⁰ tida como um juízo de probabilidade assente nos princípios de causalidade e de normalidade. Este juízo de inferência, sendo um procedimento lógico, deve ser racional e razoável (por oposição a arbitrário). A aplicação da regra da experiência está dependente da inexistência de contra-indícios, ou seja, de factos que afastem aquela regra da experiência por apontarem noutra direção ou permitirem outra presunção e que, por isso, afetem a eficácia probatória da prova indiciária. Por fim, elencam-se os requisitos referentes à “fixação do facto presumido”⁴¹ e que se concretizam na exigência de que a presunção esteja devidamente examinada e fundamentada na sentença. Neste sentido, a decisão há de indicar os factos-base, o juízo de inferência que levou ao sentido da condenação, “explicando como surgiu no processo a prova de um facto que não resulta diretamente de qualquer dos meios de prova admitidos”. “São estes elementos que garantirão que a prova indiciária seja passível de controlo”.⁴²

A questão da fundamentação da decisão condenatória suportada em prova indiciária é quanto a nós a questão principal convocada por este procedimento probatório. Muito embora quer na nossa jurisprudência quer na literatura se tenha verificado um esforço de concretização dos requisitos de admissibilidade da prova indiciária, cremos que é essencial atender especificamente ao problema da fundamentação da sentença e concretizar, no seu conteúdo, o dever de justificar a convicção formada em prova indireta. É a esta tarefa que se dedicam as reflexões seguintes.

5 PROVA INDIRETA DO FACTO E DEVER ACRESCIDO DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

³⁹ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 124.

⁴⁰ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 142.

⁴¹ PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 150.

⁴² PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016. p. 179.

A prova indireta de um facto é sobretudo um problema de fundamentação da sentença, enquanto lugar de equilíbrio entre a convicção e a racionalidade do julgador. É através do dever de fundamentar – a que no ordenamento jurídico português se reconhece força constitucional por via do artigo 205.º da Constituição⁴³ – que se acede às razões da decisão e, de modo muito particular, à valoração da prova. Ora, o uso de prova indireta como esteio do facto probando defronta-se com uma dificuldade essencial: a maior possibilidade de erro, com efeitos condenatórios, decorrente da sua natureza probabilística. Em razão desta intrínseca fragilidade, impõe-se, como contramedida essencial, um dever acrescido de fundamentação da decisão condenatória; dever este, fundamentado no preceito constitucional e nas normas legais.

É assim por a prova indireta se mostrar portadora de um grau de certeza sobre os factos que carece de cuidadosa examinação e fundamentação, em coerência com as finalidades que por regra se atribuem ao dever de fundamentação,⁴⁴ seja numa perspetiva endoprocessual, como autocontrolo da decisão, seja pelos seus efeitos externos, essenciais a um eficaz exercício do direito de defesa, por via do recurso da decisão, e ao ato comunicacional de realização de justiça prosseguido pelo tribunal. Neste sentido, a valoração da prova indiciária, está sujeita a um acrescido dever de fundamentação e motivação, radicado, em última instância nestas finalidades. É assim porque, só no cumprimento deste acrescido dever de prudência e de fundamentação, materializado num exame crítico das categorias constitutivas da chamada prova indiciária, é que o juiz poderá tomar uma decisão esclarecida, que se impõe, a si e à comunidade, para além da dúvida razoável.⁴⁵

⁴³ PORTUGAL, Constituição (1979). Constituição da República Portuguesa. Promulgada em 2 de Abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 08 out. 2019.

(Decisões dos tribunais)

1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.
2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.
3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução.

⁴⁴ LOPES, José António Mouraz. **A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português**. Almedina: Coimbra, 2011. p. 131. Também NEVES, Rosa Vieira. **A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 136; CARVALHO, José Tomé. **Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 80. este último autor com referência à jurisprudência constitucional.

⁴⁵ Também MATTA, Paulo Saragoça. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, *In: Jornadas de direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Almedina: Coimbra, 2004. p. 267. chama a atenção para este esforço acrescido de determinação sobre o cumprimento do dever de fundamentação “quando

Como ensina Figueiredo Dias, “a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada ‘verdade material’ –, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo”.⁴⁶ Uma apreciação livre, “que terá de ser sempre objetivável, motivável e, por conseguinte, suscetível de controlo”.⁴⁷

No caso da prova indireta é fundamental concretizar e objetivar estes deveres, no seu conteúdo e realização, no que diz respeito à prova indireta de um facto essencial à decisão condenatória de forma a clarificar os pressupostos da sua validade. Da nossa perspetiva, esta exigência de objetividade concretiza-se nos seguintes deveres a observar na fundamentação da decisão: a enumeração dos factos indiciantes e indiciados (dever de enumeração) e o exame crítico da prova que os suporta e do juízo de inferência inerente à presunção factual (dever de motivação).

