

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Pedro Antunes do Nascimento

**INFLUÊNCIA PROBATÓRIA DO COMPORTAMENTO PROCESSUAL SOB O
VIÉS LÓGICO**

**Porto Alegre
2017**

PEDRO ANTUNES DO NASCIMENTO

**INFLUÊNCIA PROBATÓRIA DO COMPORTAMENTO PROCESSUAL SOB O
VIÉS LÓGICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre

2017

RESUMO

Este trabalho aborda a influência que o comportamento processual tem sobre a demonstração de fatos controversos. Para tanto, por meio de revisão bibliográfica, é pontuada a forma como se dá o processo cognitivo de formação de conhecimento sob o viés epistemológico, e discorre-se sobre os conceitos de prova existentes na doutrina e sobre os princípios que orientam a produção e utilização probatória. Das obras estudadas, percebeu-se que não há um consenso sobre o sentido de prova, razão por que foram escolhidos os termos utilizados por um dos autores adaptando-se os termos de outros doutrinadores com base do sentido. Concluiu-se que, sob o viés lógico, o comportamento processual pode ser objeto de prova e elemento de prova, mas não se enquadra como meio de prova. Como elemento de prova, ele poderia ser direto ou indireto, dependendo da relação de conclusividade entre elemento e objeto de prova. Observou-se que o comportamento processual será elemento de prova direto em questões processuais da lide, mas não quanto a causa de pedir, hipótese em que será indireto. Apontou-se, ao fim, necessidade de harmonizar a utilização do comportamento processual e os preceitos norteadores do Direito Processual, em especial quanto aos Princípios da Livre Apreciação Motivada da Prova e do Contraditório, em razão das peculiaridades dos elementos de prova indiretos.

Palavras-chave: Comportamento Processual. Prova. Elementos de prova. Valoração da Prova. Epistemologia.

ABSTRACT

This paper discusses the influence that procedural behavior has on the demonstration of controversial facts. To do so, through a bibliographical review, we discuss the way in which the cognitive process of knowledge formation under the epistemological bias occurs, the concepts of proof in doctrine and the principles that guide production and probative use. From the studies studied, it was noticed that there is no consensus on the sense of proof, which is why the terms used by one of the authors were arbitrarily chosen, adapting the terms of other writers based on this sense. It was concluded that the procedural behavior can be object of proof and evidence, but it does not fit as means of proof. As evidence, it could be direct or indirect, depending on the relation of conclusiveness between element and object of proof. It was observed the procedural behavior will be element of proof in processual matter, but will not be on the cause of claim, when it will be indirect evidence. Finally, it was pointed out that there is a need to harmonize the use of procedural behavior and the guiding principles of procedural law, especially with regard to the principles of free evaluation of evidence and "*audi alteram partem*", given the peculiarities of indirect evidence.

Key-words: Procedural Behavior. Proof. Elements of proof. Evaluation of evidence. Epistemology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
PROVA SOB O VIÉS EPISTEMOLÓGICO	7
CONCEITO DE PROVA.....	14
CAPACIDADE PROBATÓRIA DO COMPORTAMENTO PROCESSUAL.....	21
PRINCÍPIOS E A UTILIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO ELEMENTO DE PROVA	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

O comportamento da parte, tido por um ou conjunto de atos, certamente tem relevância no resultado da lide, visto que pode constituir ou impedir certo direito ou dever. Entretanto, o comportamento da parte no processo é diferente, visto que muitas vezes são atos feitos pelo patrono, ou ainda, não tem relação direta com o fato controverso da causa de pedir.

Assim, questiona-se acerca da influência do comportamento processual. De forma mais específica, a presente monografia trata da capacidade do comportamento processual atuar como fundamentação lógica para a conclusão motivada utilizada por magistrado em processo judicial.

Da pesquisa bibliográfica sobre o tema, já foi possível anteciper que a maior dificuldade em se discorrer sobre prova é a multiplicidade de sentidos do termo. De igual forma, como bem aponta Kinijnik, há uma certa marginalização doutrinária quanto ao direito probatório e uma resistência dos operadores do direito em utilizar critérios fixos e claros, o que se deve a impossibilidade de se aprisionar o juízo a uma valoração legal das provas, já que o tema ultrapassa a dimensão jurídica, ingressando na seara lógica, epistemológica e psicológica¹.

Desse modo, mostra-se necessário investigar e delimitar os conceitos fundamentais que envolvem a operação de provar certo fato: “o que é provar?” e “como se dá tal processo cognitivo?”.

Para tanto, utilizando o método de revisão bibliográfica, discorre-se sobre temas que regulam a produção e a utilização de provas pelo magistrado: (1) a forma como se dá o processo cognitivo de (re)conhecimento da existência de determinado fato ou coisa; (2) os conceitos de prova; (3) e os princípios jurídicos que norteiam a produção e utilização dos elementos colhidos.

Ao fim, fundado nos conhecimentos exposto ao longo do trabalho, pode-se discorrer sobre o reflexo do comportamento processual no resultado da lide, para definir se ele apto a provar logicamente determinado fato controverso.

¹ KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.3.

1. PROVA SOB O VIÉS EPISTEMOLÓGICO

Antes de entrar na questão de comportamento e sua capacidade de provar, deve-se analisar prova sob o prisma da epistemologia, ciência que estuda como se conhece a realidade.

O conceito de conhecimento, nos termos deste trabalho, será aquele adotado na análise tradicional de conhecimento, conforme abordada por Dallagnol², segundo o qual, em apertada síntese, para uma pessoa possuir conhecimento de uma coisa, essa coisa deve ser verdadeira, a pessoa deve acreditar que tal coisa é verdadeira, e a crença deve ser justificada.

O julgador que reconhece a existência de um fato A, pode basear a sentença em um documento ou testemunha. Logo, a existência do fato A é baseada na crença do que o elemento de prova trouxe aos autos. Assim, a conclusão, que é uma crença, está justificada/baseada na crença anterior que é o elemento de prova.

Em prosseguimento, a relação probatória entre elemento de prova e objeto de prova é determinada por inferências (dedutivas, analógicas, indutivas ou abduativas), que são raciocínios usados para conectar dois fatos³. Ainda, nem os elementos de prova, nem os objetos de prova, são provas em si. O elemento de prova só o é quando contraposto ao objeto de prova⁴.

Para facilitar a explicação, exemplifica-se.

Eva alega que Adão é pai de Caim; Adão nega. Instaurado o litígio, o magistrado ordena que Adão forneça material genético (fios de cabelo) para que seja realizado o exame de DNA, mas Adão recusa. O magistrado, então, declara em sentença que Adão é pai de Caim, ante a recusa de submeter-se ao exame.

Com base do caso acima, sem entrar no mérito da presunção legal prevista na Lei nº 12.004/2009, deve-se fazer algumas ponderações sobre a forma da inferência “Adão é pai de Caim”, ou seja, quais elementos de prova levam ao objeto de prova e como se dá essa relação.

² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 1 a 5.

