

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**GIOCONDA FIANCO PITT**

**PROVA INDICIÁRIA E CONVENCIMENTO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto  
Alvaro de Oliveira**

Porto Alegre  
2008

Registro minha gratidão especial ao André,  
pelo constante incentivo, compreensão e  
irrestrito carinho.

Quando se trata de prova indiciária não se pode pensar que exista uma regra segura, válida para toda a casuística indiciária. Uma vez aceita – e todos a aceitarão - a categoria da certeza moral de derivação mais filosófica (ou se se deseja psicológica) que jurídica, não resta outra coisa a não ser chegar ao coração da questão: reconhecer a impossibilidade de reduzir a realidade física às regras da lógica.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ROSONI, Isabella. *Quae singula non posunt collecta iuvant; La teoria della prova indiziaria nell'eta medievale e moderna*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 328.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade o estudo da prova indiciária sob múltiplos aspectos, levando em consideração que se trata de categoria probatória que pouco tem sido discutida no processo civil brasileiro. Tal exame é feito tendo por base uma noção ampla do direito à prova, bem como para atender às exigências do direito substancial. Pretende-se examinar a estrutura da prova indiciária, seus requisitos e distingui-la de outros institutos afins. Para que essa análise seja compreendida com êxito, torna-se indispensável abordamos o conceito de prova judiciária, o surgimento da prova indiciária no direito brasileiro para então formularmos o conceito de indícios e inseri-lo no procedimento probatório. Por fim, será analisada a prova indiciária como suficiente a embasar o convencimento judicial no processo civil, questão esta atinente à valoração da prova e que se mostra fundamental na busca de uma adequada prestação da tutela jurisdicional.

## **RIASSUNTO**

Il presente lavoro ha come obiettivo lo studio della prova indiziaria sotto molteplici aspetti tenendo in conto che si tratta di categoria probatoria che poco è stata discussa nel processo civile brasiliano. Tale esame è fatto avendo per base una nozione ampia del diritto alla prova, così come per servire alle esigenze del diritto sostanziale. Si intende esaminare la struttura della prova indiziaria, i suoi requisiti e distinguerla da altri istituti affini. Perché quest'analisi sia capita con successo, non si può fare a meno di approdare il concetto di prova giudiziaria, il sorgere della prova indiziaria nel diritto brasiliano per allora formulare il concetto di indizi e inserirlo nel procedimento probatorio. Alla fine verrà analizzata la prova indiziaria come sufficiente e sostenere il convincere giudiziale nel processo civile, questione essa attinente alla valorizzazione della prova e che si mostra fondamentale nella ricerca di una adeguata prestazione della tutela giurisdizionale.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA</b> .....	<b>12</b>
<b>2 INDÍCIOS</b> .....	<b>23</b>
<b>2.1 Do surgimento da prova indiciária no direito brasileiro</b> .....	<b>23</b>
<b>2.2 Definição</b> .....	<b>28</b>
<b>2.3 Natureza jurídica</b> .....	<b>32</b>
<b>2.4 Análise da inferência lógica da prova indiciária (silogismo, método de indução, dedução e abdução)</b> .....	<b>36</b>
<b>2.5 Índícios necessários, contingentes e contra-índícios</b> .....	<b>48</b>
<b>2.6 Índícios e presunções</b> .....	<b>51</b>
2.6.1 <i>Distinção entre indícios e presunções</i> .....	<i>51</i>
2.6.2 <i>Classificação das presunções</i> .....	<i>60</i>
2.6.3 <i>Presunções de segundo grau (presumptum de presunto)</i> .....	<i>69</i>
<b>2.7 Regras de experiências e indícios</b> .....	<b>75</b>
<b>2.8 O indício como fonte de prova</b> .....	<b>80</b>
<b>2.9 Indício e prova atípica</b> .....	<b>83</b>
2.9.1 <i>Prova atípica</i> .....	<i>83</i>
2.9.2 <i>Legislação brasileira</i> .....	<i>88</i>
2.9.3 <i>Legislação estrangeira</i> .....	<i>90</i>
<b>3 PROVA INDICIÁRIA E VALORAÇÃO</b> .....	<b>93</b>
<b>3.1 A valoração da prova pelo juiz e os sistemas de avaliação</b> .....	<b>93</b>
3.1.1 <i>Sistema da prova legal</i> .....	<i>95</i>
3.1.2 <i>Sistema do livre convencimento</i> .....	<i>98</i>
3.1.3 <i>Sistema da persuasão racional</i> .....	<i>100</i>
<b>3.2 Teorias de valoração da prova indiciária</b> .....	<b>102</b>
3.2.1 <i>Teoria tradicional</i> .....	<i>104</i>
3.2.2 <i>Teoria eclética</i> .....	<i>108</i>
3.2.3 <i>Teoria da múltipla conformidade</i> .....	<i>109</i>
<b>3.3 Valoração da prova indiciária e modelos de constatação</b> .....	<b>110</b>
<b>3.4 Prova indiciária e sistema da persuasão racional</b> .....	<b>117</b>
<b>3.5 Valoração e unitariedade de indício</b> .....	<b>122</b>
<b>3.6 Prova indiciária e argumento de prova</b> .....	<b>125</b>
<b>3.7 Hierarquia entre prova indiciária e demais provas</b> .....	<b>127</b>
<b>4 ASPECTOS PRÁTICOS DA PROVA INDICIÁRIA</b> .....	<b>132</b>
<b>4.1 Prova ilícita e indício</b> .....	<b>132</b>
<b>4.2 Comportamento da parte</b> .....	<b>136</b>
<b>4.3 Prova testemunhal indireta</b> .....	<b>140</b>
<b>4.4 Defeitos nos negócios jurídicos e prova indiciária</b> .....	<b>142</b>
<b>4.5 Prova indiciária e tutela inibitória</b> .....	<b>148</b>

CONCLUSÃO .....	149
REFERÊNCIAS.....	153

## INTRODUÇÃO

O estudo e a apreciação do direito probatório, por serem trabalhosos e instigantes, são de inquestionável relevância para o profissional do Direito, não comportando juízos avaliativos precipitados ou dotados de superficialidade.

Nota-se que não muitos doutrinadores dedicaram-se ao estudo da prova indiciária, sendo que os poucos estudos relativos ao tema abordam com maior enfoque o processo penal, com escassas referências à aplicação no processo civil, razão pela qual o estudo dos indícios merece um outro enfoque. Talvez, um dos motivos do silêncio seja atribuído ao preconceito, “oriundo do sistema da prova legal, de que o indício seja fonte imperfeita de prova e menos atendível de certeza”<sup>2</sup>.

Nesse contexto, surge a necessidade de um estudo não só detalhado e aprofundado, mas também crítico e em consonância com o atual sistema processual civil. Eis que, na avaliação do conjunto probatório, não se pode deixá-la de lado, atribuindo somenos importância à prova indiciária, pois “de índole eminentemente crítica e racional – em que se pretende chegar à verdade fática via indireta – não se pode tolerar engodos e sofismas. Esta prova, embora dita conjectural, não se limita a meras conjecturas. É uma prova séria e, não raras vezes, altamente expressiva e convincente. Cumpre saber apreciá-la, devidamente, dentro do integral contexto probatório. Recorrendo a uma imagem do mundo das artes, diga-se que, nesta matéria, há que se tocar por música e não de ouvido”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.

<sup>3</sup> COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 12.

Do estudo da doutrina pátria e do direito estrangeiro percebe-se que lamentavelmente houve e há inúmeros equívocos e controvérsias acerca do que realmente seja a prova indiciária, inclusive, questionando sua maior ou menor força probatória ou sobre os critérios de sua avaliação. Há também aqueles que confundem indícios com presunções; outros questionam se o raciocínio indicativo da prova indiciária seria dedutivo, indutivo ou abduutivo. Ainda, indaga-se se pode ser considerada uma prova imperfeita ou início de prova a ser complementado pelas outras provas<sup>4</sup>, questões essas que serão acuradamente estudadas nesse trabalho.

Pretende-se, portanto, traçar algumas diretrizes, afastando equívocos e dogmas, para melhor enfrentar a valoração da prova indiciária necessária a embasar o convencimento judicial no processo civil. É indubitável que, no estudo do processo civil atual, na perspectiva do formalismo-valorativo<sup>5</sup>, não se pode mais admitir restrições à prova indiciária e, pior ainda, equipará-la às presunções para que possam ser utilizadas como prova.

Para que essa análise seja compreendida, torna-se indispensável em um primeiro momento abordar o conceito de prova judiciária, com ênfase nos modelos probatórios clássico e persuasivo, para depois definir o conceito de indícios, examinar sua natureza jurídica, classificação e compará-lo com outros institutos afins. Também, devido ao fato de o tema apresentar estreita vinculação com a valoração da prova e convencimento judicial, não se pode dispensar tais exames, ao menos perfunctório.

---

<sup>4</sup> Não são raras as decisões jurisprudenciais no sentido de considerarem a prova indiciária como aquela que aponta a existência de elementos mínimos e como tal suficiente para dar início a uma ação em juízo. É o exemplo da ação monitória em que o STJ contempla como prova suficiente para instruir a inicial meros indícios da existência do débito (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 324135/RJ. Relator: Min. Jorge Scartezini). Ainda, a exigência de indícios para fins de ajuizar ação civil pública que comprove a prática de ato de improbidade administrativa (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 730.230/RS. Relator: Min. Herman Benjamin).

<sup>5</sup> Expressão denominada por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. de 2006. Também nesse sentido Daniel Francisco Mitidiero ao referir que o processo, na perspectiva do formalismo-valorativo, deve ser encarado como um procedimento em contraditório, jungido aos valores constitucionais e devidamente demarcado pelas garantias processuais mínimas que configuram o devido processo legal processual (art.5º, LV). (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145).

Trata-se de tarefa árdua, pois os temas de prova e de convencimento judicial não se exaurem na dimensão jurídica e tendem a projetar-se em outros campos, como o da lógica, da epistemologia e da psicologia. Como bem lembrado por Antonio Dellepiane, a teoria da prova judicial guarda relação estreita com a chamada metodologia da história e com os métodos de outras diversas ciências afins, fazendo-se assim possível compreender todas elas em uma teoria mais ampla, geral e melhor fundada, que seria a metodologia das ciências que se chamariam reconstrutivas<sup>6</sup>.

Ocorre que, muitas vezes, e não raramente, os únicos elementos de que dispõe o magistrado para julgar o caso concreto são elementos circunstanciais. Estes de modo algum apontam diretamente o fato, especialmente em matéria criminal em que as únicas evidências de que o ilícito efetivamente ocorreu apresentam-se sob a forma indireta, sendo impossível existir outra forma de provar o fato, se não por meio dos indícios. Como destacado pela melhor doutrina de Taruffo, as provas podem formar-se de muitos modos que não estão em absoluto regulados por lei, como é o caso dos indícios materiais<sup>7</sup>.

Faz-se necessária, portanto, uma reconstrução histórica dos fatos mediante o conhecimento dos elementos singulares que os formaram. Tal reconstrução assume relevante importância como meio objetivo que permite ao juiz alcançar a verdade, ainda que possível<sup>8</sup>, dos fatos controvertidos.

Nesse diapasão, cabe lembrar que a tarefa do juiz, ao analisar e valorar um fato, se confunde, em um certo sentido, com a do historiador, já que há uma identidade de fins, pois a história se propõe a estabelecer fatos pretéritos, mostrando e explicando os acontecimentos do passado. Ambos têm a necessidade de fazer uso de provas que permitem o conhecimento indireto de fatos passados. "E se os fins são idênticos não o são menos, em ambos os casos, os meios, posto que o juiz e o historiador, para chegarem ao seu objeto, utilizam, sob nomes diferentes, os

---

<sup>6</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 15.

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 379.

<sup>8</sup> Na melhor lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a verdade do processo nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147). Por fim, conclui que a verdade é possível e portanto não absoluta (Ibid., p. 221).

mesmos meios, quais sejam, os rastros, vestígios ou sinais deixados pelos fatos ao produzirem-se (meios de prova, fontes da história) e dado que ambos seguem os mesmos processos lógicos para essa reconstrução"<sup>9</sup>.

Cumprir destacar que o tema adquire significativa importância no direito processual civil, embora haja quem não o reconheça, porquanto a adequada e justa solução de um conflito de interesses, não raro apenas possa ser extraída mediante prova indiciária. Isto, porque a grande maioria dos acontecimentos sucede fora da esfera de nossas observações diretas, sendo poucos os fatos que podemos conhecer através da percepção direta. Outrossim, a prova indiciária tende a tornar-se sempre mais corriqueira em razão das descobertas científicas.

Dentre outros, a importância do estudo da prova indiciária se deve a dois motivos: não só pelo maior crédito concedido aos indícios, como também pela desconfiança que começam a inspirar provas antes estimadas em alto grau, com a testemunhal e a literal <sup>10</sup>.

Embora seja assunto pouco abordado em livros de processo civil, mais precisamente nos que dizem respeito ao direito probatório, se faz de extrema importância o estudo da prova indiciária, pois pode desempenhar, como qualquer outra prova, duas funções no processo: proporcionar ao juiz por si só a convicção plena sobre os fatos ou contribuir para esse resultado em concordância com outras provas<sup>11</sup>. Essa última hipótese é a mais corriqueira, razão pela qual no presente trabalho o enfoque adotado é voltado para a primeira hipótese, qual seja, considerar o indício, seja na pluralidade ou não, como prova plena e suficiente para por si só embasar o convencimento judicial.

---

<sup>9</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 26. Acerca da analogia entre a atividade do juiz e do historiador em reconstruir fatos pretéritos, é importante destacar a diferenciação feita por Michele Taruffo in *La prueba de los hechos* p. 337, ao referir que, enquanto a investigação do historiador é livre e ilimitada, a do juiz tem limites determinados pelo fato de que são as partes que individualizam os fatos a provar e estabelecem que provas devem ser usadas. Nesse sentido também aborda GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 118-1120.

<sup>10</sup> DELLEPIANE, Antonio. A prova indiciária na doutrina. *Justiça*, Porto Alegre, v. 4, p. 313-315, 1934, p. 313.

<sup>11</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 691.

## 1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA

Não é objetivo do presente estudo traçar um conceito próprio e único de prova, ainda mais, quando na doutrina tal conceituação encontra as mais variadas definições. Interessa estabelecer uma conceituação para posteriormente podermos inserir a prova indiciária como verdadeira fonte de prova e em decorrência compreender o convencimento judicial que dela possa advir, o que será abordado no terceiro capítulo deste trabalho.

Para Carnelutti prova não quer dizer demonstrar a verdade dos fatos discutidos, mas sim diz respeito à fixação formal dos fatos mediante procedimentos determinados<sup>12</sup>.

Santiago Sentis Melendo destaca que prova é verificação e não averiguação. Assim, é verificação de afirmações, formuladas pelas partes, relativas em geral a fatos, e excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizam utilizando fontes das quais se levam ao processo por determinados meios<sup>13</sup>.

Na lição de Michele Taruffo a prova apresenta uma dimensão polissêmica, podendo ser considerada: a) aquilo que serve ou pode servir para confirmar ou falsificar uma asserção relativa a um fato da causa (meio de prova), b) o resultado da produção dos meios da prova e da sua avaliação pelo juiz e c) o meio lógico ou gnoseológico e o procedimento<sup>14</sup>.

Ainda não se pode deixar de citar a classificação proposta por Darci Guimarães Ribeiro que elenca critérios objetivos e subjetivos para conceituar a prova. Afirma que por critérios objetivos devem ser entendidos os meios utilizados

---

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução da 2ª edição italiana. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.72.

<sup>13</sup> SENTIS MELENDO, Santiago. Natureza de la prueba. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 462, ano 63, p. 11-22, abr. 1974, p. 15.

<sup>14</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 447-450.

pelas partes ou impostos pela lei para convencer o juiz do seu direito e por critérios subjetivos deve-se entender a convicção, a certeza criada no espírito do julgador<sup>15</sup>.

Nessa seara, merece ser destacado que muito se tem questionado os modelos do direito probatório que imprimem conceitos distintos acerca da prova. Tal estudo teve suas origens na tese de Alessandro Giuliani. Os dois modelos probatórios apresentam características próprias em face do contexto cultural da respectiva época. O primeiro modelo é o denominado clássico (argumentativo) de prova, o qual predominou principalmente durante os séculos XII a XV e teve por premissa as limitações do homem na apreensão da matéria de fato e a consciência da falibilidade do próprio conhecimento humano. Reconhece sempre a hipótese do erro. A proposta desse modelo era fornecer as bases para que o erro fosse evitado<sup>16</sup>. A valoração das provas dos fatos pelo juiz deveria ser objeto de debate entre as partes, razão pela qual a descoberta da verdade restou intimamente vinculada à dialética “essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão”<sup>17</sup>. Daí porque a verdade que se procurava atingir era apenas a verdade provável, uma vez que pode ser, assim, verdadeira ou falsa. Em razão de suas características, no modelo clássico-argumentativo não é possível estabelecer uma separação entre questão de fato e questão de direito. Em resumo, como bem destacado por Michele Taruffo, a prova pode ser entendida como um argumento persuasivo, dirigida a convencer o órgão que julga sobre os fatos (juiz ou jurados) da oportunidade de assumir como correta uma certa versão dos fatos relevantes para a decisão<sup>18</sup>.

De outro lado, temos o modelo moderno (demonstrativo) de prova que é fruto de uma visão positivista e cientificista. Procura conhecer o fato em sua totalidade, perfeitamente apreensível pelos sentidos com o auxílio da razão<sup>19</sup>. Destaca Hermes Zaneti Júnior que neste procedimento há um forte ativismo judicial, já que o juiz participa da instrução probatória ativamente, razão pela qual é um método

<sup>15</sup> GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. Provas atípicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.68.

<sup>16</sup> KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

<sup>17</sup> GIULIANI, Alessandro. Logica dell diritto (teoria dell' argomentazione) In ENCICLOPEDIA del diritto. [s.n.t.], v. 25, p.13 et seq.

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista de Diritto Processuale*, v. 45, p. 420-448, 1990, p. 420.

<sup>19</sup> KNIJNIK, op.cit., p.73.

assimétrico<sup>20</sup>. Ao contrário do modelo argumentativo, há uma divisão entre questão de fato e questão de direito<sup>21</sup>. A determinação do fato mostra-se uma operação, em um certo sentido, técnica e o mundo dos fatos lembra ter uma autonomia completa, sendo possível a introdução de critérios quantitativos e numéricos para o seu acerto<sup>22</sup>. Diferentemente do modelo clássico, fica afastada a possibilidade do erro. A prova passa a ser considerada como instrumento demonstrativo, cunhado através do conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão<sup>23</sup>. A verdade buscada no processo, portanto, passa a ser objetiva, absoluta, não havendo mais lugar para a chamada verdade provável.

Conquanto a tese de Giuliani acerca dos modelos clássico e moderno de prova tenha sido acolhida por inúmeros juristas, lembra Rosito que sofre críticas principalmente da parte de Michele Taruffo, quer sob o aspecto histórico, quer sob as bases teóricas, sustentando que não se podem estabelecer paralelos, “sem incorrer em generalizações e imprecisões”<sup>24</sup>.

Feitas as considerações sobre um e outro modelo probatório, não podemos pensar que há um modelo puro no ordenamento jurídico nacional<sup>25</sup>. Entendemos que o conceito de prova abarca, na verdade, uma mistura, muito embora Hermes Zaneti Júnior tenha destacado que no Brasil a prova tem sido entendida como demonstração, conceito que está ligado a uma concepção que vê o direito processual e direito material em dois planos distintos<sup>26</sup>.

Nesse contexto, cabe inserirmos a prova indiciária. Como já assinalado, o indício permite a reconstrução de fatos ocorridos no passado, o que guarda relação

---

<sup>20</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e do procedimento probatório. *Revista Genesis*, Curitiba, n. 31, jan./mar. 2004, p. 46.

<sup>21</sup> CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 56, n.1, 2001, p. 76.

<sup>22</sup> GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. XII.

<sup>23</sup> TARUFFO, Modelli..., p. 421.

<sup>24</sup> ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

<sup>25</sup> Destaca Rosito que “é preciso ter presente que atualmente a contraposição entre esses dois modelos de análise tende a uma diluição da cultura jurídica contemporânea, na medida em que, sob o perfil epistemológico, as decisões tendem a uma probabilidade na reconstrução das hipóteses possíveis dos fatos, afastando-se da certeza aspirada pela ciência” (Ibid., p. 28).

<sup>26</sup> ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 46.

com o modelo demonstrativo na medida em que permite conhecer os fatos por inteiro, reconstruí-los, com o auxílio de método científico com a finalidade da descoberta da verdade. Também guarda íntima vinculação com o modelo argumentativo, na medida em que a prova indiciária não pode ser dissociada do raciocínio dialético, da discussão e da persuasão. A prova indiciária deve ser valorada sob o crivo do contraditório, oportunizando amplo debate entre as partes.

Feita essa breve análise sobre a conceituação da prova, faz-se necessário analisarmos a sua classificação. São variadas as classificações de prova judiciária delimitadas pela doutrina. Dentre elas é interessante apontar apenas uma classificação, qual seja: a que diferencia entre as provas diretas e indiretas, por guardar maior importância com o estudo da prova indiciária.

Cabe considerar que a maior parte dos fatos investigados no processo ocorreu no passado, não sendo possível realizar testes de laboratório para verificar se realmente existiram e em quais circunstâncias se sucederam. A prova nesses casos será indireta, entrando em cena o estudo dos indícios.

Neves e Castro classificou as provas segundo o mecanismo para se chegar à certeza, subdividindo a prova direta em interna e externa, sendo esta a que obtemos por via dos nossos sentidos, e aquela a que alcançamos pelo auxílio exclusivo da nossa inteligência<sup>27</sup>. Também destaca que a prova externa compreende duas outras espécies, que são a experiência individual e o arbitramento, segundo o juiz investiga as provas por si só, ou com peritos.

Para Moacyr Amaral Santos a prova pode ser classificada em direta ou indireta quanto ao seu objeto, sendo direta se ela se refere diretamente ao fato probando, ou consiste no próprio fato, e indireta se não se refere diretamente, mas sim a outro, ou se consiste neste outro fato, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega àquele<sup>28</sup>. Assim, se alguém vem a juízo e narra como presenciou um acidente

---

<sup>27</sup> NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 67.

<sup>28</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 48. Malatesta também divide a prova em direta e indireta quanto ao objeto (MALATESTA,

de trânsito tem-se a prova direta. Entretanto, se a mesma testemunha não presenciou o acidente, mas chegou logo após e apenas viu a posição, o estado em que ficaram os veículos envolvidos, as vítimas sendo socorridas ou se mediante fotografia percebe-se a posição em que ficaram os veículos depois da colisão, tais provas são consideradas indiretas.

Ainda, há quem entenda que a classificação entre prova direta e indireta leva em consideração a relação entre o juiz e os elementos probatórios, sendo direta quando há uma relação imediata entre o juiz e o fato a ser provado, e indireta, quando, entre o juiz e o fato, interpõe-se uma pessoa ou uma coisa<sup>29</sup>. Nesse contexto, prova direta, na concepção de Francesco Carnelutti, é aquela que apresenta um contato imediato entre o juiz e o fato a provar, ou seja, a atividade do juiz é dirigida à percepção do fato a provar, enquanto que na prova indireta o contato entre o juiz e o fato a provar é estabelecido por um fato intermediário, sendo que o conhecimento não se obtém unicamente da atividade do juiz, mas também por meio de um fato exterior<sup>30</sup>. A diferença, portanto, fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção da prova)<sup>31</sup>.

Taruffo critica essa distinção apontando que se baseia em algo genérico e indeterminado que é a percepção do juiz, já que não é verdade que o juiz terá uma percepção direta do fato a provar escutando uma declaração testemunhal ou lendo um documento. A prova direta nesse sentido apenas seria produzida no caso de reconhecimento judicial, resultando em uma distinção quase inútil<sup>32</sup>.

Joan Picó i Junoy refere que a prova é direta ou indireta dependendo da relação entre o meio probatório e os fatos que delimitam o *thema probandi*, sendo direta quando a prova proposta aparece imediatamente como pertinente devido à identidade entre objeto da prova e o fato cuja existência se pretende que seja

---

Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 118).

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 357.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução da 2ª edição italiana por Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 96-97.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.83.

<sup>32</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 454.

declarada na sentença. E, por sua vez, será indireta quando o objeto sobre o qual verse possa constituir a premissa de uma inferência da qual se desprenda a existência ou inexistência do *thema probandi*<sup>33</sup>. Nessa conceituação adquirem importância os conceitos de delimitação do *thema probandum* e da relevância da prova, estudos esses abordados por Michele Taruffo na obra *Studi sulla rilevanza della prova*<sup>34</sup>, os quais não serão abordados no presente trabalho, sob pena de ser ampliado o estudo do tema proposto.

Significativa a esse respeito é a doutrina de Marina Gascón Abellán ao propor três critérios que diferenciam a prova direta da indireta. No primeiro a distinção se funda no caráter mediato ou imediato do conhecimento dos fatos que se provam (ou da verificação dos enunciados sobre os fatos), de modo que na prova direta a verificação do fato a que o enunciado se refere é imediata, enquanto que na indireta somente pode-se chegar ao fato que se prova a partir de outros, mediante um processo inferencial. De acordo com essa classificação todas as provas de fatos passados são indiretas. No segundo a diferença reside na estrutura lógica da inferência em que consiste o procedimento probatório, sendo que na prova direta se utilizam leis lógicas e científicas (não probabilísticas) que conduzem a resultados necessários no processo inferencial e, na prova indireta, são empregadas as máximas de experiência que conduzem a resultados somente possíveis. Já o terceiro critério de distinção é denominado concepção canônica. É considerada prova direta aquela em que o fato que se quer provar surge direta e espontaneamente sem mediação e necessidade do raciocínio, e é capaz de por si só fundar a convicção judicial. A prova indireta, por sua vez, é aquela que o fato que se quer provar não surge diretamente do meio ou fonte de prova, mas precisa de raciocínio e é incapaz de por si só fundar a convicção judicial sobre o fato<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 47-48.

<sup>34</sup> Na referida obra, Taruffo destaca que a estrutura conceitual sobre qual deve se fundar a definição de relevância é constituída de dois grupos de proposições factuais: aqueles que definem o objeto da prova e aqueles que constituem o tema da prova, nas suas possíveis correlações. Adiante, refere que em uma primeira aproximação se pode dizer que a prova é relevante quando responde às funções que lhe são próprias, isto é, quando o fato sobre a qual versa representa um elemento utilizável para o acerto de um *factum probandum* (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 54).

<sup>35</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 86-88.

Com base nessa distinção está incorreto assemelhar as provas diretas e históricas (testemunhal e documental), pois nem todas as provas históricas expõem diretamente o fato que se quer provar: a prova testemunhal, por exemplo, será direta somente se versar sobre o fato que se pretende provar, e indireta se versar sobre um fato circunstancial. Para melhor exemplificarmos, faz-se oportuno apresentar o exemplo citado pela doutrinadora ao referir que, se o fato que se quer provar é que B matou A de um disparo, a declaração da testemunha T": vi a B disparar a A e este cair morto", constitui prova direta; mas se a declaração da testemunha R : Ouvi um disparo na casa de A e minutos depois vi sair a B daí" constitui tão-somente prova indireta ou indiciária<sup>36</sup>.

Podem-se citar como exemplos típicos de prova direta a inspeção judicial (arts. 440 a 443 do CPC) e a exibição da coisa (art. 355 do CPC). Já o exemplo mais citado de prova indireta são os indícios, mas também o são o depoimento de testemunhas que, por exemplo, não presenciaram diretamente o fato a ser provado.

No entanto, considerando a doutrina anteriormente referida, temos que, até mesmo a inspeção judicial, prova considerada pela doutrina majoritária como direta, pode ser classificada como verdadeiramente indireta, conforme o critério a ser adotado para a distinção de uma ou outra prova. Deve-se ter presente que, em grau recursal, a inspeção judicial não pode ser considerada prova direta, pois colhida em primeiro grau.

Em que pese os diferentes critérios atribuídos pela doutrina, consideramos que a distinção entre os dois tipos de prova reside no grau de mediação com o fato a ser provado. Ou seja, a diferença entre a prova direta e indireta guarda relação com o grau de reflexão necessário para estabelecer o *fato probandum*.

Não há uma diferença ontológica<sup>37</sup>, mas no grau da inferência, sendo que na prova indireta é mais complexo.

---

<sup>36</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 89-90.

<sup>37</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.28.

Sinaliza Malatesta que, do ponto de vista da avaliação subjetiva das provas, não há diferença entre prova direta e indireta, mas há do ponto de vista da avaliação objetiva, pois, em se tratando de prova direta, pode-se firmar uma conclusão objetiva com a simples percepção da prova, enquanto que na prova indireta é necessário o raciocínio<sup>38</sup>.

Nesse contexto, Taruffo destaca que prova direta ou indireta define-se a partir da relação entre o fato a provar e o objeto da prova, sendo considerada prova direta quando os dois enunciados têm por objeto o mesmo fato, ou seja, quando a prova versa sobre o fato principal, enquanto que se está diante de uma prova indireta quando o objeto da prova está constituído por um fato distinto daquele que deve ser provado por ser juridicamente relevante aos efeitos da decisão<sup>39</sup>. Mais adiante, destaca que se trata de uma distinção funcional e relacional e não ontológica<sup>40</sup>. Conclui que quase todas as provas podem ser diretas ou indiretas, dependendo da função de terem por objeto o fato a provar ou outro fato do qual podem extrair-se inferências sobre o fato a provar.

Na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade de trabalho algum do raciocínio. Já na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipótese, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos, maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando<sup>41</sup>. Taruffo destaca que o grau de relevância da prova indireta se estabelece segundo um critério lógico que faz referência à possibilidade de formular inferências probatórias desde o fato secundário sobre o que versa a prova até o fato jurídico que necessita ser provado<sup>42</sup>.

Assim, tem razão Marina Gascón Abellán, ao concluir que a prova direta faz referência a um procedimento probatório que versa diretamente sobre o fato que se quer provar, enquanto que prova indireta ou indiciária não versa diretamente sobre o

---

<sup>38</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 155.

<sup>39</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p.455-456.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>41</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v.1, p.48-49.

<sup>42</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 365.

fato que se pretende provar, mas apenas sobre um fato circunstancial que para acreditar naquele necessitaria do raciocínio e da inferência<sup>43</sup>. Melhor exemplificando, quando estamos diante de uma prova indireta, lógica (ou crítica), “o juiz percebe um fenômeno que não exprime um juízo histórico sobre o fato investigado e constrói a proposição probatória de aplicar ao fenômeno, movendo para trás pela sua percepção segundo as leis da experiência e da lógica”<sup>44</sup>.

A classificação anteriormente proposta auxilia na compreensão da estrutura da prova indiciária, na medida em que a prova indireta possibilita ao juiz ter um melhor conhecimento dos fatos que se sucederam no passado, reconstruindo-os, o que demanda uma análise inferencial mais complexa.

Tanto num quanto no outro tipo de prova, o juiz tem que utilizar o raciocínio para poder formar a sua convicção. Daí resulta que a diferença é de estrutura, pois o processo probatório indireto é complexo, enquanto que na prova direta é simples. Todavia, como bem destacado por Carnelutti, possuem a mesma base que é a percepção de um fato por parte do juiz, o que demonstra que não se pode excluir a percepção do campo da prova<sup>45</sup>.

Há, ainda, uma subdivisão na prova indireta, podendo ser classificada como históricas ou representativas e provas críticas ou lógicas. As provas históricas representam o fato a averiguar, como se dá através de pessoas ou coisas que o representam, e as provas críticas dão ao juiz o conhecimento do fato por meio de operações lógicas, sendo exemplo típico as presunções<sup>46</sup>. Para Moacyr Amaral Santos as provas históricas reproduzem o fato probando, enquanto que as provas críticas não refletem o fato, mas sim servem de elementos a partir dos quais o juiz

---

<sup>43</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 89.

<sup>44</sup> RUSSO, Vincenzo. *La prova indiziaria e il giusto processo*. Napoli: Jovene, 2001, p. 169.

<sup>45</sup> CARNELUTTI, *A prova ...*, p. 87.

<sup>46</sup> Eduardo Cambi refere que nas provas históricas a percepção do juiz não incide sobre o fato a ser provado, mas sobre as pessoas ou as coisas que representam o fato a ser demonstrado. Já nas provas críticas o juiz parte de um fato que não é o fato a ser apurado e não integra o *thema probandum*, mas que lhe permite, por inferência, chegar ao fato a ser provado (CAMBI, *A prova...*, p. 357-358). Para Moacyr Amaral Santos a prova crítica não provoca por si só no juiz a idéia do fato probando e apenas permite, pela experiência e pelo raciocínio, formar uma idéia a respeito (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad editor, 1950, v. 5, p.346).

deduz a existência daquele <sup>47</sup>. A prova histórica ou é testemunhal ou documental e a prova crítica se divide em presunções e indícios. Eduardo Cambi destaca que essa classificação não é rígida, já que ambas podem se complementar. Inclusive, cita como exemplo o álibi que é o mecanismo lógico classificado como prova crítica, embora esteja fundada em uma prova histórica (por exemplo, em um depoimento testemunhal), a qual lhe serve de pressuposto. Para o doutrinador, a formação da prova crítica depende de uma prova histórica<sup>48</sup>.

Analisada a distinção entre prova direta e indireta, não se pode sustentar a superioridade da prova direta sobre a indireta, fundada na consideração de que a prova é tanto mais segura quanto mais próximo aos sentidos do juiz se faz o fato a provar <sup>49</sup>. Também na prova direta há possibilidade de erro<sup>50</sup>.

Como bem aponta Danilo Knijnik, nenhuma prova é puramente direta, pois toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida. No caso, por exemplo, da prova testemunhal – em que o depoente afirma ao juiz ter visto algo – só se pode chegar ao *factum probandum* através de um juízo de credibilidade sobre a pessoa do depoente (o depoente é pessoa honesta e proba, logo o que ele diz ter ocorrido realmente aconteceu), sendo onipresente, destarte, uma inferência<sup>51</sup>. O mesmo ocorre com a prova pericial, pois o perito não presencia o fato, mas sim o avalia com base em uma máxima de experiência técnica.

Dentro de tal perspectiva, e em face do moderno sistema valorativo da persuasão racional, a prova indireta não pode ser menosprezada em relação às demais. Seja prova direta ou indireta, possuem igual hierarquia no conjunto probatório. No entanto, adquirem diferente significado no momento da avaliação; isso porque a prova indireta requer operações mentais completas que permitem alcançar a motivação.

---

<sup>47</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 1, p. 33.

<sup>48</sup> CAMBI, op. Cit., p. 359.

<sup>49</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p.83.

<sup>50</sup> Inclusive, Danilo Knijnik ressalta que se chega a afirmar que a prova indiciária poderia ser um *plus* relativamente à direta, pois, enquanto as testemunhas podem mentir, os indícios não. (KNIJNIK, *A prova...*, p. 26).

<sup>51</sup> Ibid., p. 26.

Ressalta-se que “o fato de o indício ser uma prova indireta, partindo de dados e circunstâncias conhecidos para os fatos desconhecidos, apenas significa que, na reconstituição do *thema probandum*, ela não é uma prova de índole histórica, mas sim, de natureza crítica”<sup>52</sup>.

Não obstante a classificação entre prova direta e indireta, não se pode olvidar que o julgador, na verdade, toma conhecimento dos fatos dos autos por meio de asserções alheias, ensejando uma apreciação crítica, “mormente no que se refere a visão de conjunto, em que é preciso armar, por ilações, uma cadeia lógica que, convincentemente, aponte para a verdade fática”<sup>53</sup>. Assim, na fase processual de produção de prova, seja ela colhida de forma direta ou indireta, o que é preciso assegurar é uma efetiva garantia na apuração dos fatos de modo a proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>52</sup> COELHO, *Prova indiciária...*, p. 14.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 50.

## 2 INDÍCIOS

### 2.1 Do surgimento da prova indiciária no direito brasileiro

É inegável que o Direito está ligado à experiência e à cultura do povo. O processo civil, modernamente concebido, é fenômeno cultural e é por meio do exame da história que se vai constatar que este instrumento, que hoje tem como finalidade a realização da justiça e paz social, sempre esteve moldado à cultura de sua época<sup>54</sup>.

Não é diferente em relação ao direito probatório e especialmente à prova indiciária. A evolução do processo civil ao longo dos anos, “seus fluxos e refluxos”, dado que não segue uma linha reta<sup>55</sup> acarretaram um avanço na estrutura, bem como na valoração dos indícios. Como destacado por Echandia, no princípio foi considerada como “uma prova secundária, mas a doutrina moderna sabidamente a colocou na correta posição de prova principal, ao lado das outras já estudadas, a medida que melhorou a técnica de investigação e se precisaram os requisitos, sua natureza e os princípios fundamentas para a sua valoração”<sup>56</sup>.

No presente estudo não será feita uma abordagem sobre as origens históricas da prova indiciária e sua evolução desde o processo romano até os dias atuais, pois tal exame não poderia ser feito superficialmente dado a magnitude e o fato que a história do direito probatório e da apreciação da prova é a história do processo em si<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Acerca do assunto, ler LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-96, 1962. Nesse sentido é o que também destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao referir que o processo não se esgota no âmbito da técnica, não podendo prescindir sua organização de fatores culturais, que lhe emprestam sentido axiológico e portanto caráter substancial, a que não se deve alhear a própria forma em sentido amplo (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 11).

<sup>55</sup> Denominação dada por Ibid., p. 11.

<sup>56</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, p. 615.

<sup>57</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 9.

Assim, iniciamos o estudo com o surgimento da prova indiciária no nosso ordenamento jurídico.

As primeiras legislações de processo civil que tivemos advieram de Portugal, as quais foram influenciadas pelo direito romano, como bem destacado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>58</sup>. Primeiramente foram escritas as Ordenações Afonsinas, após as Manuelinas e, por fim, as Filipinas<sup>59</sup>. As últimas vigoraram como leis gerais por toda a época colonial do Brasil, sendo que foram editadas em 1603 por Felipe II de Portugal.

Nas Ordenações Filipinas os indícios são admitidos em matéria penal, podendo ser destacadas as seguintes passagens:

Quinto livro, título VI, parágrafo 29

E em todos os casos deste título não gozará o acusado de privilégio algum para não dever ser metido a tormento nem haver prova vil, postoque (*sic*) de todo he privado  
 E para ser metido a tormento, bastarão mais pequenos **indícios**, que onde taes qualidades não concorrerem  
 E as pessoas, que em outros casos não poderião ser testemunhas, nestes o poderão ser, o valerão seus ditos  
 Porém, se a testemunha for inimigo capital do acusado ou amigo special do accusador, seu testemunho não será muito crio, mas sua fé deve ser minguada, segundo a qualidade do ódio, ou amizade.

