

Unid. VII - Os indícios são meio de prova?

**Obrigatória:**

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22-51.

MARIA THEREZA ROCHA  
DE ASSIS MOURA

# A Prova por Indícios no Processo Penal

1994

 editora  
**SARAIVA**

## IV. CONCEITO DE INDÍCIO

### IV.1 Conceito comum

Indício, em sentido amplo, corresponde, modernamente, a sinal, argumento, vestígio, indicação, aspecto, aparência, mostra, rasto, marca, pegada, descoberta, revelação<sup>66</sup>.

O significado primitivo da palavra no Direito Romano equivalia a denúncia<sup>67</sup>, delação do crime oculto, acusação, suspeita, prêmio que se dava ao denunciante. Daí a expressão *indicium profiteri*, utilizada no sentido de delatar os cúmplices para conseguir a impunidade<sup>68</sup>.

66. Cf. Carlos Albertó Zwanck (Indícios, in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, s.d., v. XV, p. 487), assinalando que os gregos denominavam os sinais *tecnaria* e *semeia*, segundo fossem necessários ou não necessários, entendendo o autor por indícios necessários aqueles que não podem faltar; Cândido de Figueiredo, *Novo Dicionário...*, cit., p. 93; *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, cit., p. 703; Antonio de Moraes Silva, *Dicionário...*, cit., p. 150; Simões da Fonseca, *Novo Dicionário Enciclopédico Ilustrado da Língua Portuguesa*, refundido e acresc. por João Ribeiro, Rio de Janeiro-Paris, Ed. Garnier, 1926, p. 718; *Piccola Enciclopedia Legale*, 2. ed., Torino, UTET, 1931, p. 519; José da Silva Bandeira, *Dicionário de Sinônimos da Língua Portuguesa*, 2. ed. com as duas ortografias, cor., e aum., Coimbra, Tipografia da Gráfica de Coimbra, 1931, p. 288; Antonio Dellepiane, *Nueva Teoría General de la Prueba*, 4. ed., Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1939, p. 69; Francisco Torrinha, *Dicionário Latino-Português*, 3. ed., Porto, Ed. Maranus, 1945, p. 414; Geraldo de Ulhôa Cintra & José Cretella Jr., *Dicionário...*, cit., p. 539; Roque de Brito Alves, *Dos Indícios...*, cit., p. 11; *Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado*, cit., p. 397; Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário...*, cit., p. 2953; Francisco Silveira Bueno, *Grande Dicionário...*, cit., p. 1906; De Plácido e Silva, *Vocabulário...*, cit., p. 817; Leib Soibelman, *Dicionário Geral de Direito*, São Paulo, Bushatsky/Edusp, 1973, v. II, p. 315; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1973, p. 26; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário...*, cit., p. 758; Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 15. ed. rev., atual. e ampl. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1981, t. IV, p. 390; Antonio Felipe da Silva Neves, *Da Prova...*, cit., p. 4.

67. Nesse sentido, v. Digesto, 50, 16, 197, versão castelhana A. D'Ors et al., 1975, t. III, em tradução livre: haver indicado é ter denunciado; haver argüido é ter acusado, havendo por convicto o réu.

68. Cf. P. D. Benedicto Pereyra, *Vocabularium...*, cit., p. 430; Emmanuelis Josephi Ferreira, *Magnum Lexicon Latino-Lusitanum*, Paris, J. P. Aillard, 1852, p. 350; Théodore Mommsen, *Droit Pénal...*, cit., t. II, p. 123, nota de rodapé; Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., p. 297, nota de rodapé n. 2; Francisco Torrinha, *Dicionário...*, cit., p. 414; Geraldo de Ulhôa Cintra e José Cretella Jr., *Dicionário...*, cit., p. 539; Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho Romano*, 2. ed., Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 294; Guillermo Cabanellas, *Diccionario...*, cit., v. IV, p. 390.

*Index*, por seu turno, era a pessoa que acusava a outra de crime, de que era cúmplice<sup>69</sup>, restando, freqüentemente, impune se sua informação levasse à descoberta do criminoso<sup>70</sup>.

É certo, porém, que, apesar da primitiva acepção, o vocábulo também foi utilizado pelos romanos em seu sentido moderno, embora tenham sido preferidos os termos *argumentum* e *signum*, designando a possibilidade de um convencimento judicial, ainda que sem testemunhos ou outras provas diretas<sup>71</sup>.

A interpretação moderna do vocábulo permite concluir que "indício" é um termo objetivo, concreto, expressando um fato que serve para indicar outro<sup>72</sup>, ou, ainda, ação ou sinal que dá a conhecer o oculto<sup>73</sup>.

### IV.2 Conceito jurídico

A acepção comum de indício não difere, de modo substancial, de seu significado jurídico, principalmente porque ambos expressam a idéia básica de descobrir, mostrar.

69. V. Emmanuelis Josephi Ferreira, *Magnum...*, cit., p. 350.

70. Cf. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 498, para quem *indicium* significava tanto a denúncia como a recompensa dada ao *index*.

71. Cf. Théodore Mommsen, *Droit Pénal...*, cit., p. 123, nota de rodapé; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 14, e Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., t. III, p. 473, nota de rodapé. O termo indício é encontrado em seu sentido moderno no Direito Romano, por exemplo, no Digesto de Justiniano, 48, 18, 1, e no Código Justiniano, Livro III, Título XXXII, 19, *De Rei Vindicatione*, e Livro IV, Título XIX, 25, *De Probationibus*.

72. Cf. Francesco Carrara, *Programma...*, cit., p. 492, parágrafo 964. No mesmo sentido, Antonio Luiz da Camara Leal, *Comentários...*, cit., p. 88, e Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, *Da Prova...*, cit., p. 153.

73. Nesse sentido: Cândido de Figueiredo, *Novo Dicionário...*, cit., p. 93; *Enciclopédia Universal Ilustrada Europeo-Americana...*, cit., p. 1308; *Diccionario Enciclopédico Salvat*, 2. ed., Barcelona-Buenos Aires, Salvat, 1945, t. VIII, p. 36; *Diccionario Enciclopédico UTEHA...*, cit., p. 275; *Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado...*, cit., p. 397; Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário...*, cit., p. 2953. Na Doutrina: Leopoldo López Infantes y Pérez, *Apreciación de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, s.ed., 1902, p. 129; Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal...*, cit., p. 108; Roque de Brito Alves, *Dos Indícios...*, cit., p. 11.

Consagrados dicionários e enciclopédias definem o indício, em sentido estrito, ora como circunstância relacionada ao fato<sup>74</sup>, ora como todo fato que guarde relação com outro<sup>75</sup>, ou ainda como sinônimo de presunção<sup>76</sup>.

No que concerne à índole da operação mental efetuada, de igual modo os escritores se dividem: para uns é ela basicamente indutiva<sup>77</sup>; para outros, dedutiva<sup>78</sup>, havendo quem a entenda como conjectura, produzida por circunstâncias de um fato<sup>79</sup>.

As opiniões divergentes retratam as diferentes posturas dos escritores diante do tema, e constituem importante ponto de discussão na doutrina, como veremos a seguir.

### IV.3 Postura da doutrina

As inúmeras divergências apontadas, no que pertine ao conceito jurídico de indício, refletem grande confusão de idéias reinante na doutrina.

A título exemplificativo, deteremo-nos nas definições de alguns autores consagrados.

74. V. Carlos Alberto Zwanck, Indícios, in *Enciclopedia Jurídica...*, cit., v. XV, p. 487; Sady Cardoso de Gusmão, Indício, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Borsoi, s.d., v. XXVI, p. 311; Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de um Dicionário Jurídico, Teorético e Prático*, Lisboa, Rolandiana, 1825, t. II, s.p.; Dicionario Enciclopédico Salvat..., cit., p. 36; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário...*, cit., p. 758; Rafael de Pina, *Diccionario de Derecho*, 6. ed. rev. e aum., México, Porrúa, 1977, p. 241; Angelo Favata, *Dizionario dei Termini Giuridici*, 6. ed., Piacenza, La Tribuna, 1979, p. 158; Leib Soibelman, *Enciclopédia do Advogado*, 4. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1983, p. 194; Julia Infante Lope, *Diccionario Jurídico*, Barcelona, Editorial de Vecchi, 1984, p. 158; Maria Chaves de Melo, *Diccionario Jurídico Português-Inglês — Inglês-Português*, Rio de Janeiro, Bamister's, 1984, p. 116.

75. V. *Piccola Enciclopedia Legale...*, cit., p. 519; Geraldo de Ulhôa Cintra e José Cretella Jr., *Dicionário...*, cit., p. 539; Pedro Orlando, *Novíssimo Dicionário...*, cit., p. 333; Cassidoro Cantarano, Prova (Dir. Proc. Pen.), in *Enciclopedia Forense*, Milano, Vallardi, 1959/60, v. V, p. 1083; José de Moura Rocha, Prova Indiciária, in *Enciclopédia Saraiva...*, cit., v. 62, p. 351; Pedro Nunes, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, 10. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979, v. II, p. 514; *Lexique de Termes Juridiques*, 5. ed., Paris, Dalloz, 1981, p. 230.

76. V. José Ferreira Borges, *Diccionario Jurídico-Comercial*, Pernambuco, Santos & Cia., 1843, p. 208; De Plácido e Silva, *Vocabulário...*, cit., p. 817.

77. Cf. Sady Cardoso de Gusmão, Indício, in *Repertório Enciclopédico...*, cit., p. 311; Pedro Orlando, *Novíssimo Dicionário...*, cit., p. 333; Cassidoro Cantarano, Prova, in *Enciclopedia Forense...*, cit., v. V, p. 1083; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário...*, cit., p. 758; *Lexique de Termes Juridiques...*, cit., p. 230.

78. Cf. *Piccola Enciclopedia Legale...*, cit., p. 519; Rafael de Pina, *Dicionário...*, cit., p. 241; Leib Soibelman, *Enciclopédia...*, cit., p. 194.

