

to as presunções legais são, necessariamente, estabelecidas pela lei, sem as quais não existem, as presunções simples são formadas livremente pelo juiz, sendo, pois, limitadas e indeterminadas. É, pois, o magistrado quem estabelece a relação entre o fato conhecido e o desconhecido, para poder extrair o resultado probatório, diferentemente das presunções legais em que essa correlação e esse resultado já estão pressupostos.

Assim sendo, as *presumptiones hominis* são aquelas das quais o juiz se serve, durante a causa, para formar a sua convicção, tal como faz qualquer pessoa para raciocinar fora do processo. Quando, segundo a experiência que temos da ordem normal das coisas, um fato é causa ou efeito de um outro fato, conhecida a existência de um, presumimos a do outro. A presunção simples é, destarte, uma convicção fundada na ordem normal das coisas.<sup>117</sup>

O Código de Processo Civil brasileiro não dá um tratamento legislativo às presunções judiciais. Todavia, a ausência de uma previsão normativa não significa que elas não existam, tampouco que a sua utilização é vedada em nosso sistema processual. Aliás, aplica-se a disposição geral, relativa à prova, contida no art. 335 do CPC, o qual afirma que, na “falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressaltado, quanto a esta, o exame pericial”. Essa redação, contudo, merece crítica, porque as máximas de experiência não devem ser utilizadas apenas *subsidiariamente*, isto é, somente na falta de norma jurídica (lacuna da lei), mas ser aplicada *concorrentemente* às regras jurídicas, porque ambas as fontes do direito não se excluem, ao contrário, complementam-se. Por exemplo, quando o juiz tem de definir conceitos legislativos indeterminados (v.g., boa-fé, interesse público etc.) ou cláusulas gerais (como a da função social da propriedade ou do contrato) invariavelmente se vale das máximas de experiência.<sup>118</sup>

As presunções judiciais, por não serem previstas nem reguladas em lei, apóiam-se, sobretudo, nas *máximas de experiência*, as quais servem de premissa maior para que o juiz, em um raciocínio silogístico, possa partir daquilo que ordinariamente acontece,<sup>119</sup> e logo conjugar esse conhecimento com o fato secundário (indicio),

117 Cfr. Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* cit., p. 853. •

118 Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova* cit., p. 69-70.

119 Por exemplo, as regras de experiência de que o brasileiro constitui família aos 25 anos e que a sua estimativa de vida é, em média, de 65 anos, têm servido para que a jurisprudência possa fixar o limite temporal de pensões decorrentes de danos materiais, em razão de dependência econômica, em favor dos pais de vítimas fatais, que já exerciam atividade laboral remunerada. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, em casos de responsabilidade civil causada por acidentes ferroviários, “tratando-se de vítima fatal com 19 anos de idade, que já trabalhava, a pensão arbitrada deve ser integral até os 25 anos, idade em que pela ordem natural dos fatos da vida constituiria família, reduzindo-se a partir de então essa pensão à

que lhe serve de premissa menor, para poder obter, na conclusão, a afirmação de um fato (principal), até então desconhecido.<sup>120</sup>

Conseqüentemente, as presunções simples se formaram na consciência do magistrado e compreendem três fases: i) a colheita dos indícios; ii) a dedução das presunções e (iii) a apreciação (valoração) dessas presunções.<sup>121</sup>

A partir dessa estruturação, percebe-se que a liberdade do juiz não é limitada, já que o seu raciocínio está calcado em fatos secundários (indícios), que devem ser conhecidos e permitem ao magistrado deduzir a existência ou não do fato principal desconhecido.<sup>122</sup> Por exemplo, demonstrado que um motorista colidiu na traseira de outro, isso basta para presumir a culpa daquele.<sup>123</sup> Do mesmo modo, em uma ação de reparação de danos (responsabilidade civil), demonstrados o acidente de trânsito ou ferroviário e a culpa do agente, presume-se o dano moral (v.g., dor, sofrimento, tristeza etc.) de uma mãe pela morte do seu filho.<sup>124</sup> Assim sendo, o que fica de fora da atividade probatória são, tão-somente, o fato ignorado e a relação de causalidade entre ele e o fato conhecido.

Ademais, quando esses fatos auxiliares forem relevantes *ex officio* (art. 131 do CPC), o juiz, se tiver a intencção de nelas se basear para deduzir presunções sim-

metade, até a data em que, também por presunção, o ofendido atingiria os 65 anos” (4.ª T., REsp 156.551-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.05.1998, v.u., DJ 14.09.1998, p. 73). Verificar tb.: 4.ª T., REsp 68.512-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.10.1997, v.u., DJ 06.04.1998, p. 122; 4.ª T., REsp 95.424-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.11.1997, v.u., DJ 06.04.1998, p. 124.

120 Cfr. Pietro Calamandrei, *La génesis lógica de la sentencia civil* cit., p. 382-383; Michele Tarullo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 444.

121 Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 537.

122 Na definição de Andrea Proto Pisani, as presunções simples “consistono nel ragionamento del giudice, una volta acquisita tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario, volto a dedurre da questo l'esistenza o no del fatto principale ignoto” (*Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 484).

123 Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* cit., p. 244.