Quinto livro, título XIX, parágrafo 2

E qualquer homem, que sendo casado, e tendo a mulher viva, a deixar, e stiver com outra publicamente em casa teúda e manteúda, nomeando-se e tratando-se por marido e mulher, e sendo dos vizinhos por taes havidos per spaço de dous annos, ou postoque com elle não stè tanto tempo, se elle commetteo, ou mandou commetter a dita mulher, ou seu pai, ou parentes para com ella casar, e foi com ella à porta da Igreja, para ahi serem recebidos, ou se foram apregoados na Igreja, e feitos os banhos ordenados, e

<sup>58</sup> Sobre a influência do direito romano em Portugal ver ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 30-33 e MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. Curitiba: *Revista Genesis*, Curitiba, v. 33, p. 484-510, jul./set. 2004, p. 490-497. Destaca Maria Thereza Rocha de Assis Moura que, embora a doutrina, em Roma, afirmasse que não havia um sistema de provas e, por via de consequência, um reconhecimento teórico do valor probante dos indícios, os autores são unânimes ao concluir que a prática os admitia amplamente. (MOURA, *A prova...*, p. 8).

<sup>59</sup> Salienta Daniel Francisco Mitidiero que o processo civil desenhado nas Ordenações é um típico exemplo de processo comum, forjado pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 35).

depois steve com ela, postoque que não sté mais de hum dia, e sendo o primeiro casamento verdadeiramente provado per testemunhas, que ouvisse as palavras do recebimento, ou per sua confissão feita em Juízo negando elle o segundo casamento, e não se podendo provar per testemunhas, que lhes ouvissem dizer as palavras formaes do casamento será por taes **indicios** mettido a tormento, não tendo qualidade que o escuse delle.

Quinto livro, título XXXVII, parágrafo 3

E em todos os delictos, comettidos atraçoada e aleivosamente, não gozará o accusado de privilegio algum, para não dever ser mettido a tormento, ou para não haver pena vil.

E para ser mettido a tormento bastarão mais pequenos **indicios**, que onde tal qualidade não concorrer. E as pessoas, que nos outros casos não podem ser testemunhas, nestes o poderão ser, e valerão seus testemunhos. Porém, se a testemunha for inimigo capital do accusado, ou amigo special do accusador, seu testemunho não será muito crido, mas diminuir-se-lhe-há o credito, segundo a qualidade do odio, ou da amizade.

Quinto livro, título CXXXIII

Não se pode dar certa forma quando e em que casos o preso deve ser mettido a tormento, porque pode ser contra elle hum só **indicio**, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convem saber, se elle tiver confessado fora do Juízo que fez o malefício, por que he acusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lhe vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de auctoridade e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra polo dito malefício, antes que dele fosse querelado, com outro algum pequeno indício

E poderão ser contra elle muitos **indicios** tão leves e fracos, que todos muitos não bastarão para ser mettido a tormento; por tanto ficará no arbítrio do Julgador, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra o preso.

E se achar tanta prova contra ele, que o mova a crer, que elle fez o delicto, de que he acusado, mandal-o-há metter o tormento, e de outra maneira não.

As Ordenações Filipinas tiveram vigência no Brasil após a Proclamação da Independência, sendo que o processo civil brasileiro só foi alcançado por legislação nacional quando o Decreto nº 763, de 1890, determinou que se applicasse ao foro cível o Regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, editado para o processamento das causas comerciais. O referido regulamento nada disciplinou em relação aos indícios, mas dispôs diversas tariffações acerca da avaliação da prova (arts. 140 a 154, 155 a 165, 177, 182, 184 a 188 e 206)<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 45. Moacyr Lobo da Costa divide a história do direito processual civil brasileiro em 5 periodos: Primeiro Período (de 1832 a 1850), Segundo Período ( de

Posteriormente, foram editados diversos Códigos Estaduais, até que em 1939 teve a vigência um Código de Processo Civil, o qual “mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao Direito intermediário”. Foi informado pela técnica da oralidade, com caráter publicístico e foi outorgado ao juiz o encargo de dirigir o processo com o fito de alcançar ao povo justiça pronta e eficaz<sup>61</sup>. É necessário observar que os artigos 251/253 continham disposições expressas, sob a rubrica “Das Presunções e Indícios”, as quais abordaremos no capítulo seguinte do presente estudo.

Em 1973 surge o atual Código de Processo Civil que, contrariamente ao anterior, não dispõe acerca da prova por indícios.

Na legislação penal, apenas a título de esclarecimento, Antonio Francisco de Souza Neves refere que nas Ordenações Afonsinas tem-se um trecho em que se faz alusão à D. João I, estabelecendo a indiscriminação dos indícios que levaram o preso a ser metido a tormento, tipo de prova obtida através de castigos corporais que levaram, segundo era a crença, o criminoso a confessar o delito<sup>62</sup>. Em seguida, foi feita referência expressa aos indícios no aviso de 15 de novembro de 1828. A consolidação da prova indiciária apenas se deu com o Código de Processo Criminal, promulgado em 29 de novembro de 1832, no qual em seu artigo 145, constavam expressamente os indícios como meio de prova, assim dispondo:

Art. 145 Quando o Juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto, ou indícios vehementes de quem seja o delinquente (não se tratando de crimes políticos) declarará por seu despacho nos autos de que não julga procedente a queixa, ou a denuncia.

Na República, o Decreto nº 848, de 1890, no art. 63 e o Decreto nº 3084, de 1898, parte II, art.171, admitiram o indício como meio de prova, em atinência aos

---

1850 a 1889), Terceiro Período (de 1890 a 1934), Quarto Período (de 1934 a 1938) e Quinto Período (de 1939). (COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970).

<sup>61</sup> MITIDIERO, Processo e..., p. 497.

<sup>62</sup> SILVA NEVES. Antonio Felipe da. *Da prova indiciária no processo penal*. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1986, p. 8.

processos da competência da então Justiça Federal, o que foi seguido pelas legislações estaduais<sup>63</sup>.

Nos anos seguintes foram promulgados os Códigos de Processo Penal dos Estados, sendo que, no do Estado do Rio Grande do Sul, estava previsto, no artigo 183, que "As presunções ou indícios são circunstâncias que estabelecem relação necessária entre o agente e o fato criminoso". Também houve expressa previsão nos Códigos de Processo Penal dos Estados de Minas Gerais (art.261), Rio Grande do Norte (art.262), Distrito Federal (art.282)<sup>64</sup>, Bahia (art.1387), sendo que em cada um desses Estados era apresentada uma conceituação diversa, o que apenas foi pacificado com a edição do Decreto 3689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal em vigência, que no artigo 239 assim preceitua: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

Feita esta breve abordagem da legislação criminal, impõe-se destacar que na esfera cível o Código Civil de 1916 não dispunha acerca dos indícios. Foi com o advento do CPC de 1939 que os indícios foram incorporados à legislação processual civil (artigos. 252 e 253), o que será abordado de forma mais detalhada no item 2.9.2 do presente trabalho.

O processo civil moderno, de índole publicística, indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, de forma a considerá-lo como direito constitucional aplicado<sup>65</sup>. Ainda, com predomínio da garantia do contraditório e da participação dos sujeitos para o alcance da justiça. Hodiernamente, após a vigência da CF/88, pode-

---

<sup>63</sup> SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 10.

<sup>64</sup> O artigo 282 preceituava que "São indícios as circunstâncias ou fatos conhecidos e provados, dos quais se induz a existência de outro fato, ou circunstância de que não e tem prova". Já o artigo 283 dispunha que: "Para que os indícios constituam prova é necessário: 1º) que o fato ou circunstância indiciante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indiciado; 2º) que o fato ou circunstância indiciada coincida com a prova resultante dos outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo". (Ibid., p. 12-13).

<sup>65</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direito fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 261.

se falar na concepção de um processo civil baseado no formalismo-valorativo, por se tratar de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais<sup>66</sup>.

É nesse contexto que devemos inserir o estudo da prova indiciária, pois inegavelmente se faz presente como fonte de prova e como tal requer um estudo detalhado de sua estrutura para que então possamos extrair o convencimento judicial.

## 2.2 Definição

A palavra indício tem origem latina, mas enseja divergências de ordem semântica. Conforme citado por Walter Coelho, alguns estudiosos dizem que " 'indicium' provém de **induco**, ou seja, da preposição *in* com o verbo *ducere*, significando levar ou conduzir a; outros entendem que sua semiologia estaria relacionada com o verbo **indicare**; e, por fim, aqueles que associam indício à palavra **index** (dedo indicador), isto é, aquilo que indica ou aponta para alguma pessoa ou coisa"<sup>67</sup>.

Já Vito Gianturco refere que *indicium* deriva de **indicere** que significa fazer saber ou manifestar<sup>68</sup>.

Como apontado por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, qualquer que seja a origem do termo, contudo, resulta evidente que a palavra indício está,

---

<sup>66</sup> Como bem destacado por Daniel Francisco Mitidiero, "O método é o instrumental, e a racionalidade que perpassa o fenômeno é a racionalidade prática (quer na sua vertente processual, tópica-retórica, quer na sua vertente material), resgatando-se, em um outro nível qualitativo, o pensamento problemático para o direito processual civil. O processo deixa de ser visto como mera técnica, tal como tínhamos a propósito do direito moderno, assumindo a estatura de um verdadeiro instrumento ético, sem que se deixe de reconhecer, no entanto, a sua estruturação igualmente técnica. (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 20).

<sup>67</sup> COELHO, *Prova indiciária ...*, p. 13.

<sup>68</sup> GIANTURCO, Vito apud PIERANGELLI, José Henrique. Da prova indiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 610, p. 283-303, ago. 1986, p. 285. É a mesma etimologia citada por PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997. v. 4: Indicios y presunciones, p. 1 e DEVIS ECHANDIA, *Teoría general...*, p. 601.

intimamente, ligada à revelação, mostra, indicação; daí porque as divergências apontadas não constituem, propriamente, um problema a ser enfrentado<sup>69</sup>.

Não obstante essas diferentes designações, cumpre definirmos a conceituação da prova indiciária mais adequada ao ordenamento jurídico vigente. Ressalta-se que as inúmeras divergências apontadas, no que diz respeito ao conceito jurídico de indício, refletem confusão de idéias reinantes na doutrina.

Inicialmente, serão destacadas algumas definições propostas por doutrinadores consagrados para ao fim escolhermos a conceituação mais apropriada.

Taruffo aborda a divergência conceitual referindo que o termo indício se utiliza ao menos em três acepções principais. Na primeira, indício é sinônimo de presunção (e conjectura), na medida em que indica o raciocínio ou o argumento ao qual se vinculam os fatos, extraído de um deles conseqüências para o outro. Na segunda, indício se distingue de presunção na medida em que faz referência àqueles elementos de prova que, apesar de não carecerem de eficácia probatória, não apresentam os requisitos exigidos pela lei para a utilização das presunções simples. Por fim, na última acepção, a mais clara, indício faz referência ao fato conhecido ou à fonte que constitui a premissa da inferência presuntiva. Assim, a diferença entre indício e presunção é a mesma que há entre um raciocínio e a premissa de fato que lhe serve de ponto de partida<sup>70</sup>. Mais adiante, Taruffo entende não ser apropriado chamar esses elementos que não são graves ou concordantes, e que não constituem presunções apesar de serem significativos, de indícios, mas sim os denomina elementos de prova<sup>71</sup>.

Isabella Rosoni observa que havia duas acepções diversas para a prova indiciária. A primeira considerava os indícios uma maneira de provar imperfeita, ou seja, considerava como indícios todos os meios de prova que não correspondessem a disposição legal. A segunda orientação colocava na categoria dos indícios aqueles

---

<sup>69</sup> MOURA, *A prova...*, p. 16.

<sup>70</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 470-480.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 480.

procedimentos indutivos que de um fato conhecido conduziam a um fato ignorado. Adverte que são duas concepções que, se forem bem entendidas, não se excluem, mas podem somar-se a fim de constituir um *index indiciorum* notoriamente terminado<sup>72</sup>.

Frederich Stein conceitua os indícios como “fatos, acontecimentos ou circunstâncias, a partir dos quais, e por meio da experiência, se pode concluir outros fatos que estão fora do processo e constituem o objeto da prova”<sup>73</sup>.

Hernando Devis Echandia entende por indício um fato conhecido do que se induz outro fato desconhecido, mediante um argumento probatório que daquele se obtém, em virtude de uma operação lógico-crítica baseada em normas gerais da experiência ou em princípios científicos ou técnicos<sup>74</sup>. Salaria, ainda, que indício pode ser qualquer fato (material ou humano, físico ou psíquico, simples ou composto, ou seja, se dá o conceito de fato e significado amplo que se utiliza para determinar em abstrato o objeto das provas judiciais)<sup>75</sup>.

Na mesma seara, Nevio Scapini refere que a palavra *indício* no significado técnico-jurídico é definida pelos juristas como uma circunstância certa da qual, por indução lógica, se pode extrair uma conclusão sobre a existência ou inexistência de um fato a provar<sup>76</sup>.

Para Mittermaier, indício é um fato em relação tão precisa com um outro fato que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão toda natural<sup>77</sup>.

João de Castro Mendes, ao conceituar os indícios, distingue os fatos probatórios entre os fatos representativos e fatos indiciários, salientando que esses últimos são os que permitem concluir a verificação ou não verificação de outros fatos

---

<sup>72</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 61.

<sup>73</sup> STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Centro de Estudios Raimón Areces, 1990, p. 31-32

<sup>74</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria general...*, p. 601.

<sup>75</sup> *Ibid*, p.602.

<sup>76</sup> SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 7.

<sup>77</sup> MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 421.

em virtude das leis naturais conhecidas pelos homens, e que funcionam como máximas de experiência. Ainda, fornece como exemplo os traços e vestígios<sup>78</sup>.

Jairo Parra Quijano conceitua os indícios como fatos a partir dos quais se infere a produção de outros fatos, e os fatos são pura objetividade, existência, independentes das ideações, dos querereres e das ilusões<sup>79</sup>. Também ressalta que não é um fato qualquer, mas que tem a propriedade de sair de si mesmo para mostrar outro<sup>80</sup>.

A definição mais completa, deve ser atribuída a Antonio Dellepiane ao assinalar que indício "é todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos"<sup>81</sup>.

Nesse ponto, faz-se importante destacar que as conceituações anteriormente referidas apresentam como elementos comuns a existência de um fato conhecido e o uso de uma inferência lógica que possibilite alcançar um fato desconhecido.

Como veremos mais adiante, não há, na legislação civil ou processual civil pátria, norma definidora de indícios. Tem-se apenas o artigo 239 do Código de Processo Penal que conceitua indício como a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias<sup>82</sup>. No entanto, em outros artigos inseridos no Código de Processo Penal, foram feitas referências aos indícios de forma diversa. Para a decretação da prisão preventiva é necessário que haja indícios suficientes da autoria (art. 312); no procedimento do júri, para a pronúncia deve haver, além da prova da existência do crime, indícios de que o réu seja o seu autor (art. 408 CPP); para a decretação do seqüestro de bens bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126) e, quanto à hipoteca legal, exigem-se indícios

---

<sup>78</sup> MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. São Paulo: Ática, 1961, p.181-182.

<sup>79</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 6.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>81</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 67.

<sup>82</sup> Maria Thereza Rocha de Assis Moura critica a definição de indício como circunstância, pois entende que é de melhor técnica defini-lo como fato. (MOURA, *A prova...*, p. 39).

suficientes da autoria para sua inscrição (art. 134). Percebe-se que nesses casos a palavra indício não foi utilizada no sentido de prova indireta, ou seja, de um raciocínio lógico para se chegar de um fato conhecido a outro desconhecido, mas sim "representa uma forma mais tênue, ou, na linguagem medieval, uma prova semiplena"<sup>83</sup>.

Também há previsão no artigo 382 do Código de Processo Penal Militar que assim está redigido: "Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova".

É importante, ainda, diferenciar os indícios das contra-senhas que nada mais são do que provas críticas às quais é inerente a específica destinação probatória<sup>84</sup>, diferentemente do indício que é um fato que não tem destinação probatória. Também se deve diferenciar o indício da suspeita que significa crer na existência de algo ou circunstância por alguma aparência. Como ressalta Jairo Quijano, a crença se encontra na mente do intérprete, não existindo um fato em que se apóie. Não pode ser tomada como indício, porquanto este é um fato que deve estar provado<sup>85</sup>. Da mesma forma, o palpite, equivalente a pressentimento, se trata de uma posição subjetiva que pode servir para investigar, mas de nenhuma maneira se trata de um fato e portanto sobre ele não se pode edificar nem por *lumbre* uma providência<sup>86</sup>.

### 2.3 Natureza jurídica

Tratar da natureza jurídica é definir a essência e conteúdo dos indícios.

---

<sup>83</sup> BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

<sup>84</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p. 356. O citado doutrinador fornece como exemplo de contra-senhas os selos adesivos postais e dos diversos impostos, os signos públicos autenticados dos atos oficiais, o nome civil, as tatuagens, as marcas de fábrica, visto que se destinam a indicar e provar certos e determinados fatos.

<sup>85</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 99.

<sup>86</sup> *Ibid*, p. 100.

A prova indiciária é uma das espécies da prova denominada indireta, crítica ou artificial. É firmada em raciocínio de lógica<sup>87</sup>. O fato de ser prova lógica não significa que seja subjetiva, pois, se fosse subjetiva, atentaria contra a liberdade das pessoas. O lógico não significa subjetivo. A lógica nos ensina que os pensamentos surgem da realidade<sup>88</sup>.

Mittermaier classifica os indícios como espécie de prova artificial ou pelo concurso de circunstâncias, na medida em que demanda ao juiz, para firmar sua convicção, examinar as circunstâncias acessórias em suas mútuas relações e tirar as induções que elas contêm em gérmen<sup>89</sup>.

Echandia chama a atenção para o fato de que os indícios não podem ser considerados como uma prova histórica ou representativa do fato indicado, pois do contrário o valor probatório consistiria nessa representação e então, se consistisse em um objeto ou uma coisa representativa, se trataria de um documento; se consistisse em uma declaração, seria um testemunho, uma confissão ou perícia. Também ressalta que nenhuma prova histórica, seja plena ou deficiente, pode ser indício de um fato<sup>90</sup>.

Jeremias Bentham, em sua obra clássica intitulada *Tratado de las pruebas judiciales*, não faz referência específica à prova indiciária, mas no livro quinto trata da prova circunstancial, conceituando-a como: a prova que se deduz de um fato ou de um grupo de fatos que, aplicando-se imediatamente ao fato principal, levam a conclusão de que esse fato existiu<sup>91</sup>. Apenas no volume II, quando se refere à fonte das provas, elenca que as provas indiciárias se obtêm das coisas, pessoas e das relações, sendo que essas podem ser de tempo e lugar e de afeições e interesses<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> Para Walter Coelho o raciocínio é de estrita lógica formal (COELHO, *Prova indiciária...*, p. 49). Da mesma forma, Jairo Parra Quijano aduz que se trata de prova crítica, lógica e indireta (PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 25).

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>89</sup> MITTERMAIER, *Tratado...*, p. 413.

<sup>90</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 605.

<sup>91</sup> BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Europa-America, 1959, p. 292. Dentro da limitação do trabalho a que nos propusemos, cumpre esclarecer, que, na nossa maneira de ver, os indícios diferem das circunstâncias, pois enquanto essas encontram-se ao redor do fato, particularizando-o, os indícios integram o próprio fato (PIERANGELLI, *Da prova...*, p.298).

<sup>92</sup> BENTHAM, *op. cit.*, v. 2, p. 276.

Carnelutti, por sua vez, identifica os indícios como fonte de presunções, referindo que se tratam de fatos autônomos, cuja função probatória é meramente accidental e surgem pela eventualidade de uma relação sua, indefinível, *a priori*, com o fato a provar<sup>93</sup>. Apresenta um caráter relativo, pois um fato em si não é indício, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe como fato a provar em uma relação lógica, que permita deduzir a existência ou inexistência deste. Já em sua obra *Lecciones sobre el proceso penal*, refere que apresenta “uma heterogeneidade típica” e que “constituem provas críticas naturais”<sup>94</sup>.

Como aponta Jairo Quijano, “a natureza probatória do indício não está *in re ipsa*, mas no momento dinâmico que surge, como já se disse, de sua relação com a pequena história do processo e a regra da experiência”<sup>95</sup>.

No mesmo sentido, Eduardo Cambi refere que são fatos secundários que servem de pressupostos das presunções ou fonte das presunções, já que, a partir deles, podem ser deduzidos os efeitos jurídicos dos fatos principais, que são diretamente relevantes para o julgamento da causa<sup>96</sup>. Leo Rosenberg, por sua vez, qualifica os indícios como fatos auxiliares de prova<sup>97</sup>.

Adolfo Schonke nega que os indícios sejam meios de prova; são apenas objeto de prova, o que de certa forma encontra amparo na melhor doutrina que diferencia meios e fontes de prova<sup>98</sup>.

Com o brilhantismo que lhe é inerente, ressalta Moacyr Amaral Santos que o indício, no seu estado potencial, não tem qualquer valor, ou seja, precisa ser relacionado com outro fato, mediante raciocínio lógico, para que dele se extraia significação<sup>99</sup>. Assim, por exemplo, uma blusa laranja junto a uma porta arrombada não exprime, por si só, coisa alguma, visto que não tem por função fornecer prova

---

<sup>93</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p. 227.

<sup>94</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Europa América, 1950, p. 322.

<sup>95</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 7.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>97</sup> ROSENBERG, Leo. *apud Ibid.*, p. 9.

<sup>98</sup> SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 201. A diferenciação entre meio e fontes de prova será abordada no item 2.8. deste estudo.

<sup>99</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p. 355.

de um outro fato qualquer. No entanto, se for relacionada com outro fato, por exemplo, uma testemunha viu o assaltante chegando ao local do crime, minutos antes, com camisa de tal cor, tal fato pode ser utilizado na operação mental apta a embasar a prova indiciária.

Como conseqüência, o indício não é um meio de prova<sup>100</sup>, senão um dado fático que deve ser objeto de demonstração através dos meios de prova previstos e admitidos (testemunhal, documental, pericial, inspeção judicial etc.)<sup>101</sup>. Nesse contexto, não é outra a conclusão a não ser que os indícios assumem uma função passiva de fato que deve ser provado, mas também uma função ativa, de fato que serve para provar outro fato<sup>102</sup>.

O acertamento do fato na prova indiciária é indireto, uma vez que se funda sobre uma atividade lógico-crítica que liga um elemento conhecido (a circunstância indiciante) a um fato ignorado (fato a provar), objetivando obter uma conclusão certa e unívoca<sup>103</sup>. Refere Malatesta que o indício por ser prova material indireta é fonte de certeza físico-lógica, a qual consiste em um trabalho racional dirigido a esclarecer a relação que ocorre entre o fato indiciante e o indicado, isso é, a afirmação e a coisa afirmada<sup>104</sup>.

Definido que o indício é verdadeira fonte de provas não se pode admitir a equiparação entre indícios e prova imperfeita, o que Malatesta denomina de “confusão babélica para o campo das provas”. Lembra que essa opinião nasceu de alguns artigos da *Lex Carolina* que enumeram entre os indícios o depoimento de uma só testemunha e a confissão extrajudicial, sem atender a sua natureza de prova, mas sim a seu valor probatório<sup>105</sup>. Também se deve cuidar para não considerar uma prova incompleta ou imperfeita como um indício, pois consistiria em descaracterizar o conceito de indício que é formado com base em fatos plenamente

---

<sup>100</sup> No entanto, é utilizado como meio de prova em face da redação do artigo 332 do CPC.

<sup>101</sup> ESTAMPRES, Manuel Maria. *La minima actividad probatoria en el proceso penal*, p. 228 apud ROSITO, *Direito probatório...*, p. 97.

<sup>102</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, p. 229.

<sup>103</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 197.

<sup>104</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 35. Para o referido doutrinador quando se faz referência ao fato criminoso não se pode haver certeza simplesmente lógica e, por isso, sempre que no crime se fala de certeza lógica, não se pode entender propriamente senão a físico-lógica.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 200.

comprovados. Ainda, a prova indiciária, conquanto seja uma prova indireta, não pode ser considerada uma prova subsidiária e insuficiente para gerar a convicção necessária para o convencimento judicial.

Por fim, não se duvida que a prova indiciária é fragmentária, pois, além do conhecimento dos ditames da lógica, exige um exame amplo e detalhado de todos os aspectos que envolvem as circunstâncias consideradas indiciantes. Assim, para que seja feita uma avaliação crítica da prova indiciária, exigem-se algumas qualificações específicas que ultrapassam as fronteiras dogmáticas do Direito, fazendo-se uso das regras lógicas.

#### **2.4 Análise da inferência lógica da prova indiciária (silogismo, método de indução, dedução e abdução)**

Nem sempre o fato probando pode ser apreendido pelos próprios sentidos do juiz, nem tampouco representado ou reproduzido, pelos meios probatórios, partes, testemunhas, peritos ou documentos. Nesse caso o juiz conhece o fato probando indiretamente, ou seja, através de outro fato. Assim sendo, os elementos indiciantes, para servirem de base à prova indiciária, devem estar ligados entre si, e somente por meio de uma operação mental, ou melhor, inferência lógica, é que partindo-se de um fato conhecido pode-se chegar a conhecer outros<sup>106</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a teoria dos indícios é constituída não de um complexo de normas jurídicas, mas de regra simplesmente lógica e de experiência comum<sup>107</sup>.

Muito embora Isabella Rosoni advirta que a estrutura fundamental do procedimento lógico da prova indiciária – e isto é a inferência do fato conhecido ao

---

<sup>106</sup> Como bem destacado por Malatesta, “é precisamente pela percepção destas outras coisas e das suas relações com aquilo que queremos conhecer que chegamos à conquista do desconhecido: via indireta de conhecimento que é o triunfo da inteligência humana sobre as trevas que circundam sua natureza infinita” (Ibid., p.178).

<sup>107</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 60.

ignorado – é a mesma daquela da prova direta<sup>108</sup>, certamente uma das tarefas mais árduas no estudo da prova judiciária diz respeito ao exame da relação existente entre o fato indiciado e o indicador. É indubitável que há uma atividade mental que articula e ordena as conclusões da prova indiciária, razão pela qual faz-se necessário examinarmos como se desenvolve o raciocínio do juiz visando justificar a solução para a controvérsia.

Nesse passo, interessa no presente trabalho abordarmos como se dá o vínculo entre o fato conhecido e o fato desconhecido, destinado a uma conclusão apta a embasar o convencimento judicial.

É certo que a doutrina diverge acerca do raciocínio a ser utilizado na obtenção da prova indiciária, já que uns sustentam tratar-se de processo indutivo e outros, de processo dedutivo, ou até mesmo há quem considere um raciocínio por analogia, sem falar na abdução. Dellepiane tem razão ao referir que "há uma completa anarquia de opiniões entre os autores"<sup>109</sup>.

Por exemplo, López Moreno<sup>110</sup> e Nevio Scapini<sup>111</sup> atribuem à prova indiciária um processo lógico indutivo. De outro lado, Devis Echandia refere que a inferência indiciária é indutiva-dedutiva<sup>112</sup>.

É fato constatado que o raciocínio do juiz não é regido apenas por normas e critérios de caráter jurídico. Trata-se, na verdade, de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se embaralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação. Tal foi, aliás, a observação de Taruffo ao referir que o raciocínio é imerso no senso comum, utilizado no âmbito de interpretação e aplicação das normas, no recurso à experiência e às ciências<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 5.

<sup>109</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 16.

<sup>110</sup> LÓPEZ MORENO *apud* Ibid., p. 68.

<sup>111</sup> SCAPINI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>112</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 623.

<sup>113</sup> TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 355, p. 101-118, 1997, p. 102.

Analisando a lógica do raciocínio jurídico, conseguiremos examinar a atividade probatória desenvolvida na prova indiciária. A lógica, conforme conceituada por Vincenzo Russo, consiste na arte do pensamento, ou seja, “a arte de bem guiar a razão no conhecimento das coisas para instruir a si mesmo ou os outros”. A função da lógica é de oferecer o meio para escolher e justificar<sup>114</sup>.

O raciocínio, por sua vez, é o movimento do pensamento que, através de recíproco implicar-se de invenções e atividade, dá origem a uma série de reações individuais que, por sua vez, baseadas na fé e na inquietude, estabelecem a gradualidade do convencimento. Portanto não se reduz a uma mera associação de idéias, mas conduz a um juízo novo cuja validade depende da exatidão da sua assimilação<sup>115</sup>.

O raciocínio judiciário, na maioria das vezes, é apresentado sob a forma de um silogismo, o qual é composto de três proposições: a primeira que é premissa maior, o que de ordinário ocorre em tal circunstância, a segunda é a premissa menor que é fato apurado nos autos e, por fim, a conclusão, a qual se chega por inferência da maior, através da menor.

Concebendo o raciocínio jurídico a ser utilizado na prova indiciária como um silogismo, Isabella Rosoni destaca que o indício é a premissa menor, sobre a qual vai colocada uma premissa maior para que seja possível obter a conclusão, isto é, o fato ignorado do qual se exige a prova<sup>116</sup>.

Como adverte Moacyr Amaral Santos, a premissa maior do silogismo será estabelecida com o auxílio da experiência externa, isto é, a experiência do mundo físico, e da experiência interna, isto é, a experiência do mundo moral. Ou seja, a premissa maior compreenderá um conceito geral, a que se chega pela experiência<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 41. Sobre a relação entre o raciocínio jurídico e a lógica ver PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 469-558.

<sup>115</sup> RUSSO, op. cit., p. 42.

<sup>116</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 226.

<sup>117</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5., p. 347.

Segundo Malatesta a base do raciocínio é composta “pela experiência externa, interna, do mundo físico que nos circunda e do mundo moral da nossa consciência”<sup>118</sup>. Mais adiante, arremata: “um dado fato só pode ser revelador de um outro pelo seu modo natural de ser ou pelas alterações introduzidas no seu natural modo de ser. E este fato revelador pode ser um fato interno da consciência humana ou um fato externo físico”<sup>119</sup>.

Há dois tipos principais de raciocínio. O primeiro se apresenta como forma de identificação; o raciocínio se desenvolve por assim dizer em linha reta e se caracteriza como dedução. O segundo, por seu turno, procede por agrupamento de relações, utilizando as suas semelhanças e caracterizando um raciocínio por semelhanças ou indutivo<sup>120</sup>.

Raciocínio e métodos se diferenciam. Enquanto o raciocínio é processo homogêneo ou mera ligação de pensamento, o método ou conduta do saber “é um conjunto de procedimentos ou de meios de pesquisa que o intérprete razoavelmente adapta a um objetivo determinado”<sup>121</sup>.

No presente estudo abordaremos os dois tipos de raciocínio como método. Serão analisados como procedimentos ou meios de pesquisa.

No raciocínio dedutivo parte-se do geral para alcançar o particular. Note-se que esse raciocínio consiste na passagem de uma idéia à outra, que se une à primeira sobre uma base de identidade colhida entre eles. A validade da conclusão dependerá, sobre o plano lógico, da subsistência ou identidade entre as idéias que se utilizam, isto é, depende da estrutura de pensamento utilizada<sup>122</sup>. Assim, pode-se fundar sobre inferências imediatas, independentes de fases intermediárias entre uma determinada proposição e a sua conclusão, ou mediatas, que formam uma nova enunciação, sendo o silogismo o raciocínio mediato mais conhecido<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 178.

<sup>119</sup> *Ibid*, p. 188.

<sup>120</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 43.

<sup>121</sup> *Ibid*, p. 45.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>123</sup> *Ibid*, p.43.

Ainda destaca Russo que o método dedutivo consiste em uma atividade que se desenvolve essencialmente na esfera psíquica do sujeito sem nova intervenção dos fatos<sup>124</sup>.

Cumprir anotar que a validade de um argumento dedutivo não garante a verdade da conclusão, pois, para tanto, é necessário que as premissas sejam verdadeiras, de modo que o uso do meio dedutivo não garante a infalibilidade dos resultados<sup>125</sup>. A certeza ou a probabilidade da conclusão auferida no raciocínio da prova indiciária dependem da qualificação dos fatos indiciantes.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura adverte que a ilação indiciária não pode apenas derivar da dedução, pois, se assim fosse, a conclusão não passaria de uma declaração teórica, como se se tratasse de uma operação matemática<sup>126</sup>.

O raciocínio indutivo, por sua vez, parte de casos particulares para alcançar o geral. É utilizado na prova indireta. Para Malatesta, é o método das ciências experimentais, enquanto que o método dedutivo é das ciências abstratas<sup>127</sup>. A indução nasce a partir de uma experiência externa, observando que vários fenômenos físicos do mundo externo estão em conformidade com o maior número de casos, o que faz surgir uma conclusão pela verdade geral que constitui o ordinário físico, isto é, a regra do ordinário modo de ser e agir das coisas que serve, pois, como premissa, para chegarmos à conclusão de uma determinada particularidade<sup>128</sup>.

Assinala Vincenzo Russo que se move desde a observação que não é mera percepção, mas atividade que colhe as características de um fato mediante atenção e análise levadas sobre o mesmo fato; indução é, portanto, conhecimento dos fatos terminados, no conhecimento das leis que lhes regulam, pressupondo: a) a colheita

---

<sup>124</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 47.

<sup>125</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 99. Igualmente, Vincenzo Russo (RUSSO, op. cit., p. 47) destaca que as aplicações deste método variam em relação à natureza das proposições iniciais da dedução: se elas têm, pelo espírito humano, um valor absoluto e, portanto, permitem extrair consequência do valor igualmente certo; ou são hipóteses e, portanto, o resultado da dedução se substancia também na hipótese de verificar ou retificar a observação (método hipotético-dedutivo).

<sup>126</sup> MOURA, *A prova...*, p. 38.

<sup>127</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 179.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 180.

dos dados, b) a idéia de sobrepor a discussão; c) o confronto de idéias e dos dados (discussão experimental)<sup>129</sup>.

No argumento dedutivo vale a regra que, se as premissas são verdadeiras, também as conclusões são verdadeiras (e a conclusão é contida implicitamente na premissa). Já no indutivo, que é a base do silogismo probatório em tema de prova lógica, vale o princípio que, se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão pode ser provavelmente verdadeira. Isso quer dizer que verdadeira a premissa não significa que deve ser verdadeira, em termos de certeza, a conclusão<sup>130</sup>.

Abordando a matéria, Marina Gascón Abellán diferencia indução em sentido estrito e em sentido amplo. A indução em sentido estrito ou indução generalizadora, é um processo de raciocínio que vai do particular ao geral (dos fatos às leis), proporcionando um conhecimento provável. Já a indução em sentido amplo diz respeito “a todo o tipo de raciocínio (e, portanto, não apenas aquele que vai do particular ao geral) em que as premissas, ainda que sendo verdadeiras, não oferecem fundamentos concludentes para a verdade de sua conclusão, mas que esta decorre daquelas só com alguma probabilidade, probabilidade que é questão de grau e depende de outras coisas”<sup>131</sup>.

Dellepiane critica López Moreno quando este afirma que o processo empregado na prova indiciária é a indução, pois ele se esquece que parte-se da lei, ou das leis, ao caso, ou seja, o caminho seguido é o inverso do da indução. Assim, afirma que a operação mental na prova indiciária, na maioria das vezes, constitui somente uma inferência analógica, consistente em uma dedução apoiada em uma inferência indutiva prévia. Isto, pois a lei que serve de fundamento e que consiste a premissa maior do silogismo correspondente é “uma lei empírica, uma generalização fornecida pela experiência, um princípio do senso comum, cujo caráter é contingente. Que o autor de um crime foge ou se oculta o faz porque cometeu um delito, são verdades gerais e constantes. Daí, entretanto, se deduz uma

---

<sup>129</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 46.

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 81. Assiste razão ao doutrinador Guido Calogero ao referir que a verdadeira e grande atividade do juiz não está no alcançar a conclusão das premissas, mas em encontrar e formular as premissas (CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova: CEDAM, 1937, p. 51).

<sup>131</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 103-104.

generalização: aquele que foge ou se oculta é um criminoso; e esta generalização serve de premissa para estabelecer que determinado sujeito é autor de um delito. Não há aí uma dedução rigorosa, senão que o que os lógicos denominam um raciocínio por analogia ou uma inferência analógica<sup>132</sup>. Por fim, rechaçando novamente a doutrina de López Moreno que vê a inferência indiciária como uma indução, o mesmo doutrinador refere que “a inferência indiciária só é certa excepcionalmente, quando se apóia em uma lei geral e constante, isto é, quando deixa de ser uma inferência analógica para converter-se em uma dedução rigorosa”<sup>133</sup>.

Echandia, ao explicar o raciocínio judicial aplicado na prova indiciária, sustenta que tanto pode ser de indução ou dedução, sendo que apenas haverá alteração na posição das premissas maior e menor, de modo que ambos se combinam, pois “da máxima geral de experiência se deduz uma consequência aplicável ao fato indiciário que o relaciona com o investigado, e deste se induz em virtude daquela máxima, a possibilidade lógica do fato que se investiga”<sup>134</sup>.

Nessa esteira, Maria Thereza Rocha de Assis Moura entende que a ilação da prova indiciária é de natureza indutiva-dedutiva, pois os dois métodos completam-se na procura da verdade judiciária<sup>135</sup>.

Para melhor exemplificarmos os dois tipos de raciocínio, podemos formular as seguintes premissas do silogismo: no dedutivo - Todo o homem é mortal. Pedro é homem, logo Pedro é mortal; indutivo - Pedro é mortal. Antonio é mortal (Pedro é homem, Antonio é homem); logo todos os homens são mortais.

Como já destacado, a par do raciocínio, que é processo homogêneo ou mera coligação de pensamento, existe o método, ou conduta do saber, que é um conjunto de procedimentos ou de meios de pesquisa que o intérprete conscientemente adota para um determinado objeto. Naturalmente, os métodos decorrem da espécie de pensamento lógico utilizado, razão pela qual se distinguem dos dois tipos

---

<sup>132</sup> LÓPEZ MORENO apud DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p.68-69.

<sup>133</sup> LÓPEZ MORENO apud *Ibid.*, p. 70.

<sup>134</sup> DAVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 625.

<sup>135</sup> MOURA, *A prova...*, p. 37.

fundamentais: 1) o método dedutivo destinado a organizar as idéias; e 2) método indutivo que se move de dados conhecidos para se chegar às idéias<sup>136</sup>.