³ (na verdade conectam duas hipóteses, mas para os fins que esse trabalho se propõe, pode ser usada tal concepção, ainda que não seja precisa)

⁴ DALLAGNOL, Op. Cit. pg. 19-23.

Inicialmente, tem-se a crença/premissa de que Adão foi apontado como pai de Caim e magistrado determinou o fornecimento de material genético (crença 1). Em seguida, há “Adão não forneceu fios de cabelo” (elemento de prova - crença 2). Chega-se a conclusão de que “Adão é pai de Caim, porque se recusou a fornecer material genético” (crença 3).

Há uma relação de justificação de crenças, isto é, as crenças 1 e 2 justificam/embasam a crença 3.

Como se vê, a ação de Adão “não fornecer fios de cabelo” só é elemento de prova se relacionado com o fato que se deseja provar (objeto de prova), caso contrário, trata-se de um ato isolado sem nenhum sentido em si. Isto é, uma ação que carrega significado até então irrelevante. Entretanto, quando relacionado com o objeto de prova, ou seja, com a conclusão, a crença passa a ser elemento de prova/crença justificadora.

Ademais, deve-se atentar que crença e evidência não são sinônimos, embora a crença evidencie. A evidência quando submetida a raciocínio inferencial, pode levar a novas crenças baseadas nas antigas⁵. Evidência é então o efeito da crença que dá suporte a outra crença em uma cadeia de justificação. Por isso, o elemento de prova não é uma evidência em si, embora possa ser uma evidência quando contraposto ao fato evidenciado.

Dessa forma, a crença 2 não é evidência de nada quando tomada isoladamente (fornecer ou não cabelo). A demonstração (evidenciar) só ocorre quando há uma relação inferencial com outra crença.

Assinala-se que crenças podem ser informações presumidamente verdadeiras usadas para inferir conclusões, mas elas existem independentemente de evidenciarem algo. A evidência como elemento de prova não existe sem a hipótese a qual tenta comprovar, ou ainda, *a evidência é sempre considerada a favor ou contra alguma hipótese ou é mencionada com referência explícita a alguma hipótese e sua negação*⁶.

⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 22.

⁶ DALLAGNOL, Op. Cit. pg. 23.

Ainda assim, a formação do conhecimento no caso acima ainda não está completa, pois não há conector entre a recusa de Adão e a paternidade.

Observa-se que nesse caso deve haver uma proposição elíptica relacionado elemento de prova e conclusão. Na argumentação “Adão não forneceu material genético, então Adão é o pai de Caim” está implícita a crença de que “aquele que se recusa a submeter-se a exame de DNA sabe que o resultado da perícia será desfavorável”.

Nesse contexto, mesmo que a questão não estivesse regulada por lei específica e por Súmula do Superior Tribunal de Justiça, poder-se-ia julgar a lide fundada nas *regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*, presente no art. 375 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que o uso de proposições elípticas não é incomum no meio jurídico brasileiro. Por exemplo, no processo nº 5017207-08.2011.404.7108/RS, a Sétima Turma do Tribunal Federal da 4ª Região afirmou que o réu P.L.S.M. encaminhou *email* para o corréu N.L.M., fato que determinou seu conhecimento e participação em prática criminosa, pois no assunto do *email* aparecia o termo “FW:”.

(...)

Em seguida, P encaminha este e-mail a N, o que pode ser verificado pelo termo "FW:" no assunto (subject) da mensagem enviada

(...)

No caso, fica demonstrado o conhecimento com base em regras de experiência comum de que, em e-mails encaminhados, o termo “FW:” é inserido no assunto, embora a fundamentação da decisão não tenha deixado explícita tal inferência.

Assim, o argumento acima é apresentado na forma elíptica (ou entimemático), isto é a premissa 1 (há um “FW:” no assunto do email) leva diretamente à conclusão (o email foi encaminhado). Entretanto, esse raciocínio só faz sentido para pessoas que conheçam tais peculiaridades, caso contrário, a conclusão do julgador não estará justificada.

Sendo a evidência o efeito do elemento de prova ao criar nova crença (ou conclusão), no caso acima, são necessárias duas premissas para chegar a conclusão. Nesse sentido, Thomas Kelly⁷ ressalta:

According to this view, judgements of the form 'E is evidence for H'—when this is understood as more or less synonymous with 'E tends to make it more reasonable to believe H'— are typically elliptical for judgements of the form 'E is evidence for H relative to background theory T'. Thus, given that your background theory includes the claim that Koplik spots are a reliable indication of measles, the fact that a particular patient has Koplik spots constitutes normative evidence for you (gives you a reason to believe that) the patient has measles. On the other hand, given that my background theory does not include the claim that Koplik spots are a reliable indication of measles, the fact that the same patient has Koplik spots does not constitute normative evidence for me (give me a reason to believe that) the patient has measles.

Isto é, as crenças de fundo⁸ possibilitam inferências que evidenciam novos conhecimentos apenas àqueles que já as possuem. Por outro lado, quando não se tem tal conhecimento, certas inferências não parecem ser verdadeiras, porque não são sustentadas/justificadas por uma crença anterior.

TIPOS DE INFERÊNCIAS LÓGICAS

Apontada a possibilidade de haver preposições implícitas na construção de inferências, pode-se tratar dos tipos de inferências lógicas utilizadas para demonstrar fatos novos com base em fatos já conhecidos. Isto é, como conhecimentos novos são produzidos.

Para formar conhecimentos, existem quatro tipos básicos de inferências: dedução, indução, analogia e abdução. Elas são utilizadas em argumentos conclusivos para extrair informações das proposições ou premissas conhecidas.

Nesse ponto, Dallagnol⁹ esclarece que argumento é um conjunto de enunciados, chamados premissas, oferecidos como base para, por meio de um raciocínio (inferência lógica), chegar a um ou mais enunciados, chamados de conclusões. Um argumento epistêmico, por sua vez, é um conjunto de preposições

⁷ KELLY, Thomas. **Evidence**. 2006. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/evidence/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁸ Tradução livre do termo background theory

⁹ DALLAGNOL, Op. Cit. pg. 57.

que proveem 'garantia inferencial' para outro conjunto de proposições conclusivas¹⁰. Dessa forma, há uma relação de conclusividade entre as evidências e o resultado¹¹.

Ressalte-se, também, que há um paralelismo entre os argumentos e as inferências, porque ambos abrangem evidência e conclusão. A diferença é que argumento é uma entidade linguística, a inferência não¹². Inferir é uma atividade cognitiva que consiste em obter uma conclusão a partir de evidências. A lógica não se preocupa em avaliar os processos mentais que levam a uma conclusão, mas pode avaliar a conferência feita sob o viés lógico¹³, ou seja, a conclusão deve conferir com as premissas.