79. Cf. Julia Infante Lope, *Diccionario...*, cit., p. 158.

O indício é definido por Gianturco<sup>80</sup> como “fato conhecido do qual, através de um juízo lógico, que se coloca no esquema característico do silogismo probatório, se pode argumentar a existência de outro fato desconhecido, que constitui o ‘thema probandum’”.

Para Manzini<sup>81</sup>, indício é a “circunstância certa da qual se pode tirar, por indução lógica, uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um fato a provar”.

Malatesta<sup>82</sup>, por sua vez, o conceitua como “argumento probatório indireto, que deduz o desconhecido por meio da relação de causalidade”.

É de enfatizar-se, ainda, que, enquanto Gianturco vê sinonímia entre indício e presunção, Manzini e Malatesta entendem que as duas palavras possuem significado diverso.

João de Castro Mendes<sup>83</sup> fala em “*atos probatórios indiciários*” ou indícios, conceituando-os como “os que permitem concluir pela verificação ou não verificação de outros fatos em virtude das leis naturais conhecidas pelos homens, e que funcionam como máximas de experiência”.

Da análise das idéias acima expostas, pode-se concluir que, ao emitirem o conceito de indício, os doutrinadores divergem, basicamente, em dois pontos:

a) para uns, o indício é fato<sup>84</sup>; segundo outros, circunstância<sup>85</sup>; con-

80. Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 213.

81. Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., v. III, p. 482.

82. Nicola Framarino dei Malatesta, *A Lógica...*, cit., p. 220.

83. João de Castro Mendes, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Ática, 1961, p. 182.

84. Segundo entendimento de Santiago López-Moreno, *La Prueba de Indicios...*, cit., p. 141; Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal...*, cit., p. 117; Antonio Luiz da Camara Leal, *Comentários...*, cit., p. 88; Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 213; Vicente de Paulo Vicêncio de Azevedo, *Curso...*, cit., p. 11; Roque de Brito Alves, *Dos Indícios...*, cit., p. 34; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do Seqüestro...*, cit., p. 26; Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, 2. ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1978, v. 4, p. 159; Rogério Lauria Tucci, *Do Corpo de Delito...*, cit., p. 191, embora mencione à p. 190 a expressão “dado circunstancial”; Hernando Devis Echandía, *Teoria...*, cit., v. II, p. 601; Adalberto J. Q. T. de Camargo Aranha, *Da Prova...*, cit., p. 202.

85. Cf. pensamento de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, 4. ed. em. e acr., Lisboa, Imprensa Regia, 1831, p. 52, parágrafo LIV; Francesco Carrara, *Programma...*, cit., p. 493, parágrafo 963; Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., v. II, p. 172; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 12; Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., p. 482; Rafael de Pina, *Diccionario...*, cit., p. 241; Vicente Greco Filho, *Direito Processual...*, cit., p. 186.

forme outros ainda, coisa em sentido amplo<sup>86</sup> e, enfim, consoante alguns, indica indistintamente um fato, uma circunstância ou uma coisa<sup>87</sup>;

b) quanto ao método de raciocínio empregado pelo sujeito investigador, de acordo com alguns ele é indutivo<sup>88</sup>; para outros, dedutivo<sup>89</sup>; na opinião de outros ainda, indutivo-dedutivo<sup>90</sup>; por fim, há os que falam, genericamente, em inferência<sup>91</sup>.

86. Menciona Moacyr Amaral Santos (*Prova...*, cit., p. 431) que a palavra indício é sinônima de circunstância, mas entende que, adotando-se vocabulário excessivamente técnico, pode-se chamar indício à coisa e circunstância ao fato no qual se funda o raciocínio para chegar ao fato desconhecido; Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1950, v. I, p. 322. No mesmo sentido, Inocêncio Borges da Rosa, *Proceso Penal...*, cit., p. 117.

87. Cf. Eugenio Florian, *Delle Prove Penali*, Milano, Vallardi, v. I, 1924, p. 82, e Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., p. 300-1. No sentido de que indício é o fato, circunstância acessória que se prende ao crime, posicionam-se C. Mittermayer, *Tratado...*, cit., p. 220 e, entre nós, Galdino Siqueira (*Curso...*, cit., p. 280, n. 320), que adota a definição de Mittermayer. Jeremias Bentham, em sua obra *Tratado de las Pruebas Judiciales*, trad. do francês por Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, EJEA, 1971, v. I, embora afirme, à p. 374-5, que toda "prova circunstancial" é um fato destinado a servir de base a uma indução, e à p. 292 que a distinção entre fato e circunstância é só relativa a um fato determinado, e que todo fato, com respeito a outro, pode chamar-se uma circunstância.

88. Segundo entendimento de Santiago López-Moreno (*La Prueba de Indicios...*, cit., p. 61 e 68), inobstante afirme que, quando a indução não é suficiente, o espírito recorre à dedução; Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., v. I, p. 48, e *Principi di Diritto Processuale Penale*, 3. ed., Catania, Casa del Libro, 1948, v. I, p. 467; Luigi Lucchini, *Elementi di Procedura Penale*, 5. ed. rev. e cor., Firenze, G. Barberá, 1921, p. 169; R. Garraud, *Précis de Droit Criminel*, 3. ed., rev. e cor., Paris, Sirey, 1921, n. 383, p. 785; Antonio Luiz da Camara Leal (*Comentários...*, cit., p. 89), salientando que a experiência e o raciocínio são os elementos que entram na indução lógica pela qual do fato conhecido se infere o desconhecido; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 13; Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., p. 482; Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso...*, cit., p. 11; Jeremias Bentham, *Tratado...*, cit., p. 374; Rogério Lauria Tucci, *Do Corpo de Delito...*, cit., p. 190; *Lexique de Termes Juridiques*, cit., p. 230.

89. Cf. Leopoldo López Infantes y Pérez, *Apreciación...*, cit., p. 130; Nicola F. Malatesta (*A Lógica...*, cit., p. 220), afirmando que o que existe é um raciocínio indicativo que deduz o conhecido do desconhecido, partindo do princípio da causalidade; Carlos Lessona, *Teoria...*, cit., p. 113; Erich Dohring, *La Prueba*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJEA, 1972, Colección Ciencia del Proceso 61, p. 318; Rafael de Pina, *Diccionario...*, cit., p. 241; Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., v. 4, p. 159-160; Adalberto J.Q.T. de Camargo Aranha, *Da Prova...*, cit., p. 159.

90. Para os autores que assim se posicionam, indução e dedução se combinam no juízo lógico-crítico: R. Garraud, *Traité...*, cit., n. 275, p. 538; Antonio Dellepiane, *Nueva Teoria...*, cit., p. 71-72; François Gorphe, *L'Appréciation des Preuves en Justice*, Paris, Sirey, 1947, p. 46; Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 27, 33-7; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do Sequestro...*, cit., p. 26; Hernando Devis Echandía, *Teoría...*, cit., v. II, p. 601.

91. Cf. Enrico de Giulj, Prova Penale, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, Società Editrice Libreria, s.d., v. XIII, Parte IV, p. 588; Moacyr Amaral Santos, *Prova...*, cit., p. 431, e José Cafferata Neres, *La Prueba...*, cit., p. 202.

O embaralhamento de opiniões a respeito da cada um destes itens se reflete num importante problema, que de igual modo confunde e divide a doutrina: "indício" e "presunção" são vocábulos sinônimos<sup>92</sup> ou não<sup>93</sup>?

#### IV.4 Nosso conceito de indício

Abordaremos as duas primeiras questões acima colocadas, como ponto de partida, para emitirmos o nosso conceito, e, ao depois, analisarmos a terceira.

92. Segundo pensamento de C. Mittermayer, *Tratado...*, cit., v. 2, 7ª Parte, p. 220; Edouard Bonnier, *Traité...*, cit., n. 818, p. 662; R. Garraud, *Traité...*, cit., v. II, p. 254, n. 480; Pierre Garraud, *La Preuve...*, cit., p. 7; R. Garraud, *Précis...*, cit., p. 782; Giuseppe Bettiol, *Sulle Presunzioni nel Diritto e nella Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 13-4; Antonio Dellepiane, *Nueva Teoria...*, cit., p. 116-8; François Gorphe (*L'Appréciation...*, cit., p. 247), embora afirmando que indício se reporta ao caso concreto, enquanto presunção se reporta a uma situação mais geral, e concluindo que o papel de ambos é o mesmo dentro da prova; Francesco Carnelutti, *Lecciones...*, cit., p. 318; Miguel Fenech, *El Proceso Penal*, Barcelona, Bosch, 1956, n. 106, p. 106; Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 20 a 31; Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, 2. ed. atual., Rio de Janeiro, Record, 1960, v. I, p. 349; José Frederico Marques, *Elementos...*, cit., v. II, p. 374 e 377; Giovanni Leone (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, v. II, 1963, p. 162) entende que a expressão máxima da presunção *hominis* é dada da prova indiciária; Carlos Lessona (*Teoría General...*, cit., t. I, p. 47, e t. V, p. 113-21, n. 57), embora admitindo que indício e presunção tenham uma diferença inicial (o indício é a causa — o fato conhecido —, e a presunção, o efeito — o conhecimento do fato antes ignorado), entende que na sua essência as duas palavras são sinônimas; Manoel Serra Dominguez (Indícios, in *Nueva Enciclopedia Jurídica...*, cit., p. 348-50), asseverando que a única diferença entre presunção e indício é que integram momentos diferentes de um mesmo juízo, sendo o indício o elemento inicial de que parte a presunção; E. Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, 10. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 131; Guillermo Cabanellas, *Diccionario...*, cit., t. VI, p. 501; Adalberto J.Q.T. de Camargo Aranha, *Da Prova...*, cit., p. 157.