Além desses dois métodos, existe o método de abdução ou reconstrutivo, que constitui um tipo particular de indução e que se caracteriza por seu objeto particular: descobrir o passado<sup>137</sup>. Assim, nesse método, os dados - ao invés de sugerirem algumas idéias - são expressivos de um fato que vem reconstruído somente com a utilidade da imaginação; se parte de indícios ou documentos sobre a qual base se formula o fato de acertar, a qual vem afirmada através de um sistema de coerência construído em torno do documento ou em relação a esse, ou pela falta de contradições<sup>138</sup>.

Tal método foi bem expresso por Charles S. Peirce e N. R. Hanson, que, ao diferenciarem a abdução dos dois métodos anteriores, sustentam que a abdução consiste em adotar uma hipótese que conduza à predição do que aparentemente são fatos surpreendentes. A dedução, por sua vez, é o passo através do qual se chega às conseqüências experimentais de nossas hipóteses, e a indução é o passo que consiste em provar experimentalmente a hipótese. Há quem entenda que a abdução se situa no discurso do que denomina indução em sentido amplo e é uma forma de indução, um raciocínio que consiste em fazer conjeturas razoáveis ou avançar hipóteses prováveis a propósito de uns fatos, a partir de uma regra e uns fatos certos<sup>139</sup>.

Não obstante a semelhança entre a abdução e a indução em sentido amplo, segundo Marina Gascón Abellán “muitas vezes se distingue a abdução da indução, pois aquela tem um *status* de descoberta (por isso se diz que vai dos fatos às hipóteses), enquanto que a segunda tem a estrutura da justificação (que iria das hipóteses aos fatos)”<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 18.

<sup>137</sup> RUSSO, *La prova...*, p.48.

<sup>138</sup> *Ibid.*, 48.

<sup>139</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 107-108. Tradução livre da autora.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p.109.

A abdução parte de um fato particular para afirmar a existência de um outro fato particular. Um exemplo clássico citado por Paolo Tonini é “aquele que matou A usava tênis manchado de uma tinta amarela (fato particular); B era a única pessoa que naquele dia, naquela situação, vestia tênis manchado de tinta amarela (fato particular), B matou A (conclusão)”<sup>141</sup>.

Como bem destaca Isabella Rosoni, se na dedução o esquema silogístico é regra/caso/resultado e na indução caso/resultado/regra, na abdução o esquema se apresenta regra/resultado/caso<sup>142</sup>.

Taruffo também compartilha da adoção do método abduutivo, embora não tenha assim expresso explicitamente, uma vez que destaca que a abdução consiste na formulação de hipóteses novas dirigidas ao descobrimento dos fatos sobre a base de elementos de conhecimento que progressivamente vão sendo adquiridos<sup>143</sup> e que a atividade julgadora não compreende um simples jogo dedutivo, senão uma complexa operação que leva à construção do caso, isto é, à individualização do fato que constitui o objeto específico da decisão<sup>144</sup>.

Definidos esses conceitos, cumpre estabelecermos qual o método lógico que melhor se coaduna com o raciocínio desenvolvido na valoração da prova indiciária.

Pode-se afirmar que a abdução representa um método reconstrutivo que parte dos rastros e vestígios deixados pelas coisas a fim de reconstruir as verdades. Assim, insere-se na estrutura da prova indiciária, pois esta está fundada em “operações reconstrutivas que consistem na busca, colheita, conservação, descrição, reprodução e consignação de rastros ou documentos”<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

<sup>142</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 231. Também destaca que há três tipos de abdução que permitem graus ascendentes de originalidade e criatividade: 1) a lei-mediadora a que recorre para inferir o caso pelo resultado é dada de modo obrigatório e automático ou semi-automático, 2) a lei-mediadora a que recorre para inferir o caso pelo resultado vem encontrada pela seleção no âmbito da enciclopédia (possibilidade) disponível e 3) a lei-mediadora a que recorre para inferir o caso pelo resultado é construída *ex novo*, inventada (Ibid., p. 231-232).

<sup>143</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 44.

<sup>144</sup> Ibid., p. 99.

<sup>145</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 54.

Ainda, o método abductivo se amolda à prova indiciária, pois não se parte da certeza do fato, mas do resultado conhecido. Assim, visa-se remontar a causa que o produziu. A construção representa o resultado de uma série de inferências abductivas, que, combinadas entre si, contribuem para a formalização de uma hipótese provável, com caráter propriamente inventivo e de descoberta<sup>146</sup>.

Destaca Vincenzo Russo que, na criminologia indiciária, não há a certeza do fato, mas só as pistas deste. É exatamente à tal acerto que é finalizada a atividade do juiz: evidentemente esta só pode desenvolver-se através de uma série de inferências abductivas. O raciocínio abductivo pressupõe na verdade como conhecido o resultado (a pista, o elemento indiciante) e a regra e pretende remeter à causa que produziu o resultado<sup>147</sup>. Também ressalta que a abdução, diferentemente da dedução ou da indução, conduz a um fato particular a partir de um outro fato particular, sendo o único argumento que origina uma idéia nova<sup>148</sup>.

Todavia, não se pode esquecer que há casos em que a tutela jurisdicional não visa a reconstrução de um fato ocorrido no passado, mas sim, trata-se de uma tutela preventiva que objetiva prevenir o ato ilícito (voltada para o futuro). Nesta hipótese não se tem um resultado conhecido, pois visa justamente evitar a sua ocorrência. E em tais casos não é incomum que a parte apenas consiga provar os requisitos da tutela pretendida mediante prova indiciária, de modo que o raciocínio judicial a ser utilizado para prolatar a decisão (ligação do fato indiciário com o probando) não é aquele abductivo, mas sim indutivo. A importância do estudo da prova indiciária na tutela inibitória será abordada no item 4.4 deste trabalho.

Deve ser ressaltado que, no raciocínio abductivo, se conhece o resultado e a regra e se remonta ao fenômeno que produziu o resultado<sup>149</sup>. Difere do raciocínio dedutivo em que se conhece o fato e se vai à pesquisa de seus efeitos e no indutivo em que a observação experimental é voltada a verificar se o fato já conhecido é

---

<sup>146</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 21. Igualmente, Silvia Battaglio refere que na abdução é através do exame dos efeitos que se alcança a causa (BATTAGLIO, Silvia. *Indizio e prova indiziaria nel processo penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 38, n. 1-2, p. 375-436, 1995, p. 401).

<sup>147</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 50. Igualmente, ROSONI, *Quae singula...*, p. 222.

<sup>148</sup> RUSSO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 60.

suscetível de reproduzir-se com análogos resultados a fim de extrapolar a regra que o sobreentende<sup>150</sup>.

O mecanismo abduutivo, tal como destacado, não exaure a sua função limitadamente à prova indiciária, mas é também utilizado na hipótese do qual se assume como veículo de conhecimento uma prova representativa<sup>151</sup>. Portanto, é o mecanismo de que se vale o julgador na reconstrução dos fatos afirmados no processo, quer dependam de prova indireta, quer dependam de prova direta, visando à solução da controvérsia.

Todavia, adverte Russo que a abdução, sendo sintética e inovadora, é arriscada, pois nem sempre a verdade da conclusão abduativa é determinada pela validade das premissas; pode acontecer que, mesmo sendo verdadeira a premissa, a conclusão resulta falsa porque pode ser arbitrária a escolha daquelas regras (entendidas como máximas de experiência) como mecanismo para atuar a inferência. Assim, o risco resulta na escolha da premissa maior<sup>152</sup>.

Sob esse enfoque, destaca Nevio Scapini que “a certeza do silogismo indiciário é estritamente conexa à exatidão da máxima de experiência que, se errônea, vem a atribuir a um fato um valor indiciário que não lhe é esperado”<sup>153</sup>.

Conclui Vincenzo Russo que o processo de formação da prova indiciária consiste em um silogismo “no qual a premissa maior é uma máxima de experiência (ou uma construção lógica problemática), a premissa menor é a circunstância indiciária certa, e a conclusão representa a demonstração do fato objeto de prova”<sup>154</sup>. A atividade lógica é voltada a ligar o conhecido (circunstância indiciante) ao ignorado (o fato a provar), o que requer uma série de implicações e inferências, já que a passagem lógica do resultado ao caso se dá através de uma regra, a máxima de experiência. Como destacado por Russo, o juiz deve pensar *all' indietro* (para

---

<sup>150</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 59.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>153</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 41.

<sup>154</sup> RUSSO, *op. cit.*, p. 53. Ressalta Walter Coelho que, se a premissa maior exprime o que ordinariamente acontece, a conclusão indicativa é de probabilidade; se a premissa maior, porém, contém um juízo do que é geral e constante, o raciocínio indicativo leva à certeza (COELHO, *Prova indiciária...*, p. 53).

trás), isto é, proceder a uma operação que lhe consentisse remontar da pista do crime às causas, e portanto ao autor daquele<sup>155</sup>.

Diferentemente, Jairo Parra Quijano nega que o indício tenha a estrutura de silogismo. Assevera que as regras de experiência e técnicas são necessárias para valorar todas as provas, mas na indiciária essas regras se utilizam antes para poder conseguir o fato buscado. Assim, não se pode fazer a abstração de um fato, abandonar todas as suas circunstâncias, tratá-lo como silogismo e sustentar que é um indício. O indício não é um fato neutro, mas um fato que, por estar dentro de determinadas circunstâncias, mostra outro, de tal maneira que o fato indício nunca está só, mas sempre circunstanciado. Por fim, afirma que a lógica formal e os critérios de silogismo seriam válidos para explicar o indício se o fato indício estiver só, desprovido de circunstâncias. Não há indício se o fato que o gera não é circunstanciado e, sendo, não é suficiente nem útil sustentar que sua estrutura lógica é de um silogismo<sup>156</sup>.

Igualmente, Barbosa Moreira, ao abordar o tema das regras de experiência, conclui que não se afigura prudente reconhecer peso decisivo a argumento de valor condicionado à sobrevivência da teoria silogística do julgamento, de modo que não se pode sustentar que as máximas de experiência ocupam a posição da premissa maior no raciocínio dedutivo-probatório. Isso porque seria demasiada simplificação, que não estaria adequada à metodologia moderna<sup>157</sup>.

Em que pese questionarmos se o raciocínio judiciário possa ser apresentado sob a forma de um silogismo ou não, devemos mencionar que o raciocínio probatório implica uma série de atividades heterogêneas e complexas e que não pode ser reduzido a um simples esquema de silogismo probatório. Consoante destaca Taruffo, “o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, *dos topoi* da ciência jurídica

---

<sup>155</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 71.

<sup>156</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 31.

<sup>157</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, p. 2-19, jan./mar. 1978, p. 18.

e dos precedentes judiciais, mas também ao uso das noções de senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens”<sup>158</sup>.

Na verdade, a aplicação do Direito envolve uma atividade dinâmica em que se transita das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito. Portanto, fato e direito são conjunta e reciprocamente elaborados. Há um intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final de difícil decomposição<sup>159</sup>. As questões de fato não são puras e indissociáveis das questões de direito.

## 2.5 Indícios necessários, contingentes e contra-indícios

Podemos perceber que, devido ao fato de os indícios serem ilimitados, nenhuma classificação pode abarcar-los totalmente. No entanto, observa-se que as classificações mais usuais conferidas pela doutrina agrupam os indícios em antecedentes, concomitantes ou subseqüentes; gerais e particular; comuns ou próprios. Também não se pode deixar de mencionar a classificação proposta por Walter Coelho ao agrupar os indícios em três categorias: indícios manifestos ou de evidência, que levam a conclusões certas e indubitáveis; indícios veementes, de alta probabilidade, também denominados de indícios próximos; e indícios vagos, isto é, leves, remotos<sup>160</sup>.

Tem razão Jairo Quijano ao referir que não se justifica a classificação dos indícios, porque resultam artificiais: só se deve fazer a título de exemplo, mas sem nenhum critério taxativo<sup>161</sup>. Em que pese tal orientação, no presente estudo será abordada a categoria dos indícios necessários e contingentes, pois entende-se ser a

---

<sup>158</sup> TARUFFO, *Senso comum...*, p. 106.

<sup>159</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 86. Marina Gascón Abellán refere que o problema não é de subsunção silogística, mas de própria formação da premissa, tarefa que se inscreve no chamado círculo hermenêutico de perguntas e respostas que vão da realidade da norma e desta novamente ao fato: não existem fatos por um lado e leis por outro, mas um processo de seleção simultânea onde os primeiros se reformulam à luz das prescrições jurídicas e onde as segundas se concretizam à luz da realidade examinada (GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 37).

<sup>160</sup> COELHO, *Prova...*, p. 53.

<sup>161</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 36.

classificação mais relevante para o estudo da prova indiciária e apta a embasar o convencimento judicial no processo cível.

Indício necessário é aquele que, de maneira infalível e inevitável, demonstra a existência ou inexistência do fato investigado. Para isso “é necessário que a regra de experiência comum ou científica que lhe sirva de fundamento seja daquelas que não sofrem exceção e que ineludivelmente se cumprem, porque consiste em uma lei física imutável e constante. Somente desse modo a inferência indiciária resulta inexoravelmente certa”<sup>162</sup>.

Deve-se citar a ressalva feita por Jairo Quijano: “não se pode falar em indícios necessários para demonstrar o elemento subjetivo do delito, tampouco quando se trata de condutas humanas, porque não correspondem sempre a uma só causa (que em parte é o que identifica o indício necessário)”<sup>163</sup>. Echandia também ressalta que leis morais e físicas não podem produzir indícios necessários, porque não são constantes<sup>164</sup>.

Já o indício contingente se baseia em um cálculo de probabilidade e não em uma relação de certeza. Entretanto, vários deles podem outorgar o convencimento judicial<sup>165</sup>. Dellepiane ressalta que, nos indícios contingentes, a relação entre o indício e o fato desconhecido está constituída por uma lei de caráter relativo, sujeita a exceções<sup>166</sup>.

Adverte Jairo Quijano que vários indícios contingentes não podem se transformar em indício necessário, pois este pressupõe que do fato apenas pode haver uma única causa, enquanto que o contingente tem múltiplas causas<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 627. Para Jairo Parra Quijano indício necessário é aquele fato que, devidamente provado no processo, demonstra a existência ou inexistência de outro de maneira inexorável, fatal; o qual quer dizer que só se dão em cumprimento de certas leis da natureza, mas que, na medida em que o homem vai dominando a natureza, essas leis podem mudar (PARRA QUIJANO, op. cit., p.40).

<sup>163</sup> Ibid., p. 40.

<sup>164</sup> DEVIS ECHANDIA, op. cit., p. 627.

<sup>165</sup> Ibid., p. 627.

<sup>166</sup> DELLEPIANE, *A prova...*, p. 315.

<sup>167</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p.46.

Como evidencia Malatesta, a classificação entre necessário e contingente diz respeito à valoração dos indícios, sendo que indício necessário leva à certeza de uma determinada causa, enquanto que o indício contingente à probabilidade. Outrossim, o primeiro é fundado numa constante relação de causalidade; o segundo, numa relação ordinária de causalidade <sup>168</sup>.

Ainda, a respeito da classificação da prova indiciária, impõe-se destacar que há indícios positivos e negativos, sendo que aqueles apontam para a existência de um fato ou circunstância, enquanto que estes dizem respeito à inexistência de um fato ou circunstância.

É importante apontar que o contra-indício não pode ser confundido com indício negativo, como adverte Walter Coelho. O contra-indício "é o contramotivo que, saindo do mundo abstrato de meras conjeturas, vem a corporificar-se como um dado concreto de real peso e significação probatória". Mais adiante, o referido doutrinador refere que é algo factual que, uma vez presente no conjunto de provas, irá ter força contestatória, no sentido de inviabilizar a credibilidade de um indício, quer em sua feição objetiva, quer em sua subjetividade <sup>169</sup>.

Os contra-indícios são os fatos indicadores dos quais se obtêm uma inferência contrária àquela fornecida por outros indícios. Assim, guardam relação com o indício, mas pretendem anulá-lo. Também podem ser denominados de indícios de inocência e, na lição de Antonio Felipe da Silva Neves, são "qualquer circunstância ou fato, conhecido e provado, que contraste de forma negativa e peremptória, com a prova de afirmação já existente" <sup>170</sup>.

Malatesta constata que contra-indício é uma prova qualquer que se oponha a um indício; em suma, é a prova infirmante do indício. Pode ser de duas espécies: contradizer o indício na sua subjetividade ou na sua objetividade de prova <sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 205.

<sup>169</sup> COELHO, *Prova...*, p. 73.

<sup>170</sup> SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 54.

<sup>171</sup> MALATESTA, *op. cit.*, p. 215.

Os contra-indícios têm respaldo nos diversos princípios que regem a atividade processual, podendo ser citados o da ampla defesa, contraditório e o da verdade real<sup>172</sup>. Assim, determinam sua avaliação segundo o modelo argumentativo de prova, permitindo o raciocínio dialético.

Ante a existência de contra-indícios, perde-se a harmonia necessária para dar suporte à conclusão final apta a formar o convencimento judicial. Como referido por Echandia, quando resultam provados fatos indicadores e contra-indícios a respeito do fato desconhecido que se investiga, sem que seja possível distinguir-se razoavelmente uns e outros em virtude de sua qualidade intrínseca, o conjunto fica desarticulado, se rompe sua conexão e unidade, desaparece sua concorrência, e as inferências que deles se obtêm logicamente deixam de convergir para o mesmo resultado. Como resultado, tem-se uma conclusão final que não é firme, clara e nem pode chegar ao pleno convencimento<sup>173</sup>. Desta forma, para o citado autor não existem indícios e contra-indício, mas um conjunto de indícios equívocos e polívocos, que podem levar a conclusões diferentes<sup>174</sup>.

## 2.6 Indícios e presunções

### 2.6.1 *Distinção entre indícios e presunções*

É muito freqüente, tanto na doutrina quanto na legislação, indícios e presunções serem abordados com significado idêntico ou até mesmo como similares, em razão da imprecisão dos conceitos de cada um.

Segundo Moacyr Amaral Santos, a confusão remonta desde o direito romano, já que encontravam-se textos referentes à prova indiciária com o significado da prova por presunção e que, segundo Bonnier, Quintiliano dera a uma e à outra a

---

<sup>172</sup> SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 55.

<sup>173</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 661

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 667.

denominação de indícios<sup>175</sup>. Deve-se ressaltar que a confusão entre os indícios e presunções perdurou até o século XII, e os indícios continuaram a ser considerados superficiais e inferiorizados frente às demais provas, sendo que, apenas a partir do século XVI, é que se formou uma doutrina acerca da compreensão e da valoração dos indícios, principalmente com o trabalho de Casonio, Ghilardo, Guido de Suzario, Bianchi, Bruno, Crusio, Mascardo, Barbacovi, Novelo, Farinacius<sup>176</sup>.

A base da confusão tem origem no uso da linguagem vulgar levada pela etimologia indeterminada da palavra presunção<sup>177</sup> ou pelo fato de apresentarem a mesma estrutura probatória<sup>178</sup>. Tanto é que em dicionários jurídicos o conceito de indício não raro está vinculado ao da presunção<sup>179</sup>, razão pela qual Isabella Rosoni discorre a respeito da fungibilidade terminológica<sup>180</sup>.

Echandia destaca que alguns doutrinadores - e dentre eles cita Mittermaier, Bonnier, Gianturco, Lessona, Leone, Guasp, De Pina, Planiol y Ripert, Rocha, Lino Enrique Palácio Martinez Silva e Cardoso - identificam os indícios como presunções de homens ou judiciais, o que também ocorreu em numerosas disposições legais. Dentre elas incluiu o artigo 136 do Código Civil brasileiro de 1916<sup>181</sup>. Também ressalta que a confusão se dá por dois motivos principalmente. O primeiro é que confundem os conceitos de presunção previstos nos códigos de processo civil e penal. O segundo é que reduzem os indícios a argumentos de prova ou a raciocínios lógicos para a valoração das provas, com o esquecimento de que se trata de fatos que permitem ao intérprete a elaboração desses argumentos. Não obstante, quando definem o que é um indício, geralmente o consideram um fato conhecido do qual o juiz se serve para chegar ao desconhecido, mediante um juízo lógico<sup>182</sup>.

---

<sup>175</sup> SANTOS, *A prova...*, v. 5, p. 352.

<sup>176</sup> PIERANGELLI, 287.

<sup>177</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 192.

<sup>178</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 152.

<sup>179</sup> Para Plácido e Silva indício vem do latim *indicium* e, na técnica jurídica, em sentido equivalente à presunção, quer significar o fato ou série de fatos pelos quais se pode chegar ao conhecimento de outros, em que se funda o esclarecimento da verdade ou do que deseja saber. (INDÍCIO. In: De SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 817).

<sup>180</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 109.

<sup>181</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoría...*, p. 607. Saliente-se que o novo Código Civil, lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, no artigo 212, inciso IV, manteve a presunção como meio de prova.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 610.

Marzia Ferraioli assinala que a confusão tem origem no processo penal, já que em penal as presunções simples não têm razão de ser, enquanto meios indutivos e dedutivos governados pela lógica, isto é, simples argumentações que se movem do fato conhecido para conduzir ao conhecimento dos fatos ignorados. Somente no civil é razão de ser uma categoria em consideração às restrições das regras que governam a matéria de prova<sup>183</sup>. Aponta Gian Franco Ricci que, na prática forense, há uma tese que afirma que o indício não é outra coisa senão uma presunção desprovida dos requisitos previstos no artigo 2729 do Código Civil Italiano, quais sejam: gravidade, precisão e concordância, de modo que não tem o grau de influenciar o convencimento do juiz<sup>184</sup>.

Ugo Rocco, ao tratar das presunções simples, previstas no artigo 2729 do Código Civil italiano, refere que elas devem ser graves, precisas e concordantes, não as diferenciando dos indícios<sup>185</sup>.

No entanto, há distinção entre ambos que muitas vezes passa despercebida por alguns doutrinadores.

Considerando que o conceito de indício já foi abordado anteriormente, cumpre analisarmos o da presunção. A palavra presunção deriva do verbo latino composto *praesumere* que significa tomar antes, resolver de antemão, antecipar, prever, pressentir, conjeturar. Em relação com o conhecimento, quem presume é quem toma antecipadamente como sabido aquilo que desconhece<sup>186</sup>. Na presunção se recorre a uma particular forma de raciocínio, se remete ao passado. Parte-se de um fato suposto como conhecido para chegar a um fato ignorado, construção parecida com a da prova indiciária<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> FERRAIOLI, Marzia. Presunzione (diritto processuale penale). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Roma: Giuffrè, 1986, v. 35, p. 312.

<sup>184</sup> RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 179. Concordamos com o referido doutrinador que considera essa tese infundada.

<sup>185</sup> ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*: parte especial. Bogotá: Temis Depalma, 1972, v. 2, p. 120.

<sup>186</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 103. Isabella Rosoni conceitua presunção como a antecipação de uma prova, antecipação que pode ser legitimada pela lei ou pelo raciocínio do juiz (ROSONI, *Quae singula...*, p.100).

<sup>187</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 101.

Para Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, presunções são ilações que o julgador tira de um ou mais fatos conhecidos, desde que logicamente encadeados, numa relação de causalidade para firmar um fato desconhecido<sup>188</sup>.

Marina Gascón Abellán classifica presunções como normas jurídicas e meios técnicos para garantir certos valores em situações específicas<sup>189</sup>.

Parte da doutrina não inclui as presunções como meio de prova, pois elas dizem respeito a um processo mental por meio do qual se passa de um fato conhecido a um fato desconhecido<sup>190</sup>. Justifica Barbosa Moreira que as presunções não podem ser catalogadas como meio de prova, pois não apresentam papel instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos<sup>191</sup>.

Jairo Quijano também sustenta que as presunções não são meios de prova, mas raciocínio<sup>192</sup>. A presunção é o resultado da atividade de pensar. Os fatos são estáticos; o juiz, ao pensar e raciocinar sobre estes, lhes dá movimento e deduz<sup>193</sup>.

Ainda, Eduardo Cambi nega a presunção como meio de prova, referindo que é apenas uma operação mental pela qual se pode raciocinar a partir do fato demonstrado, por outros meios de prova<sup>194</sup>. De outro lado, refere que os indícios indicam, não representam o fato probando, isto é, neles se assenta o raciocínio que permite a cognição do *factum probandum*. Por isso, são fatos secundários que servem de pressupostos das presunções ou fontes de presunções, já que, a partir

---

<sup>188</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Indícios e presunções como meio de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan./mar. 1985, p. 53.

<sup>189</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 139.

<sup>190</sup> Nesse sentido é o entendimento de MIRANDA, op. cit., p. 66, CHIAPPINI, Julio. *La prueba de presunciones*. Rosário: Editorial FAS, 1999, p. 48 e AROCA, Juan Pedro. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 164. Contrariamente, Ugo Rocco elenca as presunções como meio de prova (ROCCO, *Tratado...*, v. 3, p.120).

<sup>191</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In TEMAS de direito processual (primeira série) 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59.

<sup>192</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 107-108.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 360. Todavia, adverte que, apesar de a presunção não ser um meio de prova, não significa não ter caráter probatório, porque o conceito de prova é mais abrangente e abarca a noção de atividade a ser desenvolvida para chegar ao conhecimento do *factum probandum* e da convicção judicial, em relação à veracidade dos fatos afirmados em juízo.

deles, podem ser deduzidos os efeitos jurídicos dos fatos principais, que são diretamente relevantes para o julgamento da causa <sup>195</sup>.

Todavia, o artigo 212, inciso IV, do atual Código Civil concebe a presunção como meio de prova, igualmente como ocorre com o artigo 239 do CPP.

Antonio Felipe da Silva Neves refere que os indícios são sempre elementos palpáveis e não uma pura abstração elaborada, como são as presunções<sup>196</sup>. Também destaca que, apesar de ambas representarem equações lógicas, as presunções são elaboradas antecipadamente ou pré-fixadas, mesmo que não se esteja diante do caso concreto<sup>197</sup>.

Moacyr Amaral Santos distingue presunção de indícios quando diz que a primeira são as conseqüências que resultam dos constantes efeitos de um fato<sup>198</sup>. No entanto, como destacado por Echandia, as confunde ao reconhecer o caráter de prova às presunções de homem e quando diz que estas só são admissíveis nos casos em que são os testemunhos e que devem ser graves, precisas e concordantes<sup>199</sup>. Também as confunde quando ressalta que as duas palavras equivalem na ordem lógica, por isso significam “o procedimento racional pelo qual, de um fato conhecido e certo, se infere por concatenação de causa a efeito o fato desconhecido”<sup>200</sup>.

Bastante precisa é a distinção proposta por Echandia ao referir que a presunção judicial não se identifica com o indício. É apenas a base do argumento de prova que o juiz encontra no segundo, mediante a operação lógico-crítica que o valora<sup>201</sup>.

Destarte, a presunção é uma operação mental mediante a qual se pode chegar ao conhecimento de outro fato. Sobre a presunção, refere o professor Carlos

---

<sup>195</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 361.

<sup>196</sup> SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 5.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>198</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, v. 1, p. 81.

<sup>199</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 608 e SANTOS, op. cit., v. 5, p. 437.

<sup>200</sup> SANTOS, op. cit., v. 5, p. 353.

<sup>201</sup> DEVIS ECHANDIA, op. cit., p. 611.

Alberto Alvaro de Oliveira que “os conceitos de presunção legal e de ficção jurídica não passam de expedientes de técnica legislativa, dizendo respeito ao tema da prova e não a sua estimação”<sup>202</sup>. Já Gian Antonio Micheli sustenta que as presunções não têm como principal finalidade a formação da convicção do juiz, mas tendem a dar regulação positiva a uma relação particular ou a um estado de fato particular, dispondo os elementos da hipótese em um modo diferente do normal<sup>203</sup>.

Moacyr Amaral Santos adverte que no indício se induz o fato conhecido por um princípio de causalidade e na presunção tem-se por fundamento o princípio da identidade, porque do fato conhecido induzimos indiretamente o fato desconhecido em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se<sup>204</sup>.

Acerca da distinção, Casimiro Varela postula que, apesar de serem conceitos distintos, se complementam, afirmando que "um fato, uma coisa ou uma conduta se convertem em indícios quando determinam a existência de uma relação através da qual é possível presumir a existência de outro fato"<sup>205</sup>. Adiante, refere que "o indício capta um fato que pode ter significado material ou humano, físico ou psíquico, simples ou composto, enquanto que a presunção, em uma dinâmica de aproximação relacional que brota do fato conhecido, consiste em um juízo lógico do legislador ou do juiz que permite formar convicção sobre determinada eficácia do indício como meio de prova para o conhecimento do fato investigado"<sup>206</sup>.

Marinoni entende que o indício é um elemento indissociável da presunção judicial, se constituindo no fato secundário, cuja verificação é possível pelos meios probatórios normais<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999, p. 228.

<sup>203</sup> MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa América, 1961, p. 197.

<sup>204</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, v. 1, p.83-84. Nesse sentido também MALATESTA, *A lógica...*, p. 184 e Walter Coelho ao referirem que o indício se baseia em uma relação de causalidade, enquanto que no raciocínio presuntivo recorre-se ao princípio da identidade: o que é, é (COELHO, *Prova...*, p. 24).

<sup>205</sup> VARELA, Casimiro A. *Valoracion de la prueba*. Buenos Aires. Astrea, 1990, p. 112.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p.115.

<sup>207</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 316.

Jairo Quijano diferencia-os afirmando que o indício é um fato e, para que signifique algo, o intérprete deve agregar-lhe uma presunção, baseada nas regras da experiência para deduzir outro fato que é o buscado. Já a presunção do homem é a regra de experiência aplicada a um fato concreto que permite ao juiz encontrar outro fato igualmente concreto<sup>208</sup>.

Como bem adverte Walter Coelho, a distinção adquire uma significativa importância, pois, em matéria penal, admite-se a prova indiciária, mas jamais a prova presuntiva (salvo por inocência)<sup>209</sup>. Ainda explicita que “no indício há uma vinculação direta e específica com um determinado dado empírico, que carece de uma real comprovação; já na presunção trabalha-se no plano abstrato das puras generalidades, sem qualquer esteio concreto e probatório”<sup>210</sup>.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura distingue a ilação indiciária e a presuntiva, apontando que a primeira ocorre a partir de determinados indícios ou fatos concretos, enquanto a segunda nasce a partir de um atributo genérico. Destaca ainda que a diferença substancial entre eles é que a presunção simples consiste na ilação que o magistrado tira de um fato conhecido, partindo tão-somente da experiência comum para afirmar, antecipadamente como provável, o fato desconhecido. Já o indício remonta de fato específico certo, concreto, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum<sup>211</sup>.

Aliás, Marzia Ferraioli refere que indício é dado objetivo e certo, e presunção é consequência lógica que se extrai, argumentativamente, dos fatos objetivos e unívocos<sup>212</sup>.

Malatesta destaca que a presunção concorre para estabelecer a credibilidade subjetiva do indício: “é depois de se ter presumido a genuinidade subjetiva do fato indicador, deduzindo-a do modo ordinário de ser dos fatos daquela espécie; é depois

---

<sup>208</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 125.

<sup>209</sup> COELHO, *Prova...*, p. 17.

<sup>210</sup> *Ibid*, p. 25.

<sup>211</sup> MOURA, *A prova...*, p. 51.

<sup>212</sup> FERRAIOLI, *Presunzione...*, p. 312.

de haver julgado que isso não se apresenta assim por obra da malícia humana, isto é, por obra de uma ação destinada a enganar; é depois de uma tal presunção, que se passa a fazer valer o indício em sua substância probatória, como indicativo daquele dado fato que se deseja verificar. É a presunção que começa por acreditar na subjetividade do indício, como, de resto, a de todas as outras provas<sup>213</sup>. Ainda, constata que muitas vezes indício e presunção se cruzam e se auxiliam.

Entendemos, portanto, que há diferença entre presunções e indícios, muito embora seja algumas vezes tênue. O indício indica algo, enquanto que a presunção representa o resultado da avaliação da prova. Pode-se afirmar que a presunção é o resultado de um raciocínio e os indícios constituem os pressupostos lógicos da presunção. Como bem destacado por Walter Pereira Acosta, “indício é a circunstância ou antecedente que autoriza a fundar uma opinião acerca de existência de determinado fato, ao passo que a presunção é o efeito que essa circunstância ou antecedente produz no ânimo do julgador, quanto à existência do mesmo fato<sup>214</sup>”.

Outra distinção usualmente referida é que as presunções carecem de prova, conforme o artigo 334, inciso IV, do CPC, não podendo ser classificadas como verdadeiros meios de provas, contrariamente aos indícios que se constituem em fontes de prova e como tal precisam ser provados. Todavia, não se pode concordar que as presunções legais não dependem de prova. Na verdade, o que se dispensa é a prova do fato desconhecido e da relação de causalidade, mas deve haver atividade probatória para a demonstração do fato no qual a presunção deve se apoiar<sup>215</sup>.

Há que se diferenciar também a estrutura da contraprova na prova indiciária e na presuntiva. Enquanto que na prova indiciária o prejudicado pelos indícios pode nada provar, basta discutir que aquele indício apontado não é suficiente para provar

---

<sup>213</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 191.

<sup>214</sup> ACOSTA, Walter Pereira. apud SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 74.

<sup>215</sup> Importante ressalva feita por Darci Guimarães Ribeiro, com base na doutrina de Couture. (GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 110).

a existência do fato probando; na prova presuntiva o prejudicado tem que fazer prova em contrário, não podendo ficar inativo<sup>216</sup>.

Como bem destacado por Isabella Rosoni, indícios e presunções remetem a dois momentos diversos do mesmo processo lógico: o primeiro está vinculado diretamente ao fato a provar; o segundo possui, com um fato, um vínculo de tipo argumentativo<sup>217</sup>. Assim, no raciocínio indutivo, o indício representa a causa, isto é, o fato conhecido, e a presunção representa o efeito, isto é, o conhecimento do fato antes ignorado<sup>218</sup>.

Para melhor ilustrarmos a diferença entre presunção e indícios, podemos citar o exemplo da boa-fé e da má-fé. A lei presume a boa-fé como princípio geral. Trata-se de presunção relativa. Assim, se não há prova em contrário que desvirtue a presunção, o juiz deve considerar que no caso *sub judice* o demandado atuou de boa-fé. No entanto, pode acontecer que a presunção de boa-fé se desvirtue mediante prova em contrário. Nesse caso, o demandante deverá demonstrar que o demandado atuou de má-fé. A prova da má-fé é geralmente obtida por indícios, o que significa que, em cada caso concreto, o juiz deve analisar as circunstâncias que rodeiam o fato, com o fim de provar em forma indireta o comportamento do dano<sup>219</sup>.

Nesse contexto, faz-se oportuno destacar o julgamento da apelação crime nº 70006030001 do TJRS em que a Rel. Des<sup>a</sup>. Genacéia da Silva Alberton bem diferenciou os indícios e presunções por ocasião de apreciação de delito de estelionato, institutos que também são freqüentemente confundidos pela jurisprudência criminal de nossos tribunais.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também podemos encontrar arestos que bem diferenciam as duas categorias jurídicas. No julgamento do Recurso Especial nº 57531/RS, o Relator, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com

---

<sup>216</sup> Afirma Darci Guimarães Ribeiro que a contraprova oposta às presunções, exceto as absolutas, é a prova do contrário daquilo que a presunção gera e deve referir-se ao fato presumido, isto é, ao nexo de causalidade que levou ao fato desconhecido (Ibid., p. 103).

<sup>217</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 98-99.

<sup>218</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 97.

<sup>219</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, 172. Como exemplo de comprovação da má-fé mediante a existência de indícios na contratação de seguro pode-se citar a RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70011562147. Relator: Dr. Ney Wiedemann Neto.

base em vários indícios, e dentre eles, citou a moralidade, eficiência, cultura, posição social, situação econômica e profissão presumiu que o postulante não poderia ser enquadrado como carente para fins de concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita<sup>220</sup>.

Feita a distinção entre as duas categorias - presunções e indícios -, podemos constatar as distintas funções que uma e outra exercem no procedimento lógico probatório. Em suma, podemos afirmar que o indício se constitui no fato, ou melhor, no elemento de que parte a presunção, sendo esta a atividade intelectual do julgador, que, partindo do indício, afirma um fato desconhecido. Nunca é demais repetirmos que a presunção é um processo de elaboração mental, enquanto os indícios são sinais que apontam para um determinado resultado<sup>221</sup>.

### 2.6.2 Classificação das presunções

As presunções podem ser legais ou simples. As legais derivam de previsão contida em lei, podendo ser subdivididas em absolutas e relativas<sup>222</sup>.

As presunções legais não são provas, mas normas que fazem referência ao modo como se deve resolver um determinado problema jurídico<sup>223</sup>. Também não proporcionam elementos de prova, mas sim dispensam a prova daqueles fatos em

---

<sup>220</sup> 6ª Turma do STJ. Veja-se que os indícios serviram como elementos de prova para que o julgador pudesse formar o raciocínio presuntivo e, conseqüentemente decidir a controvérsia posta em causa. Nesse sentido também o BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Esp. nº 61809/DF. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

<sup>221</sup> Adverte Gian Franco Ricci que indício e presunção constituem duas diversas faces da mesma medalha, o mesmo fenômeno visto do ponto de vista estático e daquele dinâmico (RICCI, *Le prove...*, p. 181).

<sup>222</sup> Também há doutrinadores que aceitam uma terceira espécie de presunção legal, chamada intermediária ou mista, sendo aquela que admite prova em contrário em determinadas circunstâncias, especialmente estabelecidas em lei (MOURA, *A prova...*, p.46). Destaca Moacyr Amaral Santos que elas se assemelham às relativas, pois admitem prova contrária, mas diferenciam-se, pois nas relativas pode ser oposta toda e qualquer prova (SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p.427). Exemplo de tal presunção é o artigo 203 do CC de 1916, atualmente artigo 1545. Também no CC de 1916 tínhamos os artigos 337 e 338, com a exceção do artigo 340, o qual foi suprimido.

<sup>223</sup> SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1978, p. 130.

cujo benefício funcionam, dando por certos determinados fatos<sup>224</sup>. Sendo normas jurídicas são meios técnicos para garantir certos valores em situações específicas. Sua peculiaridade frente ao resto das normas reside em que as presunções garantem esses valores mediante a regulação da carga da prova; isto é, instaurando uma regra de juízo que indica ao juiz qual deve ser o conteúdo de sua sentença nessas circunstâncias especiais<sup>225</sup>.

Surgiram em face da transformação das presunções comuns, o que aconteceu, no direito romano, como forma de assegurar a eficácia de fontes de direito aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos. Assim, foram criadas presunções legais, em substituição às dos homens ou juiz, por motivos de ordem pública e para tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na decisão de certas questões de fato<sup>226</sup>.