A inferência com maior grau de certeza é a **Dedução**, que é um raciocínio não ampliativo. Isto é, transmite a verdade das premissas à conclusão com um maior grau de certeza, mas não permite que se amplie os conhecimentos. Esse raciocínio revela informações já contidas nas premissas. Tem-se em regra que, se as premissas forem verdadeiras e o argumento for válido, a conclusão será verdadeira¹⁴. Salmon salienta que os argumentos dedutivos são inteiramente conclusivos ou não, não existem gradações. Portanto, não admitem graus de certeza variados.¹⁵

Indução é a inferência oposta dedução. Ela não tem o mesmo grau de certeza, mas amplia o conhecimento. Assim, a conclusão de duas premissas por indução leva a uma proposição com mais informações do que as contidas nas premissas¹⁶.

Todavia, dado que o raciocínio indutivo possui um salto inferencial, ou seja, há certo grau de especulação, e possível que duas premissas verdadeiras, em um argumento válido, resultem em uma conclusão falsa.

¹⁰ BREWER, Scott. **Logocratic Method and the Analysis of Arguments in Evidence**. *Apud*: Dallagnol, Deltan Martinazzo, *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pg. 56

¹¹ SALMON, Wesley C. **Lógica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. Pg. 15.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*. pg. 17.

¹⁴ *Idem*. pgs. 60-62.

¹⁵ *Idem*. pg. 31.

¹⁶ *Idem*. pg. 76.

Destarte, ao contrário da dedução que é inderrotável, a indução sempre deixa espaço para que informação adicional altere (em maior ou menor intensidade) a conclusão.¹⁷

Surge então a questão: como avaliar a força de uma inferência indutiva?

Dallagnol, fundado em Fogelin e Sinnott-Armstrong, traz alguns elementos capazes de quantificar a certeza da generalização indutiva¹⁸:

a) o grau de aceitação das premissas – deve-se verificar se as premissas não decorrem, por exemplo, de falhas na memória ou na observação dos eventos; b) o grau de garantia que as premissas conferem à conclusão, o que depende de outros fatores: b1) o tamanho da amostra – deve-se evitar fazer generalizações com base em amostras insuficientes, isto é, deve-se evitar a falácia de generalização apressada, a qual pode ser relacionada com preconceito, embora a definição de amostra que é suficiente possa ser matéria complexa; b2) a representatividade da amostra – de nada adianta que a amostra seja suficientemente grande se ela, simultaneamente, não estiver bem distribuída e, ao invés, de selecionar casos aleatoriamente, seleciona-se com base em algum critério que influencia o resultado.

Um argumento é **analógico** quando, da semelhança entre dois itens, infere-se que eles possuam uma semelhança ainda não conhecida ou, ainda, que se o item A é semelhante ao item B e se o item B é semelhante ao item C, A provavelmente é semelhante ao item C¹⁹.

Brewer²⁰ aponta que o raciocínio analógico possui três componentes distintos. (1) Abdução de regra a partir de exemplos: a regra indutiva ou dedutiva declara a relação lógica entre os itens comparados. (2) Confirmação da regra pela confrontação com casos, que é, em suma, testar a regra frente às hipóteses. (3) Aplicação da regra confirmada ao caso alvo.

¹⁷ FOGELIN, Robert J. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. **Understanding arguments: an introduction to informal logic**. Apud: Dallagnol, Deltan Martinazzo, As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pg. 64.

¹⁸ DALLAGNOL. Op. Cit. pgs. 65-66

¹⁹ Idem. pg. 72-73.

²⁰ BREWER, Scott. **Logocratic Method and the Analysis of Arguments in Evidence**. Apud: Dallagnol, Deltan Martinazzo, As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pg. 72-73.

Para determinar o grau de certeza de uma inferência analógica, Fogelin e Sinnott-Armstrong apontam que devem ser analisados (a) a verdade das premissas; (b) as similaridades entre os exemplos utilizados na amostra; (c) a presença de diferenças entre os exemplos que possam invalidar as conclusões; (d) a abrangência da conclusão em relação às premissas²¹.

No que toca ao item “d”, da mesma forma como ocorre com a indução, quando mais fraca menos abrangente for a conclusão, mais forte será o argumento.

Abdução, por fim, *é uma forma de inferência que vai de dados descrevendo algo para uma hipótese que melhor explica ou dá conta dos dados*²². Ou seja, elencam-se quais as hipóteses que levam a um fenômeno e, dentre esse rol, escolhe-se a que melhor explica a ocorrência do fenômeno, assumindo que essa hipótese é verdadeira. Alguns autores utilizam o nome “Inferência para melhor explicação (IME)”, dada a forma como se constrói o pensamento analógico.

²¹ FOGELIN, Robert J. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter *Apud*: DALLAGNOL. Op. cit. pg. 75-76.

²² JOSEPHSON, john R. **Abductive Inference – Computation, Philosophy, technology**. *Apud*: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pg. 77.

2. CONCEITO DE PROVA

Estabelecidas linhas gerais de como se forma o conhecimento, ou seja, de como se evidencia ou se demonstra algo, passa-se a apontar os possíveis conceitos do termo “prova”.

Inicialmente, consoante o art. 373 do código de Processo Civil vigente, prova é um ônus de quem alega fato. Isso porque a parte tem o dever de provar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do outro, a fim de obter o convencimento do julgador sobre o que for controverso na causa.

Ainda, provar é um direito (como direito de produzir prova) positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso LV: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. O tema é ainda tratado de forma implícita em outros artigos, sendo importante frisar o art. 5º, inciso LIV, ao determinar o *devido processo legal*, o que enseja a produção probatória correta e justa.

Provar pode significar “demonstrar”. Assim, a prova de um fato significa que há elementos que indicam a sua ocorrência. Ou seja, os fatos ou coisas trazidas informam a ocorrência ou existência de outro fato ou coisa. O autor prossegue que *provar* pode ter um sentido no campo da experiência, em que uma proposição é testada para verificar sua veracidade. Fora do sentido processual, tem-se prova como desafio, *i.e.* um vestibular ou qualquer outro concurso²³.

No mesmo sentido aponta Moacyr Santos²⁴, discorrendo sobre as três acepções do termo “prova”: uma para designar o ato de provar, a atividade probatória; outra para designar o “meio de prova”, isto é, as técnicas jurídicas para inserir um objeto de prova no processo; e, por fim, prova como resultado dos meios de prova, ou seja, a demonstração dos fatos controversos.

²³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, **As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015. pg. 15.

²⁴ Amaral, Moacyr Santos. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Max Limonad, S/A. v.1, pg. 03-04.

Oliveira Deda descreve prova como *"a soma dos meios produtores de certeza"*, em seguida, salienta que nem sempre verdade do fato e certeza serão convergentes²⁵.

Marinoni e Arenhardt²⁶ extraem uma noção de prova voltada ao campo do direito da doutrina italiana. Salientam que pode significar *os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise ou o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo* (produção probatória). Ainda, prova pode ser a atividade lógica do juiz, ao perceber e concatenar os elementos de prova produzidos.