124 Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça: i) “É presumível o dano moral tratando-se de morte de filho” (3.ª T., REsp 30.166-RJ, rel. Min. Cláudio Santos, j. 13.12.1993, v.u., DJ 28.03.1994, p. 6.314); ii) “não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou o dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil” (3.ª T., REsp 145.297-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Dirceio, j. 15.10.1998, v.u., DJ 14.12.1998, p. 230); iii) “Compõe a indenização devida pela perda do filho, dispensando-se a demonstração de que do fato decorreu o dano moral para a mãe, por ser o que normalmente acontece” (3.ª T., REsp 50.482-SP, rel. Min. Eduarado Ribeiro, j. 30.08.1994, v.u., DJ 10.10.1994, p. 27.170); iv) “Responsabilidade civil – Transporte de passageiros – Acidente ferroviário – Ação promovida por mãe viúva, de parcos recursos, objetivando indenização por morte da filha maior em acidente ferroviário. O dano, neste caso, é presumido” (4.ª T., REsp 52.624-RJ, rel. Min. Antonio Torreira Braz, j. 14.11.1994, v.u., DJ 05.12.1994, p. 33.566).

ples, deve possibilitar o *contraditório prévio* das partes, a fim de que sejam dadas oportunidades para poderem manifestar-se.<sup>125</sup> A efetivação da garantia constitucional do contraditório possibilita que as partes apresentem argumentos, favoráveis ou desfavoráveis, e produzam provas contrárias, participando do procedimento e tendo chances de poder influenciar o convencimento judicial. Com isso, dá-se uma maior conotação democrática ao princípio do livre convencimento do juiz, e, desatarte, legitima-se, pela observância da garantia do contraditório, o exercício do poder jurisdicional. Entretanto, é evidente que essa preocupação com a efetivação do contraditório preventivo visa, unicamente, a evitar serem as partes apanhadas por *decisões surpresas*. Desse modo, sendo o fato secundário imamente ao diálogo processual (v.g., o silêncio intencional produzido por uma das partes no depoimento pessoal), não se pode alegar que a decisão é nula, porque dela não decorre nenhuma ofensa à noção de democracia processual que a Constituição procura tutelar.

Por outro lado, o fato presumido prevalece até prova em contrário.<sup>126</sup> Assim, demonstrado o fato secundário (indício), presume-se a existência do fato desconhecido, o que permite concluir gerar a presunção *hominis*, tal como a presunção legal relativa, a inversão do ônus da prova.<sup>127</sup> No exemplo acima referido, o autor alega e comprova que o seu veículo foi abalroado na traseira, ensejando a presunção de culpa do motorista que estava atrás, porque este deve estar atento e observar a distância e a velocidade, para os automóveis não colidirem.<sup>128</sup> Cabe, então, a ele provar não ter havido culpa (imprudência, negligência ou imperícia), demonstrando, por exemplo, que aconteceu uma frenagem repentina, inesperada e imprevisível do veículo da frente.<sup>129</sup> Do mesmo modo, nas ações de responsabi-

125 Cfr. Michele Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove* cit., p. 277; Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* cit., p. 49.

126 Cfr. Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* cit., p. 853.

127 Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 529.

128 Aliás, essa máxima de experiência foi consagrada no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), no art. 29, inc. II, o qual dispõe que o “condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas”.

129 “Civil – Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Colisão pela traseira – Presunção de culpa do motorista que abalroa por trás – Inversão do ônus da prova – Doutrina – Reexame de prova – Inocorrência. Culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o *onus probandi*, cabendo a ele a prova de desconexão de sua culpa” (STJ, 4.ª T., REsp 198.196-RJ rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.02.1999, v.u., DJ 12.04.1999, p. 164). Verificar ainda: Wilson de Melo da Silva, *Da responsabilidade civil automobilística*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 375-378; Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3. ed., São Paulo: RT, 1997, p. 690-693.

dade civil decorrente de acidente de trânsito ou ferroviário, cabe ao réu comprovar que o evento danoso, do qual resultou morte, foi causado por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.<sup>130</sup>

Com efeito, a técnica da inversão do ônus da prova, inerente às presunções simples, procura eliminar a necessidade de provar fatos que correspondem ao normal andamento das coisas, bem como aliviar o peso da carga probatória de uma das partes,<sup>131</sup> sem, todavia, suprimir a possibilidade de admitir prova em contrário.<sup>132</sup>

No entanto, nem toda inferência que o juiz extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido pode ser considerada um mecanismo probatório, porque as inferências podem ser duvidosas, imprecisas, contraditórias ou, de

130 Vale mencionar, à guisa de ilustração, os seguintes precedentes jurisprudenciais: i) “Não subsistindo qualquer prova de que o motorista do caminhão tenha agido imprudentemente nas circunstâncias do evento, mesmo ao realizar manobra especial e de natural risco em marcha a ré posto que encetou-a, a curta distância, em terreno baldio, longe de onde se encontrava originalmente a pequena vítima, que correu, de modo inesperado, ao encontro do veículo para se postar debaixo da traseira de sua carroceria, com intuito de ali dependurar-se, impõe-se o reconhecimento, pela imprevisibilidade e inevitabilidade decorrentes, da ausência de culpa do condutor, pressuposto esse necessário a roborar pedido indenizatório pela morte produzida no sinistro (...)” (TAPR, 7.ª Câmara, Ap. Civ. 97.957.900, Ac. 7.634, rel. Ronald Moro, DJ 24.04.1998); ii) “Responsabilidade civil – Acidente ferroviário – Culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Dec. 2.681, de 1912) – Inocorrência de culpa presumida do transportador – Exoneração de sua responsabilidade” (STJ, 2.ª T., RE 53.530, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 10.12.1964, v.u., *Ementário do STF* 570/605); iii) “A culpa presumida da empresa ferroviária somente é elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, a teor do disposto no art. 17 do Decreto 2.681, de 1912” (STJ, 3.ª T., REsp 38.394-RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 13.12.1993, v.u., RSTJ 58/394-396); iv) “Em diversos precedentes, a Corte já assentou que a empresa tem obrigação de manter e cuidar da linha férrea, incluída a cerca apropriada, em locais de grande concentração de pessoas, assim quando a linha atravessa um conjunto habitacional, como neste feito, escapando, apenas, aquelas situações em que a prova dos autos levou o juiz a firmar sua convicção sobre a culpa exclusiva da vítima” (STJ, 3.ª T., REsp 73.058-MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.03.1997, m.v., DJ 16.06.1997, p. 27.362); v) “Evento lesivo que resultou unicamente da imprudência da vítima, que, na ocasião, praticava o chamado ‘surfismo ferroviário’, como assentaram as instâncias ordinárias, examinando soberanamente a prova elidida, assim, a responsabilidade ferroviária, nos termos do art. 17 do Decreto legislativo 2.681, de 1912” (STJ, 3.ª T., REsp 60.929-RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 18.04.1995, v.u., RSTJ 73/405-407). A regra contida no art. 17 do Decreto Legislativo 2.681, de 07.12.1912, afirma que as “estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1.º, caso fortuito ou força maior; 2.º, culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