As presunções absolutas (*iuris et de iure*) são normas jurídicas que garantem determinados valores, estabelecendo como verdadeiros certos fatos em relação a outros e não admitem prova em contrário. Como bem destacado por Marina Gascón Abellán, "enquanto que as presunções *iuris tantum* instauram técnicas probatórias regulando a carga da prova, as presunções *iuris et de iure* não fazem referência a carga da prova, de um fato passado, mas, pelo contrário, se endereçam a exercer uma influência sobre os fatos futuros, a fim de que se conformem à presunção estabelecida"<sup>227</sup>. A presunção absoluta influi na estrutura da norma material<sup>228</sup>. Para Barbosa Moreira, se inscrevem no plano da política legislativa e nada têm a ver com

---

<sup>224</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 137. Devemos lembrar a advertência feita por Darci Guimarães Ribeiro ao referir que a dispensa de prova apenas se refere ao fato desconhecido e nexo de causalidade. (GUIMARÃES RIBEIRO, *Provas...*, p. 15).

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.139. Jairo Parra Quijano adverte que as presunções legais cumprem uma função extraprocessual-substancial muito importante, além da função indiretamente probatória (PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 118).

<sup>226</sup> SANTOS, *op. cit.*, v. 5, p. 378.

<sup>227</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 146.

<sup>228</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268. Igualmente, Eduardo Cambi refere que se situam, geralmente, no plano do direito substancial (CAMBI, *A prova...*, p. 368). Para Francisco Augusto das Neves e Castro (NEVES E CASTRO, *Theoria...*, p.41) a presunção absoluta estabelece logo um direito. E conclui: "Desde o momento em que se não admite contestação, não há presunção mas sim certeza e direito estabelecido".

a prova<sup>229</sup>. As presunções absolutas contêm uma dupla regra legal: limitam a liberdade do juiz, determinando a força probatória do fato presumido e interferem na problemática da admissibilidade da prova, proibindo a possibilidade de produzir prova contrária a esse fato<sup>230</sup>. Representam um resquício do sistema da prova legal, pois limitam o conhecimento do juiz. É vedada qualquer interpretação extensiva por analogia.

Um exemplo de presunção no plano do direito processual é o instituto da coisa julgada, derivado do brocardo latino *res iudicata pro veritate habetur*, o qual não diz que o fixado na sentença seja verdade, mas apenas que será tido por verdade com o fim de proteger certo valor: a segurança jurídica, que o processo não pode ser inacabado<sup>231</sup>. Há outro exemplo de presunção absoluta no artigo 163 do novo Código Civil que presume, de forma absoluta, que são fraudulentários dos direitos de outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Cumpra, ainda, distinguir as presunções absolutas das chamadas ficções jurídicas, as quais não são fatos, nem um juízo, mas uma afirmação legal independente de um e de outro<sup>232</sup>. Nas ficções jurídicas, o legislador, além de se abster de ver o fato como provavelmente ocorrido, considera que a verdade é o oposto, quer dizer, admite que o fato não se haja verificado para em seguida determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziriam se o fato fosse verdadeiro. Ou seja, na ficção “sabe-se que o fato não ocorreu, apesar de a lei determinar que sejam produzidos os mesmos efeitos jurídicos, caso tivesse efetivamente acontecido”<sup>233</sup>. Como bem resume Moacyr Amaral Santos, na ficção legal a lei estabelece como verdadeiro aquilo que não o é; como existente aquilo que

---

<sup>229</sup> BARBOSA MOREIRA, As presunções..., p. 63. É o que também sustenta Eduardo Cambi ao salientar que a autoridade do magistrado é substituída pelo juízo preventivo e abstrato do legislador. Por isso, o juiz se limita, unicamente, a verificar os pressupostos fáticos para a aplicação da valoração probatória eleita pelo legislador, sem a possibilidade de formar a sua própria convicção (p. 367).

<sup>230</sup> CAMBI, op. cit., p. 367.

<sup>231</sup> GASCÓN ABELLÁN, op. cit., p.146-147.

<sup>232</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, v. 4, t. 1 (Artigos 329 a 399), p. 111.

<sup>233</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 369. O citado doutrinador conclui que na presunção absoluta existe uma equivalência natural entre o indício e o fato legalmente presumido, enquanto na ficção essa equivalência não existe, não podendo ser a causa, mas somente a consequência, da atribuição dos efeitos jurídicos.

não existe; como inexistente aquilo que existe<sup>234</sup>. Apresenta como traço comum com as presunções absolutas o fato de não admitirem prova contrária. Exemplo mais típico é a confissão ficta prevista para o caso de a parte não prestar depoimento pessoal (artigo 343, parágrafo 1º, do CPC). Nesse caso é evidente que, se a parte não prestar o depoimento, de modo algum confessa, pois estamos diante de algo que não ocorre. Mas o que pretende o legislador é atribuir a um fato diverso (o não-comparecimento, ou a recusa a depor) os mesmos efeitos que decorreriam do fato não verificado (a confissão)<sup>235</sup>. Por não visarem a estabelecer critérios a respeito da formação do convencimento judicial e sim a regular determinadas relações jurídicas, integram o direito material<sup>236</sup>.

As presunções relativas (*iuris tantum*) são assim denominadas, pois admitem prova em contrário, principal diferença com as presunções absolutas. A função das presunções relativas não é descobrir a verdade, nem sequer a verdade hipotética, sendo que se endereçam diretamente a garantir certos valores distribuindo a carga da prova; ou seja, dão ao juiz indicação concreta sobre o conteúdo de sua sentença em circunstâncias específicas<sup>237</sup>. Ou, como sustentado por Gustavo Badaró e Barbosa Moreira, as presunções relativas são regras especiais de distribuição do ônus da prova<sup>238</sup>, dispensado deste o litigante a quem interessa a admissão do fato

---

<sup>234</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, v.5, p. 397. Em outra passagem de sua obra, o referido doutrinador distingue a ficção legal da presunção, referindo que “na ficção a lei estabelece como verdadeira uma coisa que é manifestamente falsa, enquanto que, na presunção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que provavelmente o é” (Ibid., p. 398). Julio Chiappini adverte que a ficção não se baseia em nenhuma regra geral de experiência, no constante de fenômenos físicos ou morais e nem no seu caráter ordinário, mas sim na vontade do legislador que parte de uma base absolutamente contrária: o conhecimento de que a realidade é distinta (CHIAPPINI, *La prueba...*, p. 99-100).

<sup>235</sup> BARBOSA MOREIRA, *As presunções...*, p. 65. Leo Rosenberg também assinala a distinção, salientando que as ficções são preceitos jurídicos que transferem a consequência jurídica determinada para o estado de coisas *a* ao estado de coisas *b*, equiparando o estado *b* ao estado *a*, a dizer, por exemplo, que *b* é considerado como *a* (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Juridicas Europa- América, 1956, p.191).

<sup>236</sup> MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese...*, p. 111.

<sup>237</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 141.

<sup>238</sup> BARBOSA MOREIRA, *As presunções...*, p. 60 e BADARÓ, *Ônus...*, p. 267. Como bem salientado pela melhor doutrina de Gustavo Badaró, é equivocado afirmar que as presunções invertem o ônus da prova, uma vez que na verdade provocam uma alteração na distribuição do ônus. A presunção dispensa a parte por ela beneficiada do ônus da prova de uma alegação fática que, normalmente, lhe incumbiria e atribui à outra parte o encargo de provar o fato contrário. Igualmente, Leo Rosenberg assinala que toda a distribuição da prova tem seu fundamento na existência ou inexistência de uma presunção. O referido doutrinador também ressalta que a presunção alivia a carga da prova em relação ao favorecido, mas, sob o ponto de vista do adversário, inverte a carga da prova, pois este tem que provar o contrário do fato presumido (*La carga de la prueba*, p.180 e 195).

presumido como verdadeiro. Como ressalta Jairo Quijano, a presunção libera da carga de provar a parte favorecida com ela, mas tem que suportar a carga de provar o fato que serve de base ao raciocínio<sup>239</sup>. Deve-se tomar cuidado para não confundir com a inversão do *onus probandi*<sup>240</sup>. Um dos exemplos mais conhecidos de presunção relativa é o da inocência<sup>241</sup>. No direito civil pode-se citar a presunção de boa-fé do possuidor, a qual pode desaparecer caso a má-fé seja provada (art. 1201, parágrafo único, do CC). Do mesmo modo, o devedor que invoca a regra do artigo 322 do CC, beneficia-se da presunção da quitação de dívida, mas pode o credor demonstrar, por exemplo, que o pagamento se refere a outro débito.

Ao diferenciar a presunção relativa da absoluta, assinala Barbosa Moreira que naquela o que se dispensa é apenas a prova de certo fato e nesta dispensa-se o próprio fato em si mesmo. Assim, a presunção relativa exerce papel na economia do processo, não se tratando, na verdade, de meio de prova, mas de distribuição do *onus probandi*. Já a presunção absoluta nada tem a ver com o processo: a sua relevância manifesta-se no plano do direito material<sup>242</sup>.

Aponta Isabella Rosoni que, na presunção relativa, não se pode extrair necessariamente a verdade do fato de provar, mas apenas uma forte probabilidade

---

<sup>239</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 120. Igualmente, Moacyr Amaral Santos refere que quem invoca a presunção legal não deve provar o fato presumido pela lei, mas deverá provar os fatos nos quais a lei funda a presunção. Assim, há uma liberação parcial do ônus da prova (SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p. 383).

<sup>240</sup> Jairo Parra Quijano discorda da opinião que a presunção inverte a carga da prova, pois em realidade, para que se possa aplicar a presunção, se requer provar o suposto do fato do qual se parte, o que significa que a parte tem que provar (PARRA QUIJANO, *op. cit.*, p. 119). Contrariamente, Eduardo Cambi diz que as presunções relativas consagram uma forma de inversão do ônus da prova, porque dispensam uma das partes de demonstrar o fato presumido, atribuindo à outra parte a possibilidade de produzir prova em contrário (PARRA QUIJANO, *op. cit.*, p. 373). Moacyr Amaral Santos também concorda que há inversão, pois quem invoca a presunção fica dispensado de provar o fato presumido, o qual teria de ser por ele provado caso não houvesse a presunção (SANTOS, *op. cit.*, v. 5, p. 392). Ainda, Darci Guimarães Ribeiro afirma haver inversão do ônus da prova (GUIMARÃES RIBEIRO, *Provas...*, p. 102).

<sup>241</sup> Acerca de tal princípio faz-se necessária a leitura aprofundada do assunto na obra de Gustavo Badaró em que refere que a doutrina atualmente analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: "a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo" (BADARÓ, *Ônus da prova...*, p.280).

<sup>242</sup> BARBOSA MOREIRA, *As presunções...*, p.64. Acerca da distinção, Darci Guimarães Ribeiro aponta que o que diferencia a presunção absoluta da relativa é o grau de credibilidade que existe no nexo de causalidade (GUIMARÃES RIBEIRO, *Provas atípicas*, p. 101).

e verossimilhança, sujeita todavia a ser inutilizada por uma adequada prova contrária<sup>243</sup>.

As presunções simples também são denominadas *praesumptiones hominis* e estão vinculadas ao procedimento indiciário ou de prova indireta<sup>244</sup>. São um conjunto de raciocínios ou argumentações mediante as quais, a partir de fatos conhecidos, se conclui afirmando outros desconhecidos. Diferenciam-se das presunções absolutas ou relativas, pois nessas o fundamento da conclusão presumida é uma norma jurídica, enquanto que naquela a conclusão se fundamenta na existência de máximas de experiência que, refletindo regularidades empiricamente observadas, permitem conectar o fato conhecido ao desconhecido<sup>245</sup>. Tem-se a dedução da ocorrência de um fato pela verificação (prova) de outro fato, através de raciocínio executado, exclusivamente, pelo juiz – sem qualquer interferência apriorística do legislador<sup>246</sup>.

O resultado do raciocínio é que configura a presunção judicial: o juiz presume que ocorreu o fato y porque sabe que ocorreu o fato x. Sabe também que a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro<sup>247</sup>. Para Barbosa Moreira, a presunção judicial não faz surgir um fato novo no plano de direito material: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, ou seja, o que se adquire é um novo conhecimento<sup>248</sup>. Exemplo muito conhecido é a presunção *hominis* de culpa do motorista que colide com outro veículo por trás<sup>249</sup>.

Moacyr Amaral Santos destaca que as presunções simples somente são admitidas nos casos em que for possível a prova testemunhal e devem ser

---

<sup>243</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 159.

<sup>244</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p.137.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p.151.

<sup>246</sup> MARINONI; ARENHART, *Manual...*, p. 314.

<sup>247</sup> BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p.57.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>249</sup> Na Jurisprudência gaúcha colhem-se diversos arestos nesse sentido, podendo ser citados ilustrativamente: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70017905860. Relator: Des. Orlando Heermann Junior, julgado em: 24 maio 2007, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n.º 71001223288. Relatora: Kétlin Carla Pasa Casagrande. Julgado em: 08 maio 2007.

deduzidas pelo juiz conforme as regras de direito e com prudência e discernimento<sup>250</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, observa-se que o Código de Processo Civil nada refere sobre as presunções judiciais. Já o artigo 230 do CC faz alusão à tal categoria ao proibir seu uso quando não for admitida a prova testemunhal.

Questão interessante é saber se a presunção pode ser utilizada de ofício pelo julgador, o que é fortemente negado por Darci Guimarães Ribeiro ao referir que, independentemente do tipo de presunção, toda ela necessita da prova do fato constitutivo conhecido para dela poder se beneficiar. Assim, não pode o juiz, mediante a falta de alegação e prova, buscá-la de ofício, sob pena de violação do artigo 128 do CPC<sup>251</sup>.

São potencialmente ilimitadas, desde que não vinculadas a fatos humanos<sup>252</sup>. Eduardo Cambi destaca que se aplica a disposição geral contida no artigo 335 do CPC, de modo que as máximas de experiência servem de premissa maior nas presunções judiciais<sup>253</sup>. Também refere que as presunções simples compreendem três fases: “a) colheita dos indícios; b) a dedução das presunções e c) a apreciação dessas presunções”<sup>254</sup>.

Deve-se ressaltar que nem todas as inferências que o juiz faz a partir de um fato conhecido para um desconhecido podem embasar a operação mental da presunção, pois podem haver fatos secundários (indícios) que sejam duvidosos, contraditórios e imprecisos. Em razão de tal situação, o Código Civil italiano prevê expressamente no artigo 2729<sup>255</sup> que o juiz pode valer-se das presunções simples se forem precisas, graves e concordantes, dispositivo que foi baseado no artigo

---

<sup>250</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 1, p. 83. O artigo 230 do código Civil atual também dispõe nesse sentido “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”.

<sup>251</sup> RIBEIRO, *Provas...*, p. 104.

<sup>252</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 95.

<sup>253</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 376.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 377.

<sup>255</sup> Dispõe o artigo 2729 do Código Civil italiano: “Le presunzioni non stabilite alla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni”.

1353 do Código Civil francês<sup>256</sup>. Não se pode deixar de mencionar a advertência feita por Eduardo Cambi ao ressaltar que o referido artigo limita a utilização das presunções judiciais, porque as inferências formuladas pelo juiz devem ser seguras e fortes a ponto de reduzir a margem de erro e dar credibilidade ao raciocínio presuntivo<sup>257</sup>, sendo considerada uma regra de prova legal negativa quando excluem que as presunções – entendidas como resultado das inferências formuladas pelo juiz - possam constituir prova do fato se não presentes aqueles requisitos<sup>258</sup>.

Deriva daí a razão pela qual inúmeros doutrinadores colocam como critérios para a valoração das presunções simples a gravidade, a precisão e a concordância. Jairo Quijano problematiza a redação do referido artigo. Segundo ele, o legislador italiano, muito embora houvesse denominado de presunções simples, está se referindo aos indícios quando diz que devem ser graves, precisos e concordantes<sup>259</sup>. Não é outra a conclusão a que se chega ante a redação do artigo 192, II, do CPP italiano que assim refere: *l'esistenza non può esserre desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti*.

Reforça-se que não podemos confundir as presunções simples com os indícios<sup>260</sup>, pois estes consistem no fato conhecido do qual se parte para alcançar o fato desconhecido. Como destacado por Barbosa Moreira, é a partir dos indícios que se formam as presunções judiciais<sup>261</sup>.

<sup>256</sup> Art. 1353 do Código Civil francês: “Les présomptions que ne sont pas établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet lès preuves testimoniales, à moins que l’acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol”.

<sup>257</sup> p.380.

<sup>258</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 445.

<sup>259</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 301. O Código de Processo Civil espanhol, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, ao conceituar as presunções simples assim as qualifica: *Artículo 386. Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. 2. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 3. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior*. Percebe-se que também foram confundidos os conceitos de indícios e presunções.

<sup>260</sup> Contrariamente, Sofo Borghese admite que há apenas uma distinção sutil entre os dois institutos, mas não há valor prático no processo penal, já que nesse a utilização das presunções não é sujeita a limites preestabelecidos (BORGHESE, Sofo. *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)* In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Uet, 1996, v. 13, p. 773).

<sup>261</sup> BARBOSA MOREIRA, *Regras...*, p. 14.

Adverte Jairo Quijano que confundir os indícios com as presunções do homem conduz a injustiças e à violação do direito de defesa, pois o homem injustiçado, no sentido amplo do vocábulo, pode se defender de fatos que lhe imputam, mas não de raciocínios<sup>262</sup>. Ainda, reportando-se à lição de Gorphe, destaca o doutrinador que “entre o indício e a presunção só existe uma diferença de matriz; um se refere ao caso concreto, e a outra, a uma situação mais geral”<sup>263</sup>. Também ressalta que o indício conduz a prova de um fato, enquanto que a presunção é todo o contrário: prescinde da prova<sup>264</sup>. Alerta que a presunção não cria fato<sup>265</sup>.

Como bem observa Vincenzo Russo, tanto as presunções quanto os indícios possuem elementos de natureza objetiva e abstrata, pois pertencem ao gênero de prova crítica ou indireta, e ambos partem do accertamento de um fato histórico do qual por conexão lógica se chega a um fato presumido que se pretende provar. Ressalta que, na verdade, a diferença, antes que qualitativa, é quantitativa, em referência à diversa valoração de probabilidade de verificação que se atribui à conexão entre o fato conhecido e o ignorado: enquanto na prova indiciária a valoração dos elementos de um fato, que constituem a sua fonte são deixados à pesquisa do juiz, na prova presuntiva (absoluta), os elementos são expressamente estabelecidos pelo legislador trazendo a essas um maior grau de autoridade do que em respeito à prova indiciária<sup>266</sup>. Sendo o grau de probabilidade de verificação estabelecido pelo legislador, é mais difícil estar errado no caso particular, enquanto que se for atribuído ao juiz. Conclui o mesmo autor que o indício é um mero elemento, isto é, um fato conhecido pelo qual move o procedimento mental e ao qual se refere seja no caso da presunção ou no da prova indiciária<sup>267</sup>.

Fazendo uma análise do conjunto probatório em seu todo, assiste razão a Barbosa Moreira quando refere que o indício se situa como etapa intermediária, pois é ao mesmo tempo ponto de chegada e novo ponto de partida: o órgão judicial vem a conhecê-lo com base no documento ou no testemunho, e vale-se dele, num

---

<sup>262</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 233.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>266</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 21-22.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 22.

segundo passo, para formar a presunção. Mais adiante, refere que a passagem da prova (documental, testemunhal etc.) ao indício faz-se através de operação intelectual de estrutura diversa daquela através da qual se passa do indício à presunção. Na primeira, trata-se de examinar e valorar um *quid* material, sensível, em que, por hipótese, se acha representado certo fato, exatamente para alcançar o conhecimento do fato representado. Na segunda, trata-se apenas de efetuar um raciocínio de tipo silogístico: o fato de cuja existência se indaga não está representado no indício da mesma forma que este se encontra representado no documento ou no depoimento da testemunha; mas o indício serve de premissa lógica para a afirmação (ou a negação) do outro fato<sup>268</sup>. Por fim, o mesmo doutrinador conclui que o indício é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal.

A respeito do tema, J. M. de Carvalho Santos refere que na prova indiciária é o magistrado que se serve de uma regra de experiência, para remontar, de um fato conhecido, a um desconhecido, ao passo que, na presuntiva, o magistrado aplica ao caso particular uma regra de experiência codificada pelo legislador. Refere ainda que a presunção não é senão um indício cogente e especificado pelo legislador<sup>269</sup>.

Resumidamente, o indício é a prova, e a presunção judicial, a consequência da regra de experiência ou técnica que permite valorar e que não é prova nem objeto de prova. Por isso indício pode ser anterior, concomitante ou posterior ao fato desconhecido, enquanto que a presunção surge necessariamente depois que o fato investigado ocorreu e se produziu a prova com a qual se pretende verificá-lo<sup>270</sup>.

### 2.6.3 Presunções de segundo grau (*presumptum de presunto*)

Como já abordado anteriormente, no raciocínio empregado para a obtenção da prova indiciária, parte-se de um fato indicador, o qual deve estar provado. Nesse

---

<sup>268</sup> BARBOSA MOREIRA, As presunções..., p. 59.

<sup>269</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.], v. 26, p. 316.

<sup>270</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 612.

sentido é o que dispõe o artigo 239 no que diz respeito à prova indiciária no processo penal.

A prova do fato indicador que serve de base para o indício deve aparecer completa e suficiente, pois, se não existe uma seguridade sobre a existência dos fatos indicadores ou indiciários, resulta ilógico induzir destes a existência ou inexistência do fato desconhecido. De uma base insegura, não pode resultar uma conclusão segura<sup>271</sup>. Se assim fosse, o raciocínio resultaria arbitrário e ilegal.

Segundo assinala Vincenzo Russo, é requisito precípua da prova indiciária a certeza da circunstância indiciante. Além disso, mesmo que provada e certa em si mesma, não pode julgar-se suficiente para a prova do fato principal se não subsiste também a relação lógica entre essa e o fato a provar-se e se tal relação lógica não é tal de excluir da possibilidade de cada outra relação equivalente<sup>272</sup>.

Temos que o indício pode ser provado com base em prova direta ou indireta, sendo esta última entendida como aquela que não versa diretamente sobre o fato relevante em discussão, ou seja, o objeto da prova é constituído de um fato secundário (conhecido) que, por meio de um raciocínio inferencial, permite o acerto do fato principal (fato desconhecido).

A respeito da possibilidade de um indício servir como base para prova de um outro fato indiciário é situação a ser analisada com extremo cuidado por ocasião de sua valoração.

Malatesta afirma que o indício deve ser provado de um modo certo, o que exclui a possibilidade de ele ser provado por outros indícios, porquanto geralmente os indícios são contingentes e inaptos. Todavia, admite a possibilidade de um indício ser provado por outro quando o indício probante seja necessário<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 629.

<sup>272</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 27 nota de rodapé.

<sup>273</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 218.

A negativa da valoração da presunção de segundo grau se justifica, pois os fatos se encontram mais distantes daqueles ocorridos sob o contraditório. Tanto é que temos o brocardo latino *praesumptum de praesumpto non admititur*<sup>274</sup>.

Echandia afirma que a doutrina majoritária nega a possibilidade de provar o fato indicador com outros indícios, destacando o antigo brocardo latino: *praesumpto de praesumptiones non admititur o praesumptum*, ou seja, os indícios de um indício carecem de valor probatório. Todavia, refere que, do ponto de vista teórico, não há razão para excluir a prova por indícios do fato desconhecido, pois pode adquirir o caráter de prova plena quando se tratar de indício necessário e quando são vários indícios contingentes, graves, precisos e concordantes. Assim, a máxima latina apenas deve valer para as presunções judiciais ou raciocínios lógicos utilizados para inferir a probabilidade de um fato que exista ou não. O referido doutrinador exemplifica que na Colômbia a legislação penal não exige prova especial do fato indicador, mas no processo civil o artigo 666 do CPC da Colômbia exclui expressamente a prova por indícios do fato indicador<sup>275</sup>. Ao concluir sua opinião sobre tal possibilidade, entende que é arbitrário e ilógico excluir como prova do fato indiciário "os indícios contingentes e múltiplos que não deixam dúvida acerca do fato indicado", pois contradiz o princípio de que pode ser todo fato que apareça plenamente provado<sup>276</sup>.

A propósito, Mittermaier, diferenciando os indícios em mediatos e imediatos, reconhece que esses últimos, por darem lugar uma conclusão direta ao objeto que há de provar-se, podem servir de base para a prova do fato indicador<sup>277</sup>. Para o citado doutrinador negar que os indícios possam ser provados por meio de prova artificial, e dentre elas a prova indiciária, seria sustentar "que os indícios não fazem prova plena; seria esquecer que alguns dentre eles não assentam sobre um fato material, que podem provir, no essencial, de uma origem inteiramente metafísica, e que, para vê-los se manifestarem, é preciso considerar todo um encadeamento de fatos complexos"<sup>278</sup>. A contrário *sensu*, no indício mediato não subsiste a

---

<sup>274</sup> BATTAGLIO, *Indizio...*, p. 410.

<sup>275</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 631-632.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 635.

<sup>277</sup> MITTERMAIER, *Tratado...*, p. 423.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 434.

possibilidade de individualizar entre o fato conhecido e aquele ignorado, uma ligação certa, unívoca e logicamente correta.

No processo penal, Vincenzo Russo destaca que o indício de segundo grau não pode assumir relevância porque o indício mediato não é ligado com o fato-crime, mas é ligado a um indício de primeiro grau, que por sua vez é indiretamente conexo com o fato-crime, tanto que a correlação entre indício direto e indireto deve ser demonstrada com o concurso de outros indícios de primeiro grau e portanto o indício de segundo grau é simplesmente um suspeito<sup>279</sup>. Assim, não reconhece eficácia probatória aos indícios de segundo grau, pois deduzidos de uma outra circunstância indiciante<sup>280</sup>.

Carnelutti, como já referido, aponta que as três fontes de prova são o testemunho, o documento e o indício e que essas fontes se fixam mediante prova simples ou complexa, sendo que esta última se dá quando o fato constitutivo da fonte de prova é objeto de prova indireta: ou seja, é deduzido de outra fonte de prova. Mais adiante, ao abordar as combinações da prova complexa, inclui a prova de indício mediante indício<sup>281</sup>.

Eduardo Cambi assevera que o indício não precisa ser necessariamente um fato provado. O que é imprescindível é ser um fato conhecido, salientando que um fato notório, mesmo não dependendo de prova, pode ser considerado um indício. Também destaca que o indício pode ser conhecido por meio de presunção<sup>282</sup>. O citado doutrinador, ao abordar a presunção da presunção, nega que de um fato desconhecido poderá se dar o convencimento de outro fato desconhecido. No entanto, admite o uso da presunção quando os indícios são conhecidos, seja pelas provas constantes dos autos ou por dependerem de prova. Adiante, assinala que admitir presunção da presunção significaria que “restariam violados o direito à prova e as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, na medida em que as partes seriam surpreendidas por uma decisão que seria arbitrária, uma vez que

---

<sup>279</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 34.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>281</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p. 239-244.

<sup>282</sup> CAMBI, *A prova...*, p.362.

poderia ter qualquer conteúdo fático e cercearia as oportunidades de participar da formação do convencimento judicial”<sup>283</sup>.

Moacyr Amaral Santos admite inferir uma presunção de outra presunção sob a justificativa de que o sistema pátrio confere ao juiz a faculdade de livremente apreciar a prova e formar seu convencimento<sup>284</sup>.

Da mesma forma, Marina Gascón Abellán justifica que um indício possa servir de base para provar fato indiciário pois, se se assume a amplitude do procedimento indiciário para provar fatos, não se entende porque não pode servir para provar um indício. Pode-se apenas dizer que, quando o indício é provado mediante procedimento indiciário (indício mediato), sua força probatória é menor, mas não permite anulá-lo por completo<sup>285</sup>.

Ainda, Raffaello Lupi, ao discorrer sobre o procedimento tributário, admite o uso da presunção de segundo grau,<sup>286</sup> referindo que um fato indiciante pode resultar de um raciocínio indiciário-presuntivo, porque a credibilidade complexiva da segunda argumentação (influenciada também pelo grau de credibilidade da primeira) resulta suficiente no caso concreto; quanto mais o fato indiciante se funda sobre argumentações probatórias (também presuntivas) menos confiáveis, tanto mais decresce a credibilidade da presunção, mas essa pode apesar disso permanecer superior àquela suficiente na *fattispecie*.

No Direito Estrangeiro podemos citar o artigo 358, parágrafo 7º, do Código de Processo Penal da Argentina que veda a prova do fato indiciário com base em indícios e presunções, assim dispendo:

Art. 358 Para que exista prova plena por meio de indícios, é mister que estes reúnam as condições seguintes:

[...]

7º Que se fundem em fatos reais e provados e nunca em outras presunções ou indícios.

<sup>283</sup> CAMBI, *A prova...* p.362.

<sup>284</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, v. 5, p. 441.

<sup>285</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 155.

<sup>286</sup> LUPI, Raffaello. *Metodi Induttivi e presunzioni nell' accertamento tributario*. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p.217.

Dellepiane critica a redação desse artigo, afirmando que as palavras "reais", "provadas" e "nunca em outras presunções e indícios" deveriam ser substituídas, ficando com a seguinte redação "Que se fundem em fatos verossímeis e provados por provas diretas"<sup>287</sup>.

Como abordado anteriormente, a doutrina não é pacífica no que diz respeito à admissão da presunção de segundo grau e da prova indiciária com base em indícios. Danilo Knijnik afirma que, no processo penal brasileiro, o artigo 239 do CPP exclui expressamente a possibilidade da presunção de segundo grau quando refere que o indício é a circunstância conhecida e provada. Já no processo civil não há regra expressa. Por fim, conclui que no momento em que a "*presumptum de presunto* não corresponde à estrutura da prova indiciária, mas à suposição, deve-se excluí-la do rol de expedientes aptos a formar o juízo de fato, podendo servir, apenas, como argumento de prova"<sup>288</sup>.

Feita essa breve análise doutrinária e legal, devemos lembrar que há distinção entre presunção e indício. Admitir prova mediante presunção de presunção sem esta estar plenamente provada é situação diversa da hipótese de termos indícios graves, precisos e concordantes para embasar a prova de um outro indício. O fato indicador deve ser plenamente demonstrado de maneira que o juiz não tenha dúvida sobre a sua existência, sendo irrelevante se tal prova foi feita mediante indício, testemunho ou documento, até porque a prova indiciária possui caráter de prova plena e não é considerada prova subsidiária ou de hierarquia inferior às demais. Ademais, na valoração das provas, vige o sistema da persuasão racional, que não impõe obstáculo ao raciocínio judicial, desde que devidamente motivado e que o fato a ser provado por indício tenha estrutura de prova indiciária e tenha sido objeto de alegação das partes.

---

<sup>287</sup> DELLEPIANE, Nova teoria..., p. 120.

<sup>288</sup> KNIJNIK, A prova..., p. 62.

## 2.7 Regras de experiências e indícios

No conceito clássico proposto por Friederich Stein, as máximas de experiência "são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos"<sup>289</sup>. Ou seja, são juízos formados na observação do que ordinariamente acontece (*id quod plerumque accidit*) e se constituem em regras gerais construídas indutivamente com base na experiência relativa a determinado estado de coisas independente de casos concretos, e representam a experiência da cultura média do homem<sup>290</sup>. Na definição de Adroaldo Furtado Fabrício, "são aquelas que o magistrado, como homem integrado ao seu universo cultural, terá induzido da observação – ou mesmo da vivência – de fatos repetidos que costumam invariavelmente conduzir a determinados resultados". Também destaca que o método empregado é o indutivo, pois, "da observação de um conjunto de acontecimentos entre si iguais e da constância das conseqüências deles decorrentes, infere o cognoscente, do particular para o geral (caminho inverso ao do método dedutivo), que uma nova repetição do mesmo fato ou fenômeno há de produzir idênticas repercussões"<sup>291</sup>.

Diferenciam-se do juízo plural<sup>292</sup> e possuem o atributo da relatividade, uma vez que não correspondem a um postulado científico. São atemporais. Também não possuem o atributo da certeza lógica, mas são valores aproximados a respeito da verdade e, como tais, só têm vigência na medida em que novos casos observados nos mostram que a formulação da regra empregada até então era falsa<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> STEIN, *El conocimiento...*, p. 22.

<sup>290</sup> Sobre o assunto faz-se necessária leitura da obra de ROSITO, *Direito probatório...*

<sup>291</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZENOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 435.

<sup>292</sup> O juízo plural ocorre quando se repete uma série de acontecimentos em uma determinada situação e de uma mesma maneira, constatação esta que não basta para que se tenha uma máxima de experiência. A respeito da matéria ver STEIN, *El conocimiento...*, p. 19-21.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p.29.

As regras de experiência também se diferenciam dos fatos notórios, que são acontecimentos singulares dos quais as pessoas que vivem no mesmo ambiente sociocultural têm a ciência de maneira geral e do notório judicial que são fatos de que o juiz tem conhecimento em razão de sua própria atividade profissional<sup>294</sup>. As máximas se destacam pelo caráter de generalidade e abstração e são noções que refletem reiterados eventos semelhantes, diferentemente do fato notório que não pode ser aplicado para decidir casos futuros.

Destaca Danilo Knijnik que são onipresentes, já que inseridas na análise da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada<sup>295</sup>. Assim, apresentam função instrumental na medida em que são o meio necessário do qual o juiz se serve para coordenar o fato conhecido e o fato a provar.

Paolo Tonini adverte que a máxima é uma regra e, portanto, não pertence ao mundo dos fatos; gera um juízo de probabilidade e não de certeza<sup>296</sup>.

Não obstante sua concepção dogmática, as máximas sofrem críticas na doutrina, em especial da parte de Michele Taruffo. O ilustre doutrinador italiano as define como uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas, servindo de premissa maior dos silogismos<sup>297</sup>. Todavia, afirma que as máximas de uso comum em sede de valoração das provas são vagas, porque expressam generalização de sentido comum e não leis específicas<sup>298</sup>. Destaca ainda que o conceito é intrinsecamente discutível – e não foi por acaso que, em várias culturas jurídicas europeias, não teve recepção, como é o caso da França. Segundo ele, isso decorre, pois o pensamento de Stein pressupõe a idéia de uma sociedade culturalmente homogênea, em que os campos ou setores individualizados da experiência produzem dados homogêneos ou uniformes, suscetíveis de serem recolhidos e interpretados segundo critérios

---

<sup>294</sup> Adverte Juan Montero Aroca que no notório judicial o juiz tem conhecimento dos fatos em razão de sua atividade profissional ou dos processos anteriores que conheceu jurisdicionalmente, devendo ser diferenciada do conhecimento privado do juiz, cujo conhecimento do fato provém de qualquer atividade extraprofissional do juiz, o qual não pode ficar excluído de prova. (AROCA, *La prueba...*, p. 85-86).

<sup>295</sup> KINIJNIK, *A prova...*, p. 68.

<sup>296</sup> TONINI, *A prova...*, p. 55.

<sup>297</sup> TARUFFO, *Senso comum...*, p. 111.

<sup>298</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 235.

comuns ou estáveis, chegando a produzir leis gerais que refletem a experiência<sup>299</sup>. Tal situação “não corresponde aos contextos sociais complexos e mutantes como os que se vêem nas sociedades atuais”<sup>300</sup>.

No seu entender há uma substancial falência na tentativa de racionalizar os aspectos não-jurídicos do raciocínio judicial através do conceito de máxima de experiência. Isso porque o seu fundamento careceria de uma forma lógica específica e de uma base cognoscitiva bem definida, já que nada pode ser considerado verdadeiro ou moralmente aceitável só porque muitas pessoas assim entendem<sup>301</sup>. Também destaca que deve haver critério de racionalidade para o uso das máximas e que a validade racional das inferências baseadas em máximas de experiência depende da análise crítica das máximas em cada caso em que são utilizadas<sup>302</sup>.

Nesse contexto, é oportuno citar a reflexão de Daisson Flach. Segundo ele, “a crítica de Taruffo evidencia que, desligada a máxima dos fatos que lhe deram origem, se reduz substancialmente a possibilidade do controle da racionalidade da decisão que dela se utilize. Isso porque a máxima de experiência permanece inexoravelmente ligada aos fatos que lhe deram origem, sendo de todo artificial atribuir-lhe caráter essencialmente axiomático”<sup>303</sup>.

Francisco Rosito, em sua obra acerca do assunto, também aborda a crítica feita pelo jurista italiano Guido Calogero e ao final destaca que se deve reexaminar as máximas de acordo com a doutrina de Massimo Nobile, Vincenzo Russo e Raffello Lupi, adequada a uma concepção probabilística das argumentações demonstrativas. Também não duvida que as máximas desenvolvem ainda hoje insubstituível função, concluindo que a doutrina que se opõe à autonomia das máximas e também à sua efetividade na valoração das provas é infundada e inaceitável por contrastar “com a concreta experiência do juiz, sendo incompatível com a natureza humana, na medida em que é impossível valorar os fatos e normas fora da experiência, até

---

<sup>299</sup> TARUFFO, Senso comum..., p. 111.

<sup>300</sup> Ibid., p. 111-112.

<sup>301</sup> Ibid., p. 113.

<sup>302</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 424-425.

<sup>303</sup> FLACH, Daisson. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006, p. 47.

porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis normais e jurídicas”<sup>304</sup>.

É indubitável que as máximas de experiência são largamente utilizadas no embasamento de decisões judiciais, até porque seu uso é expressamente previsto no artigo 335 do CPC<sup>305</sup>. Nesse contexto, entende-se oportuno trazer ao conhecimento o julgamento da Apelação Cível nº. 70001464676 da 6ª Câmara Cível do TJRS em que, para a solução do caso concreto, foi utilizado o conceito das máximas de experiência. A matéria julgada versava sobre o arrombamento de cofres de segurança locados a terceiros em uma instituição financeira. O fato do arrombamento era incontroverso, sendo apenas discutida a prova do prejuízo sofrido pelos autores que teriam locado os cofres. O voto do relator foi no sentido de que era ônus do autor comprovar a existência do prejuízo. No entanto, Des. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, atuando como revisor, votou em contrário, aduzindo que a prova produzida era suficiente. Utilizando-se da lição de Taruffo, aplicou a regra das máximas de experiência. Em seu voto indicou para a conclusão do raciocínio o conjunto probatório do caso concreto, auferindo credibilidade nas alegações dos autores, ante a idade, condição econômica, posição social e profissional que desfrutavam<sup>306</sup>.