Nesse ponto, Denilson Feitoza enfatiza a polissemia do vocábulo prova, mesmo juridicamente: prova como fonte, como manifestação, como atividade, como resultado, como meio de prova, como meio de obtenção de prova. Assim, Feitoza delimita o tema com os seguintes conceitos²⁷:

- (a) A prova como **fonte** se refere às pessoas e as coisas utilizadas como prova, consideradas como fontes dos estímulos sensoriais que chegam ao julgador.
- (b) A prova como **atividade probatória** é o ato ou conjunto de atos que formam a convicção do julgador sobre a (in)existência de um fato.
- (c) Prova como **resultado** é a convicção da entidade decisória sobre a existência do fato controverso.
- (d) **Meios de prova** são as coisas, pessoas e suas manifestações que levam estímulos sensoriais à percepção da entidade decisória a formar sua convicção.
- (e) **Elementos de prova** são todos os fatos ou circunstâncias que embasaram a convicção do juiz.
- (f) O *fato probando* ou **objeto de prova** é o fato que se deseja provar.

²⁵ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo : Saraiva, 2006. Pg. 01.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. pg. 57.

²⁷ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2008. pgs. 604-606.

Ainda sobre **meios de prova**, Wambier complementa que são as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou a inoção dos fatos chega até o juiz²⁸.

Pode-se resumir as noções transmitidas dos conceitos acima definindo-se que elemento de prova será aquilo que prova (demonstra) algo e objeto de prova como aquilo que é provado (demonstrado). Nesse sentido, Deltan Dallagnol utiliza os conceitos *factum probans* e *factum probandum*²⁹.

Como exemplo de *factum probans* (elementos de prova) poder-se-ia citar certidão de casamento ou de óbito e, como *factum probandum* (objeto de prova), ter-se-ia, respectivamente, o casamento e a morte. Ou seja, o elemento de prova *certidão de casamento ou de óbito* demonstra o *casamento ou a morte*.

Quanto ao meio de prova, é o que conecta o elemento de prova ao julgador; é o que leva os elementos de prova ao juiz. Seu tipo estará relacionado à forma como o elemento de prova entra no processo: documento, testemunho, perícia, inspeção judicial, etc. Pode-se, também, utilizar meios atípicos, desde que moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (art. 369 do Código de Processo Civil).

João Batista Lopes, baseando-se em Malatesta, aponta que os elementos de prova podem ser classificados tendo por base o objeto, o sujeito e a forma da prova³⁰.

Quanto ao objeto, pode ser direto ou indireto^{31 32}. É direto quando o elemento demonstra diretamente o “*fato probando*”, como no caso da certidão de óbito acima. Será indireto quando, para demonstrar o objeto de prova, for necessária inferência. Por exemplo, a certidão de óbito com data anterior a ocorrência de determinado fato, permite concluir que o falecido não o cometeu.

²⁸ Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pg. 474.

²⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, **As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pg. 17.

³⁰ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pg. 36-37.

³¹ Idem.

³² CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2005. pgs. 81-84.

ELEMENTOS DE PROVA DIRETOS E INDIRETOS

Como se vê, os elementos de prova são entes de maior relevância para a formação do convencimento judicial, pois são eles que embasam a decisão. Por essa razão, ser-lhe-ão dados enforque mais detalhado.

Ainda, visto os conceitos fixados até agora, ressalta-se que a maioria dos autores pesquisados não diferenciava claramente os diversos sentidos de prova, embora isso pudesse ser inferido pelo contexto de suas obras. Destarte, para manter a coerência e congruência do trabalho, os termos “prova direta” e “prova indireta” serão substituídos por “elemento de prova direto” ou “indireto”, quando for esse o sentido empregado. Ainda, indício será ser usado como sinônimo de elemento de prova indireto.

Em prosseguimento, podem-se utilizar três critérios essenciais para diferenciar elementos de prova diretos e indiretos: (1) o viés imediatista em relação ao fato; (2) a estrutura lógica utilizada no procedimento probatório; (3) a demonstração de fato dependendo do tipo de raciocínio lógico³³.

Assim, o elemento de prova direto demonstra imediatamente o fato questionado, utilizando um raciocínio de *regra lógica ou científica de cunho não probabilístico que conduz a um resultado necessário*³⁴. Ao contrário, o indício é inferido de um fato conjugado com uma regra de experiência³⁵. Dessa maneira, o elemento de prova direto demonstraria/provaria por si só, enquanto o elemento de prova indireto necessitaria que o intérprete perceba sua potencialidade probatória e aplique-a.

Ainda que Borges critique os critérios sugeridos por Abellán³⁶, em especial os dois últimos, referindo que, com exceção da inspeção judicial, toda prova é de certa forma indireta ao julgador – visto que o contato com ela se dá por intermédio do meio

³³ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos em el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. pp. 79-84 *Apud*: BORGES, Ronaldo Souza. A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. pg. 188.

³⁴ *Idem*.

³⁵ BORGES, Ronaldo Souza. A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. pg. 191. Neste ponto o autor Ronaldo Borges cita que o indício é inferido por meio de uma *máxima de experiência*. Borges trata das máximas de experiência, ainda que com maior singeleza, da mesma forma como as crenças de *background* tratadas por Deltan Dallagnol. Destarte, trata-se da utilização de crenças de forma não entimemática, ou seja, de forma clara e expressa, permitindo o controle da motivação da decisão.

³⁶ BORGES, Op. Cit. 2016. pg. 188-189.

de obtenção de prova –, tais distinções subsistem quando levado em conta apenas o elemento de prova e o fato demonstrado (objeto de prova).

A crítica de Borges é adequada dependendo de qual conceito de ‘prova’ é utilizado, o que demonstra dificuldade que a polissemia da palavra prova gera na compreensão da matéria.

Aparentemente Abellán refere-se a prova como “elemento de prova” e Borges, como “fonte de prova”. Assim toda a prova é, de certa forma, indireta, se prova significar a fonte de prova (dado que o juiz não tem contato direto com o fato controverso). Por outro lado, a prova pode ser direta, quando “prova” se referir a elemento de prova, dada a imediatidade entre evidência e conclusão.

Portanto, o critério de imediatismo está adequado, pois, mesmo que o julgador não tenha contato direto com a fonte de prova, o elemento de prova direto demonstra diretamente o fato. Isto é, o documento (fonte de prova) pode descrever acontecimento (elemento de prova) que levará a conclusão que tal fato ocorreu (objeto de prova), não sendo necessário outra crença ou elemento que justifique a conclusão final.

No que tange ao elemento de prova indireto, ao contrário, não há conclusividade direta com o fato a ser provado. Ao demonstrar que o fato indicador (indício) ocorreu ou é verdadeiro, o juiz conjuga essa informação com outra também já conhecida para concluir a existência de um outro fato (objeto de prova). Logo, o elemento de prova indiciário/indireto necessita de outro elemento, em geral uma *máxima da experiência* ou crença de *background*, para chegar a uma conclusão útil ao processo.

Portanto, o indício, como prova indireta, deriva de um raciocínio baseado em fato conhecido e provado. Chega-se inferencialmente a outro fato. Não é prova do fato controverso, mas operação mental que conduz a aceitação de uma hipótese independentemente de haver prova direta.