5.1 O DEVER DE ENUMERAÇÃO DOS FACTOS INDICIANTES E INDICIADO

No caso de prova indireta, a enumeração dos factos legalmente exigida impõe quer a enunciação do facto presumido quer a enumeração dos factos indiciantes ou indícios. Com efeito, se o tribunal dá como provado o *factum probandum* socorrendo-se de juízos de inferência, tem de indicar, logo na enumeração, os factos provados que servem e fundamentam a presunção.⁴⁸ Como bem nota Sérgio Poças, não é procedimento adequado identificar os factos indiciantes apenas na motivação da decisão da matéria de facto, misturando-se realidades substancialmente diferentes: factos e provas.⁴⁹ De outro modo, a decisão perde em clareza – a identificação precisa dos factos indícios – em certeza – projetada na dúvida sobre a prova do facto presumido – e em segurança – concretizada na impossibilidade de a defesa reagir contra um facto que não se enumerou na sentença. “Como poderá o tribunal na motivação justificar a prova dos factos fundamentais ou essenciais que

se tenta densificar ou aferir concretamente o dever e a extensão da fundamentação das decisões condenatórias que assentam a prova dos factos em meros indícios ou em factos instrumentais dos quais logicamente decorrem os facta probanda”.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 202.

⁴⁷ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 177.

⁴⁸ Assim, POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgar**, Lisboa, n. 3, 2007. p. 27.

⁴⁹ POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgar**, Lisboa, n. 3, 2007. p. 28.

resultaram provados através da prova indiciária, se não tiver enumerado os concretos factos indiciários relevantes na matéria de facto provada?”⁵⁰

Também por estas razões, agora enumeradas, se deve exigir que os factos indícios ou indiciantes – a base da presunção – resultem de prova direta, rejeitando-se que possam resultar, eles mesmos, de uma presunção, numa sequência incerta e pouco precisa – e por isso inadmissível – de presunções em cadeia ou conjunto de ilações, prejudicial a um efetivo exercício de defesa e de contraditório dos factos que sustentam a condenação.⁵¹

Do mesmo modo, reitera-se o dever de expressamente se elencar na fundamentação, para além dos factos provados que constituem a base da presunção, o facto dado como provado por presunção judicial. É assim ainda que se diga que o facto presumido, na medida em que constitui o facto probando, integra o objeto do processo, sendo conhecido do arguido-acusado. A circunstância de para o arguido não ser tal presunção inesperada não elimina a necessidade e a obrigação de o facto presumido integrar a factualidade dada como provada na sentença. De outro modo e – também aqui – a não identificação dos factos presumidos diminui a possibilidade de contra eles se reagir e constitui uma limitação intolerável ao direito de defesa do arguido.

Na medida em que tais factos – indiciantes e indiciado – são essenciais para a decisão de condenação, eles não podem deixar de constar na decisão.

5.2 O DEVER DE MOTIVAÇÃO E DE EXAMINAR CRITICAMENTE AS PROVAS

Sobre o tribunal recai o dever de motivação da decisão, concretizado “numa exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”.

O juiz forma a sua convicção com base em provas enquanto fontes do conhecimento necessário à decisão. Essa convicção é conformada pela prova realizada e é justificada por via do exame crítico das provas que sustentam a convicção do tribunal. Impõe-se assim uma dupla obrigação:⁵² a de indicar as fontes (as provas) do conhecimento judicial e de as

⁵⁰ POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgar**, Lisboa, n. 3, 2007. p. 29.

⁵¹ Neste sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 491.