93. Cf. Sady Cardoso de Gusmão, Indícios, in *Repertório...*, cit., XXVI:309-310; Eduardo Espínola Filho, Indícios, Presunções, Alibi e a Prova Contra-indiciária no Processo Penal, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Borsoi, s.d., v. XXVI, p. 315-7; Enrico de Giulj, Prova Penale, in *Enciclopedia Giuridica...*, cit., v. XIII, Parte IV, p. 589; Santiago López-Moreno, *La Prueba...*, cit., p. 318; Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., v. II, p. 72 a 76 e 185, e *Principi di Diritto...*, cit., v. I, p. 466-7; Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., n. 211, p. 308; Luigi Lucchini, *Elementi...*, cit., p. 170; Francesco Coppola, Presunzione, in *Digesto...*, cit., v. XIX, p. 867; Galdino Siqueira, *Curso...*, cit., p. 280-1; Virgilio Andrioli, Presunzione, in *Nuovo Digesto...*, cit., v. X, p. 335; Inocêncio Borges da Rosa, *Proceso Penal...*, cit., v. II, p. 108-9; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 13 e 14; Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., v. III, n. 332, p. 483; Ary Azevedo Franco, *Código de Processo Penal*, 6. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. I, p. 308; Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso...*, cit., v. 2, p. 10-1; Cassidoro Cantarano, Prova, in *Enciclopedia Forense...*, cit., v. V, p. 1085; *Direito Judiciário Brasileiro*, 5. ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1960, p. 193-4;

#### IV.4.1 Fato, circunstância e coisa

##### IV.4.1.1 Fato

A palavra "fato" provém do termo latino *factum*, *i*, que significa feito, acontecido<sup>94</sup>.

Genericamente, é sinônimo de acontecimento, sucesso, caso, aquilo que realmente existe, que é real<sup>95</sup>.

Em Direito Civil, fato significa todo acontecimento natural, sem qualquer componente volitivo, sendo, neste sentido, comumente utilizado como sinônimo de evento, *lato sensu*.

Em Direito Penal, porém, o termo assume outro sentido, correspondendo, para a maioria dos autores, à somatória da ação praticada pelo agente e o seu resultado jurídico, penalmente relevante (ou evento em sentido estrito)<sup>96</sup>. Se, porém, o resultado não interessar ao Direito Penal, a ação, por si só, constituirá o fato, como nos crimes de mera conduta<sup>97</sup>.

Nicola F. Malatesta, *A Lógica...*, cit., v. I, Parte III, Cap. III, p. 204, 206 e s.; Roque de Brito Alves, *Dos Indícios...*, cit., p. 20; Giuseppe Sabatini, Prova (Dir. Proc. Pen. e Dir. Proc. Pen. Militar), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, v. XIV, p. 308; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do Sequestro...*, cit., p. 30-2; Rafael de Pina, *Dicionário...*, cit., p. 241, e *Tratado de las Pruebas Civiles*, 2. ed. rev. e atual. por Rafael de Pina Vara, México, Porrúa, 1975, p. 214; Hernando Devis Echarandia, *Teoría...*, cit., t. II, p. 613; Eugenio Florian, *De las Pruebas Penales*, 3 ed., versão castelhana de Jorge Guerrero, Bogotá, Ed. Temis, 1982, t. I, p. 128-9, embora mencionando que a diferença não possui valor prático no campo das provas penais; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, Indícios e Presunções como Meio de Prova, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 37:52-7, jan./mar. 1985; José Henrique Pierangeli, Da Prova Indiciária, *RT*, 610:290-7; Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo...*, cit., p. 303.

94. V. Álvaro Villaça Azevedo, Fato (Direito Civil), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 36, p. 304-5.

95. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário...*, cit., p. 614; Armida Bergamini Miotto, Fato (Direito Penal), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, v. 36, p. 305-6; Francisco Fernandes, *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa*, 30. ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft, Rio de Janeiro, Globo, 1989, p. 450.

96. V. Armida Bergamini Miotto, Evento (Direito Penal), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, v. 34, p. 259-61, 1981; Armida Bergamini Miotto, Fato (Direito Penal), in *Enciclopédia Saraiva...*, cit., v. 36, p. 305-6.

97. A propósito, assevera Manoel Pedro Pimentel (*Crimes de Mera Conduta*, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 12-4) que o resultado da ação ou da omissão pode, em alguns casos, ser indiferente para a integração do ilícito penal, bastando, apenas, a conduta. O autor entende a expressão *fato* como "primeiro elemento do conceito jurídico do crime", sendo seu núcleo fundamental e imprescindível a conduta exterior perceptível.

É bom que se registre que as palavras "fato" e "evento", sob o aspecto penal, não se confundem: o evento apenas integrará o fato na medida em que se revelar juridicamente relevante<sup>98</sup>.

Em Direito Processual, registra Castro Mendes<sup>99</sup> que o conteúdo do conceito de fato tem levantado algumas dúvidas, sobretudo na doutrina alemã.

Menciona o autor português que, no Direito alemão, *fato* (*tatsache*) vem conceituado de modo extremamente lato, sendo não só sucessos, acontecimentos, atos, mas também condições, evoluções, circunstâncias duradouras, sempre existentes ou anteriormente dotadas de existência.

É todo o acontecimento (*Vorgang*), mas entendida esta palavra em sentido tão lato, que chega a abranger os fatos hipotéticos, com a diligência do *bonus paterfamilias*.

E cita a definição de Rosenberg: fatos são "os acontecimentos e condições passados e presentes do mundo exterior e da vida anímica humana, concretos e determinados quanto a espaço e tempo".

Para Bentham, fato é tudo o que pode ser enunciado ou expresso por uma proposição, sendo ele afirmativo, se expresso por uma proposição afirmativa, e negativo, se expresso por uma proposição negativa.

Verifica-se, pois, que, em Direito Processual, o termo "fato" está ligado ao seu sentido geral, de algo que sucedeu, ou aconteceu, ou ainda acontece, vale dizer, um acontecimento, interno ou externo, ou uma ocorrência ou uma circunstância duradoura, que é em si perceptível.

Fato é, assim, um termo objetivo, independente da representação mental, que dele possa ter o sujeito, ou seja, reporta-se a uma realidade objetiva.

98. Conquanto os termos *evento* e *resultado* possuam significados diferentes nas línguas espanhola e latina, são eles empregados indiferentemente pelos nossos doutrinadores, para designar o efeito juridicamente relevante da conduta.

Assinalava Everardo da Cunha Luna (*O Resultado no Direito Penal*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 10-1) que o termo *resultado* deve ser preferido ao termo *evento*, porque, além de ser empregado em vários dispositivos do Código Penal, tem significação precisa: significa sucesso, acontecimento, tanto podendo ser evento o efeito da ação, como a própria ação, ou o crime com todos os seus elementos. Manoel Pedro Pimentel (*Crimes...*, cit., p. 28), por seu turno, preferiu o emprego da expressão *evento*, entendendo-o como efeito natural da conduta, relevante para o Direito Penal. Paulo José da Costa Jr. (*Curso de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1991, v. 1, p. 51 e s.) também utiliza o termo *evento*, mas, para o autor, as concepções naturalística e jurídica (a primeira afirmando que evento é o efeito natural da conduta, relevante para o Direito Penal, enquanto, para a segunda, evento é o resultado jurídico da conduta), ao contrário de se excluírem, completam-se. E conclui: "Todo crime tem evento (jurídico). Nem todo crime tem evento (naturalístico). Os crimes omissivos puros, bem como os de simples atividade, são desprovidos de evento físico".

99. João de Castro Mendes, *Do Conceito de Prova...*, cit., p. 484-6.

Ainda em Direito Processual, o fato é, comumente, dito notório quando, sendo geral o conhecimento de sua existência, seria perfeitamente ocioso pretender prová-lo, donde o brocardo *notorium non eget probatione*, como regra<sup>100</sup>.

Ensina Carnelli<sup>101</sup> que “o fato notório tem lógica e juridicamente definida a sua natureza como um produto dos sentidos: é um testemunho. Mas um testemunho de ordem social, que envolve, conseqüentemente, a ‘autoridade’ dos homens. Um testemunho verificado por natural impulso analítico da alma coletiva”.

Conquanto seja conceituado como de conhecimento geral, o fato notório, por certo, não o tem que ser, forçosamente, a todos os homens, sem limitação de tempo e espaço.

Neste passo, afirma Castro Mendes<sup>102</sup> que a delimitação da extensão subjetiva do conhecimento não se faz geográfico-politicamente nem sociologicamente. Faz-se processualmente.

As afirmações notórias devem, pois, ser conhecidas de todos os sujeitos processuais — juiz e partes. Isso implica que se trate de afirmações, normalmente, conhecidas na menor esfera social que compreenda todos os sujeitos processuais, tomados nas suas características, processualmente, relevantes.

Não se perca de vista, contudo, que, em processo penal, os fatos notórios, embora possam interessar à definição de elementos da infração, não são específicos dela, como, por exemplo, o calendário, a situação geográfica das localidades, os fenômenos naturais, como o dia e a noite, uma grande calamidade, como um terremoto ou uma epidemia generalizada por todo o país<sup>103</sup>.

E, referindo-se eles somente a circunstâncias secundárias e independentes do verdadeiro objeto da sentença, como ressalta Ellero<sup>104</sup>, entende-

100. Cf. Narcélio Queiroz, O Novo Código de Processo Penal, RF, Rio de Janeiro, XCIII (477):457-67, março de 1943; De Plácido e Silva, *Vocabulário...*, cit., v. II, p. 680; Leib Solbelman, *Dicionário...*, cit., v. I, p. 273; Angelo Favata, *Dizionario...*, cit., p. 201; Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Fato Notório, in *Enciclopédia Saraiva...*, cit., v. 36, p. 349-51; Manuel Cavaleiro Ferreira, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Danúbio, 1986, v. 1, p. 211; Vicente Greco Filho, *Direito Processual...*, cit., v. 2, p. 175; Rogério Lauria Tucci, *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1989, v. 2, p. 341.