Assinala-se que os indícios por si só não provam nada, são elementos dados como provados a partir do qual, por indução, analogia ou abdução, se alcançam *fatos probandos*. Um único indício, quando observado isoladamente, pode não ser

suficiente para demonstrar a verdade de uma alegação, mas, quando analisado em conjunto com outros pode conduzir à prova pretendida.

Ainda sobre o tema, Echandia³⁷ define indício como “qualquer fato conhecido (ou circunstância de fato conhecida), do qual se infere por sí só ou juntamente com outros, a existência ou inexistência de outro fato desconhecido, mediante uma operação lógica baseada em normas gerais da experiência ou em princípios científicos ou técnicos especiais”. Para Enchandia, a doutrina tem reconhecido o caráter de elemento de prova aos indícios.

Paulo Roberto Medina sustenta que os indícios não são propriamente meios de prova, consistindo num argumento lógico, baseado nas máximas gerais da experiência ou em conhecimentos especializados, que permite ao juiz dar valor a um fato conhecido ou inferir fato desconhecido³⁸. Ressalte-se que Medina trata indício como o processo inferência e não como o elemento de prova indireto.

Wambier³⁹, por sua vez, diferencia indício e presunção, dispondo que a presunção relativa é uma operação mental pela qual, a partir de um fato conhecido (indício ou fato auxiliar), chega-se à razoável suposição de ser verdadeiro um fato não conhecido (não diretamente provado, que é o fato principal).

Indício é o nome que se dá a fato provado, ou tido por provado, que não é diretamente relevante para a causa, mas permite a formação de convencimento a respeito de um fato diretamente relevante.

Carnellutti⁴⁰ caracteriza indícios como ‘fontes de presunções’. Não são fatos representativos cuja função probatória é essencial. São fatos autônomas cuja função probatória é acidental. O fato existe e há uma relação lógica que permite deduzir a existência de outro fato. Desse modo, a prova não se extrai diretamente do indício, mas dele em conjunto com regras de experiência.

Conclui-se, então, que indício é o fato observado e a presunção é a operação mental que permite retirar informação nova deste fato.

³⁷ ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1970. p.28.

³⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A Prova das Intenções no Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, nº 115, ano 29, Jun. 2004, p. 74-86. ISSN 0100-1981.

³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 487.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2005. pg. 227.

Reconhece-se, outrossim, que a presunção tem grande valia para o direito e para o a valoração das provas. Dela, inferem-se fatos novos de fatos já conhecidos. Também atua como uma facilitadora da atividade jurisdicional, uma vez que permitem ao juiz sentenciar tendo apenas elementos circunstanciais que apontam para ocorrência ou não de algum fato controverso⁴¹.

⁴¹ BORGES, Ronaldo Souza. **A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. Pg. 188.

3. CAPACIDADE PROBATÓRIA DO COMPORTAMENTO PROCESSUAL

O comportamento (não necessariamente processual) é a maneira de reagir ou portar-se. Trata-se da forma de proceder das pessoas ou dos organismos perante os estímulos e em relação ao entorno. Ou seja, é uma atitude, ou um conjunto delas, das quais se qualifica a forma como se procede.

Isto é, um ato, ou o conjunto deles, formam o que é definido para fins deste trabalho como comportamento.

Na seara processual, *ato processual* é a modalidade de ato jurídico, mas que é praticado e tende a gerar efeitos dentro do processo. É necessário destacar que qualquer ato praticado fora do processo, ainda que a ele ligado, só adquirirá relevância e gerará efeitos quando trazido ao processo. É, portanto, a manifestação de vontade capaz de criar, modificar, ou extinguir relação jurídica processual⁴².

Ivan Righi ressalta que o comportamento das partes é revelado pelos atos que praticam ou deixam de praticar no curso do processo, e que tais fatos jurídicos tem relevância probatória. Righi salienta que a confissão em si não é consequência probatória da conduta da parte, mas sim do ato dispositivo de produção de prova. Entretanto, a confissão ficta, resultado do ato processual de não contestar, caracteriza um efeito probatório do comportamento⁴³.

Ainda, Paulo Medina dispõe que, no processo cooperativo moderno, a atuação da parte é observada de forma mais ampla, isto é, não se analisa apenas a forma como o sujeito se portou fora do processo em relação ao direito material postulado; é possível avaliar o modo geral como a parte “*se comporta em juízo relativamente aos fatos da acusa, ou como no processo repercute o comportamento que a esse respeito a parte tenha assumido*”⁴⁴.

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.p.219.

⁴³ RIGHI, Ivan. **Eficácia Probatória do Comportamento das Partes**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1981. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855>>. Acesso em: 26 ago. 2017

⁴⁴ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A Prova das Intenções no Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, nº 115, ano 29, Jun. 2004, p. 74-86. ISSN 0100-1981.pg. 77.

Nesse sentido, Darci Ribeiro, já em 1998, apontou que *a ciência processual vem aceitando a possibilidade de o comportamento das partes, em juízo, produzir convencimento*⁴⁵.

Ribeiro fundamenta tal possibilidade nos deveres de lealdade processual e no sistema de apreciação de provas pela persuasão racional (livre convencimento motiva). Assim, o juiz seria o soberano na avaliação dos elementos de prova trazidos podendo utilizar a avaliação moral e subjetiva da pessoa, porém motivada. Por fim, ressalta que o ordenamento prevê a possibilidade de utilização de todos os meios de prova moralmente legítimos, e que o comportamento das partes é um meio hábil a comprovar a verdade de um fato, em que se funda a ação ou a defesa.

Ribeiro reconhece que a totalidade da doutrina trata o comportamento processual um indício e não uma prova (elemento de prova direto)⁴⁶. No entanto, o autor faz crítica apontando que comportamento claramente será elemento de prova direto em questões de probidade processual⁴⁷.

Ovídio Baptista⁴⁸ e Isolde Favaretto⁴⁹ problematizam o ponto reconhecendo que atos processuais são de responsabilidade do advogado, questionando-se então a responsabilização da parte. Fabio Milman, entretanto, arremata defendendo a responsabilidade da parte – que escolheu o causídico que lhe patrocinaria – com eventual possibilidade posterior de ação regressiva⁵⁰.

Ainda na seara do estudo sobre improbidades processuais, Helena Abdo⁵¹, Fábio Milman⁵², Valter Maia⁵³, Ada Pelegrini⁵⁴ e Valentino Andrade⁵⁵ são uníssonos

⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pg. 124.

⁴⁶ Darci Ribeiro trata “indício” como “elemento de prova indireto” e “prova” como “elemento de prova direto”

⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 128-129

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Volume I.

⁴⁹ FAVARETTO, Isolde. **Comportamento processual das partes como meio de prova**. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.

⁵⁰ MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pg. 135.

⁵¹ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pg. 255.

⁵² MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵³ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁵⁴ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁵ ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004. pg. 63.

a reconhecer a possibilidade e a importância da valoração do comportamento como elemento probatório.