131 Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 529.

132 Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* cit., p. 244, nota 3.

qualquer modo, não garantirem uma razoável certeza com relação à verdade do fato que deve ser provado.<sup>133</sup>

Por isso, o art. 2.729 do CC italiano afirma poder o juiz valer-se das presunções simples, se forem *graves, precisas e concordantes*, bem como admitir, para a demonstração do fato a ser presumido, a prova testemunhal.<sup>134</sup> Esse dispositivo foi baseado, fielmente, no art. 1.353 do CC francês, o qual assevera que as “presunções, que não são estabelecidas pela lei, são confiadas à ciência e prudência do magistrado, que só deve admitir presunções graves, precisas e concordantes e somente nos casos em que a lei admite prova testemunhal”.

A lei impõe limites à utilização das presunções judiciais, porque as inferências formuladas pelo juiz devem ser seguras e fortes a ponto de reduzir a margem de erro e dar credibilidade ao raciocínio presuntivo. Por isso, normas como a consagrada no art. 2.729 do CC italiano são consideradas uma regra de *prova legal negativa*,<sup>135</sup> servindo a gravidade, a precisão e a concordância como critérios que permitam ao juiz realizar a passagem do “fato conhecido” ao “fato ignorado”, evitando a possibilidade de as presunções simples serem utilizadas arbitrariamente.

No Brasil, mesmo na falta de lei específica, é possível que a doutrina venha a sugerir serem esses critérios aplicados às presunções simples,<sup>136</sup> sendo, por isso, conveniente a sua compreensão.

O critério da *gravidade* indica a intensidade ou o grau de persuasão capaz de confirmar a hipótese de fato a ser provada, a qual deve ser a mais provável que se possa extrair do fato conhecido.<sup>137</sup> Dessa maneira, a *gravidade* da presunção simples se refere ao nexo entre o fato conhecido e o desconhecido, que deve ser idôneo para produzir uma *probabilidade suficiente* para ser o fato considerado acertado.

Como de uma inferência presuntiva é possível derivar várias conclusões, somente podem ser reputadas relevantes as inferências que concernem aos fatos a serem provados. A *precisão* consiste na atribuição de um grau prevalente de confiança da hipótese fática a ser provada. Em outras palavras, das várias conclusões que se podem extrair do “fato conhecido” (indício), a mais provável é aquela que deve ser considerada *precisa*, por confirmar a hipótese de fato a ser provada (fato

**133** Michele Taruffo, *Prova* (in generale), v. 16, cit., p. 21.

**134** “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. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.”

**135** Cfr. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 444-445.

**136** Nesse sentido, cfr.: Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 493; José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 601; Carlos Alberto Dabus Maluf, *As presunções na teoria da prova*, *Revista de Processo*, v. 24, p. 81.

**137** Cfr. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 448.

desconhecido).<sup>138</sup> Desse modo, para ser a presunção considerada *precisa*, é necessário que o juiz possa extrair do fato conhecido consequências claras e efetivamente possíveis, não consequências insuscetíveis de serem dele retiradas.<sup>139</sup> A *precisão* diz respeito, pois, à inexistência de *equivoicidade prática*, isto é, a presunção deve indicar uma solução razoável a ponto de outras possíveis soluções serem rechaçadas. Logo, essas presunções judiciais não servem como mecanismo probatório se forem evadidas de sérias dúvidas e contradições lógicas.<sup>140</sup>

Por último, o critério da *concordância* indica que parte significante das várias inferências probatórias possíveis deve *convergir* para a mesma conclusão, porque, dessa forma, aumenta-se o grau de confirmação sobre o fato a ser provado e, conseqüentemente, evita-se que se considere presumida uma hipótese de fato que não disponha de suficiente grau de confirmação lógica.<sup>141</sup> A *concordância* concerne, pois, ao concurso de mais de uma presunção, com a finalidade de evitar dúvidas a respeito do resultado da operação lógico-racional. No entanto, é possível que uma só presunção, quando precisa e grave, seja suficiente para fundar o accertamento do fato desconhecido (v.g., a impressão digital, como presunção de identidade);<sup>142</sup> afinal, não é a quantidade, mas, sobretudo, a qualidade ou o peso das presunções que determinam o poder de convicção do juiz, permitindo concluir que uma só presunção pode ser suficiente para o juiz se convencer da existência de determinados fatos. Contudo, embora essa hipótese seja possível, deve ser considerada excepcional, a ponto de não descaracterizar a importância da *concordância* como critério para auferir a eficácia probatória das presunções simples.<sup>143</sup>

Em síntese, esses três critérios se completam, porque a *gravidade* se refere ao adequado grau de probabilidade da inferência relativa ao fato a ser presumido, a *precisão* individualiza a univocidade da conclusão da inferência presuntiva com

**138** Idem, p. 446-447.

**139** Cfr. José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 601.

**140** O legislador espanhol asseverou no art. 1.253 do CC que, para “que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Essa regra foi contemplada na Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que, no art. 386 prevê: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, al os efectos del proceso, de outro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

**141** Cfr. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 448-450.

**142** Cfr. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 718-719; Francesco Carnelutti, *La prova civile* cit., p. 90; Giuseppe Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile* cit., p. 854.