Apresentado o conceito de máximas de experiência, vislumbra-se que guardam estreita relação com os indícios, pois atuam conjuntamente na prova indireta, embora exerçam funções diversas. Enquanto o indício é o fato conhecido do qual se parte para o conhecimento do fato desconhecido, as máximas são as regras de experiência que permitem a passagem lógica de um fato ao outro. Assim, as máximas exercem papel importante na interpretação e valoração dos indícios<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 89-91.

<sup>305</sup> Art. 335 do CPC “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

<sup>306</sup> Conforme apontado por Francisco Rosito, a partir de indícios constatados (descrição das jóias, compra e venda realizada, testemunhos prestados etc.) com base nas regras da experiência, o Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira formulou uma presunção quanto ao conteúdo do cofre e, portanto, quanto ao prejuízo sofrido, conforme aduzido pelos demandantes na petição inicial. (ROSITO, op. cit., p. 139).

<sup>307</sup> CRESCI SOBRINHO, Elicio de. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*, n. 296, out./dez. 1986, p. 431.

Em síntese, o indício representa o fato certo que, por inferência lógica baseada em uma máxima de experiência, permite chegar-se à demonstração de um fato incerto, o que representará uma presunção simples<sup>308</sup>. Nesse sentido é o que também aponta Eduardo Cambi ao referir que o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o ignorado está baseado em uma inferência presuntiva calcada em máximas de experiência<sup>309</sup>.

A prova indiciária, na lição de Vincenzo Russo, é resultante de um raciocínio silogístico, característico da lógica do juiz. A máxima de experiência se põe como a premissa maior; o indício com a premissa menor; a conclusão deriva elemento de prova do fato em exame<sup>310</sup>. Mais adiante, o autor italiano refere que a máxima de experiência é um anel de conjunção entre o *factum probandum* e a conclusão que o juiz traz para formar seu convencimento<sup>311</sup>.

De outro lado, abordando a matéria, Jairo Quijano ressalta que as máximas de experiência são regras técnicas, de lógica, só que no indício se empregam como um *prius* e nos demais meios como um *posterius*<sup>312</sup>. Ao exemplificar, cita que, quando uma testemunha narra um acidente de trânsito que presenciou, o juiz aplica as máximas de experiência, a fim de saber se aquilo pode ter ocorrido ou não; já quando nos referimos à prova indiciária “os fatos provados não representam o fato a provar, sendo que o juiz aplicando as regras de experiência induz-deduz o fato a provar”<sup>313</sup>. Em razão desse fato, Quijano não coloca as regras de experiência como definição dos indícios.

Adverte-se que o juiz, quando valida um indício, aplica as máximas de experiência em dois momentos: uma primeira vez, quando avalia, como no caso da prova representativa, a utilidade do dado adquirido; e uma segunda vez quando traz pelas circunstâncias de fato o conhecimento do fato ignorado<sup>314</sup>.

---

<sup>308</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 99.

<sup>309</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 363.

<sup>310</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 27. Igualmente, ROSONI, *Quae singula...*, p. 226-227 e SCAPINI, *La prova...*, p. 41.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>312</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 19.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>314</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 56.

Finalizando a diferença entre as categorias em exame, pode-se concordar com a assertiva de que o indício é ligado logicamente às presunções e as máximas de experiência, segundo um esquema que vê no primeiro o fato ontologicamente emergente, na segunda o método judicial da sua relevância, na terceira o parâmetro de qual maneira se verifica a credibilidade da relevância<sup>315</sup>. As regras de experiência, portanto, são o veículo de inferência lógica no silogismo indiciário<sup>316</sup>, exercendo função instrumental lógica.

Todavia, não se pode esquecer que o raciocínio probatório nem sempre pode ser reduzido a um simples silogismo em que a premissa maior é a máxima de experiência, pois há estreita inter-relação entre questão de fato e de direito, os quais são influenciados reciprocamente. Nesse contexto, sustenta Francisco Rosito que a posição ocupada pelas máximas na lógica judiciária não é a de uma simples premissa, sendo mais adequado conceber as máximas “em um contexto de conformação tanto da questão de fato como da questão de direito”<sup>317</sup>.

## 2.8 O indício como fonte de prova

Sobre o assunto é importante lembrar a diferenciação feita por Carnelutti que, a partir do conceito de prova direta e indireta, denomina meio de prova como a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade<sup>318</sup>. Assim, meios de prova são a percepção do juiz, o qual deve utilizar todos os seus sentidos<sup>319</sup> e a dedução do juiz<sup>320</sup>.

Já Santiago Sentis Melendo<sup>321</sup> refere que fontes são os elementos probatórios que existem antes de processo e independentemente dele, ou seja, as fontes de

---

<sup>315</sup> FERRAIOLI, Presunzione..., p. 313.

<sup>316</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 41.

<sup>317</sup> ROSITO, *Direito probatório...*, p. 87.

<sup>318</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p. 99.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>321</sup> SENTIS MELENDO, *Natureza...*, p.15.

prova decorrem do fato em si. Assim, tudo aquilo que puder servir para esclarecer alguém sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova daquele fato. Já meio de prova são as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo. Exemplificando melhor, a testemunha é uma fonte de prova e sua declaração é um meio. O citado doutrinador também destaca que o meio de prova pertence ao juiz, e a fonte de prova pertence às partes. Deste modo, o juiz não pode ir atrás das fontes de prova, sob pena de perda de sua imparcialidade, relevância esta da distinção proposta<sup>322</sup>.

Também se deve salientar que os meios de prova são a rigor limitados pela lei, enquanto que as fontes de prova, por serem algo extrajurídico (existem independentemente do processo), são indeterminadas por natureza e não podem ser enumeradas taxativamente<sup>323</sup>.

Devis Echandia, não fazendo a distinção entre meios e fontes de provas, aceita os indícios como meio de prova, em oposição a Florian e Schonke que não consideram os indícios como prova, mas sim como objeto de prova<sup>324</sup>. Rosenberg, também lembrado por Echandia, nega que os indícios são meios de prova, mas sim argumentos obtidos das afirmações das partes ou das provas. Tal assertiva, no entanto, foi criticada por Echandia ao referir que todo o indício serve de base a um argumento probatório e que não se pode confundir os indícios, que são os fatos provados com os argumentos probatórios que todo o meio de prova contém<sup>325</sup>.

Eduardo Cambi nega que os indícios são fontes de prova, aduzindo que são fatos secundários, eis que conhecidos indiretamente pelo juiz mediante outras fontes de prova. Aponta que o indício não é constituído por um fato definido *a priori*, mas se torna um mecanismo probatório na medida em que pode servir de premissa para uma inferência a um dos fatos da causa. Assim, é *a posteriori*, e quando se constata a eficácia da prova desses fatos, que qualquer circunstância fática pode tornar-se um indício, não dependendo de nenhuma prévia determinação normativa<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Ver abordagem de BADARÓ, *Ônus...*, p. 167-168.

<sup>323</sup> AROCA, *La prueba...*, p. 141.

<sup>324</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 603.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 604.

<sup>326</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 43.

Carnelutti contesta àqueles que não reconhecem os indícios como fonte de prova *lato sensu*, mas sim como um objeto ou tema de prova, afirmando que devem ser considerados da maneira mais completa, ou seja, na atitude passiva de fato que deve ser provado (tema de prova) e em sua atitude ativa de fato que serve para provar outro (fonte de prova)<sup>327</sup>.

Vale destacar que Carnelutti classifica os indícios como uma das fontes típicas de prova, ao lado do testemunho e documento<sup>328</sup>. No entanto, Sentis Melendo critica tal inserção, referindo que o indício pode ser qualquer elemento prova, pois, na verdade, pode ser constituído por testemunhos ou documentos<sup>329</sup>.

Em que pesem alguns posicionamentos discordantes, como os anteriormente colocados, o indício é uma fonte de prova, por excelência, já que permite ao aplicador do direito, seja parte, advogado ou juiz, utilizá-lo para provar a existência ou inexistência de um fato e, por conseguinte, embasar o convencimento judicial.

Bruno Cavallone ao elencar o indício como fonte de prova o distingue da prova testemunhal e documental, pois não se trata de uma coisa ou de um acontecimento processual, mas de um fato (extraprocessual) que pode ser conhecido pelo juiz apenas mediante outras fontes<sup>330</sup>. Ou seja, qualquer coisa, documento ou declaração pode constituir a base de uma inferência idônea para produzir conclusões probatórias acerca dos fatos do caso. Cavallone apenas adverte que o fato conhecido do qual se infere a presunção para chegar ao fato desconhecido tem que se produzir mediante as modalidades de provas típicas do processo<sup>331</sup>.

No tópico seguinte serão destacadas algumas legislações que prevêm expressamente a prova indiciária.

---

<sup>327</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p. 229.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>329</sup> SENTIS MELENDO, *La prueba...*, p.106.

<sup>330</sup> CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam. 1991, p. 347.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 362.

## 2.9 Indício e prova atípica

### 2.9.1 Prova atípica

Nessa etapa do trabalho é necessário estabelecer alguns apontamentos no tocante à prova atípica para o fim de questionarmos se a prova indiciária pode ou não ser enquadrada em tal conceituação.

Para o jurista italiano Michele Taruffo, o problema da prova atípica é exclusivamente um problema de poderes do juiz na escolha e determinação do material idôneo a fundar o acerto dos fatos controvertidos<sup>332</sup>. Ressalta que há duas diferentes perspectivas ou dois diferentes pontos de vista sob o quais se pode conceber que uma prova divirja da prova típica e por isso, mereça ser considerada atípica. Ou a atipicidade advém das fontes de convencimento diferente daquelas reguladas na lei, ou é atípica porque colhida de modo ou forma diferente da utilizada na prova típica que a ela correspondesse<sup>333</sup>.

Referente à primeira perspectiva, adverte Barbosa Moreira que as provas reguladas na lei civil e legislação processual, em regra, esgotam todas as possibilidades de aquisição de conhecimento sobre fatos, no que diz respeito, às possíveis fontes desses conhecimentos que são finitas. Não se pode conceber outras fontes que não as pessoas, coisas ou fenômenos materiais. Por exemplo o CPC regula em partes distintas a prova documental e a exibição de documento, quando na verdade fonte de conhecimento é sempre a mesma – um documento. Para o jurista, o que distingue o tratamento separado dessas duas modalidades é a forma pela qual o documento chega a exame do juiz: a maneira pela qual o juiz tem acesso a essa fonte num caso acontece pelas partes e no outro o juiz é quem ordena de ofício ou a requerimento. Essa é a segunda perspectiva. Nesse contexto,

---

<sup>332</sup> TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 28, p. 389-434, 1973, p. 392.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 394. Nesse sentido também é a lição de RICCI, *Le prove...*, p. 42-48 que conclui que se deve entender por prova inominada aquela referente à possibilidade de emprego de meios de prova não previstos, mas nunca à aquisição advinda de modo irregular.

Barbosa Moreira questiona como podemos ter acesso a fontes de informação por modos diferentes daqueles expressamente previstos e regulados<sup>334</sup>.

No tocante a esta segunda perspectiva, deve-se mencionar a objeção feita por Bruno Cavallone ao sustentar que não podemos falar de provas atípicas porque tudo que estaria realmente acontecendo seria a utilização das mesmas fontes de conhecimento tradicionais, por uma forma diversa da prevista em lei e, portanto, ilegal, de modo que a prova típica seria, nada mais, nada menos, do que uma prova típica irregularmente colhida. Conclui o jurista italiano que não se justifica falar em prova atípica nesta perspectiva, pois estaríamos diante de provas colhidas ilegalmente<sup>335</sup>.

Delimitado o conceito de prova atípica às fontes de convencimento não previstas em lei, afirma Gian Franco Ricci que a prova indiciária é atípica, pois o indício pode ser constituído por um fato de qualquer natureza, desde que em concreto se revele útil para acertar a circunstância da causa. Já a prova típica consiste em um evento identificado *a priori* pela lei e ao qual está expressamente reconhecida uma eficácia probatória<sup>336</sup>.

Contrariamente, refere Cavallone que a prova indiciária não pode ser considerada prova atípica, crítica essa feita a Taruffo e Ricci, os quais afirmam que o indício tem natureza intrinsecamente atípica. Destaca Cavallone, que se é verdadeiro que os ingredientes da prova indiciária são o fato conhecido e a inferência que permite ao juiz remontar ao fato ignorado, é evidente que de atipicidade desta prova não se deveria falar nem com relação às fontes ou à modalidade de verificação do fato conhecido, nem com relação ao procedimento lógico que conduz o juiz para verificar o fato ignorado. Também destaca que não se

---

<sup>334</sup> BARBOSA MOREIRA, José Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo* n. 76, out./dez. 1994, p. 115-116.

<sup>335</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas..., p. 116.

<sup>336</sup> RICCI, *Le prove...*, p. 184. Inclusive, exemplifica que pode ser considerado como indício o escrito de terceiro, na medida em que a lei prevê que o conhecimento do terceiro apenas pode ser adquirido ao processo mediante sua declaração testemunhal. TARUFFO, *Prove...*, p. 393-394. Ao sustentar acerca da natureza atípica do indício refere que diferentemente das outras provas o indício não é prova enquanto seja constituído de um fato definido *a priori*, mas só quando possa servir de premissa para uma inferência inerente a um dos fatos da causa. Assim, qualquer fato pode constituir um indício, independentemente de cada discriminação preventiva.

pode pensar que na procura do conhecimento do fato secundário o juiz possa utilizar fontes diversas daquelas que lhe proporcionaram ter o conhecimento direto do fato principal e nem que as regras relativas à admissibilidade e assunção da prova possuem menor valor quando se trata de verificar os temas secundários ao invés dos temas principais<sup>337</sup>.

Ao rebater a crítica de Cavallone, Ricci adverte que uma coisa é dizer que o fato conhecido é atípico, enquanto não pertence a qualquer tipologia. Outra coisa é dizer que atípico é também o modo de seu ingresso no processo (diferença entre as duas perspectivas da atipicidade). Ressalta que os instrumentos predispostos para a aquisição em juízo devem ser sempre aqueles típicos do testemunho ou documento. Assim, não se pode negar o caráter atípico do indício, na medida em que pode ser constituído por qualquer fato<sup>338</sup>.

Denota-se, pois, que apenas podemos classificar o indício como prova atípica no que diz respeito ao conceito de atipicidade vinculado às fontes de convencimento reguladas em lei e não ao modo de aquisição da prova em juízo.

Também não podemos atribuir à prova atípica uma eficácia indiciária, pois são categorias diversas<sup>339</sup>. A prova atípica nem sempre conduz a indícios, mas também pode ser em relação ao fato principal.

Em que pese a objeção crítica de Cavallone, o que não deixa de ter uma certa razão, já que a prova colhida irregularmente não atende às garantias legais, “prevalecem as necessidades práticas, as exigências de ordem pragmática e, sobretudo, o desejo de não desperdiçar possibilidades outras de ter acesso à fonte de informação”<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> CAVALLONE, *Il giudice...*, p. 362-363.

<sup>338</sup> RICCI, *Le prove...*, p. 187-188.

<sup>339</sup> Lembra Juan Montero Aroca que a doutrina italiana ao qualificar como atípica a prova em referência ao procedimento de incorporação dos elementos probatórios ao processo, acaba por sustentar que essas provas atípicas têm simplesmente valor indiciário, que é uma maneira de dizer que têm um valor menor, e com isso acabam por desconhecer que o indício é elemento próprio do método de prova que é a presunção. *La prueba en el proceso civil*, p. 145.

<sup>340</sup> Advertência bem lembrada por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76, p. 178-184, out./dez. 1994, p. 116.

A legislação brasileira no artigo 212 do Código Civil elenca os meios de prova, os quais, todavia, não são taxativos ante a redação do artigo 332 do CPC que assim dispõe: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”<sup>341</sup>. A título de conhecimento, cabe destacar que, na Espanha, a Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil cataloga no artigo 299 os meios de prova e no item 3 preceitua que: *Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias*. Percebe-se, pois, que há uma abertura no sistema para o fim de reconhecimento de outros meios de prova que não os expressamente previstos em lei. Inclusive, cita Barbosa Moreira que tanto na Itália quanto na Alemanha, em que pese a inexistência de norma como esta, admite-se a utilização de provas atípicas<sup>342</sup>.

A taxatividade do rol dos meios de prova é certamente contrária à busca da potencialidade do mecanismo probatório, inerente à noção de direito à prova. É implícito no nosso ordenamento constitucional o amplo direito à prova, que na lição de Michele Taruffo pode ser definido como o direito da parte de empregar toda a prova de que disponha, a fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundam sua pretensão, sendo que o único limite deriva da regra sobre a relevância da prova<sup>343</sup>. A exclusão da admissibilidade de uma prova limita as oportunidades de as partes demonstrarem os fatos que dão fundamentos as suas pretensões, além de restringir a possibilidade de comprovação da veracidade desses fatos.

De forma alguma pode-se admitir a proibição ou restrição à garantia de a parte fazer a prova do direito alegado em juízo, uma vez que está assegurado constitucionalmente o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Como bem destacado por Danilo Knijnik, o denominado direito de agir em juízo não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou simplesmente em movimentar

---

<sup>341</sup> Lembra Barbosa Moreira que a redação deste artigo foi inspirada no Código do Vaticano. (BARBOSA MOREIRA, Provas..., p. 117).

<sup>342</sup> Ibid, p. 117.

<sup>343</sup> TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 39, p. 74-120, 1978, p. 78.

a máquina judiciária, compreendendo, isto sim, uma atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem [...], envolvendo conteúdos ativos e positivos, dentre os quais avulta um procedimento probatório adequado<sup>344</sup>.

Segundo Joan Picó i Junoy, o direito à prova implica, em um primeiro lugar, o direito que se admita toda aquela prova que, proposta por alguma das partes, respeite os limites inerentes à atividade probatória e os devidos aos requisitos legais de proposição. Em segundo lugar, supõe que o meio probatório seja praticado e, em terceiro lugar, pode alcançar, em algumas ocasiões, as diligências de melhor prover<sup>345</sup>.

Assim sendo, é certo que as partes possuem o direito à prova que nada mais é do que a possibilidade de se utilizarem de todos os meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional. Não se pode subtrair ou tolher o direito das partes de trazer ao processo os meios justificativos ou demonstrativos de suas alegações ou das alegações contrapostas às da parte adversa<sup>346</sup>. É nesse contexto que se insere o direito à utilização da prova indiciária para a parte embasar a pretensão postulada em juízo, ainda que não expressamente prevista em lei civil (art. 212 CC), pois de igual hierarquia às demais provas. Se limitada ou restrita a sua admissão como elemento probatório fica prejudicado o direito à ampla defesa que, por sua vez, está vinculado ao direito à prova. Deve-se observar que o direito à prova não implica que o convencimento judicial seja baseado apenas na prova adquirida pela parte que a produziu por sua iniciativa.

Desta forma, não obstante a inexistência de previsão normativa expressa sobre a admissão da prova indiciária no nosso ordenamento jurídico civil, trata-se de

---

<sup>344</sup> KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumento para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: PROCESSO e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943.

<sup>345</sup> PICÓ I JUNOY, *El derecho...*, p.19-23.

<sup>346</sup> Como bem observa o processualista italiano Gian Franco Ricci, o ordenamento aparece caracterizado pela máxima expansão do livre convencimento do juiz, isto é a possibilidade do juiz de extrair elementos de convencimento de todo o material que lhe vem fornecido, também se isso aconteceu fora dos precisos esquemas assinalados pelo direito (RICCI, Gian Franco. Le prove Illecite nel processo civile. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 41, n. 1-2, p. 34-87, 1987, p.66).

prova permitida ante a norma aberta prevista no artigo 332 do CPC, o que será adiante analisado.

### 2.9.2 Legislação brasileira

No Código de Processo Civil de 1939, mais precisamente nos artigos 252/253, havia disposições expressas acerca da prova indiciária, sob a seguinte redação:

Art.252. O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé, poderão ser provados por indícios e circunstâncias.

Art.253. Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa.

Pontes de Miranda, ao comentar a redação do artigo 252, refere que a regra jurídica não delimita a admissão dos indícios como meios ou motivos de prova, uma vez que apenas quanto à prova do dolo, fraude e da simulação e, em geral, dos atos de má-fé permite que seja feita por indícios. Destaca também que o legislador colocou na redação as palavras indícios e circunstâncias com a intenção de especializar a qualidade circunstante, envolvente, ambiental, dos indícios, pois circunstâncias são indícios<sup>347</sup>.

No atual CPC não há disposição acerca de prova indiciária. Não há uma razão de ordem prática ou até mesmo lógica para que tenham sido excluídos os dispositivos anteriormente referidos. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda aponta que o legislador de 1973 teria considerado os indícios como termo equivalente ou pelo menos indissolúvelmente ligado às presunções e, considerando que a doutrina

---

<sup>347</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, v. 3, p. 427. Moacyr Amaral Santos refere que indício ou circunstância são palavras sinônimas (SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p. 431).

relutava em diferenciá-los, teria afastado, já que as presunções não são consideradas meios de prova, senão processo de elaboração mental<sup>348</sup>.

Em que pese que a legislação de 1939 tenha sido revogada pelo atual CPC, não se pode de forma alguma sustentar que os indícios não podem mais ser considerados como categoria probatória. Isto, visto que o artigo 332 do CPC dispõe que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"<sup>349</sup>. Destaca-se que o artigo 208 do CPC de 1939 afirmava que eram admissíveis todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais. Outrossim, o artigo 32 da lei 9099/95 dispõe que "todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes".

Para João Carlos Pestana de Aguiar Silva a lei "implícita alusão aos indícios" em outros institutos do CPC (art. 371, III e art.402, I)<sup>350</sup>.

A abertura do sistema processual às provas atípicas estimula a busca de meios para influenciar a formação do convencimento judicial, aumentando a liberdade e responsabilidade das partes no desempenho das funções do processo e, sobretudo, permitindo que o direito processual civil seja influenciado pelos avanços científicos e tecnológicos que possibilitem a verificação mais exata dos fatos que servem para formar o convencimento<sup>351</sup>.

Taruffo aceita normalmente a prova por indícios como categoria de prova atípica, reportando-se à doutrina francesa e alemã<sup>352</sup>. Cavallone, como já analisado, nega caráter atípico da prova indiciária e do raciocínio presuntivo, qualificando-a, na verdade, como prova típica<sup>353</sup>.

---

<sup>348</sup> Nesse sentido é a explicação dada por MIRANDA, Indícios..., p. 62.

<sup>349</sup> Assim é o que também refere Barbosa Moreira ao sustentar que as presunções judiciais e quem sabe até os indícios poderiam ser reputados abrangidos pela cláusula genérica (BARBOSA MOREIRA, *As presunções...*, p. 68).

<sup>350</sup> SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 26.

<sup>351</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 41.

<sup>352</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p.404.

<sup>353</sup> CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*, p.363-366.

Não é demais repetirmos que não se pode considerar como prova atípica a prova formada no processo em violação às normas que regulam a formação das provas típicas. Também não se pode concluir que uma prova atípica tem eficácia menor que uma prova típica. Na verdade, a valoração da prova atípica não pode ser vinculada por critérios legais predeterminados, devendo ser submetida à valoração discricional do juiz.

Reconhecida a utilização da prova indiciária, em que pese ausência de previsão legislativa expressa, assume igual valor às demais provas nominadas expressamente na legislação, razão pela qual, quando for utilizada para embasar o convencimento judicial, deve estar devidamente fundamentada. O juiz tem o dever de indicar os fatos que utilizará como indícios suscitando a discussão prévia entre as partes<sup>354</sup> a fim de possibilitar a ampla defesa. Pela nova concepção do contraditório não se admite que o juiz possa considerar algum ponto relevante sem antes submeter às partes, pois qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça<sup>355</sup>.

### 2.9.3 Legislação estrangeira

Referente à legislação de processo civil da América do Sul e Central<sup>356</sup>, o artigo 250 do Código de Processo Civil da Colômbia assim preceitua: “O juiz apreciará os indícios em conjunto, tendo em consideração sua gravidade, concordância e convergência, e sua relação com as demais provas que *obran* no processo”<sup>357</sup>.

O artigo 510 do Código de Processo Civil da Venezuela: “Os juízes apreciam os indícios que resultam dos autos em seu conjunto, tendo em consideração a sua

---

<sup>354</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 312.

<sup>355</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

<sup>356</sup> Todos os artigos citados foram extraídos da obra de PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 221-234.

<sup>357</sup> Igual redação consta no artigo 284 do Código de Processo Penal da Colômbia (lei 600 de 24 de julho de 2000).

gravidade, concordância e convergência entre si, e em relação com as demais provas dos autos”.

O artigo 769 do Código de Processo Civil do Panamá prevê expressamente o indício como meio de prova, mas é nos artigos 969 a 973 que os disciplina, assim dispondo:

“Artigo 969. Se chama indício certo fato que indica a existência de outro. Para que um fato possa considerar-se como indício, deve estar devidamente provado no processo.

Art. 970. Os indícios tem mais ou menos valor, segundo seja maior ou menor a relação que exista entre os fatos que os constituem e os que se trata de estabelecer.

Art. 971. O juiz poderá deduzir indícios da conduta processual das partes.

Art. 972. O juiz apreciará os indícios tendo em conta sua gravidade, concordância e convergência e as demais provas que figurem no processo.

Artigo 973. O juiz apreciará os indícios em conjunto, com apoio nas regras da *sana crítica*”.

Já na legislação processual penal, o Código de Processo Penal da Argentina nos artigos 357 e 358 prevê os requisitos que a prova indiciária deve reunir para ser considerada na sentença condenatória, assim dispondo:

Art. 357 As presunções ou indícios no juízo criminal, são as circunstâncias e antecedentes, que, tendo relação com o delito, podem razoavelmente fundar uma opinião sobre a existência de fatos determinados.

Art. 358 Para que haja plena prova por presunções ou indícios, é preciso que estes reúnam as condições seguintes:

1. Que o corpo de delito conste por meio de provas diretas e imediatas.

2. Que os indícios ou presunções sejam vários, reunindo, quando menos, o caráter de anteriores ao fato e concomitantes com o mesmo.
3. Que se relacionem com o fato primordial que deve servir de ponto de partida para a conclusão que se busca.
4. Que não sejam equívocos, é dizer, que todos reunidos não possam conduzir a conclusões diversas.
5. Que sejam diretos, de modo que conduzam lógica e naturalmente o fato de que se trata.
6. Que sejam concordantes uns com os outros, de maneira que tenham íntima conexão entre si e se relacionem sem esforço, desde o ponto de partida até o fim buscado.
7. Que se fundem em fatos reais e provados e numa em outras presunções ou indícios.

O Código de Procedimento Penal da Guatemala assim regra:

Artigo 498. “(Indício e presunção). Constitui indício a circunstância, o fato conhecido que serve de antecedente para descobrir outra circunstância ou fato desconhecido ou oculto.

Constitui presunção a inferência que, por via do raciocínio e da experiência, deduz o juiz do indício.

Entre indício e a presunção deve existir, necessariamente, relação de causalidade”.

Nos artigos 501 a 507 estão reguladas a comprovação, concordância, natureza e requisitos dos indícios, distinguindo-os das presunções.

Com relação à Europa, devemos fazer menção à legislação italiana. Foi na Itália que nasceram os primeiros estudos acerca das bases dogmáticas para a estruturação da prova indiciária. O CPP disciplina no artigo 192, II, que: *L' esistenza non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.*

Quanto à legislação civil, o artigo 2729 do Código Civil disciplina as presunções simples, como já analisado, dispondo que devem ser graves, precisas e concordantes.

### 3 PROVA INDICIÁRIA E VALORAÇÃO

#### 3.1 A valoração da prova pelo juiz e os sistemas de avaliação

A valoração das provas é uma atividade exclusiva do juiz<sup>358</sup> e, como tal, requer sempre uma notável penetração psicológica por parte do órgão julgador<sup>359</sup>. Com base na lógica do pensamento, pode ser considerada como o juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova<sup>360</sup>.

Adverte Russo que a valoração da prova pressupõe um conhecimento que não pode exaurir-se na mera reflexão subjetiva, mas deve concretizar-se na descrição objetiva da experiência para ser colhida em três momentos de identificação do fato: conduta, evento e nexos de causalidade na aceitação ontológica deles<sup>361</sup>.

Assim, percebe-se que a fase de valoração da prova é bastante complexa e de extrema importância no processo, abrangendo diversas etapas, das quais se destacam a percepção, a representação ou reconstrução e o raciocínio dedutivo, indutivo ou abduutivo. Primeiramente o juiz entra em contato com os fatos mediante a percepção ou observação, seja diretamente ou de modo indireto. Uma vez percebidos isoladamente os fatos através de seus meios de provas, é indispensável proceder à representação ou reconstrução histórica deles, não separadamente, mas em seu conjunto. Por fim, na terceira fase, exige-se o raciocínio. Cabe ressaltar que não se trata de fases separadas, mas interligadas<sup>362</sup>.

Nesse sentido também é a lição de Taruffo ao referir que o grau de aceitabilidade da prova se determina mediante uma série de pressupostos e

<sup>358</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p.287. Acerca do conceito de valoração de prova se faz interessante a leitura de Juan Pedro Aroca que, no capítulo XIII de sua obra *La prueba en el proceso civil*, diferencia apreciação de valoração de prova, atribuindo àquela um significado mais amplo por compreender duas operações (interpretação e valoração). (AROCA, *La prueba...*)

<sup>359</sup> RICCI, *Le prove...*, p. 105.

<sup>360</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 157.

<sup>361</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 63.

<sup>362</sup> DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, p. 290-292.

inferências realizadas pelo sujeito que utiliza a prova, sobre a base das quais estabelece o grau de credibilidade racional da proposição que constitui o elemento da prova<sup>363</sup>.

Não se pode confundir valoração da prova mediante livre convencimento do juiz com o juízo de admissibilidade de um meio probatório. São situações jurídicas distintas e que não raras vezes são empregadas como sinônimos. Correspondem a momentos diversos da apreciação da prova. O juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento. Somente após ser afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa à sua avaliação no plano da convicção judicial à luz do livre convencimento<sup>364</sup>. A distinção evita riscos de prejulgamento, com base em juízos apriorísticos de que a prova proposta não alcançará os resultados pretendidos.

A respeito da valoração da prova indiciária, muito se tem questionado a eficácia probatória dos indícios. Trata-se de problema concreto, não acadêmico e determinado pelo concurso de diversos fatores: a estrutura do procedimento lógico que conduz ao convencimento indiciário e a preocupação que a exasperação do princípio do livre convencimento do juiz, e uma ausência de qualquer regra elementar para a valorização dos indícios que possa exceder no arbítrio do juiz. Tal preocupação é plenamente justificada por Nevio Scapini<sup>365</sup>.

Deve-se atentar que a prova indiciária pode por si só dar convicção plena ao juiz sobre os fatos a serem provados ou contribuir para esse resultado em concordância com outras provas. Assim, por sua estrutura lógico-crítica, nada tem de prova menor ou imperfeita. Ela pode assumir, no caso concreto, alta significação, chegando, eventualmente, a ultrapassar as lides das probabilidades e levar à certeza<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 260.

<sup>364</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 21.

<sup>365</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 40.

<sup>366</sup> COELHO, *Prova...*, p. 13.

O indício não está sujeito a uma avaliação teórica apriorística, mas em concreto, de acordo com o elemento probatório adquirido pelo juízo. A força probatória de um indício, portanto, não depende de sua natureza intrínseca, mas de sua colocação no concreto silogismo judicial, estreitamente conexas a uma valoração probatória da circunstância que com o indício se identifica<sup>367</sup>.

Sendo os indícios testemunhos mudos dos eventos passados, deve-se agir com a máxima cautela, lembrando a pertinente admoestação de Bentham, que, ao referir-se aos indícios, recomendava “não fazê-los dizer o que não dizem”, tarefa árdua por ocasião do convencimento judicial na valoração dos fatos<sup>368</sup>.

Dito isto acerca da avaliação da prova, impende destacar que a doutrina aponta três sistemas de avaliação da prova, quais sejam: o sistema da prova legal, o sistema da livre apreciação da prova (ou da íntima convicção) e o sistema da persuasão racional, que adiante serão analisados.

Nesse quadro, faz-se necessária uma breve abordagem dos diferentes sistemas, inserindo-os no estudo da prova indiciária para posteriormente analisarmos como se procede a avaliação da prova indiciária no caso concreto.

### 3.1.1 Sistema da prova legal

Inicialmente, é preciso esclarecer que o primeiro sistema de valoração da prova foi aquele em que o juiz valorava de acordo com as disposições e regras estabelecidas pela doutrina, e não pela lei, lição esta bem diferenciada por Michele Taruffo<sup>369</sup>. O sistema da prova legal surgiu no século XIII com o objetivo de racionalizar a atividade de valoração da prova e eliminar as provas irracionais fundadas no princípio do juízo de Deus<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 9.

<sup>368</sup> COELHO, *Prova...*, p. 65.

<sup>369</sup> TARUFFO, *Il diritto...*, p. 106.

<sup>370</sup> Importante destacar que segundo ROSONI, *Quae singula...*, p. 11, a teoria da prova indiciária apenas tenha adquirido forma a partir do século XIII.

Com o surgimento das codificações, deu-se a alteração da natureza da prova legal: ela deixa de ser um fenômeno doutrinário e cultural e passa a ser um fenômeno normativo. As regras da valoração da prova passam a ser formuladas pelos legisladores. Fala-se em provas tarifadas. Pelo sistema da prova legal cada prova tem um valor inalterável e constante, previamente estabelecido em lei. Segundo conceito do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “contempla minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão *a priori* de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir o máximo a liberdade judicial”<sup>371</sup>.

Era típica do direito medieval, a exemplo do processo alemão, e trazia enraizada um forte sentimento de superstição mística. Quando o processo se fundava em bases religiosas, de caráter mágico ou sacerdotal, os indícios tinham um caráter supersticioso<sup>372</sup>. De base supersticiosa eram os ordálios ou juízes de Deus, que vicejaram especialmente entre os antigos germânicos, em que se contava com a resposta divina, realizando-se provas de destreza ou de força (duelos, prova *per pugnam*). Praticava-se o juramento, acreditando-se sinceramente ou não, que fossem métodos legítimos e adequados na busca da verdade<sup>373</sup>. O juiz nada avaliava; não podia valorar a prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso daquele que tivesse sido determinado em lei<sup>374</sup>. Apenas regularizava a realização das provas, de modo a garantir o acatamento do resultado respectivo. Um exemplo do sistema medieval, o qual foi extraído da obra de Ovídio Baptista era que o depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor do testemunho de um nobre, mas o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal, embora intimamente o juiz tivesse razões de sobra para crer que o nobre mentira e o servo dissesse a verdade<sup>375</sup>. Um fator importante para a

---

<sup>371</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p.156.

<sup>372</sup> PIERANGELLI, *Da prova...*, p. 286.

<sup>373</sup> POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p. 221. Também ver GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 10.

<sup>374</sup> Michele Taruffo refere se tratar de um sistema irracional, mais exatamente contra-razional porque exclui os critérios racionais de valoração da prova (TARUFFO, *La prueba...*, p.401). Igualmente Juan Montero Aroca aborda a irracionalidade dos ordálios (AROCA, *La Prueba...*, p. 549-550).

<sup>375</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. 2. ed., Poro Alegre: Fabris, 1991. v. 1, p.285.

manutenção do sistema da prova legal foi a influência do método escolástico de raciocinar através de deduções de princípios preestabelecidos, em detrimento da observação dos fatos. Buscava-se limitar o exercício da função judicial em razão da idéia preconcebida da imperfeição do homem e de sua natureza corrupta, bem como da desconfiança em relação aos embates políticos e econômicos daqueles tempos<sup>376</sup>.

Echandia destaca que a primeira brecha aberta no sistema da tarifa legal consistiu na admissão dos indícios como meio suficiente para considerar provados os fatos, quando não exigiam uma prova solene<sup>377</sup>. Todavia, o indício estava no mais baixo grau de prova e só valia quando associado a outras provas. A tortura era um meio de obter uma segunda prova quando houvesse um indício: era um meio de obter (ou forçar) a confissão de um suspeito<sup>378</sup>. Eram três as condições para que o indício fosse suficiente para a tortura: a primeira que fosse certo e provado (com testemunhas e com verificações materiais), a segunda que fosse próximo, conexo, atinente e a terceira que *probabiliter concludat*<sup>379</sup>.

Isabella Rosoni destaca que no sistema da prova legal não foi provavelmente possível trazer uma teoria legal que prevesse todos os graus da probabilidade que percorre a prova indiciária<sup>380</sup>, mas lembra que muitos indícios leves formam um indício grave, que dois indícios graves (também constituídos pela soma de alguns leves) compõem um indício violento e enfim que mais de dois indícios graves dão lugar a um indício indubitável<sup>381</sup>.

Em 1532 foi promulgada por Carlos V a *Lex Carolina*, obra de Hans Von Schwartzenberg, que exerceu grande influência na Europa, principalmente no estudo da prova indiciária, regulando-a e estabelecendo regras a serem seguidas

---

<sup>376</sup> Salienta Danilo Knijnik que o objetivo da doutrina medieval ao operar à base da prova tarifada fora o de banir a arbitrariedade do juiz, e ao mesmo tempo, garantir alguma dose de racionalidade do acerto fático (embora, na prática, isso não tenha ocorrido) (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001, p.30).

<sup>377</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 603.

<sup>378</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 104.

<sup>379</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 182.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 207

pelo juiz na sua apreciação. Foram regulamentadas diversas disposições acerca da prova indiciária nos artigos 18 a 44, mormente elencando as situações em que poderia ser embasada para fins de condenação<sup>382</sup>. Nevio Scapini assinala que na *Lex Carolina*, ao proibir que os indícios ainda que graves e plúrimos pudessem justificar uma sentença de condenação, atribuiu aos indícios na classificação da prova legal uma categoria de menor eficácia probatória<sup>383</sup>. Destaca Mittermaier que os preceitos da Carolina foram aplicados enquanto vigorou a tortura, sendo que, quando foi abandonada, "sentiu-se que a prova indicial era estorvada por grandes embaraços, e a todo o custo (por meio da pena extraordinária, por exemplo) se procurou libertá-la" <sup>384</sup>. Como bem ressalta Pierangelli, houve uma grande evolução doutrinária da prova indiciária no momento em que a tortura foi abolida<sup>385</sup>.

Atualmente, podemos encontrar resquícios deste formalismo, na tentativa de abreviar procedimentos e facilitar a função judicial. Como exemplo, cito os artigos 319 e 401 do CPC e os artigos 224 e 1543 do Código Civil, esses últimos que dispõem ser obrigatório o uso do vernáculo para a validade de documentos apresentados em juízo e a certidão do registro civil como prova do casamento.

Deve-se conceber tal sistema de forma crítica, pois está em conflito com o direito das partes à prova e à livre valoração delas.

