

A LÓGICA JUDICIÁRIA NA VALORAÇÃO DOS INDÍCIOS NO PROCESSO CIVIL

Priscilla Correa Gonçalves de Rezende¹

Fecha de publicación: 15/07/2016

Sumário: Introdução; **1.-** Indícios: definição e relevância no ordenamento brasileiro; **2.-** A valoração da prova indiciária pelo órgão julgador. Considerações finais. Referências.

Resumo: Com grande frequência, os julgadores se deparam com elementos probatórios ínfimos ou nulos que apontem diretamente para o fato em debate no processo. Neste quadro ganha relevância os indícios. Por serem meios probatórios indiretos, é preciso ter cautela quanto a valoração dos indícios. Por isso, o presente artigo busca esclarecer o conceito de prova indiciária, sobretudo no processo civil, traçando um paralelo entre ela e as presunções *hominis* e das máximas de experiência; três fenômenos distintos que andam de mãos dadas quando se trata da apreciação de um indício. Ademais, será abordado como se dá o processo de valoração da prova indiciária pelo órgão julgador, com ênfase ao sistema de persuasão racional e as limitações do juiz diante do sistema atual da múltipla conformidade.

Palavras-chave: Indício. Valoração. Lógica judiciária. Presunção *hominis*. Máximas de experiência.

¹ Advogada. Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), sob a orientação do professor Doutor Tárek Moysés Moussallem. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Ensinos Tributários (IBET). Participante do grupo de estudos de Lógica Jurídica na UFES. E-mail para contato: pcgrezende@gmail.com

INTRODUÇÃO

Nos parâmetros atuais de um Estado Democrático de Direito, e após a vigência da Constituição Federal de 1988, o processo civil brasileiro encontra-se lastreado no formalismo-valorativo, da forma como liberdade e segurança, e não como instrumento de arbítrio ou comando. Afinal, o processo civil, indispensável para a pacificação social, é uma ferramenta garantidora de direitos e valores, com destaque àqueles constitucionalmente amparados. Por isso, deve ser compreendido como direito fundamental, com ênfase à máxima cooperação.

Dentro deste viés cooperativo e formalista-valorativo está o direito probatório, crucial para o desenrolar do processo. O amplo direito à prova significa o direito de a parte empregar todos os meios de prova disponíveis, visando demonstrar a verdade dos fatos que fundam sua pretensão, sendo o único limite a regra acerca da análise da relevância da prova (admissibilidade ou não da prova). Este direito estaria garantido constitucionalmente, mesmo que de modo implícito, na medida em que o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) acaba por impedir qualquer restrição probatória do direito alegado em juízo.

É nesse contexto que se insere o estudo da prova indiciária, cuja limitação implicaria em prejuízo ao próprio direito de defesa. Isso porque, em diversas situações, os únicos elementos de que dispões o magistrado para julgar são elementos circunstanciais, que de modo algum apontam diretamente para o fato². Trata-se de espécie de prova indireta, que merece um estudo mais cauteloso, por poder trazer a justiça se bem aplicada no processo pelo juiz. Dentre outros reflexos, o uso da prova indiciária pode evitar os casos de julgamento por insuficiência de provas, que, segundo os ensinamentos de Carnelutti, nada mais é do que a confissão do juiz de sua incapacidade de superar a dúvida proveniente da lide em exame³.

² Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006; p. 289-316.

³ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di diritto processuale**, vol. XX (II série). Padova: CEDAM, 1965; p. 7.

O atual Código de Processo Civil (CPC) apesar de não dispor expressamente sobre os indícios, permite o seu uso como categoria probatória, na medida em que se utiliza de norma aberta extraída da leitura do art. 369. Assim, *in verbis*: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”⁴

Ademais, o art. 375 do CPC/15, ao permitir a aplicação das regras de experiência comum na falta de normas jurídicas específicas acaba reforçando a aplicação dos indícios no processo civil, tendo em vista que uma das funções das máximas de experiência é justamente o seu uso no raciocínio feito pelo magistrado diante da prova indiciária, como veremos melhor adiante.

Em suma, a ausência de redação expressa em nosso atual CPC não reduz a relevância e a utilização da prova indiciária, que deve ser admitida como qualquer outra espécie. A utilização dos indícios no processo civil é ampla, mas vale lembrar que, quando usados, devem ser devidamente indicados pelo magistrado durante a sua valoração e a decisão deve ser fundamentada, proporcionando o debate entre as partes e zelando pela não-surpresa.

Justamente pela importância da lógica judiciária na valoração dos indícios, o presente trabalho busca explicitar os elementos que compõem a prova indiciária, bem como o processo de valoração efetuado pelo magistrado. Afinal, a prova indiciária é firmada no raciocínio de lógica, em que o julgador, ao se deparar com um fato conhecido e provado, recorre ao raciocínio, utilizando-se das chamadas regras de experiência ou presunções *hominis*, formando, assim, uma convicção que aponte para a existência ou não do fato controvertido.

1 INDÍCIOS: DEFINIÇÃO E RELEVÂNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Divergências emergem quando se discute o paradigma semântico do termo “indício”. Superando qualquer debate quanto à origem da palavra, é importante ter em mente que, ao falar em indício, há uma referência a um fato conhecido (ou fato secundário), devidamente provado, que constitui

⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2016.

premissa da inferência presuntiva. O indício seria, dessa forma, um fato conhecido que conduz a um fato ignorado, desconhecido ou a ser provado.

Neste contexto, Friedrich Stein defende que os indícios são fatos, ou seja, 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 prova⁵.