**143** Cfr. Michele Taruffo, *Le prove* cit., p. 292.

relação a esse fato e a *concordância* indica a necessidade de inferências presuntivas convergentes em uma mesma conclusão.<sup>144</sup>

Além desses três critérios, outra condição para a admissibilidade das presunções simples é ser admitida a prova testemunhal. Trata-se de um parâmetro que tem a finalidade de evitar o uso abusivo dessas presunções, o que poderia gerar inseguranças e servir de fonte de deslegitimação do instrumento processual.<sup>145</sup> Ademais, esse critério serve para evitar a incoerência sistemática de se admitir a utilização das presunções simples, quando a lei processual exclui a admissibilidade das provas testemunhais. Com efeito, pode-se concluir que as presunções simples são admissíveis em todos os casos nos quais se admite a prova testemunhal. Portanto, não se admitem as presunções simples para demonstrar fatos que dependam de forma especial ou exijam, para a sua comprovação, prova escrita.<sup>146</sup>

Ainda, para que as presunções judiciais não sejam marcadas pelo arbítrio e pela irracionalidade, é necessário ao magistrado motivar a decisão (art. 93, inc. IX, CF), explicitando o raciocínio pelo qual estabeleceu a presunção e, destarte, dando condições para que as partes possam controlar a sua atividade cognoscitiva.

Observadas essas limitações, não há razão para considerar que a *força probatória* das presunções judiciais é menor que a das presunções legais, podendo-se inclusive argumentar que uma presunção simples pode ser suficiente para combater uma presunção legal.<sup>147</sup>

Por outro lado, o reconhecimento da utilização das presunções judiciais, desde que bem compreendidos os seus limites e as suas possibilidades e na medida do possível, pode ser inserido na tendência da *máxima potencialidade* do direito à prova. Para isso, a utilização das presunções judiciais deve servir não tanto para formar a convicção do juiz, mas como um mecanismo de inversão do ônus da prova de que o magistrado se vale não no momento da sentença, mas quando da fixação do

*thema probandum*,<sup>148</sup> para terem as partes a possibilidade e as chances de provar os fatos que integram o fundamento das suas respectivas alegações. Dessa forma, pode-se conferir sentido racional e democrático ao juízo fático, ao contrário do que poderia acontecer se as presunções jurisprudenciais fossem, surpreendentemente, utilizadas como regra de julgamento.

### 3.5.2.4 Prova prima facie e presunções simples

A prova *prima facie*, originária do direito anglo-saxão e depois admitida no direito alemão, é aquela em que a comprovação do fato se exterioriza na primeira aparência (*at first view, at first sight, at first appearance, Beweis des ersten Anscheins* ou *Prima Facie Beweis*).<sup>149</sup>

Está fundada em máxima de experiência, sendo a consequência do que normalmente ocorre.<sup>150</sup> Assim, basta que uma parte demonstre a aparência ou a verossimilhança do fato, para que caiba à outra o ônus de provar não ter o fato ocorrido.<sup>151</sup>

A prova *prima facie* se justifica na medida em que se pretende dar condições a que um litigante possa demonstrar as suas alegações, quando está diante de sérias dificuldades para comprovar os fatos em que se baseiam as suas razões. Com isso, evita-se ser a pretensão desse litigante rejeitada por falta de provas, quando a demonstração das alegações é difícil ou praticamente impossível, enquanto a prova contrária poderia ser mais facilmente produzida. Além disso, os fatos que estão englobados pela prova *prima facie* são somente aqueles os quais ocorrem normalmente e que, por isso, tornam possíveis a produção de prova contrária. Com efeito, sendo o fato verossímil e a prova contrária mais fácil de ser produzida, a rejeição da pretensão por falta de provas consagraria uma injustiça.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> Verificar o tópico 3.11, abaixo.

<sup>149</sup> Cfr. Henry Campbell Black, *Black's law dictionary*, 4. ed., St. Paul: West Publishing, 1968, p. 1.353-1.354; Giovanni Verde, *L'ontere della prova nel processo civile* cit., p. 491; Gian Antonio Micheli, *L'ontere della prova* cit., p. 175-176.

<sup>150</sup> Em conformidade com Gennaro Roberto Pistolesse, a "prova *prima facie* (o prova della prima apparenza, *Beweis des ersten Anscheins*) è quella che facilita la formazione del convincimento giudiziale, permettendo di trarre la prova necessaria dai principi pratici della vita e dall'esperienza di ciò che generalmente avviene secondo il normale andamento delle cose (*nach dem natürlichen Verlauf der Dinge*)" (*La prova civile per presunzioni e le c. d. maxime di esperienza* cit., p. 11).

<sup>151</sup> Cfr. Michele Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto, Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 740, 1992.

<sup>152</sup> Cfr. Gennaro Roberto Pistolesse, *La prova civile per presunzioni e le c. d. maxime di esperienza* cit., p. 130-131.