⁵² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo CP*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 33, 1990. p. 140.

examinar criticamente. No seu cumprimento perseguem-se, do mesmo passo, a finalidade de supervisão e autocontrolo da apreciação da prova e a “convolação, por parte do julgador, “do estado de convencido a convincente”,⁵³ por via da exteriorização da racionalidade e razoabilidade da sua convicção, e dessa forma, fazendo as razões da sua decisão compreensíveis e objetiváveis.⁵⁴ Como diz Germano Marques da Silva, o autocontrolo que a exigência de motivação representa manifesta-se em níveis distintos: previne eventuais erros judiciais através da justificação exigida e, por outro lado, obedece a um critério racional de valoração da prova que procura afastar a convicção das meras conjeturas ou suspeitas.⁵⁵

Neste sentido, a obrigação de motivar a decisão constitui uma forma de racionalizar o convencimento do tribunal.

O cumprimento do dever de motivação é ainda mais necessário quando em causa esteja a prova indireta de um facto; pois, com efeito, não havendo uma prova direta deste facto “o tribunal está mais obrigado a esclarecer as razões da sua decisão”.⁵⁶

Essa motivação há de atender à estrutura tripartida da prova indiciária anteriormente referida: à prova dos indícios, à identificação da regra da experiência que, aplicada ao caso concreto, torna compreensível, sustenta e explica a prova do facto presumido. Deste modo, deve o juiz:

- a) fundar em prova direta os factos que constituem a base da presunção de modo a que eles possam suportar a regra da experiência de que resulta a presunção;⁵⁷
- b) descrever a regra de experiência que permite relacionar ao facto indício o facto presumido, indicando assim a regra de normalidade (ou probabilidade) pressuposta pelo juízo de inferência. Deste modo, se não se retira da sentença o processo de raciocínio do tribunal na formação da sua convicção quanto aos factos presumidos, há uma deficiente fundamentação que impede o tribunal superior de aferir e avaliar a racionalidade do processo lógico inerente à convicção do tribunal, o que determina a sua nulidade.⁵⁸

⁵³ NEVES, Rosa Vieira. **A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 139.

⁵⁴ POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgard**, Lisboa, n. 3, 2007. p. 35.

⁵⁵ SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, v. 2, 2011. p. 189.

⁵⁶ POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgard**. Lisboa, n. 3, 2007. p. 42.

⁵⁷ Considere-se o exemplo cristalino recolhido do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de julho de 2018 (relator Jorge Gonçalves): não pode o tribunal presumir que o contador da água estaria selado para, a partir daí, presumir que a arguida violou o selo e que cometeu o crime de quebra de selos previsto e punido pelo artigo 356.º do Código Penal. Esta dupla presunção não supera “o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção condenatória do tribunal exigido pelo artigo 374.º”, determinando a nulidade da sentença, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, al. a), como bem decidiu o tribunal de recurso (disponível em www.dgsi.pt).

⁵⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº

c) por fim, comprovar que os (factos) indícios provados no caso concreto são subsumíveis naquela regra geral (enquanto “critério generalizante e tipificante de inferência factual”),⁵⁹ isto é, afirmam a regra geral, não havendo outras circunstâncias que afastem aquela subsunção.⁶⁰ É assim porque, como diz Castanheira Neves, as regras da experiência, gerais e abstratas, são índices “corrigíveis” na consideração concreta do caso. Se ao abrigo da livre convicção se aplica a regra geral e abstrata, ao abrigo do dever de fundamentação afere-se da sua correta aplicação ao caso concreto. Assim, no exame crítico da prova indireta está ainda o juiz obrigado a considerar a concreta ausência de contra-indícios, isto é, de outros factos que permitam explicar causalmente o facto que se pretende provar; factos estes que fazem aumentar o grau de dúvida sobre a prova do facto e diminuem a aptidão probatória do facto indiciante (se se dá como provado que o arguido se encontrava no momento em que o crime foi cometido em outro local, não pode presumir-se, para além de qualquer dúvida razoável, que a bala que causou a morte foi por si disparada a partir do facto indiciante de ele deter a arma do crime).

Através da motivação da decisão, nos termos ora apresentados, o tribunal expõe as razões da certeza da sua convicção sobre o facto indiciado para além de uma dúvida razoável. De outro modo, persistindo objetivamente a dúvida, a solução é imposta pelo princípio *in dubio pro reo* dando-se o facto, desfavorável ao arguido, como não provado, por a prova produzida não superar a presunção de inocência reconhecida ao arguido.⁶¹

485/15.0GABRR.L2-5 - Lisboa. Relator: Jorge Gonçalves. **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**, Acórdãos, 07 maio 2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/BFF605106E3A82648025829C0051988E>. Acesso em: 08 out. 2019.

⁵⁹ NEVES, António Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: Policopiada, 1968. p. 48.