De maneira similar, Fredie Didier Jr leciona: “[...] o conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato. Indício é, exatamente, este fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato desconhecido (fato probando), do qual é causa ou efeito.”⁶

Acrescenta Hernando Devis Echandía que o fato conhecido induz o fato desconhecido, que se pretende provar, mediante um raciocínio lógico-crítico baseado em regras de experiência ou em conhecimentos especializados. Essa operação lógica é o que consiste na presunção simples, judicial ou *hominis*⁷. Observa-se que enquanto o indício é a prova (ainda que indireta), a presunção judicial é o raciocínio, motivo pelo qual os conceitos não se confundem, tema que será melhor analisado no item 1.2.

Pelo exposto, então, pode-se afirmar que o indício é um fato conhecido devida e legalmente provado⁸, que, por meio de uma inferência lógica realizada pelo magistrado, possibilita o alcance, isto é, a prova de um fato desconhecido (objeto a ser provado), ao qual aquele primeiro está associado. Por isso, o indício é também referido como um fato secundário⁹. Sendo assim, o fato secundário é um fato externo ao conteúdo do conflito, sequer

⁵ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. [S.I.]: Temis S.A., 1999; p. 41-42.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016; p. 72.

⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 2. 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, nº 370 e seg.; p. 611- 613. No mesmo sentido: SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milano: Giuffrè, 2001; p. 7.

⁸ Sobre a necessidade de o fato-base (indício) estar provado, Marinoni pondera: “[...] será necessário produzir-se uma prova, com a ressalva de que essa prova não incidirá sobre os fatos da causa, mas sobre fato externo a esta, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001; p. 316).

⁹ Conforme os dizeres de Danilo Knijnik, quanto mais intensa for a possibilidade de o fato que se quer provar ser a consequência possível de um fato provado, maior é a probabilidade de um fato desconhecido ser inferido a partir de um indício. (**A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 49)

alegado pelas partes em seu petítório, por isso, o objeto da prova se diverge a depender do fato que se tem por referência¹⁰.

Vale pontuar que o indício não se confunde com a suspeita ou palpite, em que há mera aparência ou pressentimento, pois estes são posições subjetivas. O indício é um fato que deve estar plenamente provado e servir de base para a construção lógica judicial, sendo que, a decisão nele calcada precisa ainda estar fundamentada. O uso do raciocínio não indica subjetividade, posto que emana de uma realidade comprovada e não de simples especulações.

Quanto ao papel dos indícios no processo civil, insta pontuar que, com grande frequência, os julgadores se deparam com elementos probatórios ínfimos ou nulos que apontem diretamente para o fato em debate no processo. Sobretudo nestes casos, a prova merece ser facilitada, assumindo, neste quadro, grande relevo os indícios. Quando se fala em má-fé ou fraudes, situações praticadas secretamente e sem deixar rastros, não seria justo que a dificuldade (ou até a impossibilidade) de se obter provas diretas se torne um benefício para aquele que agiu ilegalmente. Fazendo esta reflexão, Carlos Alberto Dabus Maluf disserta: “[...] em matéria de fraude, e, em geral, quanto à prova de todo ato em que se procura iludir a outrem, admite-se como de grande relevo, não a prova incisiva, mas a certeza inferida de indícios e circunstâncias.”¹¹

Em que pese ainda persistirem opiniões contrárias, pelo que notamos até então, os indícios não merecem ser considerados provas inferiores às demais, porquanto sua eficácia é a mesma da prova direta. Em casos de desarmonia entre a prova indiciária e a prova direta, a apreciação deve ser feita conforme a persuasão racional do magistrado, de maneira a ponderar todos os elementos das provas, pois a carga de relevância de uma frente à outra é definida pelo seu conteúdo e fundamento da inferência em que se apoia, e não pela categoria da prova.

É certo que trabalhar com indícios requer maior cautela valorativa, uma vez que enquanto a prova direta comporta apenas uma inferência (da prova ao fato a ser provado), a prova indiciária requer ao menos duas inferências

¹⁰ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006; p. 289-316.

¹¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 79, jan. 1984. ISSN 2318-8235; p. 208. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

(da prova ao indício e do indício ao fato a ser provado). Entretanto, o fato de demandar uma atitude mais prudente do juízo não diminui a pujança da prova indireta. O indício pode fornecer plena convicção e certeza sobre o fato controvertido.

1.1 A DÚVIDA QUE REGE A NATUREZA JURÍDICA DA PROVA INDICIÁRIA

Os indícios são referidos, por alguns doutrinadores, como prova artificial¹² ou como fonte de prova¹³. Contudo, veremos que a melhor qualificação dos indícios é que eles são uma espécie de prova indireta.

Primeiramente, a expressão “prova artificial” pode levar ao equívoco de mitigação de sua importância frente às provas diretas. E, como já se defendeu, vai ser o conteúdo de cada prova no caso concreto que irá atribuir a relevância maior ou menor de uma prova frente a outra, e não se ela é uma prova direta ou indireta.

Definir os indícios como fonte de prova também não é acertado. Isso porque, a palavra “fonte” remete a origem de algo, afinal, vem do latim *fons-fontis*, que significa o lugar onde se brota, na superfície da terra, a água¹⁴. Destarte, por “fonte de prova”, entende-se origem da prova. O que origina a prova documental é o conteúdo do documento. A fonte de uma prova testemunhal é o conteúdo do testemunho. O indício, como fato comprovado, por si só, não é fonte, a origem da prova é construída pelo intérprete a partir do conteúdo da prova indiciária (um testemunho, o teor de um documento, etc) somado à relação lógica deste para com o fato desconhecido. Este é o processo que se pode denominar “fonte de prova”.

Vale lembrar o que já fora reiterado: a prova indiciária é firmada no raciocínio de lógica, em que o julgador, ao se deparar com um fato conhecido e provado, recorre ao raciocínio, utilizando-se das chamadas regras de experiência ou presunções *hominis*, formando, assim, uma convicção que aponte para a existência ou não do fato controvertido.