Merece nota, outrossim, a abordagem sob um viés retórico, desenvolvida por Eduardo Scarparo, em que o comportamento das partes teria influência no julgador como uma premissa não proposicional. Ou seja, aceitabilidade de determinada proposição feita por uma das partes poderia ser determinada por elementos não pertencente à parte lógica do discurso (como credibilidade, confiança, reputação do emissor). Assim, o comportamento das partes poderia influir nessa sua credibilidade e, por conseguinte, na aceitabilidade de suas teses⁵⁶. Ressalta-se, entretanto, que o conceito prova desenvolvido neste trabalho é no sentido de demonstrar um fato, e não como aquilo que leva à adesão de uma tese, que pertencente ao ramo da retórica.

Como se vê, não é estranho à doutrina o valor probatório do comportamento. Entretanto, existem diversas concepções sobre a forma como atos processuais influenciam o processo. Todavia, dada a polissemia da palavra prova, é árdua a tarefa de encontrar consensos doutrinários, visto que trate-se o termo com sentidos diferentes dependendo do autor e do assunto tratado.

Necessário, então, situar o comportamento processual perante os conceitos abordados até o momento.

Comportamento Processual não é meio de prova.

Como já delimitado, meios de prova são as coisas, pessoas e suas manifestações que podem levar estímulos sensoriais à percepção da entidade decisória e formar sua convicção.

No caso do comportamento processual, sendo o processo brasileiro eminentemente escrito, ele chega ao magistrado por meio das peças protocoladas ou pela forma como a parte se porta em depoimento pessoal. Ainda, o comportamento poderia ser informado pela parte adversa, também por meio de prova documental.

⁵⁶ SCARPARO, Eduardo. **Ethos e comportamento processual como prova no processo civil.** Revista de Processo, 2017.

No caso de um procedimento que prime pela oralidade, ainda assim, comportamento processual não seria *meio de prova*, porquanto o meio pelo qual os estímulos chegariam ao julgador seria o procedimento em que as alegações seriam proferidas ao magistrado.

Nesse mesmo sentido, Paulo Medina arremata claramente o comportamento processual não é propriamente um meio de prova⁵⁷. Ainda, Isolde Favaretto tratando do tema, adota-o como um elemento que auxilia a valoração da prova, e não como *meio de prova*, embora sua obra seja intitulada “Comportamento processual das partes como meio de prova”⁵⁸.

Portanto, nos termos do conceito delimitado neste trabalho, o comportamento processual não é *meio de prova*.

Comportamento pode ser objeto de prova.

Comportamento processual pode ser definido como ato ou o conjunto de atos processuais. Disso, o comportamento é seria uma qualidade inferida destes atos, quando analisados isoladamente ou em conjunto.

Assim, o comportamento processual pode ser objeto de prova, fundado em outros elementos (outros atos). Isto é, o comportamento (forma como a pessoa procede), quando considerado como análise global de um conjunto de atos, pode ser o objeto de prova e os atos serão os elementos de prova.

Esse objeto de prova alcançado não pode ser confundido com a intenção por trás do ato. O primeiro seria a aparência externas do modo como a parte se porta e reage; o segundo, o caráter interno e subjetivo do ato.

Comportamento é elemento de prova.

Fundado nos conceitos de prova expostos no capítulo., elementos de são todos os fatos ou circunstâncias que embasaram a convicção do juiz. Dessarte, o comportamento que venha ser um dos elementos a fundamentar a sentença será um *elemento de prova*.

⁵⁷ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A Prova das Intenções no Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, nº 115, ano 29, Jun. 2004, p. 74-86. ISSN 0100-1981.p.77.

⁵⁸ FAVARETTO, Isolde. **Comportamento processual das partes como meio de prova**. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.p.52-58.

Comportamento pode ser elemento de prova direto.

De acordo os conceitos já definidos, a prova direta demonstra imediatamente o fato questionado, utilizando um raciocínio de regra lógica ou científica de cunho não probabilístico que conduz a um resultado necessário.

Usualmente o comportamento é prova direta em questões laterais, e não ao objeto do litígio. Pode-se citar, exemplificativamente, perquirições quando eventual improbidade processual, já tratada neste capítulo, bem como questões preliminares da lide (como interesse de agir).

Quanto ao interesse de agir, há diversos julgados indicando que o Tribunal Federal da 4ª Região considera o comportamento processual do réu no que tange ao interesse de agir⁵⁹.

Nesses processos, o INSS apontou que os autores não tinham interesse de agir ao acionar a autarquia previdenciária judicialmente, porquanto nunca fizeram qualquer pedido administrativo, inexistindo pretensão resistida que justifique a lide. No entanto, embora alegassem em contestação tal preliminar, no mérito rebatiam os argumentos de fato dos autores, indicando que em caso de pedido administrativo, o pedido não seria concedido.

No ponto, transcreve-se voto do Agravo de Instrumento nº 0008198-23.2013.404.0000/SC:

Passo ao exame do mérito. O pedido liminar foi examinado nos seguintes termos:

"[...]

Prevalece nesta Corte o entendimento de que o interesse de agir se configura, mesmo quando ausente prévio requerimento administrativo, pela contestação do mérito por parte do INSS (v.g. AC n.º 0006373-54.2012.404.9999-PR - Rel. Min. Vivian Josete Pantaleão Caminha - 5ª T. - D.E. 22-01-2013).

*Na espécie verifico que a contestação do INSS, além da preliminar de carência de ação por falta de requerimento administrativo, acabou por adentrar no mérito ao afirmar que, "[...] tendo sido juntado ao processo fls. 11/14, documentos que comprovam na profissão que a autora era 'do lar'", "[...], mostra-se inviável a pretensão formulada na peça inicial, na medida em que incumbe à parte autora o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito [...]" (fl. 33). **Assim procedendo, o INSS demonstra não admitir a***

⁵⁹ Nesse sentido citam-se os processos Ag.Inst. nº 0008198-23.2013.404.0000, Reexame nº 5000437-95.2010.404.7100, Apelo Cível 0014276-43.2012.404.9999 e Apelo Cível 0020796-19.2012.404.9999.

pretensão da parte autora e faz configurar a pretensão resistida, determinadora do interesse de agir - condição da ação questionada. Deste modo, correta a decisão recorrida, que afastou a preliminar de carência de ação.

Observa-se, então, que a postura da processual da ré, ao rebater o mérito do pedido, é elemento de prova⁶⁰ que demonstra o interesse processual.

O comportamento é elemento de prova indireto.

O elemento de prova indireto é aquele que não tem conclusividade direta com o fato a ser provado. Ao demonstrar que o fato indicador (indício) ocorreu ou é verdadeiro, o juiz conjuga essa informação com outra também já conhecida para concluir a existência de um fato (objeto de prova). Logo, o elemento de prova indiciário/indireto necessita de outro elemento, em regra uma máxima da experiência, para chegar a uma conclusão útil ao processo.

Tal ocorre com o comportamento processual.

Favaretto ressalta o caráter de fonte de presunção quanto ao comportamento processual, concluindo que tais atos, e até de seus patronos, tem significação probatória indiciária.