### 3.1.2 Sistema do livre convencimento

O sistema da prova legal cedeu lugar ao da livre investigação por parte do órgão judicial, uma vez que foram se alterando as condições econômicas e culturais da sociedade europeia. Alguns fatores contribuíram para a mudança de tal

---

<sup>382</sup> Destaca Pierangelli que, por exemplo, o artigo 18 cuidava dos indícios que autorizava o juiz a proceder à apuração do fato. Nos artigos 20 e 22 estabelecia o princípio fundamental que os indícios, ainda que numerosos e fortes, não autorizavam nunca a condenação, mas possibilitavam a aplicação da tortura. No art. 25 estavam enumerados, separados em sete grupos, os vários indícios de caráter geral ou comum, enquanto os arts. 33 a 44 especificavam os indícios peculiares a cada delito (homicídio, infanticídio, furto, envenenamento, incêndio etc...). (PIERANGELLI, *Da prova...*, p. 287).

<sup>383</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 17-18.

<sup>384</sup> MITTERMAIER, *Tratado...*, p. 419.

<sup>385</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 287.

perspectiva e dentre eles o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em seu livro *Do formalismo no processo civil* aponta o surgimento do Iluminismo, a renovação do método científico, a superação do sistema feudal, bem como a restauração da idéia do Estado, com a unificação da jurisdição na qualidade de atributo da soberania<sup>386</sup>. Esse novo sistema se caracterizou pela idéia fundamental da oralidade com as suas conseqüências: concentração, imediação, imutabilidade do juiz, livre apreciação da prova. Após a Revolução Francesa, em 1806, foi editado o *Code de Procédure Civil* da França, marcado pelos princípios da oralidade, publicidade, soberania do juiz e agilidade das formas. Todavia, cumpre destacar que o sistema francês não chegou a implantar plenamente o princípio da livre apreciação da prova, o que somente ocorreu com a elaboração dos ordenamentos processuais civis da Alemanha e da Áustria, em vigor nos anos de 1879 e 1898, em que se introduziu a idéia fundamental da oralidade. Muito se tem defendido acerca de tal sistema. No entanto, Moacyr Amaral Santos destaca que não se tem conhecimento de que alguma legislação de povo civilizado o tenha adotado em sua pureza, com a concessão de ilimitada liberdade ao juiz no acolhimento e na apreciação da prova<sup>387</sup>.

Por esse sistema o juiz é livre e soberano para formar a sua convicção a respeito dos fatos da causa<sup>388</sup>. Não há qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, e nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas, sendo-lhe permitido valorar, “não só com base nos depoimentos ouvidos, mas também impressões pessoais, seja quando da inquirição das testemunhas e das partes, seja no comportamento processual dessas”<sup>389</sup>. Em suma, o juiz está liberado de qualquer obediência a regras legais prévias atinentes ao valor e à credibilidade dos meios de prova<sup>390</sup>. Todavia, houve reação a este sistema face o receio contra o arbítrio e abuso do órgão judicial. Como bem destaca Pedro Pozza, “é sistema de extrema insegurança e inimigo do Estado-de-direito, no qual o juiz pode, ainda, recorrer à sua ciência privada sobre os fatos da causa, ou seja, deles tomando conhecimento em vista de circunstâncias estranhas à lide, sem

<sup>386</sup> ALVARO OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 159.

<sup>387</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 1, p. 397.

<sup>388</sup> Como bem adverte Pedro Luiz Pozza, distinguem-se o sistema do livre (íntimo) convencimento e o *iudicium secundum conscientiam*, pois o primeiro diz respeito exclusivamente à valorização da prova colhida nos autos, segundo o procedimento legal, e o segundo é exatamente contrário ao *iudicium secundum alligata et probatio* (POZZA, *Sistemas...*, p. 227).

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>390</sup> BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 286.

limitação dos meios de prova, nem quaisquer restrições sobre a origem ou qualidade delas”<sup>391</sup>.

Em matéria de valoração da prova indiciária, deve-se ter presente o risco de que o livre convencimento se traduzisse em liberdade para o juiz estabelecer a relevância a seu bel-prazer, conforme aponta Nevio Scapini<sup>392</sup>.

A única hipótese de julgamento por íntima convicção existente no ordenamento jurídico brasileiro consiste nos processos de competência do Tribunal do Júri em que os jurados não precisam fundamentar sua decisão para condenar ou absolver, podendo fazê-lo segundo as convicções pessoais e íntimas. Nesse sentido é o juramento previsto no artigo 464 do CPP que assim preceitua: “Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”.

### 3.1.3 Sistema da persuasão racional

Surgiu como uma etapa posterior à do livre convencimento. Trata-se de um sistema misto, pois, embora admita a liberdade judicial na avaliação probatória, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas da experiência comum. A diferença básica em relação ao sistema do livre convencimento é que, no da persuasão racional, o órgão judicial tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos. Pela motivação se torna possível controlar o raciocínio do julgador na valoração das provas, pois a racionalidade de importante atividade está em não poder o juiz, ao analisar a prova, afastar-se das regras de experiência e da lógica<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> POZZA, Sistemas..., p. 231.

<sup>392</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 23.

<sup>393</sup> Adverte Pedro Luiz Pozza que o convencimento há de ser racional e não íntimo, porque necessariamente alcançado por intermédio de forças do intelecto, e não dos impulsos pessoais e porventura passionais do juiz que, assim, tem a obrigação de considerar as circunstâncias que comumente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou aptas a convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade, repudiando-se, assim, personalismos do julgador, cuja atuação está vinculada ao princípio da impessoalidade (POZZA, op. cit., p. 233).

É nesse contexto que Maria Thereza Rocha de Assis Moura, reportando-se a Gianturco, insere o grande avanço da importância da prova indiciária no Direito moderno. Afirma que, quando a livre valoração da prova pelo juiz se associou ao dever deste em justificar seu juízo, por meio da motivação da sentença, fez com que fosse elevada “à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual às demais provas”<sup>394</sup>.

Como ressalta Ovídio Baptista, “a opção legislativa por um ou outro sistema está diretamente vinculada à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, bem como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário”<sup>395</sup>. Este sistema pressupõe julgadores qualificados e conscientes de seu papel na sociedade. O dever de fundamentar a sentença é uma garantia contra o arbítrio que o sistema do livre convencimento poderia gerar. Este sistema foi adotado pelo Brasil como se verifica no artigo 93, IX, da CF/88 (garantia constitucional) e no CPC em seu artigo 131<sup>396</sup>. O artigo 5º da Lei 9099/95 (Juizados Especiais) faculta ao juiz dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Igualmente, no artigo 157 do CPP está previsto que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Segundo lição de Moacyr Amaral dos Santos, a convicção fica condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas na causa; c) a regras legais e a máximas de experiência e, por fim, d) deve ser motivada<sup>397</sup>. Como veremos adiante, de forma mais detalhada, esse sistema permite uma correta avaliação da prova indiciária.

---

<sup>394</sup> MOURA, *A prova...*, p. 21.

<sup>395</sup> BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, p. 288.

<sup>396</sup> Art. 131 do CPC de 1973: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Ressalta Moacyr Amaral Santos que a vigente legislação processual brasileira, especialmente no que concerne à apreciação das provas, sofreu significativa influência dos códigos alemão e italiano, que perfilharam o sistema da livre convicção, cuja liberdade não é absoluta, senão vinculada a certos limites. (SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 1. p. 416-420.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 34.

### 3.2 Teorias de valoração da prova indiciária

Na sua valoração, a prova indiciária deve permitir a reconstrução do fato, tal como se sucedeu.

A força probante dos indícios depende da maior ou menor conexão lógica que o juiz encontra entre aqueles e o fato desconhecido, que se investiga, com fundamento nas regras gerais da experiência ou nas técnicas, conforme o caso<sup>398</sup>.

No mesmo sentido, Danilo Knijnik assinala que é no grau da relação de inferência entre o fato conhecido e o desconhecido que repousa a força demonstrativa deste meio probatório. Quanto maior a chance de que o fato ignorado seja conseqüência do fato conhecido, maior a relevância probatória da presunção<sup>399</sup>.

Destaca Mittermaier que, na valoração da prova indiciária, deve-se inquirir com cuidado todos os fatos que influem na decisão a tomar, todos os que aumentam ou diminuem as probabilidades; depois de colhidos, compará-los com o fato que serve de base ao indício<sup>400</sup>. Adverte, porém, que os indícios baseados nas leis da personalidade humana são muito mais facilmente falazes dos que os que derivam dos fatos da natureza física. Por exemplo, as ameaças podem constituir indício de um fato a ser provado, mas é preciso averiguar se a palavra do ameaçador foi séria, se ele tem inimizade com a vítima ou se, ao contrário, não foi simplesmente o resultado de uma exaltação de cólera irrefletida. Também cumpre indagarmos se se trata de uma pessoa acostumada a ameaçar ou se o fez por mero impulso<sup>401</sup>.

Os indícios revelam à primeira vista uma relação possível entre dois fatos, mas é preciso pesquisar todas as hipóteses que, em um sentido contrário, completamente justifiquem essa relação<sup>402</sup>. E, nesse contexto, podemos afirmar que a força probante do indício está na razão direta da freqüência do fato indiciado e na

---

<sup>398</sup> MOURA, *A prova...*, p. 81.

<sup>399</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 49.

<sup>400</sup> MITTERMAIER, *Tratado ...*, p. 433.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 435.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 436.

razão inversa da multiplicidade e da frequência dos fatos contrários<sup>403</sup>. Assim, para se ter certeza da existência do fato ignorado, deve-se excluir cada outra alternativa verossímil e também aquela mais inusitada e improvável.

O fato indicador (conhecido) é aquele que serve como base para se obter o fato desconhecido e como tal deve atender a determinados requisitos para que nele se possa embasar o convencimento judicial.

No entanto, antes de fazer tal análise, é importante destacar que, apesar de o fato ser o objeto da prova, os fatos materiais existem ou não existem, e que os seus enunciados fáticos é que podem ser verdadeiros, se se referirem a fatos materiais sucedidos, ou falsos, se afirmarem fatos materiais não sucedidos, de modo que "a verdade do fato" é unicamente uma fórmula elíptica para se referir a verdade do enunciado que tem por objeto um fato<sup>404</sup>. Outrossim, é preciso verificar se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a decisão. O fato indiciário é pertinente quando ele tem relação direta com o fato essencial, e será relevante<sup>405</sup> quando, uma vez demonstrado, for efetivamente capaz de demonstrar o fato essencial e assim influir na decisão judicial.

Não se pode esquecer que a força probatória de qualquer indício deve ser avaliada em concreto. É a consideração das circunstâncias particulares em que se concretiza o indício que determina o valor probatório efetivo de todo indício<sup>406</sup>. De acordo com Lopez Moreno, a prova indiciária se resolve no cálculo das probabilidades; "todo indício produz tanto maior convicção quanto maior número exclui de explicações diferentes do fato. No concurso das probabilidades a favor, somam-se as homogêneas, isto é conducentes ao mesmo resultado, enquanto que as contrárias, por heterogêneas e conducentes a fatos diferentes, se não podem somar. Daí que cada novo indício que concorre aumenta em extremo o grau de

---

<sup>403</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 219. Igualmente, DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 651.

<sup>404</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 117.

<sup>405</sup> Acerca do conceito de relevância ver obra de TARUFFO, *Studi...* Afirma Taruffo que a definição de relevância quando concerne às provas referentes aos fatos secundários pode assim ser formulada: a prova é relevante quando o seu objeto pode constituir a premissa de uma inferência cuja conclusão se refere à existência de um fato principal contestado (*Ibid.*, p. 56-57).

<sup>406</sup> Como bem adverte Nevio Scapini, um meio de prova fornece certeza ou simples probabilidade não enquanto abstratamente classificado entre prova representativa ou entre os indícios, mas pela valoração que, na sua livre apreciação, faz o juiz (SCAPINI, *La prova...*, p. 9).

certeza, podendo ser tal o número que conduz, quando não à evidência, pelo menos a uma convicção tal que permita obrar sem receio de engano" <sup>407</sup>. Todavia, adverte Dellepiane que, no balanço de probabilidades, não chega à certeza pura e simples, dado que nunca se acha rigorosamente eliminada a hipótese do azar, podendo-se apenas afirmar que a presença deste se improbabiliza, à medida que aumenta o número dos indícios e, principalmente, o valor destes <sup>408</sup>.

Assim, para a avaliação em concreto faz-se necessário analisarmos os três métodos (ou teorias) de apreciação dos indícios, quais sejam: tradicional, eclética e da múltipla conformidade <sup>409</sup>, as quais serão abordadas a seguir.

Cabe destacar que é no direito processual italiano que foram assentadas as bases dogmáticas desta categoria, partindo-se do entendimento presente nos artigos 192, inciso II, do Código de Processo Penal italiano e artigo 2729 do Código Civil italiano <sup>410</sup>, os quais dispõem que, para serem utilizadas pelo julgador, devem ser graves, precisas e concordantes.

### 3.2.1 Teoria tradicional

Cada indício deverá reunir, em si, as três características: precisão, gravidade e convergência. É a teoria "mais garantista" <sup>411</sup>.

A gravidade diz respeito ao acontecimento do qual deve ser verificada a existência. São graves os indícios que possuem a efetiva potencialidade para concretizarem-se naquele elemento probatório que constitui e determina a

<sup>407</sup> LOPEZ MORENO apud DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 74.

<sup>408</sup> *Ibid*, p. 79.

<sup>409</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...*, p. 50.

<sup>410</sup> Art 192, co 2, cpp – *Le esistenza non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.*

Art 2729 do cc- *Presunzioni semplici - Le presunzioni non stabilite dalla lega sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude da prova per testimoni.*

<sup>411</sup> TONINI, *A prova...*, p. 59.

demonstração da verdade do fato a provar<sup>412</sup>. O indício é grave quando é capaz de resistir a uma interpretação alternativa<sup>413</sup>. Adverte Russo, que quando estamos diante de indícios suscetíveis de interpretação alternativa, é necessário individualizar a causa que é o único elemento com grau de constituir o momento de coesão dos vários indícios<sup>414</sup>.

Para Jairo Quijano o indício é grave quando, entre o fato demonstrado plenamente (indício) e o fato a provar, existe uma relação lógica imediata. Por relação lógica entende que não pode ser fruto da imaginação, nem da arbitrariedade. Deve ter um fundamento real, objetivo, independente do sujeito que o pensa. Exemplo de indício grave é encontrar objetos furtados em poder de determinada pessoa, pois implica uma relação provável de autoria<sup>415</sup>. Quijano ainda adverte que não há um critério matemático para apurarmos quando estamos diante de um indício grave, pois tem que ser analisada a relação entre os fatos<sup>416</sup>.

A precisão significa que o indício não deve ser equívoco ou vago, ou seja, deve consentir a demonstração de um só acontecimento e não justificar uma multiplicidade de fatos diversos entre eles. Portanto, a precisão significa que o fato conhecido deve ser indiscutível e certo, contrapondo-se ao indício genérico, pois não é concebido deduzir um fato ignorado de um fato hipotético.

Nevio Scapini adverte que há precisão quando a regra de experiência utilizada é segura, válida e logicamente inserida no silogismo indiciário de modo a elidir dúvidas e perigosas aproximações<sup>417</sup>.

---

<sup>412</sup> BATTAGLIO, *Indizio...*, p. 379.

<sup>413</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 148. Em outra passagem de sua obra refere que indícios graves em tema de medida cautelar são entendidos como aqueles que quase completamente excluem - ao menos no estado de evidência - as possibilidades contrárias a uma eventual afirmação da responsabilidade penal. Mario Conte acrescenta que a gravidade está relacionada com a probabilidade de existência do fato a provar e, portanto, à tipologia da máxima de experiência a aplicar (CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 17).

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>415</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 41-42.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>417</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 130.

Podemos afirmar, com base na lição de Moacyr Amaral Santos, que a gravidade diz respeito à intensidade e a precisão à extensão<sup>418</sup>.

Pela concordância se entende que os indícios devem necessariamente confluírem sobre um mesmo fato a provar. Esse requisito pressupõe a existência de uma multiplicidade de elementos de natureza indiciária que devem dirigir-se a um único resultado. Exprime a possibilidade de extrair, dos elementos de prova considerados, argumentações probatórias acumuladas da unitariedade das conclusões induzidas<sup>419</sup>. Não devem existir elementos contrastantes e, se permanecem, deve ser excluída qualquer conclusão deles decorrente<sup>420</sup>.

Vicenzo Russo assinala que o juízo de concordância é um juízo relativo ao alcance significativo de cada único conhecimento na mesma direção de cada outro indício disponível na reconstrução de um determinado evento histórico<sup>421</sup>.

Quando se fala em concordância dos indícios não implica necessariamente que deve haver uma pluralidade de indícios, pois não se exclui a possibilidade de “um só e isolado indício que seja provido do requisito da necessariedade” seja suficiente para embasar o convencimento judicial<sup>422</sup>. Igualmente, Carnelutti ressalta que não se exclui que se possa servir de um único indício, mas em geral a utilidade da prova indiciária está em razão de seu concurso e até de seu cúmulo<sup>423</sup>. A possibilidade de um único indício poder ser suficiente para embasar o convencimento judicial será abordada no item 3.5 deste trabalho.

Cumprido, nesse momento, fazermos distinção entre concordância de indícios e convergência. A concordância diz respeito “ao corrente relacionamento dos indícios entre si, isto é, ao acordo dos fatos, passíveis de coexistir, no tempo e no espaço, estabelecidas as relações lógicas que os entrelaçam”<sup>424</sup>. Já a convergência não está nos indícios, mas “nas inferências ou conclusões lógicas que deles se vai extrair,

---

<sup>418</sup> SANTOS, *Prova judiciária...*, v. 5, p. 445.

<sup>419</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 30.

<sup>420</sup> TONINI, *A prova...*, p. 59.

<sup>421</sup> RUSSO, op. cit., p. 33.

<sup>422</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 119.

<sup>423</sup> CARNELUTTI, *Lecciones...*, p. 324.

<sup>424</sup> COELHO, *Prova...*, p. 67.

apontando nessa ou naquela direção”<sup>425</sup>. Indica, pois, que os indícios devem conduzir à mesma conclusão. Concordância e convergência de indícios são conceitos diversos: o primeiro refere-se aos indícios, os fatos indicadores; o segundo, às deduções ou inferências indiciárias<sup>426</sup>. Sobre a concordância entre os indícios, refere Dellepiane que devem “obedecer às leis das três unidades: de tempo, de lugar e de ação; de sorte que cada indício, tal qual os episódios de uma tragédia, estará obrigado, ao combinar-se com os outros, a tomar o lugar que lhe corresponde no tempo e no espaço, e todos coordenarem-se entre si, cada um segundo seu caráter ou natureza, segundo as relações de causa e efeito, de meio e fim, de coexistência, etc., que os vinculam, e em conformidade com as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, nos termos da fórmula de Montesquieu”<sup>427</sup>.

Resumidamente, graves são os indícios consistentes, isto é, resistentes a objeções e portanto atendíveis e convincentes; precisos são aqueles não genéricos e não suscetíveis de diversa interpretação e tanto quanto mais verossímeis, e por isso não equívocos; concordantes são aqueles que não contrastam entre eles e mais ainda com outros dados ou elementos certos<sup>428</sup>. Ainda, como bem destaca Vincenzo Russo, os requisitos não possuem o mesmo valor, pois, enquanto a gravidade e a precisão constituem as características próprias do indício, a concordância representa antes um critério de valoração dos conhecimentos oferecidos pelos elementos de prova<sup>429</sup>.

Embora a lei processual italiana não tenha previsto o requisito da certeza, entende o doutrinador italiano Vincenzo Russo que o mesmo está ínsito na disposição legal, pois não seria admissível fundar a prova crítica (indireta) sobre um fato verossimilmente ocorrido ou suposto<sup>430</sup>. Sem a certeza não se poderia considerar

<sup>425</sup> COELHO, *Prova...*, p.67.

<sup>426</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 99.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 99-100.

<sup>428</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 180.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 30. Igualmente, Sergio Ramajoli refere que, enquanto a gravidade e precisão são intrínsecos, no sentido que devem ser possuídos pela circunstância conhecida, a concordância é extrínseca enquanto constitui um critério de valoração, consistente na convergência dos indícios em torno de um único resultado, isto é, o fato ignorado a provar. RAMAJOLI, Sergio. *La prova nel processo penale*. Padova: Cedam, 1995, p. 30. Nesse sentido também refere SCAPINI, *La prova...*, p. 133.

<sup>430</sup> RUSSO, *op. cit.*, p. 185. Igualmente, GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 153.

um indício próprio, mas apenas uma simples hipótese. No entanto, adverte Nevio Scapini que certeza e precisão são conceitos diversos; a certeza é requisito imprescindível do fato posto como premissa do procedimento inferencial<sup>431</sup>.

Analisados um por um os requisitos que deve conter a circunstância indiciante para ser valorada como indício, assinala Danilo Knijnik que a teoria tradicional requer que cada indício seja analisado isoladamente, sendo que cada um deles tem que ser preciso, grave e concordante (com o fato probando)<sup>432</sup>.

Parte da jurisprudência italiana, segundo destaca Vincenzo Russo, aponta uma valorização unitária dos indícios para verificar sua confluência em torno de uma univocidade indicativa que dê a certeza lógica da existência do fato a provar, sendo que tal operação pressupõe a prévia valoração de cada um singularmente, onde experimente a valoração qualitativa individual<sup>433</sup>. Ou seja, preconiza a valorização dos indícios na ótica da teoria tradicional.

### 3.2.2 Teoria eclética

Nessa teoria a valoração dos indícios se dá em dois momentos distintos: primeiro, analisa-se o indício isoladamente; depois, o conjunto deles. Como exemplifica Danilo Knijnik, em um primeiro momento deve-se valorar, isoladamente, cada um dos indícios em termos de precisão e gravidade. Somente após esse juízo inicial passa-se à valoração em termos de concordância, de tal modo a restringir o campo das múltiplas probabilidades a uma única certeza<sup>434</sup>.

Exclui-se a possibilidade de formação do juízo de fato baseado em apenas um indício, mesmo que grave e preciso, por ser necessária uma pluralidade de indícios para realizar o juízo de concordância<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 133.

<sup>432</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 51.

<sup>433</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 178.

<sup>434</sup> KNIJNIK, *op. cit.*, p.51.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p.51.

Essa teoria é adotada por um segmento da jurisprudência italiana, podendo ser destacado o seguinte aresto da corte de cassação penal italiana<sup>436</sup>:

Em tema de valoração da prova indiciária o juiz deve proceder, em primeiro lugar, ao exame analítico de cada um dos requisitos, qualificando os conotativos individuais de precisão e gravidade, e depois na síntese final, ligando-os todos a uma só hipótese de fato e colocando-os harmonicamente em um único contexto, do qual pode inferir logicamente, sobre base de regra de experiência consolidada e confiável, a existência do fato incerto, provado segundo o esquema do silogismo judiciário (Cass. pen. sez. I,2 fevereiro 1996, n. 2226, Monaro; Cass. Pen. 1997, 3499 (s.m.).

Destaca Danilo Knijnik que a evolução da teoria tradicional para a teoria eclética representa um movimento que se convencionou chamar de “relativização histórica do juízo da gravidade dos indícios”, pelo qual “os indícios são constituídos por circunstâncias, vinculadas ou vinculáveis a um determinado fato, cuja característica normal é que, valoradas isoladamente, possam ter explicações diversas daquelas inerentes ao fato a ser demonstrado, mas, valoradas globalmente, segundo critérios de lógica comum, tornam-se idôneas a constituir aquela ‘relevante probabilidade’ da subsistência do fato”<sup>437</sup>.

### 3.2.3 Teoria da múltipla conformidade

A prova indiciária deve emergir da valoração global, unitária, dos indícios: devem ser graves, precisos e concordantes, mas sempre no seu conjunto, não isoladamente. É a teoria da convergência dos múltiplos: “o que vale é apenas o resultado final da operação de co-valorização dos indícios. Portanto, um indício não-grave, ou não-preciso, tem valor, apenas, se é capaz de, junto com os demais que o integrem e o completem, levar a um juízo de certeza”<sup>438</sup>.

<sup>436</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 28.

<sup>437</sup> BEVERE, Antonio. *Coercizione personale; limite e garanzie*. Milano: Giuffrè, 1998 apud KNIJNIK, *A prova...*, p. 52.

<sup>438</sup> BEVERE, Antonio. *Coercizione personale; limite e garanzie*. Milano: Giuffrè, 1998 apud Ibid., p.52. Igualmente, destaca Vincenzo Russo que presente a concordância dos indícios é possível remediar a falta dos requisitos da precisão e gravidade (RUSSO, op. cit., p. 38).

Analisadas as três teorias de avaliação da prova indiciária preconizadas pela doutrina italiana, cumpre definirmos a que melhor se adequa ao ordenamento processual civil vigente em nosso país, o que será abordado no item seguinte.

### 3.3 Valoração da prova indiciária e modelos de constatação

É certo que o módulo de prova que se há de exigir para condenar o acusado no processo penal não pode ser o mesmo no caso de uma pessoa que postula indenização cível com fundamento, por exemplo, em erro médico. O grau de prova a ser exigido para a comprovação de um fato vai depender do direito material subjacente e dos valores consagrados pelo ordenamento, de modo que em algumas hipóteses deve-se reduzir o módulo da prova, dando lugar ao surgimento de diferentes modelos de constatação<sup>439</sup>. Não é outro o entendimento de Salvatore Patti ao referir que a atividade do juiz conhece antes de tudo duas fases: a) o juiz deve estabelecer quais são os graus de prova suficiente para decidir e b) o juiz deve, portanto, atribuir um certo grau às provas fornecidas pelas partes: o valor das provas não é predeterminado pelo legislador<sup>440</sup>.

Destaca Danilo Knijnik que se impõe definir como questão de direito antecedente qual modelo de constatação será empregado no processo de formação do juízo de fato, pois a adoção de um ou outro critério tem decisiva influência prática no resultado concreto da decisão e, portanto, é matéria que interessa às partes e ao julgador<sup>441</sup>.

Para o citado autor, os modelos têm como função principal permitir o controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos, sendo que afirma que “o emprego dos modelos de constatação ou *standards* permite que se traga ao debate,

---

<sup>439</sup> Danilo Knijnik, reportando-se à lição de Jordi Ferrer Beltrán, destaca que os modelos de constatação permitem dispor de uma teoria que nos diga quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório (KNIJNIK, *A prova...*, p. 34).

<sup>440</sup> PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista de Diritto Processuale*, v. 40, p. 481-519, 1985, p. 502.

<sup>441</sup> KNIJNIK, op. cit., p. 32.

regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p.ex. o optar o juiz por um indício ou outro, ou entender subjetivamente insuficiente a prova produzida, ou pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.) que, até então, não possuíam um código comum, e de certo modo, ficavam à margem de uma decisão crítica<sup>442</sup>. Ou seja, possuem a função de controlar o convencimento judicial, possibilitando um contraditório efetivo.

Ao se conceber a decisão judicial como a conclusão de um silogismo prático, sua justificação deve ser capaz não apenas de apontar a correção da operação lógica que conduz das premissas à conclusão (justificação interna), mas também de expressar a correção das premissas utilizadas (justificação externa). A decisão estará externamente justificada quando suas premissas são qualificadas como boas segundo os *standards* utilizados por aqueles que fazem a qualificação<sup>443</sup>.

Na doutrina brasileira pouco se tem dado ênfase ao estudo dos modelos de constatação aplicáveis no processo civil, a não ser no direito penal em que vigora o postulado que a condenação exige certeza absoluta e em caso de dúvida presume-se a inocência do réu (artigo 5º, inciso LVII, da CF/88).

Sintetiza Danilo Knijnik em quatro o número dos modelos de constatação, assim os classificando: a) preponderância de provas que vigora no processo civil; b) prova clara e convincente no processo civil especial; c) prova acima da dúvida razoável no processo penal e d) prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência, aplicável no processo penal indiciário<sup>444</sup>.

Desta forma, conforme for o modelo de constatação aplicado ao caso concreto, exige-se um grau de aferição da prova diferenciado para que seja provada a existência ou inexistência de um determinado fato.

No estudo da doutrina alemã, Gerhard Walter, em sua obra *Libre apreciación de la prueba*, discorre sobre a redução do módulo da prova, a qual descaracteriza o

---

<sup>442</sup> KNIJNIK, Os *standards*..., p. 29.

<sup>443</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*..., p. 193.

<sup>444</sup> KNIJNIK, *A prova*..., p. 43.

grau unitário de cognição. Ensina que a redução do módulo de prova abrange as situações em que o juiz tem de se satisfazer com a "prova possível", ou seja, a única que pode ser apresentada no processo. Marinoni e Arenhart apontam que o grau de cognição unitário que normalmente é exigido, nas situações em que a prova é farta e evidente, não é cabível quando existe apenas a verossimilhança e a possibilidade de presunção<sup>445</sup>. Como ressalta Gerhard Walter, a verdade não pode ser tida como o único módulo de prova<sup>446</sup>.

É inegável que a redução do módulo da prova permite ao julgador lidar com as situações em que as provas são escassas ou difíceis de serem colhidas, seja por questões de ordem subjetiva ou até mesmo práticas. Em conseqüência, reduzem-se os requisitos da prova a serem exigidos para a apuração dos fatos.

Essa técnica pode ser utilizada tanto nas medidas de urgência (tutela antecipatória e cautelar)<sup>447</sup>, como na tutela final.

Daisson Flach, em sua dissertação de mestrado intitulada *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*, afirma que, quando a lei processual utiliza a expressão verossimilhança e outras que lhe são análogas, "está estabelecendo um *standard*, um modelo de constatação que determina um determinado módulo cognitivo, um parâmetro auxiliar da atividade decisória que tem relação com as exigências probatórias para a emissão de provimentos liminares em um determinado contexto formado pelas peculiaridades do caso concreto e a natureza do direito material posto em causa"<sup>448</sup>.

---

<sup>445</sup> MARINONI; ARENHART apud NICOLAU, Alessandro F. As presunções judiciais e as regras de experiência. *Revista Genesis*, Curitiba, n. 28, abr./jun. 2003, p. 420.

<sup>446</sup> WALTER, *Libre...*, p.177. Também ressalta que as reduções lícitas do módulo da prova são exceções ao princípio de que a prova de um fato tem que basear-se na convicção plena. Só quando o direito material o exige, será lícito derogar esta norma processual que, em princípio, pretende validade geral. Visto aí, a relação entre regra e exceção é precisamente o contrário do que alguns autores *verossimilitas* supõem (Ibid., p.259).

<sup>447</sup> Acerca das tutelas de urgência, ver o artigo ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 70, p. 214-239, jul. 1997, o qual com bastante profundidade aborda o assunto, traçando um paralelo entre os tipos de tutela de urgência. Também cita-se BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>448</sup> FLACH, *A verossimilhança...*, p. 96.

A prova obtida por presunção simples, segundo Gerhard Walter, é uma forma de redução do módulo da prova, pois, por meio de tal operação mental, o juiz pode auferir a existência do fato a ser provado. Por via do raciocínio, o juiz tem como ponto de partida o fato indiciário, que permitirá que se conclua a existência ou a inexistência do fato. No entanto, o referido doutrinador alemão, com base em Musielak, adverte que na presunção simples o módulo da prova se reduz a uma preponderância de verossimilitude, ou seja, exige-se um módulo de prova “sensivelmente menor”, sob pena de restringir-se a tutela jurídica<sup>449</sup>. Em outra passagem de sua obra, Gerhard elenca diferentes situações de direito material que permitem a redução do módulo da prova, citando: enfermidades profissionais, acidentes do trabalho, lesões pré-natais, casos de refugiados e vítimas do nazismo, casos de seguro e de responsabilidade objetiva<sup>450</sup>.

Do exposto, podemos constatar que, em se tratando de avaliação de prova indiciária, faz-se necessário, na maioria das vezes, reduzir o módulo da prova, em face da estrutura da prova indiciária e suas limitações. Apesar de o indício fundar-se em um fato certo, conhecido e provado, pressupõe um raciocínio lógico para fazer a ligação do fato conhecido com o ignorado, o que muitas vezes demanda o exame com base na verossimilitude dos fatos alegados. Deve-se atentar que o exame é procedido com extrema cautela e prudência, pois justamente apresenta uma maior chance de erro.

Se formos adotar um modelo de constatação nos moldes daquele proposto por Danilo Knijnik, a prova indiciária, por apresentar hierarquia igualitária aos demais meios de prova, deve ser valorada no processo civil segundo uma preponderância de provas, mas atendendo-se às peculiaridades que lhe são inerentes. Ou seja, primeiramente cumpre analisar se o indício sobre o qual se pretende fundamentar o juízo fático apresenta os atributos de gravidade, precisão e concordância analisados no item anterior, exame valorativo que deve ser feito em consonância com a teoria da múltipla conformidade. Somente a *posteriori* é que o indício será considerado como fonte de prova apta a embasar o convencimento judicial.

---

<sup>449</sup> WALTER, *Libre...*, p. 230.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p.240-258.

Em se tratando de processo civil, aplica-se a teoria da múltipla conformidade. O juiz está apto a proceder a uma avaliação da prova indiciária denominada “conglobante: mesmo que falte o requisito da gravidade para cada peça indiciária, o julgador poderá supri-la mediante a combinação de todos os elementos disponíveis, desde que concordantes entre si e conducentes à certeza exigida segundo o modelo de constatação aplicável (preponderância de provas ou prova clara e convincente)”<sup>451</sup>. Analisando-se a jurisprudência pátria, encontram-se inúmeros arestos nos quais a prova indiciária foi cotejada com os demais elementos dos autos e considerada apta a provar a existência do fato, sendo destacado ilustrativamente:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. LESÕES CORPORAIS. VÍTIMA GRÁVIDA. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE CONFORTA A AUTORIA DO FATO IMPUTADO NA INICIAL. DANO MORAL CARACTERIZADO. Caso concreto em que o contexto probatório dos autos, consistente em diversos indícios que se harmonizam a confirmar a versão da inicial, aponta no sentido de que a autora foi agredida com uma faca em seu período de gestação, situação suficiente para causar dano moral. Valor da condenação que se mantém por falta de impugnação específica nas razões recursais. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.<sup>452</sup>

Diferentemente, adverte Danilo Knijnik que a teoria da múltipla conformidade não pode ser aplicada no processo penal brasileiro, pois o modelo de constatação aplicável é o da prova incompatível com qualquer hipótese de inocência, devendo prevalecer a teoria eclética que afasta a condenação com base em um só indício<sup>453</sup>. Assim, no processo penal deve o juiz perquirir se não há nenhuma prova razoável em contrário. Se houver, impõe-se a absolvição do réu, face o princípio *in dubio pro reo*. Nesse contexto, cabe destacar que no processo penal o entendimento majoritário é que a prova indiciária, se não amparada pelas demais provas judicializadas, não é suficiente para embasar o decreto condenatório<sup>454</sup>. No entanto, também se tem admitido a prova indiciária para servir de base a convicção quando a

<sup>451</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 56.

<sup>452</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. Apelação Cível N.º 70019668862. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 19 set. 2007.

<sup>453</sup> KNIJNIK, *op. cit.*, p. 55.

<sup>454</sup> Ilustrativamente, citam-se os seguintes arestos: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Criminal. Apelação Crime n.º 70012227641. Relatora: Desa. Genacéia da Silva Alberton, julgado em: 14 jun. 2006, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Criminal. Apelação Crime n.º 70016057705. Relator: Des. Roque Miguel Fank. Julgado em: 27 jun. 2007.

prova não puder ser obtida por outro meio, em face das circunstâncias que norteiam o delito, podendo ser citados os seguintes arestos<sup>455</sup>:

A lei processual penal abriga a prova indiciária (art. 239 do CPP). Sua aceitação como meio de prova harmoniza-se com o princípio do livre convencimento do juiz. Embora, para certos autores, a prova indiciária seja incompatível com a exigibilidade de certeza da sentença condenatória, se delas não usarmos, grassará, muitas vezes, a impunidade. O que se torna indispensável é ter-se uma cautela maior sempre fundada no conhecimento e prudente critério que é dado ao julgador (RT 718/394).

Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios e presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do Juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-se à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral.<sup>456</sup>

Prova indiciária. Valor. A jurisprudência tem aceito a condenação de réus, quando a prova indiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado. Às vezes uma sucessão de pequenos indícios coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação. E o que ocorre no caso em tela, onde, além das confissões extrajudiciais, mas detalhadas, dos acusados, os indícios de suas participações são tantos que não se duvida de suas responsabilidades pelos furtos denunciados. Condenação mantida. (Apelação Crime n.º 297039794, Câmara de Férias Criminal, Tribunal de Alçada do RS, relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 21/01/1998).

Feita esta abordagem acerca do processo criminal, diferente é a visão do processo civil, pois, como vimos anteriormente, em se tratando de prova indiciária, deve estar presente o modelo da preponderância de provas ou prova clara e convincente, esta última exigida no processo civil especial.

---

<sup>455</sup> Também podem ser citados os seguintes arestos: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Criminal. Apelação Crime n.º 70008181091. Relator: Des. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite. julgado em: 24 ago. 2005, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Criminal. Apelação Crime n.º 70002927788. Relator: Des. José Eugênio Tedesco. julgado em: 30 ago. 2001, Embargos Infringentes n.º. 70019131267 do 4º Grupo Criminal. Relatora: Desa. Naele Ochoa Piazzeta. julgado em: 25 maio 2007.

<sup>456</sup> RJDTACRIM 5/169.

Quanto à presença dos requisitos de gravidade, precisão e concordância, Vincenzo Russo aventa também a possibilidade de utilizarmos o indício ainda que concordante com outros elementos de prova, quando não sejam graves ou precisos, em razão do conteúdo preceptivo e elástico da norma, ou seja, suscetível de ser ampliado em relação às particulares condições de aplicabilidade da regra que se põe. Não sendo grave, o indício pode ser utilizado quando concordante com os outros meios de prova, pois assume relevância somente quando resulta pertinente em relação ao fato a demonstrar<sup>457</sup>. Já quando o indício é grave e convergente com a conclusão argumentativa oferecida pelos outros elementos de prova, mas não é preciso, podendo, em abstrato, referir-se a fatos diversos do qual constitui objeto da prova, também pode ser suficiente para fundar a existência do fato. Isto, pois o indício, não obstante a equivocidade da preposição de fatos diversos, converge com outros elementos em direção à demonstração de um fato único, se realiza em consequência de tal concordância um efeito importante: ou seja, a eliminação de tal intrínseca equivocidade, já que entre as diversas inferências consentidas do elemento indiciante, singularmente considerado, é aquisitivo aos atos, a cuja convergência em direção a um único resultado consente de anular todas as outras diversas inferências<sup>458</sup>.