É certo, pois, que os indícios são fatos autônomos. Nesse ponto, interessante é a ponderação de Carnelutti ao concluir que a função probatória dos indícios é acidental e surge por uma suposta relação sua com o fato a

¹² Cf. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004; p. 413.

¹³ Cf. CAVALLONE, Bruno. **Il giudice e la prova nel processo civile**. Padova: Cedam. 1991; p. 347.

¹⁴ Sobre o conceito de “fonte” consultar: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001; p. 115-132.

provar.¹⁵ Por isso, um fato por si só somente se revestirá da qualidade indício quando evidente o nexo de causalidade com o fato principal através da relação lógica.

Sob a mesma ótica, Moacyr Amaral Santos aduz que o indício precisa estar relacionado com o fato desconhecido mediante raciocínio lógico, para que dele se extraia a significação. Dessa forma, exemplifica o caso de que um botão, caído junto a um cofre arrombado, não exprime, por si só, coisa alguma, visto que não tem por função fornecer prova de um outro fato qualquer. Antes do processamento da operação mental, o botão, isoladamente, não constitui indício. Só se tornará indício quando ocorrer ao espírito do julgador que dito botão caiu, provavelmente, da roupa do arrombador.¹⁶

O mais coerente é afirmar que o indício é meio ou espécie de prova indireta. É prova, pois essencial para se concluir acerca da existência ou inexistência do fato desconhecido discutido nos autos do processo. É indireta, porque a busca pela veracidade e certeza do fato principal terá como base um raciocínio lógico crítico, que liga o fato indicante a um fato a provar¹⁷.

Em outras palavras, o indício permite chegar ao fato a ser provado por meio de uma conclusão, de um juízo intermediário. Daí se extrai a seguinte construção: verificada a ocorrência do fato X, então também ocorreu o fato Y, em que o fato X é o indício e ocorreu independente do Y. O que há de novidade entre os dois e que traz relevância probatória é uma relação causal, construída a partir do intelecto, do raciocínio.^{18_19}

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005; p. 227. Acrescenta o autor, na p. 229, que os indícios têm uma dupla função, por assumirem ora feição passiva (fato que deve ser provado) ora feição ativa (fato que visa provar outro fato).

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968; p. 399 e 401.

¹⁷ Ao entender o indício como meio de prova, Fredie Didier Jr. frisa que também é objeto de prova, pois somente se o indício estiver provado é que implicará a presunção judicial. (**Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 74).

¹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: **Temas de direito processual**. 1ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988; p. 57.

¹⁹ Aliás, é por isso que se pode dizer que o indício acaba por ser a prova que mais autoriza o intérprete e demais sujeitos do processo a exercitarem sua capacidade argumentativa, para que se evidencie o necessário vínculo de dependência entre o fato desconhecido e o fato provado.

1.2 OS INDÍCIOS COMO PONTO DE PARTIDA PARA A FORMULAÇÃO DE PRESUNÇÕES JUDICIAIS

É preciso abandonar a ideia de que indícios e presunções sejam sinônimos e fenômenos idênticos. Esta é uma confusão que se escora no direito romano, no qual os textos legais tratavam da prova indiciária e da presunção indistintamente. Isso talvez tenha ocorrido pelo fato de estes termos apresentarem estrutura probatória similar e por caminharem juntos na maioria das vezes.

As presunções dividem-se em: (i) legais absolutas ou *juris et de jure*; (ii) legais condicionais (*juris tantum*); (iii) judiciais, simples, comuns ou *hominis*. São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, não se admitindo prova em contrário. Já as legais condicionais são os fatos ou atos que a lei estabelece expressamente como verdade, até que se prove o contrário.²⁰

Por sua vez, as presunções simples não são estabelecidas em lei. São denominadas *hominis* por serem presunções das quais o juiz, como homem, “se utiliza no correr da lide para formar sua convicção como faria qualquer raciocinador fora do processo. [...] A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas”²¹.

Acerca das presunções em geral, o direito comparado italiano, traz uma definição que merece ser pontuada. A lei civil da Itália, em seu artigo 2727²², afirma que as presunções são as consequências que a lei ou o juiz extrai de um fato notório para chegar a um fato ignorado.

As presunções legais dão segurança jurídica a certas situações que podem emergir de ordem social, política, familiar e patrimonial, ao passo que as presunções simples cumprem uma função mais processualística,

²⁰ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 79, jan. 1984. ISSN 2318-8235; p. 204. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 79, jan. 1984. ISSN 2318-8235; p. 207. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

²² “Art. 2727: Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato.” (**ITÁLIA. II Codice Civile Italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib6.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2016.)

porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova.²³

Para ilustrar a diferença entre as presunções legais e judiciais, suponhamos uma relação jurídica contratual ente dois sujeitos. A lei presume a boa-fé como princípio geral dos contratos, ou seja, presunção legal relativa (*juris tantum*). Contudo, essa boa-fé pode ser afastada diante da comprovação de má-fé. Como já se mencionou neste trabalho (item 1), a prova de má-fé costuma ser obtida por indícios, que deverão ser logicamente avaliados pelo juiz, por meio das presunções *hominis*. Estes juízos de valor baseados nos indícios são importantes para a prova de fatos, como este, de difícil verificação ou de incerta ocorrência (ex.: ações inibitórias).

Verifica-se que a presunção que está diretamente associada aos indícios é a judicial, que, portanto, será o foco do presente estudo.

O indício é um fato conhecido e provado. Já as presunções *hominis* dizem respeito ao resultado de um processo mental, de um raciocínio executado exclusivamente pelo juiz (sem qualquer interferência, *a priori*, do legislador), por meio do qual o fato conhecido levará a um fato desconhecido. Observa-se, por conseguinte, que o indício é um pressuposto para a formação das presunções judiciais.