101. Lourenzo Carnelli, *O Fato Notório*, trad. Érico Maciel, Rio de Janeiro, Konfino, 1957, p. 201.

102. João de Castro Mendes, *Do Conceito de Prova...*, cit., p. 634.

103. Cf. Manuel Cavaleiro Ferreira, *Curso...*, cit., p. 211.

104. Pietro Ellero, *De la Certidumbre en los Juicios Criminales*, trad. do italiano por Adolfo Posada, 1. ed., Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1896, p. 236.

mos que o fato notório não pode ser considerado indício, tampouco pode servir de base para a ilação indiciária. Vale por si.

#### IV.4.1.2 Circunstância

O vocábulo “circunstância”, por seu turno, provém do latim *circumstare*, composto de *circum*, ao redor, e *stare*, estar. Assim, etimologicamente, circunstância é aquilo que está ao redor, anexo, em volta do fato<sup>105</sup>.

Em sentido jurídico-penal, a circunstância é um elemento accidental, que gira em torno do fato criminoso, sem que interfira em sua estrutura típica, mas influndo sobre a quantidade punitiva, para efeito de agravá-la ou abrandá-la.

Daf dizer-se, como Miguel Reale Júnior<sup>106</sup>, que “as circunstâncias possuem caráter acessório, pois apenas se acrescentam à estrutura típica, cujos elementos constitutivos vêm descritos no modelo legal. A ausência ou presença das circunstâncias não altera o tipo penal, que se configura pelas notas contidas na norma incriminadora”.

A circunstância é vista, neste sentido, quanto à sua forma: a lei penal tipifica um fato, e as circunstâncias o acompanham, particularizando-o.

Ela é dita objetiva quando se prende à realização objetiva do fato, como o lugar ou o tempo em que este se realiza, seu objeto, forma de execução, as condições da vítima, ou qualquer outra modalidade da ação ou omissão<sup>107</sup>.

É subjetiva a circunstância que adere à pessoa do agente, suas condições ou qualidades pessoais, referindo-se à imputabilidade, à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, à reincidência<sup>108</sup>.

Há de convir-se, porém, que, se analisada no plano da substância, circunstância é fato.

Afirmam Bentham e Ellero, dentre outros<sup>109</sup>, que todo fato, se considerado parte de outro, é uma circunstância dele; e este mesmo fato pode, por sua vez, considerar-se parte, e, portanto, circunstância de um terceiro.

105. Cf. Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal...*, cit., v. II, p. 116; Roque de Brito Alves, *Dos Indícios...*, cit., p. 31.

106. Miguel Reale Júnior, Circunstâncias do Crime, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 14, p. 412.

107. V. verbeje Circunstância, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 14, p. 427.

108. V. verbeje Circunstância, in *Enciclopédia Saraiva...*, cit., v. 14, p. 428.

109. Pietro Ellero, *De la Certidumbre...*, cit., trad. do italiano por Adolfo Posada, 4. ed. esp., Madrid, Ed. Reus, 1944, p. 55; Jeremias Bentham, *Tratado...*, cit., p. 292. V. também nota 87.

Dai resulta que todo fato, em sentido absoluto, pode, num sentido relativo, considerar-se como circunstância de outro fato.

Ressalta Ellero que o fato que se investiga no juízo criminal é o delituoso; as circunstâncias são aqueles fatos secundários, morais e materiais, que o constituem, e se manifestam no juízo direta ou indiretamente.

As circunstâncias, para Bentham, são fatos colocados ao redor de algum outro fato. E afirma que, podendo cada fato ser considerado como um centro, qualquer outro fato pode estimar-se como situado em torno daquele.

Isso nos leva a concluir que, em sua substância, circunstância e fato não constituem duas categorias distintas: circunstância é fato.

#### IV.4.1.3 Coisa

A expressão "coisa", do latim *res*, é equívoca: significa aquilo que existe ou pode existir; objeto inanimado; realidade, fato; negócio, interesse; empreendimento, empresa; acontecimento, ocorrência, caso; assunto, matéria; causa, motivo; mistério, enigma<sup>110</sup>.

Trata-se, portanto, de palavra de âmbito frequentemente indefinido, a que Ricardo Antunes Andreucci<sup>111</sup> chama de "porosa".

#### IV.4.1.4 Delimitação do conceito

A esta altura, acreditamos já ser possível delimitar o conceito de indício, quanto ao primeiro aspecto controvertido na doutrina.

Não temos dúvida de que indício é fato.

No que pertine à sua possível identificação com circunstância, a resposta dependerá do ângulo em que vislumbrada esta última.

Se a circunstância for entendida como aquilo que acompanha e particulariza o fato investigado, no sentido jurídico-penal de circunstância do crime, não há como traçar uma sinonímia com o indício.

110. V. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário...*, cit., p. 343; Francisco Fernandes, *Dicionário...*, cit., p. 213.

111. Ricardo Antunes Andreucci, *Direito Penal e Criação Judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 49.

Nesse sentido manifesta-se Inocêncio Borges da Rosa<sup>112</sup>, que assim diferencia indício e circunstância:

"Indícios do fato são sinais, vestígios, coisas, que se relacionam com o dito fato. Emanam, em geral, das coisas, dos objetos e semelhantes.

Circunstâncias do fato são atos, acontecimentos, eventos, particularidades que se ligam ao dito fato, precedendo-o, acompanhando-o, ou seguindo-o. Emanam, em geral, de atos ou fatos".

Conclui o mencionado autor não ser correto afirmar que as circunstâncias de tempo, de lugar e de ação, circunstâncias agravantes ou atenuantes, sejam indícios e vice-versa.

Vimos, contudo, que, em sua substância, circunstância e fato se equivalem e, sob esse plano, a circunstância pode ser vislumbrada como indício, já que este se relaciona, diretamente, a um fato conhecido.

Isso implica reconhecer que, sob esse ponto de vista, as circunstâncias judiciais, previstas nos arts. 59 e 66 do Código Penal, são indícios.

No que pertine à identidade entre indício e coisa, cremos que a concepção desta última, por ter significado demasiadamente genérico, deve ser evitada ao se definir indício em sentido jurídico.

Temos que, juridicamente, indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio.

#### IV.4.2 Indução, dedução e inferência

##### IV.4.2.1 Indução e dedução

Os termos "indução" e "dedução" possuem diversos significados em linguagem filosófica, que não serão aqui aprofundados por escaparem ao tema estudado.

De maneira resumida, passamos a exprimir os principais sentidos utilizados para designar as duas palavras.

Os autores costumam conferir à indução (do latim *inductio*) significado oposto ao de dedução (do latim *deductio*): aquela denota a pas-

112. Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal...*, cit., v. II, p. 117 e 122.

sagem do particular ao universal<sup>113</sup>, enquanto esta designa o processo de raciocínio que passa de um princípio geral a uma consequência particular<sup>114</sup>.

A indução é ainda identificada pelos autores como: a) processo de generalização; b) método da ciência enquanto, partindo da experiência, chega à determinação dos conceitos, à formulação das leis, ao accertamento de novos fatos<sup>115</sup>; c) operação mental que consiste em remontar certo número de proposições dadas, geralmente singulares ou especiais, chamadas "indutoras", a uma proposição ou a um pequeno número de proposições mais gerais, chamadas "induzidas", tais que impliquem todas as proposições indutoras<sup>116</sup>.

Em termos de lógica formal, a indução, partindo do particular, pode concluir o respectivo geral (indução generalizadora) ou outro particular análogo (indução particularizadora ou analógica).

Mas, em qualquer dessas formas, a consequência lógico-formal, vale dizer, a relação de concordância estabelecida da conclusão com a premissa, não é absolutamente rigorosa e necessária.

Daf dizer-se que, do ponto de vista lógico-formal, a conclusão indutiva é só logicamente provável ou razoavelmente fundada, não podendo ter necessidade formal absoluta<sup>117</sup>.

113. Cf. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofia*, México, Editorial Atlante, 1944, p. 360; Paul Foulquié, *Dictionnaire de la Langue Philosophique*, Paris, PUF, 1962, p. 357; Walter Brugger, *Diccionario de Filosofia*, 3. ed., trad. Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo, EPU, 1977, p. 231; *Enciclopedia Filosofica*, 2. ed. rev., Roma, Edipem, 1979, v. IV, p. 570; Sílvio de Macedo, *Curso de Lógica Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 123.

114. Cf. *Enciclopedia Cattolica*, Vaticano, E. L'Enciclopedia Cattolica per il Libro Cattolico, 1950, v. IV, p. 1298; José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofia...*, cit., p. 162; Walter Brugger, *Diccionario de Filosofia...*, cit., p. 122; *Enciclopedia Filosofica...*, cit., v. II, p. 732; Edmundo Dantès Nascimento, *Lógica...*, cit., p. 55; Leonardo van Acker (Elementos de Lógica Clássica Formal e Material, *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, XL(77-78):57, jan./jun. 1971), criticando esta definição de dedução ou silogismo, que para ele é dada do ponto de vista material e não puramente formal. Entende o autor que esta interpretação material do "geral" e do "particular" está errada, porque não pode definir ou caracterizar todo silogismo. Materialmente falando, há silogismos que procedem do geral para o igualmente geral; outros, que procedem do geral para o particular, e outros ainda que procedem até do particular para o geral, impropriamente chamados "indução matemática".

115. *V. Enciclopedia Filosofica...*, cit., v. IV, p. 570.

116. Cf. pensamento de André Lalande, *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, Buenos Aires, El Ateneo, 1967, p. 512.

117. *V.*, a respeito, Leonardo van Acker, Elementos..., *Revista da Universidade Católica...*, cit., p. 116-117.

A dedução, por sua vez, é em geral definida, em lógica formal, como a operação mental consistente em concluir, rigorosamente, de uma ou mais proposições dadas (antecedentes ou premissas) uma outra proposição, que é a consequência logicamente necessária<sup>118</sup>.

Assim entendida, a dedução é a argumentação, cuja conclusão resulta das premissas por necessidade ou exigência formal da posição das mesmas, e independentemente do caráter verdadeiro ou errôneo da respectiva matéria ou assunto<sup>119</sup>.