Dito isto, no processo civil, diante do modelo de constatação da preponderância das provas e considerando a teoria da múltipla conformidade, o juiz, ao fundar o seu convencimento na prova indiciária, deve ter presente que a valoração deve ser feita de forma muito cuidadosa e que o raciocínio conclusivo conduzirá a maior ou menor certeza conforme forem os atributos do fato indiciante levado ao exame (gravidade, precisão e concordância).

---

<sup>457</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 37.

<sup>458</sup> *Ibid.*, p.38.

### 3.4 Prova indiciária e sistema da persuasão racional

Como assinalado no item 3.1, após breve análise dos três sistemas de valoração de prova, vige no processo civil brasileiro o sistema da persuasão racional.

Neste sistema, como se insiste, não há hierarquia de provas, mas sim visão global de todo o contexto probatório que, de forma racional, dará suporte à fundamentação do *decisum*, com a prevalência desta ou daquela prova. Somente após um exame crítico e racional do conjunto probatório é que se poderá estabelecer a prevalência de uma prova sobre a outra, nada impedindo que a prova indiciária se sobreponha à prova testemunhal ou qualquer outra de natureza diversa e vice-versa.

Vicenzo Russo, com a habitual clareza, lembra-nos que, em função do princípio do livre convencimento, chegou-se a afirmar que qualquer elemento resultante significativo aos fins do accertamento fato-crime poderia ser utilizado, e, em alguns casos isolados, isto se verificou mesmo diante de elementos colhidos de forma contrária ao rito estabelecido em lei ou até mesmo inadmissíveis<sup>459</sup>. Assim, a liberdade de convencimento não significa apenas liberdade de valoração, mas também de accertamento. Todavia, ressalta que a fase aquisitiva é disciplinada por princípios e normas específicas, em primeiro lugar pelo princípio dispositivo em força do qual espera as partes requererem a admissão da prova, salvo nos casos em que a lei consente na admissão de ofício<sup>460</sup>.

Quando se fala de prova indiciária, não se pode pensar que exista uma regra segura, válida para toda a casuística indiciária. Assim, há uma grande margem nos critérios de avaliação da prova indiciária, sendo tarefa difícil estabelecermos critérios valorativos precisos.

---

<sup>459</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 153.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 154.

Para Walter Coelho, por exemplo, na apreciação valorativa de um indício, faz-se necessário:

- 1- “verificar se o indício é necessário, isto é, manifesto, levando à certeza, ou é um indício contingente, que conduz à probabilidade;
- 2- avaliar se foi correta a prévia indução que levou à generalidade da premissa maior, indução essa que pressupõe critérios de observação de similaridade dos dados coligidos;
- 3- examinar, com especial atenção a prudência, a circunstância indiciante contida na premissa menor, estabelecendo sua natureza (indício sem sentido estrito ou lato), bem como o seu conteúdo de maior ou menor probabilidade de conduzir ao fato probando, caso se trata de indício contingente;
- 4- apreciar, finalmente, se a conclusão é racionalmente válida e admissível, não falseando os ditames da lógica formal<sup>461</sup>.

Em que pese a legislação processual pátria não disponha acerca da estrutura e dos requisitos que deve ter a prova indiciária para ser considerada como elemento da convicção judicial, tem-se que se mostram adequados os critérios da gravidade, precisão e concordância previstos na legislação processual penal e civil italiana. Refere Vincenzo Russo que se não for observada a regra prevista no artigo 192 do CPP italiano, resultaria que os elementos do tipo indiciário não seriam regularmente adquiridos de modo que falsearia em cada caso a certeza do procedimento valorativo<sup>462</sup>. Nesse contexto, o mesmo doutrinador afirma que o inciso II do artigo 192 do CPP italiano constitui exceção ao princípio do livre convencimento do juiz, pois prescreve uma regra de juízo concernente à valoração da prova indiciária, a qual se torna idônea a provar o fato objeto do accertamento quando possua os requisitos normativamente prescritos da gravidade, precisão e concordância<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> COELHO, *Prova...*, p. 62.

<sup>462</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 165.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 166.

Adverte Nevio Scapini que os indícios de que se faz referência no CPP (art. 192, II) não podem identificar-se com os requisitos previstos na presunção judicial a que alude o artigo 2729 do Código Civil italiano, pois a certeza do fato conhecido, do qual se remonta ao fato ignorado deve resultar judicialmente alcançada dentre os devidos meios de prova<sup>464</sup>, de modo que as circunstâncias que no processo civil são idôneas a fundar a presunção simples nem sempre, no processo penal, podem ser consideradas indícios (ex. a contumácia, a recusa de responder em sede de interrogatório formal etc.)<sup>465</sup>.

O doutrinador italiano Giovanni Verde também aponta outra ressalva em relação à prova dos indícios, pois entende que não podem ser utilizados nos casos em que o legislador exclui a prova testemunhal<sup>466</sup>. Tal regra de exclusão deve ser analisada de forma crítica. Ao que tudo indica o citado doutrinador assim entende, pois preceitua o artigo 2729 do Código Civil italiano que as presunções simples não podem ser admitidas nos casos em que a lei exclui a prova por testemunha. Todavia, como já abordado, presunções simples e indícios são categorias probatórias diversas, não se podendo restringir a prova indiciária nos casos de exclusão da prova testemunhal, sob pena de fazermos interpretação extensiva e analógica<sup>467</sup>.

O livre convencimento do juiz se traduz na escolha da hipótese mais provável ou preferível, e a aproximação valorativa deve ser marcada de particular rigor quando os elementos probatórios são constituídos de indícios. Isso não porque os indícios são provas menores, mas pela sua própria natureza, os dados indiciantes, para serem utilizados na função probatória devem, por sua vez, ser preventivamente escolhidos depois de uma adequada apreciação lógica sobre o adequado grau de probabilidade da inferência relativa ao fato de acertar e, sobretudo, sobre a sua inidoneidade a prestar-se a interpretação diversa daquela da prova do fato ignorado a reconstruir<sup>468</sup>.

---

<sup>464</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 111.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>466</sup> VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile (profili di teoria generale). *Rivista di Diritto Procedura*, n. 1, p. 2-25, jan./mar. 1998, p. 16.

<sup>467</sup> Tem-se que destacar que o artigo 230 do Código Civil atual também não admite as presunções simples nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

<sup>468</sup> SCAPINI, *op. cit.*, p. 245.

O valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante<sup>469</sup>.

O ponto de partida da prova indiciária, na maioria das vezes, apenas fornece rastros ou circunstâncias vagas e imprecisas, fazendo-se necessário um delicado e complexo trabalho crítico tendente a verificar e precisar o material probatório colhido. E, nesse contexto, por ser a prova indiciária decorrente de raciocínio exige do julgador um grande cuidado, prudência e razoabilidade<sup>470</sup> na sua aplicação e valoração, sendo difícil o domínio de sua técnica, impondo um razoável conhecimento dos ensinamentos da lógica. Assim, “qualquer deslize ou precipitação no trânsito deste cipoal de múltiplas e variadas circunstâncias pode levar à areia movediça de sofismas, viciando as conclusões e propiciando lamentáveis enganos e erros judiciários”<sup>471</sup>. Portanto, faz-se necessário um exame cauteloso da prova indiciária, pois, como qualquer outro tipo de prova, pode levar à certeza ou não. O perigo, porém, na apreciação dos indícios é o mesmo que existente na avaliação da prova testemunhal ou pericial, pois advém da deficiência técnica empregada para a sua investigação e na ligeireza do critério para apreciá-la e não do meio em si mesmo considerado<sup>472</sup>.

A garantia da justa apreciação dos indícios se dá com o sistema da persuasão racional na medida em que impõe ao magistrado o dever de apontar com a devida fundamentação a relação entre o fato conhecido e o desconhecido, extraído, por inferência lógica, do primeiro<sup>473</sup>.

A motivação das decisões judiciais, garantia constitucional, representa uma das principais garantias da sociedade no Estado Democrático de Direito. Torna-se possível às partes o conhecimento não apenas da forma, mas, sobretudo, do conteúdo que integra a decisão judicial, possibilitando valorar se o direito à prova e o argumento jurídico sobre a questão litigiosa foram respeitados e analisados. Assume

---

<sup>469</sup> CARVALHO SANTOS, *Repertório...*, p. 312.

<sup>470</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 73.

<sup>471</sup> COELHO, *Prova...*, p. 59.

<sup>472</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 691.

<sup>473</sup> Segundo Chaïm Perelman, a maneira de justificar, de fundamentar semelhante interpretação, não consistirá numa demonstração coerciva, que aplica regras enumeradas previamente, mas numa argumentação de maior ou menor eficácia. Os argumentos utilizados não serão qualificados de corretos ou de incorretos, mas de fortes ou fracos (*Ibid.*, p. 583).

relevante papel na prova indiciária, pois nela há uma maior exigência da justificação externa (sobre a máxima de experiência adotada como premissa) e da justificação interna (sobre a aplicação da premissa segundo critérios de congruência, coerência e logicidade)<sup>474</sup>.

Dito isso, na lição de Vincenzo Russo, a motivação deve conter a indicação das razões pelas quais julga verdadeiro o elemento de fato indiciante, a presença dos requisitos previstos pela lei no artigo 192, inciso II, do CPP, a máxima de experiência aplicada (o critério adotado) e o resultado obtido através do raciocínio abduativo<sup>475</sup>. Em suma, deve-se detalhar na sentença o raciocínio pelo qual partindo do fato base (indício) se chega ao fato ignorado, o que supõe explicar a operação mental.

É sabido que os fatos não mentem, mas, quando valorados, podem ser mal percebidos ou interpretados. Diante disso, o sistema processual, bem como o julgador devem estar condicionados a evitar o erro, mormente em se tratando de prova indiciária. Deve-se observar que os indícios não devem ser valorados em abstrato, mas em relação ao efetivo contexto do episódio (*thema probandum*) e às diversas histórias alternativas que realmente emergem do confronto das concretas perspectivas das partes envolvidas no processo<sup>476</sup>.

Adotado o princípio do livre convencimento, o julgador tem toda a liberdade para admitir a prova que considere útil ao esclarecimento da verdade e para apreciá-la de acordo com as regras da Lógica, da Psicologia e da experiência comum, de maneira que os indícios não necessitam de prévias catalogações e valoração antecipada, pois comporão o juízo lógico destinado ao descobrimento da verdade<sup>477</sup>, fim último do processo<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> SCAPINI, *La prova...*, p. 279.

<sup>475</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 74.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>477</sup> A respeito da verdade processual, Hermes Zaneti Júnior faz uma importante colocação. Reportando-se ao processualista italiano Nicola Picardi, refere que "a verdade que se consegue alcançar é somente uma verdade provável (que portanto pode ser verdadeira ou falsa)". Também menciona que "a verdade absoluta no Processo Civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica". Conclui que, como a certeza absoluta é sempre intangível, precisa o operador do sistema se

Havendo um indício com interpretações alternativas, deve-se individualizar a causa, pois é o único elemento que tem o grau de constituir o momento de coesão dos vários indícios, segundo preconiza a jurisprudência italiana<sup>479</sup>.

Como já referido, a força probatória dos indícios depende da maior ou menor firmeza da conexão que existe entre eles e o fato desconhecido que se investiga. Assim, se existe a possibilidade de que se trata de uma falsa conexão, criada por obra do azar, não podem servir para formar a convicção judicial. Também assinala Echandia que existe uma maior possibilidade do azar em se tratando dos indícios contingentes, uma vez que se apresentam muito aparentes<sup>480</sup>.

Em suma, a validade do indício e, por conseqüência, o seu maior ou menor valor probatório, vai depender sempre da correta articulação do raciocínio indicativo e do conteúdo absoluto ou relativo do juízo contido no termo maior de dito raciocínio<sup>481</sup>. O juízo conclusivo resultante da valoração da prova indiciária deve ser o único possível em face dos elementos disponíveis, segundo os critérios de razoabilidade ditados pela experiência humana<sup>482</sup>.

### 3.5 Valoração e unitariedade de indício

Como abordado anteriormente, o sistema da persuasão racional não impõe obstáculos ou restrições à valoração dos indícios, a não ser quando se exige a

---

conformar com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente. ZANETI JÚNIOR, O problema da..., p.38.

<sup>478</sup> PIERANGELLI, Da prova..., 290. Reputa-se entendimento incorreto afirmar que o fim último do processo é a verdade. Conforme melhor lição de Dinamarco, "o processualista moderno sabe que a verdade não constitui escopo processual e, no conhecimento, a sua descoberta é somente um passo (importante passo) para o pronunciamento jurisdicional acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 281). Essa também é a advertência feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, salientando que a verdade é um simples meio para aplicação do direito ao caso concreto, tão-somente colaborando para que o processo alcance sua finalidade (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 145).

<sup>479</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 183.

<sup>480</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 642.

<sup>481</sup> COELHO, *Prova...*, p. 60.

<sup>482</sup> RUSSO, op. cit., p. 180.

presença dos requisitos de gravidade, precisão e concordância, requisitos estes disciplinados pela legislação italiana. Este último, no entanto, gera divergências doutrinárias, pois, como os indícios não são categorias previamente fixadas em lei, discute-se se a certeza advinda da prova indiciária pode ser baseada num único indício ou se é necessária uma pluralidade.

Refere Echandia que a doutrina majoritária exige como requisito que se trate de uma pluralidade de indícios se são contingentes, mas, se forem necessários, basta um só. Todavia, adverte que deve haver uma pluralidade real de indícios autônomos ou separados e não aparente. Esta última se apresenta quando vários indícios constituem, em realidade, um só, porque nada mais são do que sucessivos momentos ou partes integrantes de uma mesma circunstância ou de um mesmo acontecimento<sup>483</sup>.

Antonio Dellepiane também elenca como requisito para haver a prova por indícios que haja pluralidade de indícios, quando não possam dar lugar a deduções concludentes, como as fundadas em leis naturais que não admitem exceção<sup>484</sup>. Porém, conclui que um só indício pode, em certos casos, ser decisivo, quando for considerado necessário. Já quando não se revestir de tal caráter, ter-se-á a necessidade de vários para chegar à certeza, não se podendo, racionalmente, fixar número mínimo algum como necessário e suficiente para produzir a convicção<sup>485</sup>.

Para Lopez Moreno um só fato nunca conduz à certeza absoluta, existindo pelo menos dois indícios concorrentes e graves para fazer prova de um fato<sup>486</sup>. Nesse sentido é o que também sustenta Mittermaier ao referir que obrigatoriamente deve haver concurso de muitos indícios<sup>487</sup>.

A respeito da suficiência de um único indício, Vincenzo Russo assinala que alguns resolviam a questão analisando se o indício era necessário, caso este em que a eficácia probatória do indício não requer a presença simultânea de outros

---

<sup>483</sup> COELHO, *Prova...*, p.652.

<sup>484</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 104.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p.105. Igualmente, SCAPINI, *La prova...*, p. 120.

<sup>486</sup> LOPEZ MORENO apud DELLEPIANE, op. cit., p. 105.

<sup>487</sup> MITTERMAIER, *Tratado...*, p. 437.

elementos, de modo que é prescindível o requisito da concordância. O problema surge quando se questiona a possibilidade de afirmar a existência ou inexistência de um fato sobre um único indício não necessário, mas grave e preciso. Em tal caso, se formos nos ater a uma interpretação literal do artigo 192, II, do CPP italiano, excluiríamos a possibilidade, pois é requisito a concordância entre os indícios, o que exige necessariamente uma pluralidade de indícios<sup>488</sup>. Todavia, sustenta que se deve interpretar a disposição legal de forma diferenciada de modo a possibilitar que um único indício seja suficiente para formar o convencimento judicial, mas graças a um procedimento lógico-dedutivo que passasse necessariamente através de uma máxima de experiência facilmente falsificável tanto mais aonde a prova indiciária necessita, outrossim, de uma inferência do tipo abduativo<sup>489</sup>. Mais adiante, conclui que “seria paradoxal e ilógico prescindir de um único indício quando somente deste se possa inferir a existência ou inexistência de um fato a provar. É evidente que se o presumido indício único, presente determinadas características, de tais pregnância para se colocar como suficiente a acertar o *thema probandum* em modo absolutamente inconfundível sob a relação de sua lógica demonstração do fato e da sua atribuição, estamos em tal caso diante de uma prova plena”<sup>490</sup>.

Adverte Bruno Cavallone que a exigência de vários indícios, conforme previsto no artigo 2729 do CC italiano, conteria uma verdadeira e própria regra de prova legal, o que não se concebe, pois é opinião comum tanto na doutrina quanto na jurisprudência que um só fato conhecido possa algumas vezes ser suficiente para tentar ajudar o juiz no seguro conhecimento do fato ignorado. Destaca que qualquer critério limitativo tem que agir sobre os elementos variáveis, como o grau de cientificidade da inferência e a credibilidade da fonte que constitui a sua base<sup>491</sup>.

Nesse mesmo sentido, sustenta Walter Coelho que é desnecessário na apreciação da prova circunstancial que deva obrigatoriamente haver pluralidade de

---

<sup>488</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 35.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>491</sup> CAVALLONE, *Il giudice...*, p. 375.

indícios (dois, três, ou mais), pois nada mais é do que resquício da fase das provas legais<sup>492</sup>.

Em que pesem os diversos posicionamentos, impende destacar que, na avaliação da prova indiciária, não basta uma pura expressão numérica que leve ao somatório dos indícios, mas sim deve haver uma visão racional e em concordância. A convicção do juiz sobre a existência do fato apontado pelos indícios deve ser tal que não deixe lugar à dúvida alguma. Conforme muito bem destaca Echandia, os indícios se pesam e não se contam<sup>493</sup>. Não se pode querer dos indícios a precisão lógica da matemática, mas, tão-somente, que sejam lógicos<sup>494</sup>.

Nesse contexto, tem-se que a pluralidade não é requisito necessário para o reconhecimento do indício como fonte de prova. Um só indício, quando reúna em si os requisitos da gravidade e precisão pode ser suficiente para fundar a existência ou não de um fato probatório, até porque será valorado com o restante do conjunto probatório. Já quando há uma pluralidade de indícios, daí sim se deve exigir a concordância entre eles.

### 3.6 Prova indiciária e argumento de prova

Os argumentos de prova representam uma série de eventos ou comportamentos dos quais o juiz pode extrair elementos para valorar o conjunto probatório produzido nos autos. Tal categoria probatória está prevista no artigo 116, §2º, do CPC italiano<sup>495</sup>. O comportamento da parte é o exemplo clássico de argumento de prova referido pela doutrina, e será analisado no item 4.2 do presente estudo.

---

<sup>492</sup> COELHO, *Prova...*, p. 69. Acerca da possibilidade do convencimento judicial com base em um único indício, RICCI, *Le prove atipiche*, p. 195.

<sup>493</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 655.

<sup>494</sup> SILVA NEVES, *Da prova...*, p. 32.

<sup>495</sup> Artigo 116 do CPC italiano: "Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, i generale, dar contegno delle parti stesse nel processo".

A doutrina diverge acerca do valor probatório que pode ser auferido ao argumento de prova. Há basicamente três posições doutrinárias: a primeira assinala que um só argumento de prova pode constituir prova do fato; a segunda equipara os argumentos de prova aos fatos conhecidos e idôneos a fundar a presunção, podendo se fundamentar a prova do fato quando preencher as condições previstas em lei e, por fim, a corrente que entende que os argumentos de prova têm apenas função acessória e secundária no contexto da valorização da prova. Taruffo entende mais apropriada a posição que equipara os argumentos de prova às presunções, já que são utilizadas para valorar outras provas, e não para oferecer elementos de conhecimento relativos ao fato a provar<sup>496</sup>.

De outro lado, assinala Gian Franco Ricci que tradicionalmente a doutrina reconhece no argumento de prova uma força inferior em relação à prova, não idônea a servir de fundamento para a lide, tendo apenas a função exclusiva de servir como instrumento de valoração da prova já adquirida. Todavia, discorda de tal afirmação, sustentando que a decisão judicial pode basear-se apenas no comportamento processual da parte, na hipótese de haver um significado unívoco e insuscetível de dúvida sobre o juízo de fato.<sup>497</sup>

Eduardo Cambi entende que os argumentos de prova não são propriamente provas, tendo função auxiliar e integrativa, na medida em que servem como indícios na formação do raciocínio presuntivo, bem como instrumentos lógico-críticos que auxiliam na valoração das provas típicas<sup>498</sup>.

Assinala Echandia que dos indícios se extrai um argumento probatório<sup>499</sup>. Carnelutti diz que o indício fornece um argumento, e a parte ou o juiz extraem dele o argumento, sempre que o fato consinta e o homem realize a dita construção<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 481-489.

<sup>497</sup> RICCI, Gian Franco. Prove e argomenti di prova. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 42, n. 3-4, p. 1036-1104, 1988, p. 1041-1042. No mesmo sentido, Mario Conte refere que por parte da Suprema Corte italiana há um reconhecimento real de plena dignidade aos argumentos de prova, considerando que eles podem constituir única e suficiente fonte de prova e não apenas elementos de valoração dos elementos de prova já adquiridos no processo (CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2002, p.12).

<sup>498</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 42.

<sup>499</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 602.

<sup>500</sup> CARNELUTTI, *A prova...*, p. 232.

Em que pese tal divergência doutrinária e uma certa confusão entre os conceitos, é certo que os argumentos de prova servem como critérios para valoração das provas produzidas, assim como os indícios que também exercem a função de reforçar o convencimento judicial. Assim, tem-se que argumentos de prova e indícios são elementos de prova que podem ser utilizados pelo julgador no momento de valorar o conjunto probatório e fundamentar o *decisum*. No entanto, diferenciam-se, pois partem de pressupostos e raciocínios diversos. A prova indiciária fundamenta-se no indício, ou seja, um fato certo que sob uma inferência lógica permite o conhecimento do fato incerto, enquanto que argumentos de prova expressam acontecimentos que ocorrem concretamente no processo, os quais não podem ser aplicados de forma abstrata e indistinta.

### 3.7 Hierarquia entre prova indiciária e demais provas

Há doutrinadores que assinalam ser a prova indiciária de hierarquia inferior às demais, e, dentre eles, podemos citar o italiano Mario Conte, o qual inclui os indícios na categoria de *probatio minor*, referindo que não são suficientes para fundar o convencimento judicial na falta de outras provas<sup>501</sup>.

Nesse sentido também é o que sustenta Jeremias Bentham que, apesar de não falar expressamente em prova indiciária, a enquadra como prova circunstancial. O citado autor refere que, se formos considerar em abstrato, não se pode negar que a prova circunstancial seja inferior à direta. A prova direta não requer indução e a circunstancial não pode existir a não ser por induções e não há apenas uma indução que não esteja sujeita a erros. Também adverte que na prova direta também há indução, mas é sempre da mesma natureza: do relato dos fatos apresentados por uma testemunha, se infere que os fatos são certos<sup>502</sup>. Mais adiante, conclui que a inferioridade da prova circunstancial consiste que o fato cuja existência imediata indica não é o fato principal, mas outro, que ainda bem diferente do fato principal,

---

<sup>501</sup> CONTE, *Le prove...*, p. 25.

<sup>502</sup> BENTHAM, *Tratado...*, v. 1, p. 370.

está de tal forma ligado ao mesmo que se pode considerar como se constituísse uma prova mais ou menos poderosa da existência do fato principal<sup>503</sup>.

Igualmente, Altavilla, Mario Pisani, Florian e Bettiol atribuem à prova indiciária um valor probante relativo e subsidiário<sup>504</sup>.

Isabella Rosoni, do ponto de vista da hierarquia das provas, coloca os indícios abaixo da prova plena, antes dos outros graus de cognição: antes dos argumentos, das suspeitas, das conjecturas, dos sinais, de algumas presunções (*hominis*) dos vestígios, das verossimilhanças e dos adminículos<sup>505</sup>.

Todavia, tais ensinamentos não podem ser respaldados conforme procurou-se demonstrar ao longo deste trabalho. O indício não é prova de segunda classe e nem um princípio de prova, mas sim, fonte de prova que pode ter o caráter de prova plena se presentes os seus requisitos. Como lembrado por Echandia, é "um meio autônomo no sentido de que não se trata de outro meio que, por suas deficiências, perca categoria, mas sim de fatos que por si mesmos têm significação probatória, em virtude da conexão lógica que apresentam com o fato investigado"<sup>506</sup>.

Afirma Walter Coelho que

a eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física. O indício é sempre subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem esclarecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo<sup>507</sup>.

Inclusive, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941, item VII, referente às provas, é feita referência que não há hierarquia de provas e que todas as provas são relativas;

---

<sup>503</sup> BENTHAM, *Tratado...*, v. 2, p. 4.

<sup>504</sup> PIERANGELLI, *Da prova...*, p. 298.

<sup>505</sup> ROSONI, *Quae singula...*, p. 119.

<sup>506</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 606.

<sup>507</sup> COELHO, *Prova...*, p. 14-15.

nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra. Assim, no caso de desarmonia entre a prova indiciária e a prova direta, a apreciação deve ser feita livremente, do conjunto de todos os elementos da prova, sem catalogações preconcebidas. Como bem lembra Malatesta, “as provas, sem outra alternativa, ou geram o convencimento, e têm a eficácia e a verdadeira natureza de prova ou não chegam a gerar o convencimento, e não merecem o nome de prova, não tendo a eficácia, nem a verdadeira natureza persuasiva”<sup>508</sup>. Na verdade, o que determina a confiança não é a categoria em que a prova pode ser colocada, mas o conteúdo e o fundamento da inferência em que se apóia a prova.

Como já assinalado, não há distinção no plano ontológico entre as provas diretas e indiretas, já que em muitas vezes é inviável o uso apenas da prova direta em razão da natureza do fato probando. A diferença está no grau da inferência, exigindo-se da prova indiciária apenas mais cautela na sua valoração<sup>509</sup>. O exame cuidadoso, como já assinalado, advém do fato de que a prova direta comporta apenas uma única inferência (do acontecimento da prova ao *factum probandum*), enquanto que a prova indiciária comporta ao menos duas inferências (do acontecimento da prova ao fato conhecido e depois deste ao *factum pobandum*). Assim, não se pode ignorar que há um maior risco de erro no raciocínio a ser utilizado no convencimento determinado a partir da prova indiciária.

Não é outra a lição de Vincenzo Russo ao referir que não há hierarquia entre os diversos meios de prova, havendo idêntica eficácia probatória entre a prova indiciária ou crítica e aquela direta ou representativa, sendo que o único elemento de diferenciação é dado pelo diverso método usado para chegar ao acerto, que se substancia, no caso da prova direta, na imediata representação do *factum probandum* e, no caso da prova indiciária, no acerto da veracidade dos fatos diversos dos quais fazem derivar, através de abduções lógicas, sobre base de regra de experiência, a prova do objeto do juízo<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p. 91.

<sup>509</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 27.

<sup>510</sup> RUSSO, *La prova...*, p. 196.

Em que pese não haver hierarquia entre as provas, não se pode ignorar que na prática há situações em que devido à natureza do direito material litigioso a prova documental adquire força probatória maior que a testemunhal ou até mesmo os indícios. É o que se infere, por exemplo, da redação do artigo 400 do CPC<sup>511</sup>.

É certo que a valoração da prova indiciária não pode ser definida aprioristicamente, já que apenas na valoração final do material probatório adquirido em um determinado processo é que se poderá verificar a maior ou menor eficácia persuasiva da prova direta em relação à prova indiciária ou vice-versa<sup>512</sup>.

Desta forma, é indubitável que a prova indiciária possui eficácia probante igual aos demais meios de prova. Pode-se até mesmo sustentar contrariamente àqueles que a empregam um valor subsidiário e de menor importância, em face do progresso científico que inegavelmente auxilia a prova indiciária. O progresso da ciência e da tecnologia são fatores que denotaram uma maior precisão na prova indiciária, mormente em se tratando de prova para embasar processo penal. Como bem destacado por Antonio Dellepiane, tais progressos “acrescentam o velho arsenal dos indícios, fazendo conhecer outros novos e antes não suspeitados (dactilogramas, caracterização das manchas de sangue humano etc.) e dando-nos um conhecimento mais completo das leis psicológicas e naturais, trouxeram como consequência elevar a prova indiciária na escala das provas, pressentindo-se, desde já, o dia em que chegará a ocupar nela um lugar proeminente e em que se converterá na prova por excelência, na rainha das provas (*probatio probatissima*, como se disse da confissão)”<sup>513</sup>.

Em suma, não há razão justificada para atribuir à prova indiciária eficácia inferior às demais, pois a valoração de uma ou de outra não é condicionada apenas à estrutura lógica. Também é regulada na prova indiciária pela validade da regra de experiência que consiste na passagem do fato conhecido para o ignorado e, em

---

<sup>511</sup> Cito como exemplo jurisprudencial o seguinte o aresto: Embargos Infringentes nº 70023454614 do 9º Grupo Cível do TJRS.

<sup>512</sup> SCAPINI, *La prova...*, p.165. Mais adiante, na mesma obra, refere que não há norma que vede que o juiz possa formar o livre convencimento sobre os elementos de prova indiciária em direção contrária ao resultado da prova direta (p. 273).

<sup>513</sup> DELLEPIANE, *Nova teoria...*, p. 66.

ambos os casos, pela credibilidade da fonte (o fato percebido pelo juiz) do qual se distancia, breve ou longamente que seja, a cadeia inferencial<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> CAVALLONE, *Il giudice...*, p. 373.

## 4 ASPECTOS PRÁTICOS DA PROVA INDICIÁRIA

### 4.1 Prova ilícita e indício

O CPC de 1939 dispunha no artigo 208 que eram admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais. Havia uma restrição ao se fazer remissão às leis civis e comercial. Já o CPC de 1973 no artigo 332 refere que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Como se percebe, foram ampliados os meios de prova, incluindo “os moralmente legítimos”, o que significa que são admitidos os meios de prova não previstos em lei, mas que moralmente não afetem a moralidade média. Também se infere que foi conferido ao juiz um papel fundamental na admissão de prova, já que moralmente legítimos implica em conceito aberto.

Feita a abordagem do Código de Processo Civil, passamos a analisar a prova ilícita segundo a ordem constitucional. O artigo 5º, inciso XII, da CF/88 manteve a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, acrescentando a da proteção de dados. Quanto às comunicações telefônicas, foi estabelecido que, mediante ordem judicial, a inviolabilidade poderia ser quebrada para fins de investigação criminal e instrução processual penal, com a ressalva que lei posterior regularia a matéria, o que veio a ser regulamentado pela lei 9296/96. De acordo com esta lei, a interceptação foi ampliada para o fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, fixando-se três critérios para tal procedimento: 1) indícios razoáveis de autoria em infração penal; 2) indispensabilidade da produção da prova por este meio, e 3) o fato da investigação deve ser punido no máximo com pena de detenção. Saliente-se que a interceptação pode ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte.

O inciso LVI do artigo 5º da CF/88 dispõe que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesse contexto, faz-se oportuno citar lição de Ada Pellegrini Grinover que diferencia a prova ilegítima da prova ilícita. “Ilegítima é a

prova que, se admitida, viola as normas de direito processual, enquanto prova ilícita é a que ao ser colhida infringe normas de direito material, sobretudo as referidas na Carta Constitucional”<sup>515</sup>.

Joan Picó i Junoy, por sua vez, conceitua a prova ilícita de forma restritiva, limitando o alcance da prova ilícita à obtida ou praticada com infração de direitos fundamentais, os quais constituem os pilares básicos sobre os que assentam o ordenamento jurídico espanhol<sup>516</sup>.

Não há dúvida que a CF/88 mostrou-se restritiva no tocante à admissão dos meios de prova. Para dirimir tal questão pensamos que se deva utilizar o princípio da proporcionalidade<sup>517</sup>. Isto, pois “a questão de fundo da admissão dos meios de prova ilícitos paira sobre a questão da proporcionalidade entre a infringência da norma e os valores que a produção da prova pode proteger por meio do processo e, de outro, a violação da norma e os valores igualmente protegidos sob o pálio constitucional, tais como o direito à intimidade, o princípio do contraditório e da igualdade, tanto sob o aspecto formal como substancial”<sup>518</sup>. Nesse sentido é o que também afirma Barbosa Moreira no artigo *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*, quando salienta que: “Cabe verificar-se se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se, dos dois males, se escolheu realmente o menor”<sup>519</sup>.

---

<sup>515</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 37, p. 35-47, 1992, p. 45.

<sup>516</sup> PICÓ I JUNOY, *El derecho...*, p.286.

<sup>517</sup> Sobre a proporcionalidade, é importante destacar que Humberto Ávila ao abordar a diferença entre princípios e regras, classifica a proporcionalidade como postulado. Adverte que o postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131).

<sup>518</sup> SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Prova ilícita do cível. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.195.

<sup>519</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 68, p. 13-27, 1996, p. 15-16.

Desta forma, pode-se dizer que não é absoluta a regra da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, diante do direito que a parte tem de recorrer ao Poder Judiciário e do direito à prova<sup>520</sup>. Pensamos que na vedação da prova ilícita deve o juiz valorar o caso concreto, devendo, se for preciso, flexibilizar em face da salvaguarda de outros direitos igualmente tutelados pela Constituição Federal, com base no princípio da proporcionalidade.

Não é outro entendimento que pode ser vislumbrado na jurisprudência recente do nosso Tribunal de Justiça. No julgamento do Agravo de Instrumento nº. 70005684808, cujo relator foi o Des. Nereu José Giacomolli, admitiu-se a prova obtida por meio de gravação de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Ao fundamentar o seu voto o Desembargador fez referência ao princípio da proporcionalidade a fim de buscar o equilíbrio entre os valores e os interesses em conflito no caso com o da proibição da prova ilícita. Sustentou o relator que: “No caso dos autos, dificilmente o autor conseguiria demonstrar, pelo menos iniciar sua demonstração, caso não tivesse gravado a confissão do negócio e do débito. Agiu o demandante, embora de forma clandestina, na defesa legítima de um direito seu [...]. Entendo por afastar as posições radicais e analisar a questão sob o prisma da proporcionalidade. A Constituição Federal garante o direito à intimidade, a honra, a liberdade, a privacidade, por exemplo. Entretanto, também garante o direito à prova - acesso ao Judiciário - e um mínimo de ética e boa-fé nas relações humanas - proteção da dignidade das pessoas, inclusive, nas negociais”.<sup>521</sup>

Como se observa, a tendência contemporânea é a de relativizar o dispositivo constitucional que proíbe a prova ilícita.

---

<sup>520</sup> Direito à prova é o direito da parte em utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a veracidade dos fatos em que se funda a pretensão. Refere Hermes Zaneti Junior que o direito à prova implica que as partes têm o direito de servir-se de todas as provas relevantes para demonstrar a verdade fática, com a mais ampla iniciativa no campo do procedimento probatório, garantida não mais como poder dispositivo das partes, mas como garantia mesma [...] (ZANETI JÚNIOR, O problema da..., p.45).

<sup>521</sup> Nesse sentido também cito os acórdãos de n.º 70001229517 da 3ª Câmara Cível do TJRS e o de n.º 70005967740 da 7ª Câmara Cível do TJRS, sendo referido neste último pelo Des. José Carlos Teixeira Giorgis que "O direito à prova sempre instigou a doutrina, e Taruffo o considera como o direito da parte utilizar todas as provas de que dispõe, de forma a demonstrar a verdade dos fatos em que sua pretensão se funda, direito que seria inútil e ilusório, se a ele não se ligasse o direito de aquisição das mesmas, uma vez consideradas admissíveis e relevantes".

Outro fato a ser destacado é que, embora não se admita interceptação telefônica no processo cível, não se pode esquecer do uso freqüente da prova emprestada do processo criminal e levada ao cível. Sustentando a favor da prova emprestada, lembra Barbosa Moreira que, uma vez rompido o sigilo, e, por conseguinte, sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto<sup>522</sup>.

Também não se pode deixar de mencionar a "Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa" (*the fruits of the poisonous tree doctrine*) aclamada pela Suprema Corte americana. Os EUA foram precursores da luta contra a admissibilidade da prova ilícita. A teoria refere que, por se tratar de prova ilícita, tem vício que nem contra terceiros poderia ser utilizada; daí que a árvore contaminada igualmente contamina seus frutos. Esta doutrina foi mencionada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 69.912-0 do Rio Grande do Sul e julgado em 16 de dezembro de 1993. A questão central do julgamento dizia respeito às limitações e proibição de prova no processo penal, a partir da chamada prova ilícita por derivação. No caso, foi entendido que a ilicitude da interceptação telefônica contaminou as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta. Sobre tal questão, sustenta Danilo Knijnik que: "o legislador constituinte empregou um termo claramente indicativo de que não apenas a prova ilícita estaria vedada, mas, também, a prova obtida por meios ilícitos, donde a prova, em si lícita, mas obtida ilicitamente, estaria igualmente abrangida pela inadmissibilidade processual [...] o constituinte praticamente decalcou a doutrina dos frutos da árvore proibida".<sup>523</sup>

Da mesma forma em que se coíbe o uso das provas ilícitas para as provas em geral, também se deve vedar que a prova indiciária seja obtida por meios ilícitos e em desrespeito às regras processuais<sup>524</sup>, caso este em que pode comprometer a utilização da prova indiciária, de forma que, quando isso ocorrer, faz-se necessário perquirir acerca do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>522</sup> BARBOSA MOREIRA, A Constituição..., p. 24.

<sup>523</sup> KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 66, p.61-84, mar. 1996, p. 82.

<sup>524</sup> Nesse sentido é o que leciona VERDE. La prova..., p. 17.

Se os meios empregados para a prova do fato indiciário (ex. testemunhos, documentos, perícia) padecerem de nulidade, o juiz não poderá dar-lhe força probatória e, em consequência, o fato indiciário não terá valor como prova. A nulidade na obtenção da prova do fato indicador fulmina a obtenção do indício.

Walter Coelho faz uma importante ressalva ao referir que não se pode confundir a prova ilícita com os indícios forjados ou adulterados, pois nesses "não teremos apenas prova ilícita, mas, sim, uma falsificação da prova, isto é, efetivo comprometimento, não, propriamente, de sua admissibilidade, mas do seu valor probatório"<sup>525</sup>.