Sobre a distinção entre os indícios e as presunções (*hominis*), aduz Amaral Santos:

Entendida a presunção como o resultado do processo lógico pelo qual, guiado pelo que segundo a ordem natural das coisas que ordinariamente acontecem, do fato conhecido se infere o desconhecido, ter-se-á que ela se forma por via do raciocínio do juiz. Ou, vale dizer, a presunção será a consequência que o juiz tira do fato conhecido, norteando-se por aquilo que ordinariamente acontece.²⁴

Destarte, sendo as presunções judiciais o resultado de um operação mental, não seria correto afirmar que elas constituem meio de prova²⁵, pois

²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; p. 103.

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968; p. 409.

²⁵ Também entendem que a presunção judicial não é meio de prova, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: **Temas de direito processual**. 1ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988; p. 59; QUIJANO, Jairo Parra. **Tratado de la prueba judicial**. Vol. 4. 3ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997; p. 107 e 108; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; p. 361; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 73.

elas não existem por si só, requerem um fato conhecido para que possam surgir e se desenvolver²⁶. O indício é o ponto de partida para a atividade intelectual do julgador, é um etapa do processo de valoração das provas. Do mesmo modo que as presunções não tem razão de ser sem o indício, o indício sem uma presunção agregada é um mero fato concreto ocorrido no passado sem qualquer valia no processo. Só se tornará um meio de prova se for pressuposto lógico da presunção *hominis*.

Nas palavras de Dinamarco, acerca dessa relação entre indícios e presunções simples: “[...] o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto.”²⁷

O Código de Processo Civil não regulamentou a presunção e, consoante Didier Jr., isso se deu por uma razão simples:

Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (admitem prova em contrário; presunções legais relativas) ou que tomam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas). Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar.²⁸

De forma acertada, a jurisprudência pátria aceita de forma ampla os indícios e, conseqüentemente, as presunções *hominis*, para o convencimento judicial. O STJ, por exemplo, no REsp 57531/RS já entendeu que não seria devido o benefício da assistência judiciária gratuita a um médico, uma vez que essa profissão aponta para uma posição social e uma situação econômica de, no mínimo, ser pertencente à classe médica. Dessa forma, o Ministro presumiu, através do fato comprovado do exercício de dita profissão

²⁶ Cabe, nesse ponto, criticar o artigo 212, inciso IV do Código Civil, que, ao elencar a presunção como meio de prova, acaba por confundir o significado desta com o de indício. Todavia, enquanto os indícios são fatos concretos e reais, sendo, eles sim, um meio de prova (indireto), a presunção é uma operação mental, isto é, uma abstração que permite chegar ao fato controvertido.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 113.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 74.

(indício) que o médico pleiteante não merecia tal benesse por não ser carente nos termos da Lei 1.060/50.²⁹

O TST, por sua vez, no Recurso de Revista 1004997120135170152, entendeu que, pelo fato comprovado de a parte ser caixa bancário (indício), presume-se, conforme as regras de experiência, que ela faça uso do teclado para digitar dados e números de documentos. Dito isso, o Ministro concedeu, de forma analógica, o direito ao intervalo previsto no art. 72 da CLT aos serviços de mecanografia. Assim, o relator Cláudio Mascarenhas Brandão dissertou:

O reconhecimento de que o caixa bancário desenvolve atividade de digitação de dados de forma preponderante em sua jornada caracteriza o que se denomina de presunção *hominis*, concebida como aquela que se fundamenta na experiência da vida, a partir da compreensão dos fatos na visão do homem médio.³⁰

1.3 O PAPEL DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA DIANTE DA PROVA INDICIÁRIA

O raciocínio judicial realizado perante indícios para se chegar ao fato controvertido consiste na chamada presunção *hominis*. Mas, a passagem lógica de um fato (conhecido) a outro (desconhecido) é permitida pelas máximas de experiência. Portanto, a inferência presuntiva será, na maioria das vezes, calcada nas chamadas máximas de experiência.

As regras de experiência são regras gerais em que fatores ou pré-conceitos de caráter supra-legal acabam por influir no procedimento de convicção judicial. Em outras palavras, constituem juízos formulados sobre o normal acontecer dos fatos, sobre a repetição das conclusões a partir de vários casos sob as mesmas circunstâncias, independente do fato particular que se observa.

Neste diapasão, disserta Taruffo:

a máxima de experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios

²⁹ STJ - REsp: 57531 RS 1994/0037042-3, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 13/03/1995, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 04/09/1995.

³⁰ TST - RR: 1004997120135170152, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 09/09/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015.

e, sendo uma regra geral, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio.³¹

As regras de experiência apresentam conteúdo heterogêneo, podendo decorrer de leis científicas e lógicas, noções provenientes das ciências naturais e humanas, generalizações empíricas, prevalências de comportamento, resultados experimentais adquiridos na valoração das ações humanas, frequências estatísticas e matemáticas, etc. E, por terem um teor reflexivo decorrente da racionalidade e da experiência, não se confundem com o senso comum.

Por conseguinte, neste diálogo entre indício, presunções e máximas de experiência, o primeiro consiste no fato ontologicamente emergente; as presunções são o método judicial acerca da relevância do fato; as regras de experiência são o parâmetro no qual se verifica a credibilidade da relevância³².

As regras de experiência permitem a formulação das presunções diante de fatos indicantes, sendo que, no processo civil brasileiro, o juiz pode e deve recorrer a elas, sejam comuns, técnica-científicas, com exceção das mais complexas que requeiram perícia. Há, inclusive, regra autorizativa nesse sentido no novo Código de Processo Civil:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.³³

As regras de experiência, por permitirem a apuração de fatos desconhecidos, acabam por exercer função instrumental lógica no convencimento do magistrado. Assim, as presunções, os indícios e as máximas de experiência são instrumento de equidade nas mãos do juiz, que lhe permitem fazer a justiça do caso concreto, quando o material probatório direto não existir ou for insuficiente³⁴.