⁶⁰ Introduzir um cartão num telemóvel roubado pode ser indício de autoria ou participação no crime de roubo daquele objeto; mas a circunstância, verificada no caso concreto, de entre o roubo e a inserção do cartão ter decorrido um largo lapso temporal (mais de um mês), diminui a probabilidade do indício e faz aumentar a probabilidade de existirem contra-indícios explicativos da detenção do telemóvel por parte do arguido (v.g., tê-lo encontrado ou adquirido naquele lapso temporal). Neste sentido, a um exame crítico da prova, o facto presumido – que o arguido é o autor do crime de roubo – não pode presumir-se ou ter-se como certo para além de toda a dúvida razoável. Como salienta o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de janeiro de 2015 (relatora Eduarda Lobo), em concordância com a decisão de primeira instância e divergindo do Ministério Público, “os indícios invocados pelo recorrente (Ministério Público) não são suficientemente seguros e inequívocos, de forma a fundar um juízo de certeza para além de toda a dúvida razoável, e não de mera probabilidade, de que foi o arguido o autor do roubo em apreço” (disponível em www.dgsi.pt).

⁶¹ Fundamentando o princípio *in dubio pro reo* na presunção de inocência do arguido, PATRÍCIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português: Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 30.; PATRÍCIO, Rui. O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). **Revista do Ministério Público**, n. 104, out./dez. 2005. p. 125; SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, v. 2, 2011, p. 154.; MENDES, Paulo de. **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 222.;

Por fim, atendendo à fundamentação da decisão, poderá o tribunal de recurso pronunciar-se sobre a racionalidade do juízo de inferência e sobre o cumprimento dos princípios e regras jurídicas que concorrem na livre convicção do tribunal sobre a prova.

CONCLUSÃO

Como principal conclusão importa sublinhar a ausência de uma liberdade discricionária do julgador em socorrer-se do método lógico da presunção inferencial para dar como provado um facto. Com fundamento quer na natureza psicológica e mental do juízo de inferência, quer no carácter de probabilidade que lhe é inerente acentuam-se, nos termos *supra* indicados, os especiais e acrescidos deveres de fundamentação e motivação daquela decisão. Deste modo, o problema nuclear com que se confronta o tribunal no contexto da prova indireta do facto probando que integra o objeto do processo não é o da admissibilidade do juízo de inferência (por via argumentativa), mas antes o da precisa delimitação das condições e pressupostos que fundamentam e legitimam esse juízo de inferência. Ou seja, os requisitos necessários para que um juiz possa valorar como provado um facto condenatório com base numa presunção retirada de um outro facto, sem que, com isso, se viole o dever de indicar e examinar criticamente as provas que serviram para formar a convicção do tribunal e, dessa forma, se alcançar a superação da presunção de inocência reconhecida a todo o arguido em processo penal.

Na medida em que o facto conhecido (base da presunção) não prova mas antes indicia o facto presumido, a convicção probatória do julgador (admitida no caso português pelo artigo 127.º do Código de Processo Penal), está sujeita ao dever acrescido de fundamentação. O juiz é livre de decidir por determinada convicção probatória, mas não é livre de não a justificar. Trata-se, nas palavras de Castanheira Neves de uma liberdade para a objetividade (divorciada da mera intuição), que se comunica e impõe aos outros. Uma livre apreciação da prova, mas uma “convicção racional, assente em regras de lógica e experiência, objetiva e comunicacional”.⁶²

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 180. Fundamentando o princípio *in dubio pro reo* no dever constitucional de fundamentação da sentença. MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e «in dubio pro reo»**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 60.

⁶² MATTA, Paulo Saragoça. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, *In: Jornadas de direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 285.

Esta exigência de objetividade (a que nos referimos e procurámos concretizar no número anterior) constitui em si mesmo, como salienta Castanheira Neves, um princípio de objetividade – “um princípio jurídico que não deixará de ser controlável mesmo pelos tribunais de recurso com competência apenas ‘de direito’”.⁶³