<sup>144</sup> Cfr. Michele Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prova* cit., p. 280; Michele Taruffo, *Prova* (in generale), v. 16, cit., p. 21.

<sup>145</sup> Segundo Moacyr Amaral Santos, a "ninguém escapa, principalmente aos juristas, a inconveniência da admissibilidade da prova de toda e qualquer espécie de fato por meio de presunções de homem. Acabariam estas, mercê da flexibilidade do seu manejo, por absorver as demais provas. As partes aventurariam-se a demandas tão-somente fiadas em juízos mais ou menos apressados sobre os fatos e os tribunais se sobrecarregariam com disputas apenas albeçadas em probabilidades. Por outro lado, armarmos-nos como juízes de força desmida, que, mal utilizada, degeneraria em arbítrio. Como consequência, a estabilidade dos direitos estaria ameaçada, quando por mais não fosse porque a sociedade perderia a necessidade de uma sanção que deve depositar na justiça" (*Prova judicialia no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 529).

<sup>146</sup> Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judicialia no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 530.

<sup>147</sup> Cfr. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 597. Em sentido contrário, considerando a presunção *hominis* mais fraca, por não estar baseada em lei, verificar: José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 596 e 600.

Por conseguinte, três são as condições de admissibilidade das provas *prima facie*: i) a dificuldade da prova direta do fato; ii) a facilidade da prova contrária; iii) a possibilidade de julgar, por verossimilhança, com base em máximas de experiência.<sup>153</sup>

As provas *prima facie* são o resultado de uma presunção simples.<sup>154</sup> Por exemplo, se alguém está caminhando na rua e é atingido por um tijolo que se depreende de um prédio em construção, a responsabilidade deve ser atribuída ao construtor. Nesse caso, o convencimento do juiz será formado, com base: i) em um fato conhecido: um pedestre que estava transitando na rua e foi atingido por um tijolo caído de uma obra em construção, causando-lhe danos; ii) a alegação dessa pessoa de que o acidente foi ocasionado por culpa do construtor que não tomou as precauções necessárias para evitar o acidente; iii) em um raciocínio calcado em uma máxima de experiência a afirmar que, segundo o andamento normal das coisas, um tijolo, que se depreende de uma obra, pode atingir uma pessoa que trafega em uma via pública. Assim, pode-se concluir estar o acidente provado e, *prima facie*, ser a culpa do construtor.<sup>155</sup> Logo, o autor não produz prova da culpa do construtor, que deve ser reconhecida pelo juiz, salvo se houver prova em contrário. Precebe-se, pois, que o juiz desenvolve o mesmo raciocínio realizado nas presunções simples.<sup>156</sup>

As provas *prima facie*, tal como as presunções simples, implicam a *inversão do ônus* da prova e prevalecem desde que a prova em contrário seja insuficiente para demonstrar não haverem os fatos ocorrido tal como se presumem.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> Idem, p. 134.

<sup>154</sup> Idem, p. 44.

<sup>155</sup> Do mesmo modo, o condomínio de um edifício responde, independentemente da demonstração da culpa, pelos danos causados à propriedade vizinha, quando não é possível identificar quem jogou o objeto que causou os prejuízos. Aliás, convém, nesse sentido, destacar dois interessantes precedentes jurisprudenciais: i) “Responsabilidade civil – Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529 do Código Civil brasileiro [v. art. 938 do CC/2002]” (STJ, 4.ª T., REsp 64.682-RJ, rel. Min. Bueno de Souza, j. 10.11.1998, v.u., DJ 29.03.1999, p. 180); ii) “O condomínio é parte passiva legítima para responder por danos provocados em propriedade lideira, face o arremesso de objetos através das janelas do prédio, máxime quando aberturas também existam das partes comuns para o terreno vizinho” (TJPR, 4.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 18.071.400, Ac. 9.415, rel. Jeorling Cordeiro Cleve, j. 22.06.1994, v.u., DJ 15.08.1994).

<sup>156</sup> Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na cível e comercial*, v. 5, cit., p. 503-504.

<sup>157</sup> Como bem elucida Friedrich Lent, o “aversario, quando compie affermazioni in contrasto con quanto avviene secondo la successione tipica, deve provare le circostanze idonee a far venir meno l’attendibilità di questa nel caso concreto, in modo di scalfire la convinzione del giudice; in questo modo l’istituto della prova evidente non può più trovare applicazione, e

Entretanto, o mecanismo da prova *prima facie*, tal como o das presunções simples, por implicar a inversão do ônus da prova, não deve ser utilizado como uma *regra de julgamento*. Dessa maneira, cabe ao juiz, na fase de saneamento do processo (ou melhor, quando da fixação do *thema probandum*),<sup>158</sup> determinar essa inversão, evitando, destarte, *surpresas* que dariam ensejo à violação da garantia constitucional do contraditório e ao direito à prova, gerando, por consequência, o *cerceamento de defesa*. Com isso, dar-se-ia oportunidade para que o adversário se manifestasse e, eventualmente, produzisse provas contrárias. Por exemplo, o construtor poderia demonstrar que aquela obra não utiliza tal tipo de tijolo e que, consequentemente, a responsabilidade pelo acidente não lhe pode ser atribuída. Entretanto, o juiz não deve admitir a prova contrária, quando não se mostrar relevante para o julgamento da causa, já que, nesse caso, essas provas seriam inúteis,<sup>159</sup> não dando ensejo à caracterização do cerceamento de defesa.