³¹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol. 02, n. 02. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001; p. 186.

³² Neste sentido: FERRAIOLI, Marzia. Presunzione (diritto processuale penale). In: **Enciclopedia del diritto**. Roma: Giuffrè, 1986. Vol. 35; p. 313.

³³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2016.

³⁴ Cf. FACHETTI, Gilberto Silvestre. ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Indícios e presunções: sua relação com o princípio da verdade e os sistemas de apreciação das provas**. Diritto & Diritti, v. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/32606-ind-cios-e-presun-es-sua>>

Vale ressaltar que as máximas de experiência não são aplicadas somente na valoração dos indícios, mas em diversas outras situações em que a persuasão racional do juiz requer uma ponderação que não esteja minuciosamente abrangida pela lei, como no caso do preenchimento de lacunas, diante de conceitos jurídicos indeterminados, interpretações dos fatos, valoração de outros meios probatórios, dentre outras ocasiões.

2 A VALORAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA PELO ÓRGÃO JULGADOR

Como se viu, nem sempre o fato controvertido nos autos pode ser representado ou reproduzido pelas vias diretas, com testemunhas, peritos ou documentos. Mas, pode ser provado de maneira indireta, por meio de fatos indicantes, caso em que a comprovação se dará por lógica e experiência comum.

O raciocínio judiciário contempla uma das fases do *iter* de valoração da prova e costuma apresentar-se como um silogismo, que, por sua vez, é formado por três proposições: a premissa maior (ocorrência ordinária diante de certas circunstâncias), a premissa menor (fato apurado nos autos) e a conclusão (alcance da premissa maior através da menor).

Dessa forma,

O raciocínio é um juízo (conclusão) deduzido de dois outros juízos (premissa maior e premissa menor). Na maior, assenta-se o conceito ou juízo mais geral, isto é, o princípio em que se contém a relação que se procura extrair com a conclusão; na maior está contido o juízo da menor. Na menor se expõe um juízo que declara essa continência, ou seja, o fato conhecido, contido no conceito geral da maior.³⁵

Por conseguinte, o silogismo nesse quadro é formado por um indício devidamente comprovado (premissa menor), uma construção lógica que pode ser realizada por meio das máximas de experiência (premissa maior), e pela consequente demonstração do fato a ser provado (conclusão).

Nesta construção, representam Comoglio, Ferri e Taruffo o esquema da prova indiciária:

[...] esiste un fatto F, noto al giudice, che può essere assunto come premessa di un'inferenza I, fondata su un criterio C (solitamente costituito da massime

rela-o-com-o-princ-pio-da-verdade-e-os-sistemas-de-aprecia-o-das-provas?page=1>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968; p. 393.

d'esperienza [...]), la quale consente di attribuire un grado G di attendibilità all'asserzione per cui il fatto da provare FP è vero o falso.³⁶

Acontece que é preciso ter cautela ao aplicar a teoria silogística do julgamento, que, apesar de ser didática e facilitar o entendimento do processo que perpassa diante de uma prova indiciária, pode ser muito simplista. Isso porque o desenvolver do raciocínio traz uma série de implicações complexas e heterogêneas, afinal, o senso comum, os ideais de moral, regras de éticas e comportamento, as experiências e opiniões pessoais também acabam por influenciar o pensamento do julgador não só diante da prova indiciária, mas também em todo desenrolar do processo. Além disso, o mero silogismo pode mostrar-se insuficiente para embasar uma decisão judicial no Estado Democrático de Direito, em que é imprescindível a exposição dos fundamentos que levaram ao convencimento, a fim de permitir o controle da função jurisdicional pelas partes e de evitar arbitrariedades.

A verdade é que a fase de valoração das provas no processo é bastante complexa, abrangendo diversas etapas interligadas entre si, das quais se destacam a percepção, a representação e a reconstrução. Inicialmente, o julgador entra em contato com os fatos, pessoas ou documentos mediante a percepção e observação, seja de maneira direta ou indireta. Em seguida, há a representação histórica do ocorrido, de modo a analisar os meios probatórios não mais isoladamente, mas em seu conjunto. Finalmente, através do raciocínio, o juiz procede à concatenação dos fatos para inferir uma decisão, a partir de uma lógica razoável. Este raciocínio, ainda, pode ser obtido por diversos métodos como o dedutivo, o indutivo e o abduativo³⁷.

³⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. 1. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011; p. 506. Tradução livre: “[...] existe um fato F, conhecido pelo juiz, que pode ser tido como premissa de uma inferência I, fundada sob um critério C (solidamente constituído por máximas da experiência [...]), a qual consente a atribuir um grau G de correção à asserção pela qual o fato a provar FP é verdadeiro ou falso”.

³⁷ Considerando a preponderância de uma verdade provável no processo civil, pautada num juízo de probabilidade, a investigação judiciária no que tange à prova indiciária deve pautar-se no método abduativo ou reconstrutivo, com o intuito de descobrir o passado. Nesse sentido, disserta Franciso Rosito: “[...] não partindo da certeza do fato, mas somente do resultado conhecido, não se pode conceber outra coisa a não ser que a investigação judiciária adota o método abduativo, visando a remontar a causa que o produziu. Dessa forma, a construção representa o resultado de uma série de inferências abduativas, que, combinadas entre si, contribuem para a formação de uma hipótese provável, com caráter propriamente inventivo e de descoberta.” (**Direito probatório**: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; p. 21). De maneira similar: TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; p. 56-57.