Se, como vimos, sob o aspecto lógico-formal, a dedução e a indução são examinadas segundo a forma ou estrutura da argumentação, do ponto de vista lógico-material, contudo, elas cedem lugar ao exame da verdade das proposições, que as compõem.

Segundo a verdade, ensina Van Acker, as proposições podem ser necessárias (ou seja, proposições necessariamente verdadeiras e impossivelmente falsas); impossíveis (isto é, proposições impossivelmente verdadeiras e necessariamente falsas); ou contingentes (vale dizer, proposições possivelmente verdadeiras e possivelmente falsas).

A argumentação, sob este aspecto, dependerá da verdade da conclusão lógico-formal: se esta for uma proposição necessária, a argumentação será demonstrativa; se constituir uma proposição contingente, a argumentação será provável; e, finalmente, se se tratar de uma proposição impossível, a argumentação será sofisticada.

Neste contexto, importa salientar que a argumentação indutiva particular ou analógica, em razão de concluir de um particular a outro, enquanto o segundo apresenta analogia ou semelhança em relação ao primeiro, tanto do ponto de vista lógico-formal como material, terá a sua conclusão apenas provável. Vale dizer, de um lado, sem necessidade formal absoluta e, por outro lado, materialmente contingente.

A argumentação dedutiva ou silogística, cuja conclusão aflora formalmente necessária e rigorosa, poderá ser ou materialmente demonstrativa ou materialmente provável, dependendo da verdade de suas proposições (se necessárias ou contingentes).

118. Cf. Josiane Schifres, *Léxico de Filosofia*, Cadernos Culturais, Lisboa, Ed. Inquérito, s.d., p. 40; Orris Soares, *Diccionario de Filosofia*, Rio de Janeiro, MEC, 1952, v. I, p. 291; Paul Foulquié, *Dictionnaire...*, cit., p. 154; André Lalande, *Vocabulario...*, cit., p. 217-218; José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofia*, ed. abrev. por Eduardo García Belsunce e Ezequiel de Olaso, Lisboa, Dom Quixote, 1982, p. 93-94.

119. *V.*, uma vez mais, Leonardo van Acker, Elementos..., *Revista da Universidade Católica...*, cit., p. 55.



Em sentido usual e não filosófico, indução equivale a inferência conjectural<sup>120</sup>. Especialmente, "processo de pensamento reconstrutivo, pelo qual, raciocinando em parte e em parte adivinhando, se remonta de certos indícios a fatos que estes fazem mais ou menos prováveis"<sup>121</sup>.

A dedução, por seu turno, em sentido vulgar, designa qualquer encadeamento lógico de fatos ou de argumentos, ou seja, qualquer conclusão tirada de fatos ou argumentos<sup>122</sup>.

#### IV.4.2.2 Inferência

Por inferência entendemos a operação lógica pela qual se conclui de um juízo outro juízo ligado com o primeiro, ou, então, o ato de tirar de um fato, ou de uma proposição dada, a consequência que dela resulta<sup>123</sup>.

Em seu sentido mais geral, a inferência compreende todos os processos discursivos, dos quais são casos particulares a indução, a dedução, o raciocínio por analogia.

Distingue-se a inferência em imediata e mediata.

A inferência imediata (processo discursivo simples) é a passagem de uma proposição a outra sem a intervenção de uma terceira.

A inferência mediata (processo discursivo complexo), ou raciocínio, comporta um silogismo: conclui-se uma proposição de outra por intermédio de outra ou outras proposições.

A indução e a dedução são, pois, espécies do gênero inferência.

#### IV.4.2.3 Determinação da índole da operação mental que se efetua no indício

Com base nos conceitos acima emitidos, podemos determinar a índole da operação mental que se efetua no indício e, conseqüentemente, na prova por indícios.

120. V. *Enciclopedia Cattolica*..., cit., v. VI, p. 1914; André Lalande, *Vocabulário*..., cit., p. 511.

121. Cf. André Lalande, *Vocabulário*..., cit., p. 512.

122. V. Josiane Schifres, *Léxico de Filosofia*..., cit., p. 40; Gerard Legrand, *Dicionário de Filosofia*, Lisboa, Edições 70, 1986, p. 108-9.

123. Cf. pensamento de José Ferrater Mora, *Diccionario*..., cit., p. 361; Paul Foulquié, *Dictionnaire*..., cit., p. 359; Armand Cuvillier, *Vocabulário de Filosofia*, 5. ed., trad. e adap. Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Penna, revisão portuguesa de Augusto Abelaira, Lisboa, Livros Horizonte, 1986, p. 103.

A nosso ver, o indício não resulta unicamente de uma indução nem de pura dedução, como, em geral, se dividem os doutrinadores<sup>124</sup>.

Como já dissemos, indício é todo rastro, sinal, vestígio, e, em geral, todo fato conhecido.

Para que o fato particular, conhecido, conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, por primeiro, um trabalho de indução, para ligá-lo a uma regra geral, fundada na observação do que ordinariamente acontece em fatos análogos, que é a determinação do caráter comum.

Da regra da experiência<sup>125</sup>, por dedução, se desce à aplicação ao caso concreto, para inferir-se o fato desconhecido ou indicado<sup>126</sup>.

Afirma Dellepiane<sup>127</sup> que, na maior parte dos casos, a operação mental que se efetua é uma *inferência analógica*, posto que consiste em uma dedução, apoiada numa inferência indutiva prévia, cujo fundamento, a premissa maior do silogismo, não é sempre uma lei, cientificamente comprovada e de caráter necessário, mas uma lei empírica, uma generalização ministrada pela experiência, um princípio comum, cujo caráter é contingente.

Para o autor argentino, a conclusão do raciocínio, em decorrência, é só provável, diferentemente do que ocorre numa inferência sacada de uma premissa maior, cuja lei não admite exceção, quando então se revestirá do caráter de dedução rigorosa.

Posicionamo-nos, pois, dentre aqueles que entendem que o trabalho lógico realizado na ilação indiciária é de natureza indutivo-dedutiva<sup>128</sup>.

Indução e dedução combinam-se e completam-se, no juízo lógico-crítico, sendo este trabalho até mesmo recomendado na procura da verdade judiciária, porque reforça a probabilidade da conclusão<sup>129</sup>.

É de salientar-se que a argumentação, baseada nos indícios, como de resto em qualquer provimento jurisdicional, é apenas materialmente contingente ou provável, porque a verdade das proposições é contingente.

124. V., a respeito dos autores que assim pensam, respectivamente, as notas 88 e 89.

125. Que não se confunde com o fato notório — v. item IV.4.1.1, *supra*.

126. V., a respeito, Guglielmo Sabatini, *Teoria*..., cit., p. 77.

127. Antonio Dellepiane, *Nueva Teoria*..., cit., p. 71-73.

128. V., a respeito dos autores que assim pensam, a nota 90.

129. Cf. R. Garraud, *Traité*..., cit., 1907, v. I, p. 538; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do Sequestro*..., cit., p. 29. Já Edmundo Dantès Nascimento (*Lógica*..., cit., p. 55), entendendo que o método para alcançar a certeza na prova é, essencialmente, a indução, partindo de fatos conhecidos para a causa desconhecida. Para o autor, a indução é a origem lógica da prova.

O indício não pode concluir apenas da máxima de experiência, como ocorre na presunção, fazendo-se imprescindível a existência do elemento particular, que irá ligar-se à regra geral, para, depois, ser aplicada ao caso concreto.

Em nossa opinião, a ilação indiciária não pode ser fruto apenas da dedução, isto é, de um silogismo autêntico e rigoroso, como entende parte da doutrina, pois, se assim fosse, a conclusão não passaria de uma declaração teórica, como se se tratasse de uma operação matemática.

A ilação indiciária não é uma simples enunciação lógico-teórica: esta se completa pela lógica concreta, que é a lógica do provável. Pensar-se de modo diverso, a nosso ver, é atribuir ao sujeito investigador ou uma atividade essencialmente técnica e não crítica ou então um excessivo arbítrio.

É bem de ver-se que o raciocínio, que se efetua no indício, é igual ao realizado no ato decisório judicial, definitivo ou terminativo.

Como bem salientado por Rogério Lauria Tucci<sup>130</sup>, ao particularizar a natureza jurídica da sentença, “ao mesmo tempo em que *ato de inteligência*, é a sentença, também, e, especialmente, *ato de vontade*. Ao elemento *razão*, que lhe dá conformação lógica, junta-se o *volitivo*, gerador de sua força obrigatória”.

Conclui o mencionado autor que, se fosse ela considerada apenas um juízo lógico, produto, simplesmente, do trabalho intelectual do juiz, “a prestação jurisdicional com que ele acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor restaria despida da *autoridade* que lhe é peculiar”.

#### IV.4.3 Tentativa de conceituação técnica de indício

Podemos agora expor, por inteiro, a nossa compreensão de indício.

Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.

É imperativo que o *factum probans* esteja completamente provado, conhecido, indubitado, para poder revelar o *factum probandum*. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida.

A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de existir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade; a permitir o conhecimento do fato ignorado.

O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato.

130. Rogério Lauria Tucci, *Curso...*, cit., v. III, p. 27.

## V. INDÍCIO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

### V.1 Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal é extremamente lacônico ao cuidar da matéria, tendo dedicado ao Capítulo X do Título VII, “Dos indícios”, apenas o art. 239, *in verbis*:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Ao conceituar o indício, o legislador empregou as palavras *circunstância e indução*.

O indício desponta definido como circunstância.

O Código utilizou o termo em seu sentido etimológico, de algo que está em volta do fato.

Mas, se considerarmos que todo fato, como parte de outro, é uma circunstância do mesmo, o conceito emitido pelo legislador pode ter o seguinte significado: circunstância como sinônimo de fato.

Acreditamos que o conceito de indício como fato teria sido de melhor técnica, pois já vimos que indício diz com fato conhecido e provado, relacionado a outro, que se deseja conhecer e tornar conhecido.