O controlo de valoração da prova indireta passa ainda por outros parâmetros processuais (gerais), para além do princípio da objetividade. A convicção sobre a presunção há de ser objetivada e racionalizada para que, desse modo, o tribunal possa mostrar-se convencido para além de toda a dúvida razoável e, com isso, comunicar o seu juízo a terceiros. Tal grau de convencimento não se basta com a mera probabilidade e é exigível quer quanto aos factos indícios (devidamente enumerados), quer quanto à regra da experiência invocada e aplicada para sustentar a presunção. Deste modo, a dúvida sobre o facto essencial à presunção constitui um obstáculo à prova indireta do facto. Persistindo dúvidas sobre os factos indiciantes ou sobre o concreto juízo de inferência que deles se pode retirar, o juiz tem de aplicar o princípio *in dubio pro reo*, dando como não provado o indício ou como não provado o facto presumido, respetivamente. E deve ser assim ainda que o juiz tenha uma convicção subjetiva, moral, íntima sobre a verificação da presunção que, porém, não é objetivável e, por isso, “não pode ser completada por uma via racionalizável”⁶⁴ a posteriori na fundamentação e motivação da decisão (por exemplo, em virtude da existência de contra-indícios). Neste caso, a solução não poderá ser outra que não a de dar como não provado o facto por ausência, nas palavras de Figueiredo Dias, de uma convicção objetivável, motivável e “capaz de se impor aos outros”.⁶⁵

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

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

CABRAL, José Santos. **Prova indiciária e as novas formas de criminalidade**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. Disponível em: <http://julgar.pt/prova-indiciaria-e-as-novas-formas-de-criminalidade/>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁶³ NEVES, António Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: Policopiada, 1968. p. 51.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974. p. 205.

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974. p. 205.

CARVALHO, José Tomé. **Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo CP. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, ano 33, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of John Murray v. The United Kingdom**: Application no. 18731/91. Council Of Europe: Europa, 1996. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}). Acesso em: 09 out. 2019.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)**. Council Of Europe: Europa, 2019. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf. Acesso em: 09 out. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, José António Mouraz. **A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português**. Coimbra: Almedina, 2011.

MATTA, Paulo Saragoça. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, In: **Jornadas de direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. **A prova penal e as regras da experiência**: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2010.

MENDES, Paulo de. **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e «in dubio pro reo»**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica, 1997.

NEVES, António Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: Policopiada, 1968.

NEVES, Rosa Vieira. **A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAIVA, José da Cunha Navarro de. **Tratado Theorico e Pratico das Provas no Processo Penal**. Porto: Coimbra Editora, 1895.

PATRÍCIO, Rui. O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). **Revista do Ministério Público**, n. 104, out./dez. 2005.

PATRÍCIO, Rui. **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português**: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. [S. l.]: Almedina, 2016.

POÇAS, Sérgio. Da sentença penal – fundamentação de facto. **Julgar**, Lisboa, n. 3, 2007.

PORTUGAL, Constituição (1979). **Constituição da República Portuguesa**. Promulgada em 2 de Abril de 1976. Disponível em:
<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.
Acesso em: 08 out. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Processo n.º 321/2018 – Lisboa. Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. **Tribunal Constitucional Portugal**, Acórdãos, 17 out. 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180521.html>.
Acesso em: 07 out. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Processo n.º 391/2015 - Lisboa. **Diário da República Eletrónico**, Acórdãos, 12 ago. 2015. Disponível em:
<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/71020777/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&type=s=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em: 07 out. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. **Recurso n.º 10483 de 08 de janeiro de 2019**. Ponente: Vicente Magro Servet. Publicação em jan. 2019. Disponível em:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8611937&links=prueba%20de%20presunciones&optimize=20190114&publicinterface=true>. Acesso em: 09 out. 2019.

ROXIN, Schünemann. **Strafverfahrensrecht**. 28. ed. [S. l.]: C. H. Beck, 2014. p. 389.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. **Provas**: direito probatório material. Lisboa: Seccção Anuário Comercial de Portugal, 1962.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa : Verbo, v. 2, 2011.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. **Julgar**, Lisboa, n. 2. 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/prova-indiciaria-contributos-para-o-seu-estudo-e-desenvolvimento-em-dez-sumarios-e-um-apelo-premente/>. Acesso em: 06 out. 2019

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Primeiras Linhas Sobre o Processo Criminal**. 3.ed. Lisboa: Na typografia Rollandiana, 1820.

SOUSA, Susana Aires de. **A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014.

TARUFFO, Michele. Certezza e probabilità nelle presunzioni. **Il Foro Italiano**, Itália, v. 97, 1974.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TONINI, Paolo. **La Prova Penale**. Pádua: CEDAM, 2000.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**, Milão: Giuffrè Editore, 2015.