Verifica-se que ao juiz cabe o papel de dar concretude à regra jurídica abstrata prevista em lei, aplicando-a ao fato advindo, de modo a enunciar uma norma jurídica individual e concreta em suas decisões. É claro que nesse processo de subsunção do fato à norma não é mecânico; há a incidência de juízos de valores, que são concentrados, sobretudo, na investigação dos fatos e do acervo probatório. Por isso, a reconstrução dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação da hipótese normativa, sob pena de quedar-se inviabilizada a concretização da norma. Consequentemente, a atuação do magistrado é legítima consoante os parâmetros definidos sobre a verdade por ele reconstruída no processo.³⁸

2.1 O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

No ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema da persuasão racional para a valoração das provas. Este admite certa liberdade judicial, desde que devidamente fundamentada a decisão proferida, com o apontamento dos elementos que levaram ao convencimento, sejam dispositivos legais ou regras de experiência.

Esta liberdade, porém, sujeita-se a alguns limites, tais como: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência.

Essa ótica é observada em diretriz constitucional, uma vez que o art. 93, IX da CF/88 prevê que todo julgamento deve ser fundamentado, sob pena de nulidade da decisão. Do mesmo modo, o atual CPC:

Art. 371: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.³⁹

No processo de valoração, é necessário que o juiz verifique se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante se chegar ao fato controvertido. O fato indiciário será pertinente quando houver conexão lógica com o fato essencial, e será relevante quando, uma vez comprovado, for capaz de demonstrar, efetivamente, o fato essencial e assim influir no convencimento judicial.⁴⁰

³⁸ Defendendo a inexistência de verdades absolutas no processo: ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006; p. 289-316.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2016.

⁴⁰ Cf. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002; p. 117.

Por depender do raciocínio judicial, não há que se falar em uma regra segura e válida para toda prova indiciária. Os indícios podem gerar inúmeras conclusões ao julgador, de modo que resta uma considerável margem nos critérios de valoração. A própria escolha dos fatos indicantes que hão de servir para a apreciação da controvérsia e formular a presunção requer uma análise crítica.

O processo deve ser visto como um palco de discussões, sendo a tópica o método de atuação jurisdicional, e o objetivo do magistrado diante do indício vai além da reconstrução do fato, visando também convencer os demais sujeitos processuais sobre ele. A reflexão isolada deve dar lugar ao diálogo/comunicação (retórica) no processo.

Logo, é imperioso esclarecer que o magistrado deve, justificadamente, explicitar a relação entre o fato conhecido e o desconhecido, bem como a inferência lógica realizada em sua decisão motivada. Afinal, a força probatória dos indícios aumenta de acordo com a maior conexão entre ele e o fato a provar.

2.2 A APRECIÇÃO DOS INDÍCIOS PELA MÚLTIPLA CONFORMIDADE

Segundo a doutrina tradicional, bem como a legislação de países como a França e a Itália, os indícios, para adquirirem força processual, devem ser apreciados de acordo com a verificação de três características: a precisão, a gravidade e a concordância.

Os indícios são graves, quando as relações do fato desconhecido com o fato conhecido são consistentes, sendo resistentes a objeções e convincentes. São precisos, quando o indício tende a estabelecer direta e particularmente o fato desconhecido contestado, não sendo genérico e nem propiciando interpretações diversas, com o mínimo de equívoco possível. São concordantes, enfim, quando, buscam, pelo conjunto e harmonia, a firmar o fato que se quer provar, não havendo contraste entre os próprios indícios e nem entre os indícios e outros dados probatórios. Observe que, enquanto a gravidade e a precisão são características individuais dos indícios, a concordância é um elemento notado somente diante de uma valoração conjunta de todos os elementos probatórios constantes no processo, logo, só há que se falar em concordância diante de uma pluralidade de indícios ou de um indício e outros meios de prova.

Sobre estas três características, o art. 2.729 do Código Civil italiano dispõe:

Art. 2.729 (Presunzioni semplici): Le presunzioni non stabilite dalla legge sono

lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. [...]⁴¹

Hoje, porém, busca-se adotar a teoria da múltipla conformidade⁴² no processo civil brasileiro, em que a apreciação da prova indiciária deve partir de uma valoração global e, simultaneamente, unitária. Assim, os indícios devem ser graves, precisos e concordantes (em analogia ao direito italiano), mas sempre no seu conjunto, não isoladamente. O que importa é o resultado final, após a valoração conjunta de todos os indícios e demais elementos probatórios presentes no processo. Destarte, a ausência da precisão ou gravidade de um único indício pode ser suprida pela evidente concordância entre os indícios conjuntamente. Há uma complementação da ideia tradicional e a mitigação de seu rigorismo.

Sob esse raciocínio, é importante fazer também refletir acerca da necessidade de a decisão judicial se basear em uma pluralidade de indícios, ou se apenas um é suficiente. Apesar de alguns doutrinadores insistirem na obrigatoriedade de um concurso de indícios⁴³, o pensamento que felizmente prevalece é o de que, em certos casos, basta um só para convencer o órgão judicial e ser suficiente para embasar a decisão⁴⁴.

Neste viés, não é o bastante um simples somatório dos indícios sem uma análise racional do juízo que aponte para a congruência deles. O número necessário para constituir uma prova convincente, fica entregue ao arbítrio do juiz. Assim, se um único indício lhe parecer convincente e suficiente para sanar quaisquer dúvidas, ele deve ser aplicado. Há vezes em que uma pluralidade de indícios não sana ditas dúvidas⁴⁵. Mas um indício isolado, ao reunir os requisitos de gravidade e precisão, pode bastar para indicar a existência ou não de um fato a ser provado. Nas palavras do ilustre

⁴¹ Tradução livre: Art. 2.729 (presunções simples): As presunções não estabelecidas pela lei são deixadas ao critério do juiz, o qual só deve admitir presunções graves, precisas e concordantes. (*ITÁLIA. II Codice Civile Italiano*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib6.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2016.) Igualmente, prescreve o art. 192, inciso 2 do “Codice di Procedura Penale” (CPP italiano).

