

SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – O MITO DA CERTEZA ABSOLUTA

Neste tópico, pretendemos analisar os métodos e critérios de avaliação da prova processual penal.

Dos textos antigos, tantas vezes balizadores de defesas penais e de sentenças penais absolutórias, extraíam-se palavras de ordem referentes a uma certeza absoluta, cristalina como a luz do sol, sólida como a rocha e criadora de outras tantas metáforas a sustentar a exigência da inexistência de mínima incerteza para uma condenação criminal.

Ainda hoje, por incrível que pareça, seja na argumentação escrita e oral dos defensores, ou mesmo nas sentenças e acórdãos proferidas pelos adeptos do garantismo penal, que nega efetividade ao direito, encontramos esta desumana exigência processual que não tem o menor embasamento jurídico.

Não é incomum que ouçamos em plenários de júri, por exemplo, argumentação no sentido de que não há provas, mas apenas indícios, contra determinado réu.

Pois bem. Aí está a primeira observação a ser feita. Os indícios, conforme recebidos por nossa legislação processual, encontram-se no Capítulo X, do título VII, do Código de Processo Penal, inseridos no contexto ao lado de outras nove espécies de prova.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, por sua vez, é muito clara ao dizer que “Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o Juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção” (Eis ela, a convicção, tão desvirtuada pelos amantes da dúvida).

Em complemento e de forma sacramental, a mesma exposição afirma que ‘TODAS AS PROVAS SÃO RELATIVAS; NENHUMA DELAS TERÁ, *EX VI LEGIS*, VALOR DECISIVO OU NECESSARIAMENTE MAIOR PRESTÍGIO QUE OUTRA.’”

É o sistema de provas não tarifadas que, dependendo do contexto, pode desautorizar uma condenação baseada mesmo em confissão e, de outra parte, autoriza, em determinados casos, a condenação baseada em indícios, encontrados em maior ou menor quantidade e qualidade.

****Deltan Martinazzo Dall’Agnol, As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Indícios e Presunções. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, páginas 259 a 267.

Não são poucas, de fato, as situações em que a confissão pode não corresponder a verdade, e ter seu nascedouro em situações de ameaças ao réu ou seus familiares, ou mesmo decorrer de promessas de recompensas ou ainda apenas como forma de ascensão na organização criminosa, pela consideração dada pelos comparsas ao criminoso que assume um crime, de modo “altruísta”, impedindo o sacrifício de outro membro do grupo, invariavelmente em situação de superioridade hierárquica.

E, também, proliferam cada vez mais na prática forense nacional, em especial no Tribunal do Júri dos grandes centros, processos atingidos por imensa dificuldade probatória, o que decorre, sem dúvida, do poderio de intimidação do crime organizado e da “lei do silêncio” já referida em outro texto.

Não são raros, assim, os processos de homicídio onde o fato é praticado à luz do dia, perante inúmeras testemunhas, mas onde nenhuma delas sequer se dispõe a formalizar depoimento. Nestas situações, recolhendo-se indícios variados e informações, como a prova por ouvir dizer, é que os operadores do direito tem que utilizar mãos de costureiro e ligar fatos e situações, possibilitando a compreensão da realidade a ser provada.

É muito comum, nas comunidades periféricas dos grandes centros, que, após testemunharem um homicídio, as pessoas comentem amiúde a autoria e suas circunstâncias, fazendo com que a versão ganhe corpo no meio local, a ponto de chegar, em especial, aos familiares da vítima. Estes, por sua vez, trazem a versão dos fatos à autoridade policial. De regra, as informações sobre as circunstâncias do homicídio são corroboradas pelas provas periciais, como auto de necropsia, laudo do local de crime e apreensões de estojos e projetis. Registre-se que tais informações não são meramente decorrentes de boataria, mas tem seu nascedouro nos registros feitos, informalmente, por testemunhas visuais do episódio. Somem-se a isso outras circunstâncias, como a demonstração do envolvimento dos acusados em agrupamento criminoso que costuma executar pessoas, informes sobre

a vítima integrar grupo rival, mais a ausência de outras hipóteses viáveis para a autoria, e forma-se um bolo indiciário que pode levar a uma solução condenatória.