## 4.2 Comportamento da parte

Dentre os escopos do processo civil brasileiro, pode-se destacar o objetivo da justa composição da lide. Para tanto se deve atentar que as partes ajam com boa-fé processual, ou seja, impelidas por lealdade, verdade, respeito mútuo e, até mesmo, cooperação entre os litigantes, como destacado por Fernando Luso Soares.<sup>526</sup> Podemos, inclusive, afirmar que a boa-fé processual é um sobreprincípio do ordenamento jurídico<sup>527</sup>, pois paira por cima dos demais princípios jurídicos e está indissociavelmente ligada à conduta das partes em juízo. O Código de processo Civil adotou a boa-fé processual não só em relação à partes como também a todos aqueles que, de uma forma direta ou indireta, participam da causa, no artigo 14, inciso II, do CPC. É nesse contexto que adquire grande importância o comportamento das partes, pois permite obter argumentos de prova em seu favor ou contra aptos a formar o convencimento judicial. Inclusive, nesse sentido há expressa previsão no artigo 116 do CPC italiano. Deve-se avaliar não só o que a parte declara em seu depoimento ou interrogatório, mas, de um modo geral, seu comportamento em juízo, especialmente em audiência (v.g. enrubescer, gesticular desproporcionalmente, buscar auxílio visual em seu advogado), ou como no

---

<sup>525</sup> COELHO, *Prova...*, p.142.

<sup>526</sup> SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p.159.

<sup>527</sup> GUIMARÃES RIBEIRO, Darcí. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 95, p. 71-87, set. 2004, p. 78.

processo repercute o comportamento que a parte tenha assumido extraprocessualmente<sup>528</sup>.

Echandia o concebe ou como uma modalidade de prova indiciária ou argumento de prova<sup>529</sup>.

Aponta Darci Guimarães Ribeiro que o problema resulta quando se perquire sobre a extensão do valor a ser dado pelo agir das partes em juízo<sup>530</sup>. Afirmo o citado doutrinador que a totalidade da doutrina, sem exceção, sustenta ser o comportamento processual da parte um elemento de valoração da prova, um indício, pois o juiz dele deve servir-se apenas indiretamente para aquilatar o valor de uma prova posta em juízo, sem possibilidade de *per si* fundamentar uma convicção judicial. Todavia, critica tal concepção ao sustentar que ao atribuir natureza indiciária se limita a análise do problema exclusivamente do ponto de vista do comportamento em si, não se preocupando com o tipo de estrutura técnica que a norma possui, pois em cada caso o comportamento processual recebe uma qualificação jurídica diversa, podendo gerar uma obrigação, um dever ou um ônus<sup>531</sup>.

Em que pese tal divergência doutrinária, o que não será abordado de forma mais acurada, sob pena de ampliarmos o estudo proposto, é indubitável que o juiz brasileiro está amparado legalmente a valorar o comportamento da parte como argumento a embasar sua convicção no momento de decidir. Tal é a consequência do sistema adotado pelo CPC que admite as provas atípicas, visto que a enumeração constante no artigo 332 do referido diploma legal é em *numerus apertus*. Outrossim, são possibilitados ao juiz poderes instrutórios, por força do princípio da iniciativa judicial que autoriza a determinar as providências necessárias à instrução do processo (art. 130).

---

<sup>528</sup> Em matéria criminal, Jeremias Bentham adverte que o silêncio, evasões, falsas respostas e confissões involuntárias são circunstâncias que se transformam em provas do delito (BENTHAM, *Tratado...*, p.334).

<sup>529</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria...*, p. 679 e MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 115, p.75-85, maio/jun. 2004, p. 80.

<sup>530</sup> GUIMARÃES RIBEIRO, O sobreprincípio..., p. 79.

<sup>531</sup> GUIMARÃES RIBEIRO, *Provas...*, p. 128. Resumidamente, afirma que será uma obrigação quando o legislador estabelece para a conduta da parte uma reparação ao adversário pelo dano que causou, faltando com a verdade; será um dever quando houver um notório caráter penal, disciplinando sanções e, por fim, pode gerar um ônus quando a parte possuir a liberdade para escolher entre a verdade ou a mentira (Ibid., p. 128-130).

Não é outro o entendimento na doutrina estrangeira, podendo ser destacada a lição do processualista italiano Gian Franco Ricci ao referir que o juramento prestado fora dos esquemas predispostos pela lei pode ser considerado comportamento da parte no processo<sup>532</sup>.

O artigo 249 do CPC da Colômbia refere que o juiz poderá deduzir indícios da conduta processual das partes. Ressalta Quijano que a razão de tal dispositivo legal não pode ser considerada como um regresso ao sistema da tarifa legal, mas para dar ênfase e para lutar contra a deslealdade no processo<sup>533</sup>.

Na prática forense visualizam-se diversas situações que permitem extrair do comportamento processual das partes elementos para embasar o convencimento judicial.

O novo Código Civil Brasileiro positivou o comportamento processual da parte nos artigos 231 e 232<sup>534</sup>. Exemplo típico de aplicação do artigo 231 é o que se vislumbra quando a parte se nega a fazer exame de DNA para fins de prova de suposta paternidade. A recusa imotivada denota que a parte está destituída de boa-fé e lealdade de modo que tal comportamento omissivo da parte serve de indício que, sopesado a outros fatos constantes nos autos, dão suporte a eventual reconhecimento de paternidade. A propósito, destaca-se a seguinte ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. EXAME DO DNA. RECUSA DO RÉU. 1. A recusa imotivada do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui elemento de prova seguro para agasalhar a convicção sobre a paternidade. 2. O comportamento processual desenvolvido pela parte é, em si mesmo, valioso elemento de prova, revelando que o réu deliberadamente abdicou do direito de revelar a verdade biológica, ficando claro que assim procedeu por sabê-la contrária ao seu interesse. Incidência do art. 231 do CCB. 3. Se o réu se recusou expressamente, em juízo, a submeter-se ao exame de DNA, sabedor que esta seria a única prova capaz de elucidar fatos ocorridos há mais de 50 anos, é imperiosa a procedência da ação, com a aplicação da presunção da

---

<sup>532</sup> RICCI, *Le prove...*, p. 52.

<sup>533</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 126.

<sup>534</sup> Vide redação dos artigos 231 e 232 do Código Civil que assim preceituam, respectivamente: "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa" e "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

paternidade de que trata a Súmula 301 do STJ. 4. É litigante de má-fé quem se recusa a produzir a prova pericial, que era imprescindível para comprovar suas alegações, tornando debilitado o quadro probatório, e vem alegar, em sede recursal, a fragilidade do quadro probatório. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA)<sup>535</sup>

Sobre a matéria, também destaca-se o seguinte aresto jurisprudencial que, no exame da responsabilidade civil de médico, foram sopesados os conjuntos de indícios aliados ao comportamento processual da parte:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. ERRO MÉDICO. INADEQUADO TRATAMENTO DE FRATURA. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. Malgrado não reste cabalmente demonstrado o agir negligente do médico, o conjunto de indícios da existência do tratamento inadequado, associado ao exame do seu comportamento processual, permite o juízo de procedência da ação indenizatória. Optou o réu por quedar-se inerte no que tange a produção de provas, não procurando demonstrar o acerto no procedimento que adotou, ônus que lhe cabia, considerando que se está diante de caso a ser solucionado sob a luz do Código de Defesa do Consumidor e que, em que pese não haver a responsabilização independente de culpa, há possibilidade da inversão do ônus da prova. Ademais, ainda que se pretenda questionar a inversão do ônus da prova, não se pode esquecer que incumbe à parte diligenciar a juntada da prova, quando esta se encontra em seus próprios arquivos. Ganha importância, na hipótese, a teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-las ao destinatário, o juiz. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.<sup>536</sup>

Vê-se também aplicação em direito de família, no caso em que a recusa do alimentante em fornecer informações sobre suas condições financeiras foi comportamento que, aliado a outros indícios, sopesou para a fixação do *quantum*.

ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. PROVA. O obrigado que se esquivava a produção de prova e não fornece ao juiz informações corretas e completas sobre suas atuais ocupações e rendas auferidas, não pode se beneficiar desse comportamento e da natural dificuldade na obtenção de prova sobre tais aspectos, para se exonerar da sua obrigação legal. Indícios suficientes de que o réu

<sup>535</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70020904124. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26 set. 2007.

<sup>536</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70015920739. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 16 ago. 2006.

desfruta de condições econômicas que lhe permitem pagar a pensão de um salário mínimo regional. Apelo improvido.<sup>537</sup>

Considerando as situações fáticas acima narradas, podemos concordar com a lição de Darci Guimarães ao sustentar que o grau de influência que o comportamento processual da parte vai produzir na decisão judicial dependerá da estrutura da norma violada, ficando a critério do juiz perceber, no caso em concreto, se o comportamento desleal da parte em juízo ocorreu ou não ocorreu e, conseqüentemente, aplicar a lei<sup>538</sup>.

### 4.3 Prova testemunhal indireta

É sabido que a testemunha pode ter conhecimento direto ou indireto dos fatos a serem provados. Será direto quando a testemunha apreende, pessoalmente, o fato por meio de um de seus cinco sentidos. Será indireto quando o conhecimento é adquirido por meio de uma representação feita por terceiros, realizada oralmente, por escrito, ou por qualquer outro meio (exemplo: imagens)<sup>539</sup>.

Portanto, a prova testemunhal indireta pode ser denominada como o chamado depoimento de relato, *de auditu*, de ouvir dizer “em que há por assim dizer um diafragma narrativo”<sup>540</sup>.

Considerando que a testemunha irá relatar fatos não percebidos diretamente por ela, mas por outros, adverte Danilo Knijnik, que é uma espécie de prova testemunhal “extraprocessual”, pois o verdadeiro depoente pronuncia-se fora do

---

<sup>537</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível N.º 586061624, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em: 24 fev. 1987.

<sup>538</sup> RIBEIRO, *Provas...*, p. 130.

<sup>539</sup> TONINI, *A prova...*, p.116.

<sup>540</sup> Denominações atribuídas por Danilo Knijnik. A prova nos juízos cível, penal e tributário, p.62. Destaca *Ibid.*, p. 116 que pela terminologia anglo-saxônica afirma-se que na prova testemunhal indireta o fato a ser provado foi conhecido pela testemunha ‘por ouvir dizer’ (*hearsay*).

processo, sem qualquer submissão a suas regras, sem falar que é inviável submeter ao contraditório para verificar que está ou não dizendo a verdade<sup>541</sup>.

O nosso Código de Processo Civil não disciplina expressamente a valoração de tal prova testemunhal, contrariamente ao CPP italiano que no artigo 195 elenca as condições em que deve ser produzida. Por exemplo, o inciso VII disciplina que a testemunha indireta deve indicar a pessoa ou a fonte da qual apreendeu a notícia do fato objeto do depoimento; o inciso I refere que, se uma das partes requerer a oitiva, no processo, da pessoa que teve conhecimento direto do fato, o juiz é obrigado a intimá-la, sendo que no inciso II é facultado ao juiz de ofício determinar a oitiva da testemunha<sup>542</sup>.

Assim, na legislação italiana, quando forem preenchidas as condições previstas na legislação processual penal o juiz pode fazer uso do testemunho indireto para fins de embasar a sua decisão.

Já no processo civil brasileiro tem se considerado arriscado e temeroso provar a existência de um fato tão-somente com o testemunho indireto, visto que, como já referido, este não se baseia na percepção direta dos fatos pela testemunha, mas sim teve o conhecimento dos fatos por terceiros. Nesse sentido é o que adverte Danilo Knijnik ao referir que o testemunho indireto deve ser rechaçado no processo civil, quando muito considerado como mero argumento de prova e menos ainda poderá ser utilizado no processo penal<sup>543</sup>.

Não é raro haver o testemunho indireto na prática forense, razão pela qual o julgador deve estar preparado para avaliar o depoimento e dele extrair fundamentos para embasar o convencimento acerca da existência ou inexistência de um fato. Nesse contexto, pensamos que o testemunho indireto, quando guardar relação com o fato *probandum*, deve ao menos ser valorado como um indício que, em cotejo com o restante do conjunto probatório, possa sim embasar o convencimento judicial.

---

<sup>541</sup> KNIJNIK, *A prova...*, p. 63. Destaca Malatesta, que para que o testemunho revele a verdade, não basta que a testemunha não se engane e não queira enganar; é preciso também que exprima a verdade de um modo correspondente a ela, manifestando-a tal qual ela se apresenta em seu espírito (MALATESTA, *A lógica...*, p. 358).

<sup>542</sup> TONINI, *A prova...*, p. 117.

<sup>543</sup> KNIJNIK, *op. cit.*, p. 65.

Cabe destacar que, havendo o testemunho indireto, pode o julgador solicitar que a testemunha revele a sua fonte, sendo em tal caso facultado ao julgador inquirir a testemunha referida, com base no artigo 418, inciso I, do CPC.

Malatesta já advertia que, quando o testemunho se perde no anônimo, seu conteúdo, seja direto ou indireto, terá simples valor de indício. É o caso da voz do povo ou fama pública que, do ponto de vista de seu valor probante, apenas pode ser considerada como um simples e duvidoso indício<sup>544</sup>.

#### 4.4 Defeitos nos negócios jurídicos e prova indiciária

Os indícios constituem por excelência o meio de prova adequado para provar os defeitos e invalidades nos negócios jurídicos<sup>545</sup>. Isto, pois demandam uma análise das atitudes, manifestações tácitas de consentimento, aptos a revelar a vontade da pessoa por ocasião da conclusão de um negócio jurídico. A adequação dos indícios à prova das intenções decorre da própria natureza daquele meio de prova e da circunstância de que, dificilmente, por outra forma, se logra descobrir a intenção das partes, no processo, quando estas não a manifestem expressamente<sup>546</sup>.

Como bem assertado por Michele Taruffo, em se tratando de declarações provenientes de fato psíquico, a única forma de determinar fatos desse tipo consiste em utilizar técnicas de reconstrução indireta, remetendo-se à prova inferencial ou por presunções<sup>547</sup>. O juiz apenas conhecerá os fatos com base em indícios que se encaixam em um esquema típico e sobre a base desse conhecimento se considera subjacente o suposto fato que se trata de determinar. Por fim, o doutrinador conclui que o fato psíquico não é em realidade determinado; é substituído por uma

---

<sup>544</sup> MALATESTA, *A lógica...*, p.300.

<sup>545</sup> Segundo dispõe o novo Código Civil os defeitos do negócio jurídico são o erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (arts.138/165). Já a invalidade abrange as hipóteses previstas no artigo 166 e a simulação (art.167).

<sup>546</sup> MEDINA, *A prova...*, p. 78.

<sup>547</sup> TARUFFO, *La prueba...*, p. 164. Não é outra a lição de Marina Gascón Abellán ao referir que os fatos psicológicos são de mais difícil averiguação e requerem sempre para serem descobertos ou inferidos outros fatos externos, de modo que o conhecimento dos fatos psicológicos é sempre um conhecimento indireto a partir de outros fatos (GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 77-78).

constelação de indícios que se consideram tipicamente equivalentes ao mesmo e representam o verdadeiro objeto da determinação probatória. Em resumo, o fato psíquico interno não existe como objeto de prova e sua definição normativa é só uma formulação típica cujo significado se reduz às circunstâncias específicas do caso concreto<sup>548</sup>.

Dito isto, percebe-se que os indícios na maioria das vezes são a única fonte de prova que o julgador tem a seu dispor para provar alegações de defeitos e invalidades em negócios jurídicos, o que se dá principalmente em casos de simulação, a qual está prevista no artigo 167 do novo Código Civil.

Acerca da matéria, Muñoz Sabaté em sua obra *La prueba de la simulacion* analisou minuciosamente e com bastante propriedade como se efetiva na prática a simulação, descrevendo que o seu mecanismo consiste em evadir os bens da execução dos credores, para o qual, ou se simula um total desapossamento de ditos bens, subtraindo-os da esfera patrimonial do devedor, ou se lhes deprecia ficticiamente ao extremo que tenha pouca aceitação a sua persecução. Tanto em uma quanto em outra situação, o simulador recorre à técnica do negócio jurídico que haverá de dar aparência legal à operação fraudulenta, valendo-se para tanto do concurso de um cúmplice que completará o outro extremo da relação jurídica fraudatória<sup>549</sup>.

A lei autoriza que o prejudicado pela simulação possa provar suas alegações mediante prova testemunhal (art.404, I, do CPC). Todavia, esta nem sempre é suficiente para demonstrar a simulação. Em regra, somente é possível provar que alguém desejou algo, e declarou coisa diversa, através da prova de fatos indiciários, que são fatos que circundam ao redor da alegação da simulação. Isto, pois a dificuldade probatória da simulação reside na característica de ser constituída por fatos ocultos, psíquicos e geralmente ilícitos. Como bem destaca Muñoz Sabaté, o

---

<sup>548</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, p. 165.

<sup>549</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba de la simulacion*, Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1972, p. 133.

que mais diferencia a simulação de outros temas é que a ocultação representa um elemento essencial e não acidental do ato simulatório<sup>550</sup>.

Jairo Quijano aponta diversas situações que denotam práticas de que se valem os simulantes: parentesco, amizade íntima, a falta de capacidade econômica do adquirente, a retenção da posse do bem por parte do alienante, o comportamento das partes ao efetuar o negócio, o comportamento das partes em litígio, o preço exíguo, estar o vendedor ou ver-se ameaçado de cobrar as obrigações vencidas, a disposição de todo ou de boa parte de seus bens, a carência da necessidade do vendedor para dispor de seus bens, a forma de pagamento, a intervenção do adquirente em uma operação simulada anterior<sup>551</sup>.

Ainda, Eduardo Cambi elenca os seguintes indícios que servem para a conclusão da simulação: “parentesco ou amizade íntima entre os contratantes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente (que pode ser demonstrada pela requisição de sua declaração de Imposto de Renda); não-transferência de numerário no ato, nas contas bancárias dos participantes; continuação do alienante na posse da coisa alienada; o fato de o adquirente não conhecer a coisa adquirida”<sup>552</sup>.

Nesse contexto, destacam-se os seguintes arestos jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. SIMULAÇÃO. OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Havendo, na situação vertente, indícios veementes e concordantes a indicar como simulada a compra e venda levada a efeito entre as partes litigantes, vai mantida a respeitável sentença recorrida. Ademais, a prova da simulação é geralmente extremamente difícil, razão por que deve o Magistrado valer-se de indícios e provas indiretas coletadas na instrução, pinçando, assim, todos os elementos capazes de autorizar o acolhimento da pretensão. APELO IMPROVIDO.<sup>553</sup>

Anulatória. Simulação de compra e venda com cláusula de retrovenda a encobrir mútuo usurário, no qual está embutido pacto

<sup>550</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba...*, p. 163.

<sup>551</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 16.

<sup>552</sup> CAMBI, *A prova...*, p. 364.

<sup>553</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70019380351. Relator: Guinther Spode. Julgado em: 12 jun. 2007.

comissório. Simulação realizada para pagamento de contrato de mútuo a juros onzenários. Série de indícios e prova oral que revelam negócio tipicamente usurário. Inaplicabilidade do disposto no art. 104 do CCB/1916, em face do disposto no art. 13 da Lei de Usura e da nulidade decorrer de infração ao disposto no art. 765 do CCB/1916. Apelo provido, com o conseqüente desacolhimento do pleito reintegratório. Ação pauliana. Fraude a credores. Insolvência não caracterizada. Verba honorária reduzida. Apelo, neste tópico, parcialmente provido.<sup>554</sup>

Extrai-se do corpo deste último aresto:

Como consignei no acórdão nº. 70008022410, a ocorrência de simulação raramente advém da análise de prova direta, porquanto, de regra, prova direta de vício desta estirpe não há – o que se dá, sobretudo, em vista do acerto entre as partes no desiderato de emprestar uma forma aparentemente regular ao negócio entabulado:

'quando se trata de investigar a ocorrência de sustentada fraude à lei, necessário o exame das circunstâncias e indícios, como base do caminho a ser trilhado na identificação da invalidade do ato jurídico, pois negócio geralmente com a aparência de regularidade formal e substancial, com o propósito de cercá-lo de todos os cuidados para não desconfigurar a boa-fé na captação da vontade do outro contratante e assegurar o sucesso do ato ilícito colimado" (Des. Alexandre M. Moreira, AC 70008406381).

[...]

Leciona Jorge Americano, acerca da relevância dos indícios, em casos que tais, em face de que "o ato é rodeado das máximas cautelas para não ser conhecido...o processo de investigação e julgamento deve ser livre de entraves ou preceitos formais que só serviriam para que o dolo fosse encoberto".

No mesmo diapasão, Ulderico Pires dos Santos sublinha que o dolo pode ser provado até por presunções e indícios, mesmo na ausência de qualquer começo de prova por escrito (cf. Aubry & Rau, § 343 bis)".

[...]

Assim, para acrescentar, o que se decide no âmbito das Cortes lusitanas sobre a matéria, no mesmo tom: "a prova da simulação faz-se, quase sempre, por meio de indícios ou presunções, mais ou menos frisantes, de onde transpareça e se deixe interferir a existência da simulação, e não, por via de regra, através de prova directa" (Apelação 3275-02, 1ª Seção, Tribunal da Relação de Coimbra).

No caso, reúnem-se substanciosos elementos convergentes, no sentido de que houve a quebra da observância de preceito de ordem

---

<sup>554</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70007927940. Relator: Mário José Gomes Pereira. Julgado em: 10 jan. 2006.

pública, como alegado pelos autores, inexistindo qualquer negócio de compra e venda entre as partes. Ao contrário, desnudou-se o *modus operandi* caracterizador do pacto comissório vedado em lei e da tentativa do acobertamento de vantagem ilícita.

[...].

Como se vê, são diversas as atitudes e reações que se consubstanciam em indícios reveladores da intenção das partes e que denotam simulação de um negócio jurídico, razão pela qual devem ser analisados casuisticamente. Em matéria indiciária é impossível formular um catálogo de indícios, porque a medida que se avança o ocultamento da simulação, paralelamente vão tomando corpo outros indícios<sup>555</sup>.

Também temos o uso freqüente da prova indiciária nos casos em que há suspeita de prática de agiotagem, já que, na maioria das vezes, é muito difícil a prova da prática de usura. Assim, deve o juiz valer-se de qualquer tipo de prova indireta, e dentre ela se incluem os indícios, para obter dados que o conduzam à conclusão em sua ocorrência.

Nesse sentido assim se manifestou o desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes na apelação nº. 70012413233 do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGIOTAGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Pedido do embargante implicitamente indeferido em audiência preliminar, quando da determinação das provas a serem produzidas por ambas as partes. A técnica a reiteração apenas quando do início da audiência. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. MÚTUO ENTRE PESSOAS FÍSICAS. ALEGADA COBRANÇA DE JUROS ONZENÁRIOS. ADMISSÃO DE PROVA INDICIÁRIA OU INDIRETA. Atividade exercida à margem da lei, com métodos de cobrança, quando não ostensivamente violentos, dissimulados de aparente legalidade, a prática da agiotagem deve ser reprimida com rigor pelo Estado. Cobrança de juros extorsivos suficientemente demonstrada pela prova indiciária e circunstancial, já que, como sabido, neste tipo de negociata, todos os artifícios são empregados para revestir a cobrança de aparente legalidade. Suposta imobilização de numerário pelo embargado sem a cobrança de juros por período de dezoito meses, quando entre as partes inexistente relação de parentesco próximo ou forte amizade, a justificar a benesse. Lavratura de escritura de confissão de dívida

---

<sup>555</sup> PARRA QUIJANO, *Tratado...*, p. 16.

com instituição de garantia hipotecária que não se coaduna com tal tipo de favor. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA EIVADO DE NULIDADE. EXECUÇÃO EXTINTA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. RECURSO DE APELAÇÃO DOS EMBARGANTES PROVIDO, PREJUDICADO O DO EMBARGADO. UNÂNIME.<sup>556</sup>

Em relação à prova em processos em que se discute a prática da usura, deve ser destacado o excelente acórdão de lavra da Des. Elaine Macedo, em decisão proferida na Apelação Cível n. 70002548261 do TJRS, que assim se manifestou:

A agiotagem é uma prática nefasta que acompanha as transações negociais do homem à velha data. Antes mesmo de ser expressamente repudiada pelo ordenamento jurídico positivo, sempre foi vista como agir, no mínimo, não honroso. Costuma desenvolver-se na calada da noite, em contatos e visitas sem a presença de testemunhas, através de vozes baixas e veladas, sempre de forma obscura, simulada, disfarçada. Ninguém se intitula na sua qualificação como *agiota*. Não é palavra desfraldada em anúncios, cartões de apresentação ou placas identificadoras. Mas nem por isso seu número e incidência diminui. E quanto maior a desgraça, o insucesso, o tropeço que o devedor enfrentar, maior a força do agiota sobre sua vítima, pois se trata exatamente disso, de uma relação de poder paralela à ordem jurídica – e por isso mesmo mais impositiva – que submete o mutuário ao credor, sujeitando-o ao cometimento de atos que em outras circunstâncias menos desfavoráveis não praticaria. Quem se socorre da agiotagem está no fundo do poço, não detém crédito ou até mesmo credibilidade no mercado, não sabe mais a quem recorrer. Está vulnerável, frágil, submisso.

Como provar esses fatos ou avaliá-los à luz do sistema probatório? Não é fácil. Não o é para a parte, mas também não o é para o julgador, que busca, dentro das limitações do processo, da litigância e de suas habilidades, a chamada verdade real, que nada mais é que versão do razoável, em especial em situações como a dos autos. Há que se apurar, no universo do feito, nas entrelinhas, no somatório de frases, depoimentos, ditos, a versão que mais se aproxime da realidade fática, deixando de lado o rigor formal e linear da prova. Há que mitigar o princípio da distribuição do ônus probatório, transferindo parte significativa desta carga para aquele contra quem a prática é imputada, em especial no que diz com a origem do débito ou dos negócios realizados. Há que violar-se, partir-se, pois sentença tem origem no vocábulo latino *centre*, que traduz exatamente esses sentimentos.

---

<sup>556</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70012413233. Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Julgado em: 30 nov. 2006.

#### 4.5 Prova indiciária e tutela inibitória

O processo civil deve ser estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela de direitos e é nesse contexto que temos como inserida a tutela inibitória com fundamento legal nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC e que visa a prevenção de ato ilícito e evitar que o ilícito se perpetue no tempo.

Ao discorrer sobre tal forma de tutela, Marinoni adverte que por ato ilícito entende-se o ato contrário ao direito, não importando se causou ou não dano<sup>557</sup>. Quando a parte postula tutela em que se teme a prática de ato ilícito, ainda que ilícito anterior não tenha sido praticado, deve alegar fatos que sejam suficientes para permitir que o juiz raciocine acerca da alegação de que provavelmente será praticado um ilícito. Nesse passo, surge a importância da prova indiciária, pois, na maioria das vezes, são apenas indícios que denotam a possível prática de um ato ilícito. Ao postular a defesa de um direito mediante tutela preventiva deve a parte demonstrar para o julgador todos os indícios que levam a crer que o ilícito será praticado.

Cumprido destacar que, em tal caso, o raciocínio a ser utilizado pelo julgador não será abduutivo, pois o resultado ainda não aconteceu. Há uma probabilidade de que aconteça. A tutela inibitória visa justamente prevenir que o ato ilícito aconteça. É tutela voltada para o futuro, de modo que não cabe remontar a sua causa. O raciocínio, daí, será indutivo.

Trata-se de tutela bastante utilizada na prática, principalmente em casos de interdito proibitório, nunciação de obra nova, ação cominatória contra o uso nocivo da propriedade, uso do interdito proibitório para a tutela dos bens imateriais, ação cominatória fundada no artigo 287 do CPC e mandado de segurança preventivo<sup>558</sup>.

---

<sup>557</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória (individual e coletiva)* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46-50.

<sup>558</sup> MARINONI, *A tutela...*, p. 291-308. Também podem ser citados os seguintes arestos: “Agravo de instrumento nº 70008875593 da 19ª Câmara Cível do TJRS assim ementado: “Nunciação de obra nova. Embargo liminar. Alteração do esgoto pluvial. 1. Preliminar. Tendo em vista que os recorrentes devidamente notificados afirmaram sua condição de “legítimos proprietários”, não merece ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva. 2- Deve ser suspenso o prosseguimento

## CONCLUSÃO

O processo civil, sob a ótica do formalismo-valorativo, expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, deve possibilitar um processo justo e passível de controle racional, além de permitir um efetivo exercício do contraditório e cooperação entre as partes. E é nessa perspectiva que o presente trabalho pretendeu inserir e analisar o estudo da prova indiciária.

A título de conclusão, afigura-se interessante apontar os aspectos mais relevantes da investigação feita neste trabalho, guardando a ordem em que os temas foram apresentados:

1) Não há como abordarmos o tema sem inicialmente nos reportarmos ao conceito de prova judiciária e à análise da diferenciação entre os modelos de prova argumentativo e demonstrativo. Procurou-se demonstrar que não há um modelo probatório puro, mas sim uma mescla entre as características de um e outro, de modo que ambos podem ser visualizados na estrutura prova indiciária. O raciocínio utilizado na prova indiciária é o dialético, ao contrário do apodítico, pois é construído a partir de premissas que não podem ser consideradas como verdadeiras, mas prováveis. Outrossim, a prova indiciária tal qual o modelo demonstrativo de prova permite conhecer o fato em sua totalidade.

---

da obra, já que há indícios de que o desvio da canalização de esgoto pluvial poderá trazer sérios prejuízos ao imóvel lindeiro. Por outro lado, apesar dos agravantes afirmarem que o DAER autorizou a obra, não há qualquer comprovação neste sentido. 3- Restabelecimento anterior. Deve haver o restabelecimento da situação anterior à obra, evitando-se assim qualquer dano decorrente da precipitação de intenso volume de água. Preliminar rejeitada e agravo de instrumento improvido” e Agravo de Instrumento n.º 70017149428 da 17ª Câmara Cível do TJRS “Agravo de instrumento. Interdito proibitório. Movimento sindical. Requisitos possessórios. O interdito proibitório é instrumento preventivo, do qual se vale o possuidor para se proteger de ameaça à posse, no sentido de evitar que o dano se concretize. Não se pode exigir uma prova inequívoca ou irrefutável, pois se trata de fato futuro, sendo suficiente a existência de indícios relevantes. Decisão monocrática. Recurso provido”.

2) A distinção entre prova direta e indireta não é ontológica, mas reside no grau de mediação com o fato a ser provado. Assim, a prova indiciária é eminentemente indireta, já que comporta grau de reflexão mais complexo.

3) O surgimento da prova indiciária no direito processual civil brasileiro como regra expressa foi pela primeira vez insculpido nos artigos 251 a 253 do CPC de 1939, que posteriormente foi revogado pelo CPC de 1973. Também foram destacadas as previsões na codificação penal brasileira, até porque se trata de prova de uso largamente difundido no processo penal.

4) A palavra indício remete a diferentes definições doutrinárias, mas todas apresentam como elementos comuns a existência de um fato conhecido e o uso de uma inferência lógica que possibilita alcançar um fato desconhecido.

5) Em que pese as mais variadas posições doutrinárias, o método de raciocínio a ser utilizado na prova indiciária é o da abdução, já que visa a reconstrução do passado. Isto, pois na prova indiciária parte-se do resultado, e a abdução permite remontar à causa que produziu determinado resultado.

6) Procurou-se distinguir os indícios das presunções, que na maioria das vezes são tratados igualmente, de forma equivocada. Destacamos que as presunções nada mais são do que uma forma particular de raciocínio, uma operação mental mediante a qual se pode chegar ao conhecimento de outro fato, enquanto que o indício é o fato utilizado como base para um raciocínio.

6.1 Também foi feita uma abordagem da classificação das presunções. Visualizou-se que as presunções absolutas não admitem prova em contrário, limitam o convencimento judicial e influem na estrutura da norma material. Já as presunções relativas admitem prova em contrário, constituindo regras especiais de distribuição do ônus da prova. Por fim, as presunções simples que são as mais confundidas com os indícios, mas destes se distinguem, uma vez que é a partir desses que se formam as presunções judiciais. Foi destacado o artigo 2729 da legislação civil italiana que dispõe que o juiz pode se valer das presunções simples se forem graves, precisas e concordantes.

6.2 No exame das presunções de segundo grau (*presumptum de presumpto*) tentou-se apontar que se trata de categoria jurídica discutível, cuja posição predominante é a que não reconhece sua validade. No entanto, foi defendido que um indício apoiado em prova indiciária pode ser suficiente para embasar o convencimento judicial acerca da existência ou não de um fato, se atender a todos os requisitos da estrutura da prova indiciária, ante o sistema valorativo da persuasão racional.

7) As máximas de experiência reconhecidas como categoria jurídica assumem relevante função na prova indiciária, exercendo função instrumental específica por constituírem o meio ou o instrumento necessário para que o juiz possa chegar ao *factum probandum* (fato desconhecido), a partir de inferências sobre o dado probatório (fato conhecido).

8) O indício é fonte de prova de igual hierarquia às demais. É considerada prova atípica pelo fato de não estar prevista expressamente na legislação civil ou processual civil (atipicidade em relação às fontes de convencimento), não guardando qualquer relação com as provas colhidas de forma irregular ou contrariamente à legislação.

9) Com base na legislação italiana (art. 2729 do Código Civil e artigo 192, II, do CPP) foram extraídos os três atributos necessários para a avaliação dos indícios, quais sejam: gravidade (consistente), precisão (não pode ser equívoco) e concordância. Este último não impossibilita que um único indício, quando reúna em si os requisitos da gravidade e precisão, não possa ser suficiente para fundar a existência ou não de um fato probatório.

10) As teorias de valoração da prova indiciária foram concebidas pela doutrina italiana e são assim classificadas: a) teoria tradicional, cujos atributos da precisão, gravidade e concordância devem ser analisados isoladamente em cada indício; b) teoria eclética em que a valoração se dá em dois momentos distintos: primeiramente a precisão e gravidade são analisadas isoladamente e por fim é analisada a concordância e c) teoria da múltipla conformidade em que os três atributos devem ser analisados no seu conjunto. Salientamos que essa última doutrina é a que

predomina no processo civil brasileiro, de modo que o indício, mesmo que não seja grave ou preciso, mas esteja em concordância com os demais elementos do conjunto probatório, é considerado suficiente para embasar o convencimento judicial.

11) Considerando que adotamos o sistema de avaliação de provas da persuasão racional deve haver uma apreciação adequada e completa da prova indiciária, o que implica um exame cuidadoso de todos os requisitos necessários para a sua configuração. Primeiramente deve o juiz analisar se o fato indicador que serve para a verificação do indício está ou não plenamente provado para posteriormente averiguar a relação entre este fato e o desconhecido que investiga e extrair a conclusão.

12) A práxis revela um crescente uso da prova indiciária como apta fundar o convencimento judicial no processo civil. No entanto, percebe-se que não há um efetivo controle acerca da estrutura, bem com das limitações e valoração da prova indiciária, estudo esse que foi desenvolvido neste trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. de 2006.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direito fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260-274.

\_\_\_\_\_. Perfil dogmático da tutela de urgência. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 70, p. 214-239, jul. 1997.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1991. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 68, p. 13-27, 1996.

\_\_\_\_\_. As presunções e a prova. In TEMAS de direito processual (primeira série) 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 55-71.

\_\_\_\_\_. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76, p. 178-184, out./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, p. 2-19, jan./mar. 1978.

BATTAGLIO, Silvia. *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 38, n. 1-2, p. 375-436, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Europa-America, 1959.

BORGHESE, Sofo. *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)* In: NOVÍSSIMO digesto italiano. Torino: Uet, 1996. v. 13.

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova: CEDAM, 1937.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução da 2ª edição italiana por Lisa Pary Scarpa. 4 ed., Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Europa América, 1950.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]. v. 26.

CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam, 1991.

CHIAPPINI, Julio. *La prueba de presunciones*. Rosário: Editorial FAS, 1999.

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2002.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*, n. 296, out./dez. 1986.

DELLEPIANE, Antonio. A prova indiciária na doutrina. *Justiça*, Porto Alegre, v. 4, p. 313-315, 1934.

\_\_\_\_\_. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZENOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 431-442.

FERRAIOLI, Marzia. Presunzione (diritto processuale penale). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Roma: Giuffrè, 1986. v. 35, p. 304-315.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

\_\_\_\_\_. *Lógica dell diritto (teoria dell' argomentazione)* In ENCICLOPEDIA del diritto. [s.n.t.] v. 25.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 37, p. 35-47, 1992.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 95, p. 71-87, set. 2004.

\_\_\_\_\_. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

INDÍCIO. In: De SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 66, p.61-84, mar. 1996.

\_\_\_\_\_. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumento para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: PROCESSO e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353 p. 15-52, jan./fev. 2001.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-96, 1962.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUPI, Raffaello. *Metodi Induttivi e presunzioni nell' accertamento tributario*. Milano:Giuffrè Editore, 1988.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória (individual e coletiva)* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 115, p.75-85, maio/jun. 2004.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. São Paulo: Ática, 1961.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa América, 1961.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ulbadino. Índícios e presunções como meio de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan./mar. 1985.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. Curitiba: *Revista Genesis*, v. 33, p. 484-510, 2004.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1984. v. 4, t. 1 (Artigos 329 a 399).

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba de la simulacion*, Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1972.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

NICOLAU, Alessandro F. As presunções judiciais e as regras de experiência. *Revista Genesis*, Curitiba, n. 28, abr./jun. 2003.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997. v. 4: Indicios y presunciones.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

PIERANGELLI, José Henrique. Da prova indiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 610, p. 283-303, ago. 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 3.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) *Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p. 219-243.

RAMAJOLI, Sergio. *La prova nel processo penale*. Padova: Cedam, 1995.

RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. Le prove illecite nel processo civile. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 41, n. 1-2, p. 34-87, 1987.

\_\_\_\_\_. Prove e argomenti di prova. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 42, n. 3-4, p. 1036-1104, 1988.

ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil: parte especial*. Bogotá: Temis Depalma, 1972.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1956.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSONI, Isabella. *Quae singula non posunt collecta iuvant; La teoria della prova indiziaria nell'eta medievale e moderna*. Milano: Giuffrè, 1995.

RUSSO, Vincenzo. *La prova indiziaria e il giusto processo*. Napoli: Jovene, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad editor, 1950. v. 5.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

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

SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1978.

\_\_\_\_\_. Natureza de la prueba. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 462, ano 63, p. 11-22, abr. 1974.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA NEVES, Antonio Felipe da. *Da prova indiciária no processo penal*. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1986.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Prova ilícita do cível. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Centro de Estudios Raimón Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 39, p. 74-120, 1978.

\_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista de Diritto Processuale*, v. 45, p. 420-448, 1990.

\_\_\_\_\_. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura civile*, Milano, p. 733-756, 1992.

\_\_\_\_\_. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 28, p. 389-434, 1973.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 355, p. 101-118, 1997.

\_\_\_\_\_. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Casimiro A. *Valoracion de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile (profili di teoria generale). *Rivista di Diritto Procedura*, n. 1, p. 2-25, jan./mar. 1998.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e do procedimento probatório. *Revista Genesis*, Curitiba, n. 31, jan./mar. 2004.