De fato, atos processuais não têm, via de regra, conexão direta com a origem do litígio, além de possuírem uma estrutura rígida e muitas vezes e pré-determinada. Isso porque as partes tem um leque definido de possibilidades de manifestação no processo reguladas pelo Código de Processo Civil e demais leis esparsas

Assim, o ato processual que eventualmente leve a demonstração do objeto de prova da controvérsia principal, terá uma relação indireta com ele, típica dos elementos de prova indiretos. Importante salientar, todavia, que a demonstração por elemento de prova indireto não é inferior ou superior ao elemento de prova direto⁶¹.

Isso ocorre com na conhecida Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

⁶⁰ Ainda que possa haver discussões sobre a aplicabilidade da Teoria da Asserção nos casos citados, assinala-se que o Tribunal Federal da 4ª Região utiliza o comportamento como elemento de prova (no sentido de elemento que justifica a conclusão) do interesse processual.

⁶¹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.49.

Da análise dos precedentes originários da Súmula, percebe-se que não se está tratando do ato de recusa ao exame de DNA como elemento de prova direta, mas como elemento indireto da conclusão judicial. Nesses casos, a crença elíptica é a de que “a recusa ao exame de DNA é postura daquele que já sabe que o resultado ser-lhe-á desfavorável”⁶².

Entretanto, a mera recusa, embora indique por inferência o objeto de prova (paternidade), não é suficiente para alcançar o standard probatório de preponderância de provas⁶³. Nesse sentido, tem-se acórdão do Recurso Especial 409285/PR⁶⁴, cujo excerto transcreve-se:

*Tenho que, da forma como foi redigida, a decisão merece parcial reparo. É que há uma diferença considerável entre presumir-se a recusa como prova a favor do investigador, contra a defesa do investigado, e a automática presunção de que os fatos articulados na inicial são verdadeiros, tal como decretado pelo juízo singular. **A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente.** Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo.*

Como bem aponta o Ministro Aldir Passarinho Junior, o ato processual (recusa) não demonstra diretamente o objeto de prova (paternidade). É mais um elemento de prova indireto, baseado em inferência cujo grau de certeza não é absoluto⁶⁵.

Por fim, o caráter de indício decorre da questão cronológica entre fato controverso originário da lide e os atos processuais. Os eventos que causaram a lide são anteriores aos eventos da lide, não podendo haver relação de causalidade do ato posterior ao ato anterior, ou seja, ato futuro não pode causar evento do passado. Desse modo, um ato processual não demonstrará diretamente a ocorrência de eventos passados.

⁶² Não se ignora o art. 232 do Código Civil de 2002 permite tal presunção: “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Entretanto, o objeto do trabalho é apenas situar o valor probatório do comportamento e não discorrer sobre a diferença entre Presunções Legais e Judiciais.

⁶³ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁶⁴ REsp 409285 PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2002, DJ 26/08/2002, p. 241

⁶⁵ Ressalte-se que “grau de certeza” é utilizado no sentido lógico, ou seja, em argumentação dedutiva, o grau de certeza é absoluto porquanto, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também será. Em outras formas de indução, premissas verdadeiras podem resultar em conclusões falsas.

Por outro lado, atos futuros podem indicar padrões que poderiam ter ocorrido no passado, ou seja, pode-se presumir que um evento que ocorreu no presente sob determinadas condições, também tenha ocorrido no passado sob as mesmas condições, em especial quando se tratam de comportamentos humanos.

Portanto, pelos motivos expostos e com base nos conceitos delimitados, atos processuais na qualidade de elementos de prova, em relação à controvérsia principal da lide, serão indícios.

4. ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO ELEMENTO DE PROVA AOS PRINCÍPIOS PERTINENTES

Fixada a forma como se forma o conhecimento – ou a forma como se prova/demonstra fatos –, bem como definidos e diferenciados os conceitos de prova, passa-se a análise dos princípios que orientam a produção probatória e que têm maior relevância na temática do comportamento processual aqui elaborada.

Dessa forma, serão abordados os princípios dispositivo, do contraditório, da livre apreciação motivada da prova, da aquisição processual e da exaustividade.

Inicialmente, no que tange ao **princípio dispositivo**, o ato processual usualmente tem uma eficácia probatória accidental. Isto é, quem executou o ato não tinha interesse em atribuir-lhe valor probante. Ainda assim, o ato processual sempre estará juntado aos autos, caso contrário não seria processual, o que torna tranquila a compatibilização entre o aludido preceito e o uso de elemento de prova baseado em comportamento processual.

Quanto à **apreciação motivada**, ressalta-se a incompatibilidade com argumentos elípticos, especialmente quando baseados em máximas de regras de experiência comum. Isso porque, como já explicitado, os argumentos entimeméticos pressupõe que se compartilhem certas crenças de fundo comuns, o que pode não ocorrer. Nesses casos, certas conclusões do magistrado não estarão justificadas porquanto o argumento carece de premissa fundamentadora da conclusão.

Dessa forma, ao valorar o comportamento processual negativa ou positivamente, deve-se deixar claro qual a crença, ainda que probabilística, que leva à tal conclusão. Em outras palavras, os atos como elementos de prova não terão relação de conclusividade direta com o objeto de prova, sendo essa lacuna preenchida por outra premissa e o tipo de inferência realizado. Tais premissas devem estar claras, sob pena de ter-se uma sentença parcial ou totalmente nula por ausência de fundamentação.

Da mesma forma, em relação à **exaustividade**, caso certo ato processual constitua claramente elemento de prova, o magistrado não pode releva-lo⁶⁶. Será

⁶⁶ No ponto, Borges arremata que cabe ao magistrado apreciar tudo o que for trazido e expor com clareza os motivos que levaram à conclusão alcançada. BORGES, Ronaldo Souza. **A Prova pela**

necessário dispendir parte da decisão a fim de motivar sua desvalorização. Isso ocorrerá, por exemplo, no caso da recusa em submeter-se a perícia médica, em que, o juiz não pode ignorar a ocorrência desse tipo de ato, devendo apontar o valor que atribuiu a esse elemento.

O ponto mais complexo talvez seja conjugar a utilização dos atos processuais com o dever do contraditório. Nessa seara, três situações surgem: (1) a parte, durante a fase instrutória pede que certo ato seja valorado; (2) a parte, após finda a fase instrutória, mas antes da sentença, aponta certo ato processual com potencial probatório; (3) a inferência em relação a certo comportamento processual é feita oficiosamente pelo juiz.

Nas duas primeiras possibilidades, não há necessidade de grandes digressões, uma vez que o juiz pode informar a parte contrária do pedido e esperar o contraponto. Essa terceira possibilidade é que demanda maior atenção.