***Scanner do processo integral.

E digamos, sem pruridos, não há outro meio de levar à responsabilização penal indivíduos perigosos, que atemorizam testemunhas e ofendidos. O próprio Roberto Lyra fez registrar, há cerca de um século, que a ausência de indícios é mais um indício, em evidente referência a que, quanto mais poderoso o criminoso, mais ele tem a capacidade de interferir na prova e ainda mais, nos dias de hoje, as pessoas testemunhas têm dificuldade de depor diretamente sobre o que viram.

A ausência de outras viabilidades probatórias, como referido, deve ser um aspecto a mais na formação da prova indiciária circunstancial que autorizará uma condenação. Vale dizer que em face da probabilidade da tese acusatória não pode haver equivalência, no prisma de probabilidade, por parte dos elementos sustentados pela defesa.

Considerando que o processo penal visa a reconstrução de fatos passados, e que exatamente o decurso do tempo e a falibilidade humana impedem essa absoluta certeza em relação que se visa reconstruir, é que autores modernos de grande sapiência indicam que basta para a condenação a demonstração da probabilidade da autoria ou de que os fatos aconteceram como sustenta a condenação.

***Márcio Schlee Gomes, A Prova Indiciária no Crime de Homicídio – Lógica, Probabilidade e Inferência na Construção da Sentença Penal – Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, páginas 209 a 231.

De outro lado, no confronto com os elementos produzidos pela defesa ou emergentes do processo em favor do acusado, não pode a probabilidade acusatória deparar-se com outra ou várias probabilidades defensivas, situações bastante comuns no caso de vítimas envolvidas em multicriminalidade e situações de risco ou com vários inimigos. Exemplo: Em processo onde trabalhamos a vítima tinha envolvimento com corrupção, com entorpecentes, com ladrões de carro e ainda tinha o hábito de se relacionar com mulheres casadas.

Nos casos em que temos probabilidades de parte a parte, pela acusação e defesa, ou nos casos em que a acusação não demonstra além de possibilidades – invariavelmente alicerçadas em indícios poucos e fracos ou em meras presunções e conjecturas abstratas –, tem-se a existência da chamada dúvida razoável, a qual, à luz da presunção da inocência, leva ao princípio do *in dubio pro reo* e à consequente absolvição.

Este termo, “dúvida razoável” é conhecido dos anglo saxões há séculos, certamente em decorrência do seu invejável pragmatismo, que refuta a teoria da prova perfeita e atenta para a falibilidade humana. Vejam que na própria sala secreta da célebre película “Doze Homens e Uma Sentença”, quando Henry Fonda convence outros onze jurados pela absolvição do acusado, durante toda a quase eterna discussão sobre a avaliação dos indícios recolhidos pela acusação, inúmeras vezes os jurados utilizam-se do termo dúvida razoável para sustentar o veredicto final.

***Aqui se conseguem por trechos do filme...

O limite probatório para a condenação, portanto, longe de se encontrar na utópica “certeza absoluta”, está na imaginária linha encontrada acima da dúvida razoável e da presunção de inocência. É ele que encaminhará o julgador, em atenção aos termos da exposição de motivos do Código de Processo Penal, à convicção necessária à condenação.

Daí afirmar-se, inclusive, atentos às críticas sofridas pelo Ministério Público Federal em exposição sobre a afamada “Operação Lava Jato”, que a seqüência correta é: Prova indiciária > acima de dúvida razoável > convicção > sentença condenatória. A condenação não é baseada na convicção. É alicerçada na prova indiciária acima de dúvida razoável. A convicção é apenas o elo entre o exame da prova e a conclusão final.

Com efeito, se o processo penal brasileiro admite os indícios como meio de prova em igual valor que todas as outras, e se a conceituação do processo da prova indiciária estabelece um caminho entre fatos conhecidos e provados (indícios) e fatos os quais não se tem uma demonstração direta (fatos probandi), é muito óbvio e evidente que o sistema processual admite a condenação com base em um método dedutivo entre fatos provados diretamente e outros os quais se conclui

da análise indiciária. Portanto, reforçando, se a legislação processual admite a solução condenatória, sem a demonstração absoluta de todos os fatos, é porque nosso sistema longe está de exigir uma certeza total, senão que apenas uma certeza processual, que suplante a presunção de inocência.