⁴² Segue esta teoria: RUSSO, Vincenzo. **La prova indiziaria e il giusto processo**. Napoli: Jovene, 2001; p. 38.

⁴³ Sobre a obrigatoriedade de concurso de indícios, cf. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004; p. 437.

⁴⁴ Nesse sentido, dentre outros: ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 2. 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, nº 370 e seg.; p. 652; COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fabris, 1996; p. 69.

⁴⁵ Vale lembrar que, diante de uma reunião de vários indícios, para que eles possam embasar uma decisão, devem ser convergentes entre si.

Echandía, “os indícios se pesam e não se contam”⁴⁶.

Sob o mesmo entendimento, ensina Moacyr Amaral Santos:

Ocorrendo várias presunções, pode acontecer que cada qual não se apresente, isoladamente, suficientemente grave e precisa, e, assim, cada qual não forneça o elemento probatório capaz de, por si só, convencer o juiz. Mas as várias presunções, dirigindo-se no mesmo sentido e para o mesmo resultado, concordantes pois, fazem crescer a gravidade de cada qual e diminuir as dúvidas que, isoladamente, cada uma permite suscitar.⁴⁷

2.3 OS DIFERENTES MODELOS DE CONSTATAÇÃO DOS INDÍCIOS

Como o valor das provas não é predeterminado pelo legislador, a valoração das provas dada pelo juiz é essencial e deve observar cada caso concreto, de modo que o valor maior ou menor da prova vai depender do processo em que se encontra. Em outras palavras, o modelo de constatação da prova indiciária varia em cada caso concreto, atribuindo um grau de relevância diferenciado aos indícios, pois cada demanda exige um nível de probabilidade/certeza distinto.

Os modelos de constatação são *standards* capazes de evitar que a discricionariedade judicial torne-se um arbítrio, pois são critérios que orientam a análise da prova, com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar nas suas conclusões factuais para um tipo particular de julgamento.⁴⁸ Esta é mais uma característica limitadora do convencimento judicial, nos moldes da persuasão racional.

Nessa ótica, os modelos de constatação podem ser divididos em três principais critérios⁴⁹. O primeiro deles é a preponderância das provas, que vigora no processo civil, sobretudo diante de questões patrimoniais, em que a valoração probatória se dará de maneira subjetiva. Vence a parte que trazer as provas de melhor qualidade durante a instrução, que irá convencer o juiz, estabelecendo uma relação o mais provável possível entre o fato ocorrido e o fato a provar. Importante frisar que, no processo civil, prevalece a chamada verdade provável.

⁴⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 2. 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, nº 370 e seg.; p. 655.

⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968; p. 495 e 496.

⁴⁸ Cf. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 33 e 34.

⁴⁹ Adaptado dos ensinamentos de Danilo Knjnik (**A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 36 e 37).

Um outro modelo, em um grau um pouco maior de exigência, é o da prova clara e convincente, aplicada no processo civil especial, como nas ações de improbidade. É preciso um pouco mais que a preponderância das provas. A prova deve ser clara e convincente, mesmo que ela seja melhor que a prova em sentido contrário. Enquanto no primeiro critério é provável que algo tenha ocorrido, no segundo é altamente provável que algo tenha ocorrido.

O terceiro critério, mais rigoroso, é aplicável ao processo penal: trata-se da prova além da dúvida razoável. A certeza ultrapassa a dúvida razoável, sendo praticamente impossível que algo não tenha ocorrido. O cuidado ocorre porque a esfera penal costuma discutir a liberdade do indivíduo, a fama pública, e nela vigora o princípio da presunção de inocência e o da verdade real e, por isso, é difícil operar em um juízo de verossimilhança. A presunção simples, na seara penal, para ser utilizada, requer um grau de certeza muito maior que no cível, devendo superar qualquer possibilidade de inocência do réu.

Entretanto, isso não quer dizer que o processo penal não concebe a utilização dos indícios, pelo contrário, há previsão legal para o uso dos indícios no art. 239 do Código de Processo Penal (CPP). Nesse sentido, o próprio STF já esclareceu, no HC 103118/SP, que o princípio processual penal a favor do réu não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* pelo juiz para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o CPP prevê expressamente a prova indiciária. Sob tal raciocínio, conclui o Ministro Luiz Fux: “O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.”⁵⁰

Ainda em relação aos modelos de constatação, uma importante ressalva há que ser feita, no que tange à possibilidade de uma mitigação ainda maior do grau de certeza da prova no processo civil, a depender do direito material discutido nos autos. Assim, demandas que abordam enfermidades profissionais, acidentes de trabalho, casos de seguro, de responsabilidade objetiva, são exemplos nos quais o módulo de constatação pode ser mitigado, assumindo os indícios maior relevância e aceitação como meio de prova. Observa-se que situações como estas, além de apresentarem maiores dificuldades em serem provadas no geral, envolvem um polo

⁵⁰ STF - HC: 103118 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-073 DIVULG 13-04-2012 PUBLIC 16-04-2012.

hipossuficiente⁵¹, num quadro em que há claro desequilíbrio entre as partes litigantes.