Hodiernamente, vem-se repudiando “decisões-surpresa”, *que são aquelas em que o juiz, de forma inopinada e desvinculada do contexto factual ou jurídico da causa, apresenta uma solução que não tenha sido aventada pelos sujeitos processuais, não conferindo às partes oportunidade de sobre ela de manifestarem*⁶⁷. Isto é embora o ato processual possa ser elemento de prova, caso tal possibilidade não tenha sido aventada por qualquer uma das partes, sua utilização surpreenderia os interessados que ficariam impedidos de apresentar contra-argumentos.

Essa é a orientação dada após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 10 estabelece que “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”. Assim é o entendimento exposto por Miguel Teixeira de Sousa, ao salientar o dever de esclarecimento do julgador, ou seja, o dever solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações⁶⁸.

Presunção na Formação do Convencimento Judicial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. pg. 137-140.

⁶⁷ BORGES. Op. Cit. pg.300-301.

⁶⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português.** Revista de Processo, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 174-184.

O prévio contraditório é essencial inclusive quanto ao comportamento como elemento de prova direto, ou seja, é devido também o contraditório anterior à condenação por litigância de má-fé, de modo que não se pode, por decisão-surpresa, imputar condenação por improbidade processual⁶⁹.

Dessa forma, a utilização do comportamento processual como elemento de prova direta ou indireta demanda prévio contraditório, seja pela aplicação do princípio aludido, seja pela aplicação expressa do art. 10 do CPC/2015. O julgador, portanto, deve provocar a manifestação das partes sobre os elementos dos quais percebe provir força probante antes de utilizá-los.

⁶⁹ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pg. 95

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se a forma como o conhecimento é formado, ou seja, a forma como fatos são provados (demonstrados) à luz dos conceitos tratados na epistemologia. Definiu-se conhecimento justificado (aquele embasado em outras crenças justificadas), bem como as formas de inferências usadas na justificação dessas crenças.

Em seguida, passou-se a conceituar o sentido de prova, do que se percebeu que o tema estudado nesta monografia apresenta diversos óbices para a boa compreensão, sendo o mais relevante deles a questão terminológica. Como se observou, a palavra prova é polissêmica mesmo no contexto jurídico, o que ocasiona problemas na harmonização dos conteúdos tratados pela doutrina. Adotada a classificação sugerida por Denilson Feitoza, foi assumido como elemento de prova fatos ou circunstâncias que embasaram a convicção do juiz, razão por que foi dada maior atenção ao conceito, elaborando as diferenças entre elemento de prova direto e indireto.

Foi fixado, para os fins que se propôs esse trabalho, elemento de prova direto como aquele que demonstra diretamente o objeto de prova e elemento de prova indireto como aquele que demonstra diretamente um fato do qual, por indução, analogia ou abdução, infere-se o objeto de prova.

Após, foram abordados os Princípios que teriam incidência do processo de produção e de utilização dos elementos de prova, quais seja os Princípios Dispositivo, do Contraditório, da Livre Apreciação Motivada da Prova, da Aquisição Processual e da Exaustividade.

Em sequência, com base nos conhecimentos tratados, desenvolveu-se o tema do comportamento processual, que foi definido como uma característica extraída da análise de um ato ou de um conjunto de atos processuais. Ato processual, por sua vez, é a modalidade de ato jurídico praticado e que tende a gerar efeitos dentro do processo.

Com esses conceitos, percebeu-se que os autores pesquisados são uníssonos quanto à possibilidade de utilização do comportamento processual fundamento para decisão judicial. Constatou-se, entretanto, que existem

divergências quanto à forma probatória que tais atos tem no processo, razão por que o tema foi situado dentre os conceitos expostos nos capítulos iniciais do trabalho.

Disso, entendeu-se que comportamento processual: (1) não é meio de prova, porquanto não seria objeto (coisa ou pessoa) dos quais se depreende algo; (2) pode ser objeto de prova, quando contraposto aos atos do quais se infere tal qualidade; (3) pode ser elemento de prova, quando contraposto a algum fato incontroverso do qual possa ser elemento justificador de uma conclusão.

Sob a qualidade de elemento de prova, arrematou-se que tende a ser direto no tocante às questões processuais da lide, como a demonstração de preenchimento dos pressupostos do processo (i.e. interesse de agir/preensão resistida), e da ocorrência de improbidades processuais.

No entanto, os comportamentos no processo não poderiam ser elemento de prova direto do fato principal incontroverso. Defendeu-se que isso se dá por uma questão cronológica entre os atos analisados: os eventos que causaram a lide são anteriores aos eventos da lide, não podendo haver relação de causalidade do ato posterior ao ato anterior, ou seja, ato futuro não poderia causar evento passado. Desse modo, um ato processual não seria apto a demonstrar diretamente a ocorrência de eventos passados.

Por outro lado, o comportamento poderia ser elemento de prova indireto dos fatos controversos principais da lide, uma vez que se pode presumir que um evento que ocorreu no presente sob determinadas condições, também tenha ocorrido no passado sob as mesmas condições, em especial quando se tratam de comportamentos humanos. Ainda, comportamentos poderiam ser averiguados em conjunto com regras de experiência do julgador, gerando presunções sobre determinados fatos, como ocorre com recusa de suposto pai a realizar exame de DNA.

Assim, o ato processual desenvolvido demonstraria um comportamento (premissa menor), enquanto o julgador possuiria uma crença com base nas regras de experiência ou em presunções legais (premissa maior). Portanto, ter-se-ia a demonstração do objeto de prova por processo inferencial.

Ao fim, após definidos e situados os conceitos balizadores, examinou-se a utilização dos comportamentos à luz dos brocardos de Direito Probatório. Assentou-se, em suma, que a utilização de comportamentos processuais como elemento de prova seria compatível com os preceitos elencados, com atenção especial o dever de motivação e ao dever do contraditório. Dessa forma, a fundamentação quanto às regras de experiência não deveria ser elíptica, visto que baseada em vivências e crenças que não seriam necessariamente comuns a todos. Da mesma forma, todo o fundamento que embasa decisão deve ser submetido ao prévio contraditório, seja por obediência ao preceito do devido contraditório, seja por observância ao artigo 10 do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AMARAL, Moacyr Santos. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Max Limonad, S/A. v.1, pg. 03/04.
- ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004.
- BORGES, Ronaldo Souza. **A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2005.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo, **As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo : Saraiva, 2006.
- ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1970.
- FAVARETTO, Isolde. **Comportamento processual das partes como meio de prova**. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.
- FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal : teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2008.
- FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- KELLY, Thomas. **Evidence**. 2006. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/evidence/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.
- LOPES, João Batista. **Provas Atípicas e Efetividade do Processo**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, jun. 2010. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>>. Acesso em 26 ago. 2017.
- MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa Probatória do Juiz e princípio do contraditório no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Prova Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131-151.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A Prova das Intenções no Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, nº 115, ano 29, Jun. 2004, p. 74-86. ISSN 0100-1981.
- MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.
- MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RIGHI, Ivan. **Eficácia Probatória do Comportamento das Partes**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1981. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- SALMON, Wesley C. **Lógica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- SCARPARO, Eduardo. **Ethos e comportamento processual como prova no processo civil**. Revista de Processo, 2017.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 174-184.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.