Em relação à expressão *indução*, esta foi empregada pelo Código em seu sentido vulgar, não rigorosamente técnico, de inferência conjectural, de ato reconstrutivo do pensamento.

Tecnicamente, o termo, tal como posto pelo legislador, tem o significado de argumentação materialmente provável, aplicável tanto à indução propriamente dita como à dedução, no sentido de ser a conclusão, apenas, contingente quanto à verdade, dita criminal.

Creemos que, em razão de constituir respeitável meio de prova, o indício merecia ter recebido melhor atenção do legislador, mormente no que concerne aos requisitos para sua valoração.

O Código limitou-se a conceituar o indício, mas a ele se refere, também, nos arts. 126 (indícios veementes da proveniência ilícita dos bens para a decretação do seqüestro), 134 (indícios suficientes de autoria para autorizar a inscrição da hipoteca legal), 312 (indícios suficientes de autoria para a decretação da prisão preventiva), 408 (indícios de autoria para a pronúncia) e 409 (indícios suficientes de autoria inexistentes, acarretando a impronúncia).

## V.2 Legislação processual civil

Apesar do laconismo, o Código de Processo Penal, ao menos, lembrou-se dos indícios. O Código de Processo Civil em vigor não lhe dispensa um artigo sequer.

Ao tratar da prova, o diploma processual civil de 1973 refere-se apenas à presunção, ao estatuir, no art. 334, que não dependem de prova os fatos em cujo favor militar presunção legal de existência ou veracidade.

Deixou, contudo, aberta a possibilidade de se provar por indícios, ao dispor, no art. 332, 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”.

Em conclusão, embora o Código em vigor não se refira, explicitamente, ao indício, este meio de prova não é vedado pelo legislador.

Já o Código de Processo Civil de 1939, ao contrário do vigente, referia-se expressamente ao indício, ao tratar das provas (Título VIII, Capítulo VI).

Disponha o art. 252 do Código revogado que:

“o dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé, poderão ser provados por indícios e circunstâncias”.

O art. 253, por seu turno, estabelecia:

“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”.

Não obstante o Código tenha empregado a conjunção “e” no art. 252, dando a entender que indícios se diferenciam das circunstâncias, nem todos os autores assim se posicionaram: enquanto Borges da Rosa sustentou que o legislador agiu com acerto, Pontes de Miranda argumentou que, tal como redigido, o artigo tão-só especializou a qualidade circunstante, envolvente, ambiental, dos indícios, pois circunstâncias são indícios<sup>131</sup>.

131. V. Inocêncio Borges da Rosa, *Processo...*, cit., p. 116; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, t. III, p. 427.

O Código de Processo Civil de 1939, bem ou mal, tratou dos indícios, não se explicando, a nosso ver, a omissão do legislador de 1973.

## V.3 Código de Processo Penal Militar

O Código de Processo Penal Militar é, em nossa opinião, o diploma que melhor disciplina o indício.

O conceito vem emitido no art. 382, assim 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”.

Estabeleceu o legislador, no art. 383, os requisitos necessários para que o indício constitua prova, a saber:

a) a circunstância ou fato indicante deve ter relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou o fato indicado;

b) a circunstância ou fato deve coincidir com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo.

Embora não prime pelo rigor técnico-jurídico, o Código fixa parâmetros para a aplicação dos indícios como prova, o que representa um avanço em relação aos demais diplomas legais.

## V.4 Projeto de Código de Processo Penal

A exemplo do Código de Processo Civil, o Projeto do Código de Processo Penal de 1981 não conceitua o indício nem o aborda, especificamente, ao tratar da prova.

O Projeto, contudo, refere-se aos indícios nos arts. 242 (ao tratar da acusação nos crimes praticados em co-autoria), 437 (indícios suficientes de autoria para a decretação da prisão preventiva), 723 (indícios suficientes de autoria para a permissão do arresto) e 728 (indícios suficientes de autoria para o registro e a especialização da hipoteca legal).

A legislação projetada fala, em vez de indícios veementes, em *fundada suspeita* de proveniência ilícita dos bens, como motivo para a decretação do seqüestro (art. 719), e em *fundamento razoável* para a acusação, ao tratar da decisão de pronúncia ou sentença de impronúncia (art. 625). Mas, sem dúvida, a idéia é a mesma.

Aliás, conforme bem salientado por Sérgio Pitombo<sup>132</sup>, não se consegue compreender o emprego da palavra *suspeita*, pelo Projeto.

Assinala o autor que, "se a suspeita se insere no juízo do possível, e se este inadmitte arrimo em fortes razões, sendo neutral, então, de duas uma, ou a expressão *fundada suspeita* encerra contradição em si mesma, ou suspeita fundada se assemelha a indícios (*juízo do provável*). Trocou-se, no Anteprojeto, o objetivo pelo subjetivo, sem vantagem".

Não conseguimos alcançar o motivo pelo qual o projeto deixou de regular os indícios, enquanto meio de prova que, inegavelmente, são.

Embora cientes do perigo de se "tarifarem" os indícios, na medida em que forem estabelecidas regras rígidas para sua valoração, e mesmo concordando que o livre convencimento do juiz, devidamente motivado, deve imperar no processo penal, isso não justifica, em nossa opinião, o silêncio do legislador em matéria de tamanha importância.

132. Sérgio M. de Moraes Pitombo, *Do Sequestro*..., cit., p. 136.

## VI. INDÍCIO E PRESUNÇÃO

### VI.1 Presunção

Estabelecido o conceito de indício, passamos a examinar a questão referente à sua identificação, ou não, com a presunção.

Etimologicamente, presunção (do latim *praesumptio, onis*, do verbo *praesumere*) tem o significado de tomar antes; idéia antecipada, previsão, conjetura; opinião, crença, prejuízo; suposição de uma coisa como certa, sem que esteja provada<sup>133</sup>.

De acordo com sua acepção literal, presunção equivale, pois, a presuposto, preconcebido, juízo antecipado.

Em sentido vulgar, a palavra é empregada em diferentes sentidos: corresponde a ação ou efeito de presumir; suspeita, suposição, desconfiança; conjetura, opinião ou juízo baseado nas aparências; vaidade, afetação, arrogância, orgulho, jactância de si mesmo<sup>134</sup>.

Sob o aspecto jurídico, a presunção vem, em geral, definida nos dicionários como consequência ou ilação que a lei ou o juiz deduz de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido<sup>135</sup>.

133. Cf. F. R. dos Santos Saraiva, *Novíssimo Dicionário*..., cit., p. 490; P. D. Benedicto Pereyra, *Vocabularium*..., cit., p. 772; Emmanuelis Josephi Ferreira, *Magnun Lexicon*..., cit., p. 584; Guglielmo Sabatini, *Teoria*..., cit., 2ª Parte, p. 77; Francesco Copola, *Presunzione*, in *Digesto*..., cit., v. XIX, p. 864; *Enciclopédia Universal Ilustrada*..., cit., p. 298.

134. V. Cândido de Figueiredo, *Novo Dicionário*..., cit., p. 699; *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*..., cit., p. 216; José da Silva Bandeira, *Dicionário*..., cit., p. 402; *Enciclopédia Universal Ilustrada*..., cit., p. 298; Simões da Fonseca, *Novo Dicionário*..., cit., p. 1054; *Diccionario Enciclopédico Salvat*..., cit., p. 714; Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário*..., cit., v. IV, p. 4123; Francisco Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico*..., cit., v. VI, p. 3186; *Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado*..., cit., v. IV, p. 434; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário*..., cit., p. 1136; *Enciclopédia Saraiva*..., cit., verbete presunção, v. 60, p. 367; Julia Infante Lope, *Diccionario Jurídico*..., cit., p. 234.

135. V., a respeito, *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*..., cit., p. 216; *Petit Dictionnaire de Droit*, 4. ed., Paris, Dalloz, s.d., p. 663; Orozimbo Nonato, *Presunções e Ficções de Direito*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Borsoi, s.d., v. XXXIX, p. 130-9; Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de um Dicionário*..., cit., t. II, 1825; Augusto Teixeira de Freitas Júnior, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Ed. Garnier, 1883, p. 315; De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*..., cit., v. III, p. 1215; *Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado*..., cit., p. 434; Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario*..., cit., p. 553; Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, Lisboa, Moraes Editores, 1980, Coleção Livros de Direito, p. 413-4; Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico*..., cit., t. VI, p. 390; João de Melo Franco e Herlander Antunes Martins, *Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 553.

Alguns autores, porém, a conceituam como modo de raciocínio, em virtude do qual, a partir do estabelecimento de um fato, se induz um outro fato que não é provado<sup>136</sup>.

Os juristas da era moderna emprestam à palavra uma conotação particular, relacionada à prova.

Essa correspondência advém da evolução histórica da prova.

Foi o direito justinianeu que, ao regular o valor dos meios de prova no âmbito processual, estabeleceu uma relação entre eles e as presunções, as quais passaram a ter concepção diversa da que até então possuíam, para significar uma hipótese que se tem por certa, enquanto não destruída por prova em contrário.

Com o desenvolvimento do sistema da prova legal, a presunção, mais do que meio de prova, passou a ser substituto seu: fixava-se uma relação entre determinados fatos de tal forma que, da existência de um, o juiz devia deduzir a existência de outro, sem necessidade de prová-lo<sup>137</sup>.

Modernamente, em função do accertamento probatório, a presunção é conceituada como "admissão de um fato conhecido não provado na sua verdade real, com base na experiência comum de sua normalidade"<sup>138</sup>.

Para nós, a presunção pode ser definida, sob o aspecto jurídico, como a ilação que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido, partindo da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como certo ou provável, um fato desconhecido; vale dizer, antes que de outra forma seja demonstrado.

Praticamente todos os autores dividem a presunção em duas grandes categorias: a legal, ou de direito, e a comum, ou judicial, também conhecida como do homem<sup>139</sup>.

136. Cf. *Lexique de Termes Juridiques...*, cit., p. 331; Giovanni Leone, *Tratado de Derecho Procesal...*, cit., v. II, p. 161. Entre nós, assim pensava Clóvis Beviláqua, em *Teoria Geral do Direito Civil*, 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1976, p. 253.