Por fim, costuma-se diferenciar as provas *prima facie* das presunções, afirmando serem estas baseadas em indícios, os quais são fatos secundários que devem ser conhecidos (e, para isso, eventualmente, provados), enquanto aquelas já estão assentadas em uma presunção e se fundam diretamente na máxima de experiência.<sup>160</sup> No entanto, se a prova *prima facie* é o resultado de uma presunção simples,<sup>161</sup> não se pode suprimir da cadeia lógica que dá origem a essa prova a ideia de estar o magistrado, em última análise, baseando seu raciocínio em um

torna in vigore la normale ripartizione dell’onere della prova. La prova evidente, in ultima analisi, opera come inversione dell’onere della prova” (*Diritto processuale civile tedesco* cit., p. 207). Verificar tb.: Michael H. Gram, *Federal rules of evidence in a nutshell* cit., p. 54; João de Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil* cit., p. 668-669; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na cível e comercial*, v. 5, cit., p. 516; Egas D. Moniz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. I, cit., p. 122-124; José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 603; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Indícios e presunções como meio de prova* cit., p. 59. Por outro lado, Adolf Schönke sustenta que a prova *prima facie* se realiza caso demonstrado o fato do qual normalmente se deduz uma consequência determinada e, ao contrário, dá-se por desvirtualizada, caso se comprovem os fatos que tornem provável o contrário; com efeito, não implica a inversão do ônus da prova, mas apenas uma questão de apreciação judicial (valorização) da prova. Cfr. *Diritto processual civil*, Trad. L. Pietro Castro, Barcelona: Bosch, 1950, p. 205-206. Já para Gennaro Roberto Pistolesse não ocorre uma inversão do ônus da prova, mas apenas uma facilitação da prova. Cfr. *La prova civile per presunzioni e le c. d. maxime di esperienza* cit., p. 70.

<sup>158</sup> Nesse sentido, cfr.: Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na cível e comercial*, v. 5, cit., p. 517-518. Consultar, ainda, o tópico 3.11, abaixo.

<sup>159</sup> Cfr. Gennaro Roberto Pistolesse, *La prova civile per presunzioni e le c. d. maxime di esperienza* cit., p. 76-77.

<sup>160</sup> Idem, p. 43; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na cível e comercial*, v. 5, cit., p. 504; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Indícios e presunções como meio de prova* cit., p. 59-60; José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 602-603.

<sup>161</sup> Cfr. Gennaro Roberto Pistolesse, *La prova civile per presunzioni e le c. d. maxime di esperienza* cit., p. 44.

fato conhecido (indício). No exemplo acima referido, a prova *prima facie* consiste na presunção de culpa do construtor; todavia, para se chegar a essa conclusão, é necessário a vítima, em ação de reparação de danos, demonstrar ter sido atingida por um tijolo, proveniente da obra em construção, no momento em que estava passando pela rua. Isso nada mais é do que um indicio, o qual dá origem à presunção e, conseqüentemente, à prova *prima facie*. Desse modo, se esse fato secundário não ficasse comprovado, não teríamos a prova *prima facie*, porque o juiz não teria elementos suficientes para poder presumir a culpa do construtor. Logo, não há razão suficiente para distinguir as *praesumptiones hominis* das provas *prima facie*, na medida em que estamos diante do mesmo fenômeno, visto sob duas perspectivas diversas.

### 3.5.3 CONFISSÃO

Apesar de o art. 334, inc. II, CPC, inferir que os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária não dependem de prova, o que ocorre é a *inversão do ônus da prova*, desincumbindo-se aquele que afirmou o fato do seu ônus da prova, de modo a não eliminar a possibilidade de o fato ser provado pelo seu adversário.<sup>162</sup>

Antes de qualquer aprofundamento, é preciso retornar à distinção entre a *confissão* e a *admissão*.

A confissão é uma declaração de ciência ou um depoimento qualificado pelo qual a parte ou a pessoa que a representa, com poderes expressos, reconhece a verdade de um fato que seja, ao mesmo tempo, contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. Por se tratar de um pronunciamento ou uma declaração, a confissão pode ser considerada um meio de prova. Por outro lado, a admissão decorre da inércia da parte em impugnar um fato afirmado pela parte contrária, fazendo com que esse fato se torne incontroverso. Nesse caso, a admissão, que é comumente denominada *confissão facta*, não é um meio de prova, mas um simples indicio (fato secundário) do qual resulta a possibilidade de utilização do mecanismo lógico-racional da presunção.

De qualquer modo, para fins de compreender a regra contida no inc. II do art. 334 do CPC, precisa-se ter em mente que a confissão não é uma prova plena, com *eficácia de prova legal* e vinculante ao juiz, e a admissão não passa de uma presunção relativa, que pode ser infirmada no contexto das demais provas constantes dos autos. Por isso, embora tenham conceitos diferentes, a confissão e a admissão acarretam a mesma conseqüência: a *inversão do ônus da prova*.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Verificar, ainda, o tópico 2.6.2, supra.

<sup>163</sup> Cfr. Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale* cit., p. 84-86.

Assim, não só os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária desincumbem aquele que os alegou do ônus da prova, mas também os fatos afirmados por uma parte e admitidos pela parte contrária também permitem a quem os alegou deixar de prová-los, porque, em ambas as situações, ocorre a *incontroversia* do fato alegado, retirando-se a imprescindibilidade do caráter próprio do ônus da prova, isto é, a parte pode vencer sem provar.