O julgado abaixo, ao abordar a revisão alimentícia, em que o filho seria a parte hipossuficiente, ressalta o papel dos indícios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CIVIL - PROCESSO CIVIL- REVISÃO DE ALIMENTOS - INDÍCIOS DE RENDIMENTOS - INDÍCIOS COMO MEIO DE PROVA- AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1 - Verifica-se que *existem indícios suficientes de que os rendimentos do agravante são bem superiores à quantia apresentada por ele nos autos.* 2 - Este E. Tribunal entende que os *indícios são corroborados como meio de prova.* 3- Quando o recorrente omite seus reais ganhos, os alimentos devem ser fixados de forma a garantir que os filhos vivam de modo compatível com a sua condição social. 4- Os alimentos devem ser entendidos como verba necessária a compreender além da alimentação, tudo aquilo que for necessário à sobrevivência humana, como moradia, saúde, vestuário e instrução. [...]⁵²

Portanto, é possível afirmar que quanto menor for a isonomia entre os sujeitos do processo, maior deve ser a atenção do julgador ao grau probatório exercido pelos indícios. Até porque, nos exemplos dados, muitas vezes, a parte em vantagem da relação processual pode dificultar a produção de provas pelo polo hipossuficiente, que costuma não ter meios e nem recursos disponíveis para ter acesso às provas diretas.

CONCLUSÃO

O avanço do processo civil e da jurisprudência brasileira revela uma maior aceitação e importância atribuída aos indícios como meios probatórios. Pelo esposado neste trabalho, é possível extrair importantes conclusões.

Primeiramente, entendemos que o indício é meio ou espécie de prova indireta. É prova, pois essencial para se concluir acerca da existência ou inexistência do fato desconhecido discutido nos autos do processo. É indireta, porque a busca pela veracidade e certeza do fato principal terá como base um raciocínio lógico crítico, que liga o fato indicante a um fato a provar

⁵¹ É claro que, em lides com claro desequilíbrio entre as partes, como as exemplificadas, pode-se (e deve-se) inverter o ônus da prova. Mas aqui tratamos do caso em que, ainda com o ônus da prova invertido, não há clareza quanto ao direito pleiteado pelo polo hipossuficiente, entrando aí a maior relevância atribuída aos indícios.

⁵² TJ-ES - AI: 48049000051 ES 48049000051, Relator: CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, Data de Julgamento: 25/04/2006, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/05/2006

Consequentemente, o fato de o indício ser um meio de prova indireta maior cautela valorativa, uma vez que enquanto a prova direta comporta apenas uma inferência (da prova ao fato a ser provado), a prova indiciária requer ao menos duas inferências (da prova ao indício e do indício ao fato a ser provado).

Por tal motivo, no processo de valoração da prova indiciária pelo julgador, é imperioso que a decisão esteja devidamente fundamentada, explicitando a pertinência e relevância do fato conhecido, a sua relação com o desconhecido, bem como a inferência lógica realizada para se chegar à decisão.

Viu-se, também, que as presunções *hominis* não são meios de prova, pois dizem respeito ao resultado de um processo mental, de um raciocínio executado exclusivamente pelo juiz (sem qualquer interferência, *a priori*, do legislador), por meio do qual o fato conhecido levará a um fato desconhecido.

Ainda, a passagem lógica de um fato (conhecido) a outro (desconhecido) é permitida pelas máximas de experiência, que, por permitirem a apuração de fatos desconhecidos, acabam por exercer função instrumental lógica no convencimento do magistrado.

Ainda no que pertine à apreciação dos indícios, hoje, adota-se a teoria da múltipla conformidade no processo civil brasileiro, em que os indícios devem ser graves, precisos e concordantes (em analogia ao direito italiano), mas sempre no seu conjunto, não isoladamente. O que importa é o resultado final, após a valoração conjunta de todos os indícios e demais elementos probatórios presentes no processo.

Na esfera do processo civil os indícios ganham maior destaque, uma vez que o modelo de constatação que ali vigora é o da preponderância das provas. A força da prova indiciária pode ainda ser maior diante de litígios com reduzido acervo probatório e em que há claro desequilíbrio entre as partes.

Enfim, com o presente artigo, buscou-se demonstrar que o fato de a prova indiciária demandar uma atitude mais prudente do juízo não diminui a sua pujança. O indício pode fornecer plena convicção e certeza sobre o fato controvertido e alcançar uma tutela justa, pronta e efetiva.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In:

- DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006; p. 289-316.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: **Temas de direito processual**. 1ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2016.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- _____. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di diritto processuale**, vol. XX (II série). Padova: CEDAM, 1965.
- CAVALLONE, Bruno. **Il giudice e la prova nel processo civile**. Padova: Cedam. 1991.
- COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. 1. 5ª ed. Bologna: il Mulino, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 2. 6ª ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988.
- FACHETTI, Gilberto Silvestre. ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Indícios e presunções: sua relação com o princípio da verdade e os sistemas de apreciação das provas**. *Diritto & Diritti*, v. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/32606-ind-cios-e-presun-es-sua-rela-o-com-o-princ-pio-da-verdade-e-os-sistemas-de-aprecia-o-das-provas?page=1>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.
- FERRAIOLI, Marzia. Presunzione (diritto processuale penale). In: **Enciclopedia del diritto**. Roma: Giuffrè, 1986. Vol. 35; p. 304-315.

- ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <
http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib6.htm>.
Acesso em: 20 de abril de 2016.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 79, jan. 1984. ISSN 2318-8235; p. 192-223. Disponível em:
<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- QUIJANO, Jairo Parra. **Tratado de la prueba judicial**. Vol. 4. 3ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RUSSO, Vincenzo. **La prova indiziaria e il giusto processo**. Napoli: Jovene, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- SCAPINI, Nevio. **La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale**. Milano: Giuffrè, 2001.
- STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. [S.l.]: Temis S.A., 1999.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.
- _____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol. 02, n. 02. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001; p. 171-204.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.