137. V. Santiago López-Moreno, *La Prueba...*, cit., p. 318; Francesco Coppola, *Presunzione*, in *Digesto Italiano...*, cit., v. XIX, p. 864 e 870; Virgilio Andrioli, *Presunzioni* (Diritto Romano), in *Novissimo Digesto*, Torino, Torinese, 1966, v. XIII, p. 765; Hernando Devis Echandia, *Teoría General...*, cit., p. 693; Marzia Ferraioli, *Presunzione* (Dir. Proc. Pen.), in *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, v. XXXV, p. 306; Eugenia Scavo Lombardo, *Presunzione* (Dir. Can.), in *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, v. XXXV, p. 316. A respeito, v. Capítulo III, "Evolução Histórica".

138. Cf. Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., p. 307. No mesmo sentido, Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., 2ª Parte, p. 77; Galdino Siqueira, *Curso de Processo...*, cit., p. 280; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 5; Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., v. I, p. 271; Hernando Devis Echandia, *Teoría General...*, cit., p. 694.

139. V., a respeito, *Petit Dictionnaire de Droit...*, cit., p. 663; Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas...*, cit., p. 268-9; Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., 2ª Parte, p. 184; Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., p. 312; R. Garraud, *Précis...*

A presunção legal é aquela estabelecida pela lei: provada a certeza de um fato (*thema probatum*, que é o fato punível), e em virtude de uma relação estabelecida legalmente, o juiz deve ter como certo outro fato distinto (*thema probandi*), ainda quando não tenha podido formar sua convicção sobre ele por falta de uma prova direta<sup>140</sup>.

A presunção legal subdivide-se em absoluta e condicional.

É dita absoluta (*juris et de jure*), quando resulta de ato ou fato, que a lei estabelece como verdade, sem admitir prova em contrário. Em outras palavras, a eficácia probante se impõe ao juiz, sem possibilidade de rejeição<sup>141</sup>.

É condicional, ou relativa (*juris tantum*), quando a lei expressamente estabelece como verdade, enquanto não houver prova em contrário. O efeito desta presunção é dispensar do ônus da prova aquele que a tem em seu favor, cabendo à parte contrária destruí-la<sup>142</sup>.

cit., p. 782; *Enciclopédia Universal Ilustrada...*, cit., v. XLVII, p. 298; *Piccola Enciclopedia Legale...*, cit., p. 781-2; Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal...*, cit., v. II, p. 109; Guglielmo Sabatini, *Principi...*, cit., v. I, p. 467; *Diccionario Enciclopédico UTEHA...*, cit., v. VIII, p. 773; Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso...*, cit., v. 2, p. 12; Pedro Orlando, *Novissimo Dicionário...*, cit., v. II, p. 121; Giovanni Leone, *Tratado...*, cit., v. II, p. 161; Sofo Borghese, *Presunzioni* (Diritto Penale e Diritto Processuale Penale), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, 1966, v. XIII, p. 772-5; De Plácido e Silva, *Vocabulário...*, cit., v. III, p. 1215-6; Cesar Montenegro, *Dicionário de Prática Processual Civil*, 5. ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1973, v. 2, p. 588-9; Leib Soibelman, *Dicionário...*, cit., v. 2, p. 473; Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario...*, cit., p. 553-4; Rafael de Pina, *Tratado...*, cit., p. 237; Guillermo Cabanellas, *Diccionario...*, cit., v. VI, p. 390; *Lexique de Termes Juridiques...*, cit., p. 331; João Melo Franco e Herlander Antunes Martins, *Conceitos...*, cit., p. 553-4; Julia Infante Lope, *Diccionario Jurídico...*, cit., p. 234; Marzia Ferraioli, *Presunzione* (Dir. Proc. Pen.), in *Enciclopedia del Diritto...*, cit., v. XXXV, p. 304-16.

140. Cf. Miguel Fenech, *El Proceso...*, cit., p. 105.

141. As presunções absolutas, afirma Valentín Silva Melero (*Presunciones...*, cit., p. 6), ao não admitirem prova em contrário, vinculando o convencimento do juiz ao seu conteúdo, trazem ao Direito moderno uma desagradável evocação da prova legal. É que, tal como naquele sistema, as presunções absolutas, no que respeita ao direito penal, mais que verdadeiras e próprias presunções, são substitutos de prova, ou pressupostos de uma norma penal, que nenhuma relação têm com sua aplicação processual. Já do ponto de vista do processo penal, salvo a presunção de que o julgado é verdade por respeito ao princípio do *non bis in idem*, só excepcionalmente são encontradas presunções deste tipo.

142. Segundo, ainda, Valentín Silva Melero (*Presunciones...*, cit., p. 5 e s.), as presunções relativas, embora existentes no direito penal (sob o ponto de vista punitivo), não possuem caráter processual penal, onde o efeito próprio de tal presunção — dispensa da prova, cuja carga se projeta sobre o adversário — carece de qualquer significação. Para o autor, a chamada "presunção de inocência", admitida por muitos, que proclama o "princípio" de que todo acusado deve presumir-se inocente enquanto não se tenha pronunciado sentença condenatória, na realidade não existe. O que existe é uma ficção, mero produto da fantasia. A prisão preventiva comprova que tal presunção é inexistente. Ao demais, o direito de defesa não precisa, em absoluto, da existência desta presunção, em razão da intrínseca natureza do processo penal, em que o magistrado dispõe, de ofício, dos meios para descobrir a verdade independentemente da atividade das partes. A consequência da prova insuficiente é a absolvição.

Alguns autores pátrios aceitam uma terceira espécie de presunção legal, chamada intermediária ou mista, que se situa entre as duas outras já mencionadas: é aquela que admite prova em contrário em determinadas circunstâncias, especialmente estabelecidas<sup>143</sup>.

Já a presunção comum (*hominis*) é aquela deixada ao raciocínio de quem deve decidir a controvérsia: a relação entre um fato que se prova e outro que o magistrado estima como certo, sem prova direta, depende, única e exclusivamente, da aplicação de uma regra ou máxima da experiência que aquele deve formular antes de aplicá-la<sup>144</sup>.

## VI.2 Posição da doutrina

Na opinião de muitos doutrinadores, os indícios se identificam com a presunção do homem<sup>145</sup>.

Entendem esses que, no rigor do direito, as duas expressões se equivalem, correspondendo os indícios, na dogmática do direito penal, ao que, no campo do direito civil, se chamam presunções. A diversa denominação para denotar o mesmo conceito se justifica, apenas, pela falta de contato entre os dois ramos.

Antonio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989, p. 62-3) entende que a denominada "presunção de inocência" constitui princípio informador de todo o processo penal. E, embora reconheça não ser tecnicamente apropriado tratar o mencionado "princípio" como verdadeira presunção, afirma que não se pode negar que as primeiras consequências de sua aceitação situam-se na disciplina da prova, tanto que, nos ordenamentos que acatam o "princípio", registra-se a tendência doutrinária de tratá-lo como verdadeira presunção *juris tantum*, com a consequência de se entender recair totalmente sobre a acusação o ônus da prova.

Não concordamos com a posição deste último autor: para nós, o princípio orientador do processo penal, como ensinam Rogério Lauria Tucci et al. (*Princípio...*, cit., p. 37), é o publicístico, e a "presunção de inocência" não é verdadeiramente presunção, mas garantia do *ius libertatis* do cidadão, enquanto afirma o estado jurídico de inocência.

143. Cf. Oroszimbo Nonato, Presunções e ficções de Direito, in *Repertório Enciclopédico...*, cit., v. XXXIX, p. 130-9; Moacyr Amaral Santos, *Prova...*, cit., v. V, p. 366; Teresa Ancona Lopez de Magalhães, Presunção (Direito Privado), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 60, p. 367-84; Sérgio Carlos Covello, Presunção Jurídica, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 60, p. 409-22; Leib Soibelman, *Enciclopédia...*, cit., p. 286; Vicente Greco Filho, *Direito Processual...*, cit., p. 187, embora admitindo que a denominação não seja muito própria.

144. Miguel Fenech (*El Proceso...*, cit., p. 105; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 12) assevera que, salvo algumas exceções, as presunções jurídicas — tanto as absolutas como as relativas, por serem opostas ao livre convencimento do juiz — são excluídas do processo penal, mas existem, sem embargo, presunções de fato que, sem relação alguma com a carga da prova, servem à finalidade de procurar a certeza e o descobrimento da verdade processual.

145. V., a respeito dos autores que assim pensam, a nota 92.

Segundo Bettiol<sup>146</sup>, não há diferença alguma entre a prova indiciária e a prova presuntiva, pois esta também estabelece a união entre o abstrato e o concreto, ao ter o indício como seu ponto de partida. A presunção não é apenas uma simples dedução da experiência comum, pois tem a sua fonte em um indício, e a prova indiciária, por seu turno, deve ser reafirmada por uma regra empírica, produto de tal experiência.

Para o mencionado autor, se uma diferença se deseja descobrir entre elas, é necessário voltar a atenção às fontes de prova: na prova indiciária o magistrado serve-se de uma regra de experiência, para remontar de um fato conhecido a um fato desconhecido, enquanto na presuntiva, o magistrado aplica ao caso particular uma regra de experiência codificada pelo legislador.

A diferença, pois, entre indício e presunção, como meios de prova, não é uma diferença de qualidade inerente a uma diversa estrutura do procedimento lógico, usado para remontar do conhecido ao desconhecido, mas só uma diferença de quantidade, no sentido de que o cálculo de probabilidade acerca da conexão entre o fato conhecido e o desconhecido em um caso é deixado ao juiz, no outro é feito pelo legislador.

Gianturco, em sua brilhante monografia<sup>147</sup>, afirma ser absolutamente errado sustentar que a presunção se distingue do indício, pois, enquanto a primeira prescindir de qualquer dado concreto, o indício se funda em elementos de fatos específicos.