Entretanto, isso nem sempre é válido, porque essa é uma técnica que visa apenas a encurtar o tempo do processo, prestando homenagem ao princípio da economia processual, mas não pretende beneficiar o litigante que não tem razão. Afinal, se todo fato incontroverso tivesse de ser reconhecido como verdadeiro, não haveria necessidade de ter um juiz para julgar a causa, bastando um computador, já que a tarefa de julgar se reduziria a uma mera operação aritmética.<sup>164</sup>

Para formar a sua convicção, o juiz não está limitado à confissão nem às provas produzidas pelas partes, pois também tem a faculdade de usar outras fontes de conhecimento, que decorrem do poder instrutório (art. 130 do CPC). Dessa maneira, a confissão não vincula o magistrado, não retira os seus poderes instrutórios, muito menos o exime de realizar investigações próprias.<sup>165</sup>

Em outras palavras, a confissão não basta para que o juiz considere os fatos confessados verdadeiros. Essa assertiva ganha maior relevância nos processos civis inquisitórios (v.g., os que versam sobre direito de família). Nesses casos, o problema é de fácil compreensão, porque se pode fazer um paralelo com o processo penal. Aente-se a que, se, neste processo, não basta a confissão do réu para a sua condenação, uma vez que o Estado somente tem interesse de punir o acusado se o crime realmente aconteceu e se foi efetivamente praticado pelo conflite (caso contrário, ficaria sem sentido a máxima do *in dubio pro reo*), do mesmo modo, no processo civil, não basta que um dos cônjuges confesse sofrer de *impotentia coeundi* ou de esquizofrenia, para ser o casamento anulado por erro essencial (art. 1.557, inc. III, CC), porque essa confissão não é, por si só, suficiente para o juiz anular esse vínculo jurídico, mas, ao contrário, é preciso o fato restar devidamente provado.<sup>166</sup>

Conseqüentemente, a *incontroversia* não retira a necessidade de o fato alegado ter de ser consistente para ser acolhido, mas apenas alivia o peso de se ter de provar a sua existência. Caso contrário, bastaria alegar um fato impossível, improvável ou notoriamente inexistente<sup>167</sup> para se obter a tutela jurisdiccio-

<sup>164</sup> No entanto, em sentido contrário, Piero Calamandrei sustenta que a confissão faz com que o juiz não possa exercer *functio de controle*, porque os fatos se tornam incontroversos. Cfr. La génesis lógica de la sentencia civil cit., p. 383.

<sup>165</sup> Cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 30.

<sup>166</sup> Cfr. Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* cit., p. 735.

<sup>167</sup> Segundo Friedrich Stein, "tanto en el proceso contradictorio como en el seguido en rebeldía, la notoriedad del hecho excluye toda confesión, real o facta" (*El conocimiento privado del juez* cit., p. 161).

nal,<sup>168</sup> o que implicaria dizer que toda confissão ou admissão do fato, pela parte contrária, seria capaz de vincular o juiz, o qual ficaria sem liberdade para formar o seu convencimento, acabando-se por tornar sem eficácia o art. 131 do CPC.

A confissão e a admissão são *atos informativos*, pelos quais se pretende buscar a veracidade dos fatos deduzidos em juízo, não são *atos negociais* pelos quais as partes podem livremente dispor e forçar a conformação jurisdicional de um direito.<sup>169</sup> Se assim não fosse, o princípio dispositivo teria a sua amplitude bem dilatada, o que contraria a noção de não ser o processo civil “coisa das partes”, mas um instrumento público para a realização da justiça.

Agora isso, essa assertiva tornar-se-ia perigosa porque negaria ao juiz a posição de sujeito da relação jurídica processual, relegando-lhe um papel de mero coadjuvante no drama processual, além de transformar o processo em um mecanismo de legitimação da astúcia, da estratégia, da força, não um meio de persuasão capaz de legitimar o exercício do poder jurisdicional pela aplicação justa do direito aos casos concretos.

Se ao princípio dispositivo pudesse ser dada toda essa dimensão, a tarefa do juiz passaria a ser uma atividade meramente burocrática, porque se estaria suprindo o princípio do livre convencimento e, portanto, qualquer confissão, mesmo aquela que contrariasse a verdade dos fatos, bastaria para a concessão da tutela jurisdicional.

Com efeito, esse posicionamento não pode ser admitido, mesmo porque o princípio dispositivo vincula o juiz, tão-somente, quanto à investigação do objeto do processo, que é fixado pelas alegações feitas pelas partes em relação aos fatos principais, porém não tem o alcance de determinar qual o método (fontes probatórias) de accertamento desses fatos pelo magistrado.<sup>170</sup>

**168** Cfr. Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* cit., p. 736; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, cit., p. 216.

**169** Quanto à natureza jurídica da confissão (e, sob esse aspecto, também aplicável à *admissão*), bem pondera Mauro Cappellotti: “Vedere nella confessione e nel giuramento atti dispositivi significa, come par certo, negare alla dichiarazione rispettivamente sfavorevole o favorevole della parte, la natura di dichiarazione propriamente informativa, i.e. di verità, per attribuirle quella di dichiarazione imperativa-normativa, ossia di volontà: una dichiarazione, insomma, destinata ad operare direttamente *sul dovere* anziché *sul sapere* del destinatário. (...) Il che in altri termini verrebbe a significare che confessione e giuramento, benché considerati, in via normale, come atti informativi (dichiarazioni rappresentative, probatorie), potrebbero almeno eccezionalmente configurarsi altresì come validi atti negoziali o comunque dispositivi, essendo chiaro che l'essenza di un giuramento o di una confessione *consapevolmente* falsi, non può esser propriamente quella di una dichiarazione d'informazione o di verità” (*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Parte I, cit., p. 399-400).