E todo esse entendimento de Juízo de probabilidade, de certeza processual a romper o limite da dúvida razoável, merece uma apreciação ainda mais peculiar se estivermos diante dos processos perante o Tribunal do Júri.

É que nos casos dos crimes dolosos contra a vida, não tem aplicabilidade a restrição probatória prevista no artigo 155, do Código de Processo Penal. Assim, nos processos do Tribunal do Júri, a solução condenatória pode ser construída mesmo na fase policial.

***Acórdão 2016 - 2190637

Embora haja corrente jurisprudencial mínima, especialmente entre Juízes de primeiro grau, no sentido de que também o artigo 155 direcione a sentença de pronúncia, fato é que tal fase encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, que somente após, perante o Tribunal Popular, será objeto de julgamento de mérito. Desse modo, não cabe aos Juízes togados invadir a esfera de competência do Tribunal do Júri.

E isso é assim pelas mesmas razões que, ao sentir da jurisprudência, o Tribunal do Júri pode valer-se até mesmo da prova policial para chegar a um julgamento condenatório, qual seja expressa previsão de soberania dos vereditos. Vale dizer que mais ainda aos jurados que aos togados, vale a regra do não tarifamento probatório.

Na prática isso tem-se revelado de uma importância extraordinária, pois, em não raras vezes, as testemunhas, mesmo familiares das vítimas, costumam dizer tudo o que sabem no inquérito policial, buscando retratação em Juízo.

Com efeito, ocorrido o crime, e ainda no calor das emoções, especialmente da perda ou da injustiça experimentada, os depoentes não poupam a autoridade de detalhes do crime, da motivação e muito especialmente em relação à autoria. Em Juízo, meses ou anos após, melhor refletindo sobre as consequências do depoimento para si e para seus familiares, as testemunhas costumam negar o que disseram, atribuindo a divergência a enganos ou, o que é pior, a uma fraude que teria sido praticada pela autoridade policial que, como nas películas de

antanho, queria – sem razão plausível para tal – perseguir o pobre acusado a ponto de propiciar sua condenação com provas industriadas.

Ora, consagrar a retratação como verdadeira seria, a um, desmoralizar completamente o aparelho estatal investigatório, fazendo presumir sua desonestidade, e, a dois, seria a consagração de um dos efeitos mais sórdidos do crime organizado na atividade de ameaçar testemunhas, cumprindo a sua própria estabelecida “lei do silêncio”.

De outro lado, exatamente em decorrência da soberania dos vereditos, é que, uma vez constatada a existência de dois sentidos em um mesma prova, que varia entre si no local de coleta e no tempo de produção, bem como, e aqui em especial, no seu conteúdo, todo o bolo probatório deve ser remetido ao Júri.

Lá, em plenário, após amplo debate entre as partes, que, no demonstrar da prática, muitas vezes vão ao Tribunal do Júri discutir e demonstrar qual das versões é a que merece credibilidade, é que os jurados decidirão sob seu próprio íntimo convencimento.

***Acórdão 2017 - 2045322

***Acórdão 2017 – 2335073

E mais: Uma vez decidida a causa que passou pelo Juízo de admissibilidade, não mais caberá ao Poder Judiciário qualquer modificação desta decisão, *ex vi*, também, as soberania constitucional dos vereditos. Escolha o Júri a opção que escolher, condenatória ou absolutória, eventuais recursos somente poderão atingir a forma processual, jamais o mérito.

*** Acórdão 2017 - 966342

De tudo isso se extrai, pois, a necessidade do estabelecimento de novos paradigmas no campo probatório penal, condizentes com a falibilidade humana e a realidade dos processos, sob o guia atento dos mandamentos processuais. O que a lei não exige – a desumana certeza absoluta – não pode e não deve o intérprete exigir!