Para o autor, "o indício, que em si nada diz, se não estiver ligado a um princípio de experiência, combinado com este (que, separado de uma concreta referência, não possui valor prático), dá lugar à presunção do juiz e com essa se identifica, como resultado da ilação conjectural"<sup>148</sup>.

Assevera, mais, que é de igual modo errado estabelecer a diferença, sob a alegação de que o indício se funda em uma indução, enquanto a presunção se funda em uma dedução, pois, em verdade, a presunção do homem se forma partindo do fato indiciante conhecido, e se perfecciona, ligando este a uma regra de experiência, e unindo-o, através do conteúdo desta regra, a um outro fato concreto ignorado, que interessa conhecer.

Manuel Serra Dominguez<sup>149</sup> considera que não existem outras diferenças entre presunção e indício que as resultantes de integrarem momen-

146. Giuseppe Bettiol, *Sulle Presunzioni...*, cit., p. 13-4.

147. Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 18-31.

148. Cf. Vito Gianturco, *La Prova...*, cit., p. 27.

149. Manuel Serra Dominguez, *Indicios*, in *Nueva Enciclopedia...*, cit., p. 348.

tos distintos de um mesmo juízo: enquanto o indício é o elemento inicial de que parte a presunção, esta é a atividade intelectual do julgador que, partindo do indício, afirma um fato distinto, porém relacionado com o primeiro, causal e logicamente.

Nesse sentido, o indício é a causa (o fato conhecido), e a presunção o efeito (o conhecimento do fato antes ignorado)<sup>150</sup>.

Mas isso não impede, segundo Lessona, que, em essência, as duas palavras sejam consideradas sinônimas, quando sobre a base do indício se completou, com êxito, o trabalho lógico, que conduz do conhecido ao desconhecido. O indício que faz prova é presunção.

Essa diferença, contudo, para alguns autores, está a demonstrar que indício não se confunde com presunção.

Para os que assim pensam, a prova por presunção constitui um silogismo, em que a premissa maior é a regra geral, a premissa menor é o fato conhecido e a conclusão é o fato que se deseja conhecer.

O indício é o fato indicador, a presunção o fato indicado. O indício é o meio e a presunção o resultado.

Segundo este entendimento, portanto, o indício é o fato-base da presunção. Do indício, fato conhecido, parte o espírito para o fato desconhecido. O resultado positivo dessa operação é uma presunção<sup>151</sup>.

Devis Echandia<sup>152</sup> chega a ser enfático, ao afirmar que a presunção simples, do homem ou judicial, é diferente do indício, como a luz o é da lâmpada, que a produz. Do conjunto de indícios que aparecem provados no expediente, obtém o juiz as inferências, que lhe permitem presumir o fato indicado, porém isto não significa que se identifiquem, porque os indícios são a fonte de onde se obtém as presunções; aqueles são os fatos e estas o raciocínio conclusivo.

### VI.3 Nossa posição

Posicionamo-nos dentre aqueles que distinguem indício de presunção<sup>153</sup>

150. Cf. Carlos Lessona, *Teoria...*, cit., t. V, p. 115.

151. Cf. Lamberto Ramponi, *Teoria Generale...*, cit., p. 48; Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso...*, cit., v. 2, p. 11; Sérgio Carlos Covello, *Presunção Jurídica*, in *Enciclopédia Saraiva...*, cit., v. 60, p. 415; Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico...*, cit., p. 390; José Henrique Pierangeli, *Da Prova Indiciária*, *RT*, cit., 610:297; Rogério Lauria Tucci (*Do Corpo de Delito...*, cit., p. 193), para quem o indício provoca uma operação mental pela qual se torna possível chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele; daí, e no dizer de Moacyr A. Santos, constituir, o resultado positivo dessa operação, uma presunção; Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., v. IV, p. 165.

152. Hernando Devis Echandia, *Teoria General...*, cit., p. 697.

153. *V.*, a respeito dos autores que assim se posicionam, a nota 93.

Não concordamos, porém, com o argumento de que o indício é o fato-base da presunção, porque admitir que esta última seja a conclusão do raciocínio lógico indiciário é confundi-la com a inferência indiciária, o que não é correto, a nosso ver.

Nesse passo, vale mencionar, ainda que sinteticamente, o pensamento de Sabatini, com o qual concordamos<sup>154</sup>.

Para o referido autor, a consequência que dos indícios extraímos, para atingir o desconhecido, é sempre uma inferência lógica indiciária, e não uma presunção; já que verificando, na medida dos indícios, a veracidade do testemunho, nada presumimos, mas fazemos obra de preciso acerto probatório.

Na presunção, diferentemente do indício, não há o trabalho indutivo, porque falta o elemento particular, que se move em direção à regra geral. A lei é formada na consciência, e dela se procede, imediatamente, para atribuí-la ao sujeito processual.

A ilação que se verifica sobre a base dos indícios é indiciária, aquela que se funda sobre presunções é presuntiva. A primeira ocorre a partir de determinados indícios ou fatos, enquanto a segunda nasce a partir de um atributo genérico.

A ilação indiciária é prova que, segundo os caracteres do nexos que liga o indício ao fato probando, conduz à probabilidade ou à plena certeza. A ilação presuntiva, por sua vez, é constituída de elementos jurídicos inerentes ao sujeito, e, portanto, não prováveis.

Assinala Sabatini que o erro da doutrina tradicional está em confundir uma ilação com outra, chamando presunções aquelas consequências que se tiram dos fatos conhecidos (indícios), e que constituem a verdadeira e própria prova indiciária.

Os fatos conhecidos resolvem-se em fatos específicos e probatórios, inconciliáveis com a noção jurídica das presunções. Destas, não se tira propriamente uma consequência.

E conclui: sob o nome impróprio de presunção são designados os motivos de certeza, extraídos dos elementos indiciários e das conjecturas.

Malatesta<sup>155</sup> também discerne o indício da presunção.

154. Guglielmo Sabatini, *Teoria...*, cit., 2ª Parte, p. 72 a 77 e 183.

155. Nicola F. Malatesta, *A Lógica...*, cit., v. 1, p. 190 e s. No mesmo sentido é o pensamento de Hernando Devis Echandia, *Teoria General...*, cit., p. 698-9.

Afirma o autor italiano que o raciocínio, em geral, pode ser de duas espécies: analítico, em relação à identidade, e sintético, em relação à causalidade. E, em particular, como argumento probatório indireto, o raciocínio, do ponto de vista ontológico, pode ser de duas espécies: argumento probatório em relação à identidade e em relação à causalidade.

Tais argumentos probatórios conduzem a duas classes de prova indireta: prova indireta em relação à identidade (presunção) e prova indireta em relação à causalidade (indício).

Sempre que, na premissa maior do raciocínio probatório, se atribuir uma qualidade a um sujeito, o raciocínio levará a uma presunção propriamente dita.

Quando, na premissa maior, for atribuída uma causa a determinado efeito, ou vice-versa, o raciocínio é indicativo, isto é, daqueles que levam ao indício propriamente dito.

Conclui que, em ambos os raciocínios, a premissa maior é sempre dada pela experiência comum (que atinge o princípio específico da identidade e da causalidade), aquilo que ordinariamente acontece, e se bem que presunção e indício se cruzem e se auxiliem, isso não se dá porque também se confundem; conservam-se sempre distintos na sua natureza específica.

Messina, Manzini e Florian<sup>156</sup>, dentre outros, apontam que a diferença entre os dois termos é a de que o indício tem sempre um pressuposto concreto, e a presunção um pressuposto abstrato e atinge sempre, ou quase sempre, alguma coisa de geral.

Afirmam que pode acontecer de usarem-se presunções na valoração dos indícios, mas isso não os identifica, porque as primeiras conservam sempre o caráter de dados genéricos prováveis, e os segundos o caráter de dados específicos certos, cuja significação é conexas à possibilidade de obtê-los sob uma proposição geral.

Cassidoro Cantarano<sup>157</sup> menciona que a presunção, à diferença do indício, prescinde de um processo lógico que parta de um dado de fato específico, concreto e certo; é o resultado de uma preventiva e genérica dedução empírica, fundada sobre a probabilidade em abstrato.

156. Salvatore Messina, *Il Regime...*, cit., p. 308; Valentín Silva Melero, *Presunciones...*, cit., p. 13; Vincenzo Manzini, *Tratado...*, cit., v. I, p. 273, e v. III, p. 483; Eugenio Florian, *De las Pruebas...*, cit., v. I, p. 126, n. 38.

157. Cassidoro Cantarano, *Prova (Dir. Proc. Pen.)*, in *Enciclopedia Forense...*, cit., v. V, p. 1085.

Aí reside, a nosso ver, a diferença substancial entre indício e presunção simples, ou do homem: esta é a ilação que o magistrado tira de um fato conhecido, partindo tão-somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como provável, fato desconhecido. Vale dizer, antes que de outra forma seja provado. Aquele, 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>158</sup>.

Aqueles que identificam indício e presunção equivocam-se, a nosso ver, porque confundem a ilação indiciária com a presuntiva: como vimos, a primeira ocorre a partir de fatos concretos, enquanto a segunda nasce de um atributo genérico.

Da mesma forma, aqueles que vêem na presunção a consequência do raciocínio indiciário, confundem, em nossa opinião, o juízo abstrato, no qual se funda a presunção, com o acerto probatório, resultante do indício.

Em síntese: a presunção é subjetiva, abstrata, genérica. O indício é objetivo, concreto, específico. Ambos não podem e não devem ser confundidos.

Afasta-se, portanto, o equívoco de ver no fato-base o indício, que daria arrimo ao raciocínio por presunção, visto que traria a necessidade de dois raciocínios. Um pertinente ao indício, como fato indicado, e outro, dele partindo, para chegar-se à presunção.

158. A presunção *hominis*, assevera Júlio Frabbrini Mirabete, *Processo...*, cit., p. 303, assim como o indício, funda-se na experiência, mas, por ela, se considera como ocorrido um fato não provado.