**170** Verificar o tópico 3.4.3, abaixo.

Ademais, não se pode considerar a confissão uma prova plena, porque o juiz, ao valorá-la, pode constatar que o seu conteúdo não corresponde à verdade.<sup>171</sup> Com isso, pode-se compreender que o juiz pode desprezar a confissão, se houver *fundado motivo*,<sup>172</sup> por exemplo, de não ser o fato confessado verossímil, razoável ou se encontrar em dissonância com as demais provas constantes nos autos (v.g., o magistrado não pode acolher a pretensão do autor de uma ação de cobrança, mesmo se o réu confessa que está em mora, se existem nos autos documentos que demonstram a quitação integral do débito). Igualmente, o juiz deve verificar se a confissão é eficaz, não a admitindo quando o confitente não possuir capacidade civil, quando for realizada pelo seu procurador sem poderes especiais, quando a prova do fato exigir forma especial (art. 212 do CC c.c. o art. 366 do CPC), quando o fato se referir a direito irrenunciável (v.g., alimentos, uso do nome etc.) ou indisponível (v.g., como o próprio corpo, salvo nas hipóteses de transplantantes, admitidas pela Lei 9.434/1997 e pelos arts. 13 e 14 do CC) ou quando resultar de erro, coação ou dolo (art. 352 do CPC).

Portanto, a confissão deixou de ser considerada a “rainha das provas”, perdendo o seu caráter de superioridade em relação aos demais meios de prova. Logo, não é capaz de se sobrepôr ao princípio do livre convencimento do juiz e, destarte, o magistrado não precisa confiar apenas na confissão para considerar o fato verdadeiro.<sup>173</sup> De igual modo, a confissão não gera a preclusão do exercício do direito à prova, o que permite afirmar que outras provas devem ser admitidas, desde que se mostrem úteis para o julgamento da causa. Por isso, nada impede que o confitente ou a parte, que deixou de impugnar determinado fato afirmado pela parte contrária, se valham de outros meios de prova para demonstrar terem razão ou, da confissão ou da admissão, não poderem ser extraídas todas as consequências pretendidas pelo seu adversário.

Contudo, se apesar de todas essas investigações não se puder comprovar a real existência dos fatos confessados, que se suscitam duvidosos, há de aplicar a presunção de veracidade, que passa a funcionar como uma espécie de regra de julgamento.

### 3.5.4 FATOS INCONTROVERSOS

O Código de Processo Civil faz distinção entre os fatos confessados (art. 334, inc. II) e os fatos incontroversos (art. 334, inc. III), apesar de ambos não dependem de prova (art. 334, *caput*) e da confissão decorrer a não-controvérsia dos fatos

**171** Cfr. Clóvis do Couto e Silva, Direito material e processual em tema de prova cit., p. 35.

**172** Cfr. Egas D. Moniz de Aragão, Direito à prova cit., p. 117.

**173** Cfr. Massimo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice* cit., p. 353.

declarados pelo conflituente. Todavia, a diferenciação é necessária, porque o fato pode tornar-se incontroverso em razão de outra causa que não a confissão.<sup>174</sup>

O fato incontroverso é aquele confessado por uma das partes ou admitido pela parte contrária, tornando-se pacífico e, por isso, não sendo necessária a sua investigação.

A existência e/ou a eficácia dos fatos devem ser controvertidas, pois, sendo o processo um método institucional para a resolução de conflitos, somente interessa provar aquilo sobre o que se litiga. Se não há controvérsia a respeito do fato, a lei presume estarem as partes de acordo com a sua ocorrência, não sendo necessária a prova.<sup>175</sup>

A incontrovérsia pode ser expressa (v.g., confissão) ou tácita (v.g., revelia), já que, em qualquer desses casos, o fato não se torna uma *questão*, não deixando de ser um mero *ponto* sobre o qual não incide a prova.<sup>176</sup>

O art. 334, inc. III, CPC, consagra o princípio da economia processual, pelo qual se procura atingir os escopos da jurisdição sem desperdício de tempo e de dinheiro, com atos processuais que não têm condições de contribuir com a efetiva aplicação do direito. Desse modo, afirmar que os fatos não impugnados devem ser considerados admitidos é uma solução lógica que visa a evitar esforços desnecessários, pois, se a lei impusesse a prova de todos os fatos, mesmo os aceitos tacitamente pelo adveritário, exigir-se-ia um dispêndio de energias contrário aos fins do processo.<sup>177</sup> Por isso, o fato incontroverso não necessita de prova, presumindo-se verdadeiro e sendo, *a priori*, excluído do *thema probandum*.

Entretanto, a não-controvérsia sobre o fato não implica dever o juiz, automaticamente, considerá-lo verdadeiro e dá-lo como definitivamente provado.<sup>178</sup> Se assim não fosse, tal como já foi analisado no tópico anterior, a confissão deveria

**174** Por outro lado, Darci Guimarães Ribeiro sustenta que a diferenciação, entre os fatos confessados e os incontroversos, se dá em razão do grau de vinculação do juiz, que é maior na confissão, pois o magistrado pode inclusive dispensar a produção da prova oral (art. 400, inc. I, CPC), o que não está legitimado a fazer quando se trata de fatos incontroversos. Cfr. *Provas atípicas* cit., p. 92. *Dada a via*, esse critério formal não se justifica, porque, mesmo não havendo previsão expressa, o juiz pode dispensar a realização da prova testemunhal dos fatos admitidos no processo como incontroversos, desde que essa prova oral não seja relevante para o julgamento da causa. Logo, cabe ao juiz, em ambas as situações, adentrar a utilidade da prova testemunhal, podendo, inclusive, admiti-la, mesmo em face da confissão. Consultar o tópico 2.6.2, acima.

**175** Por essa razão, Francesco Carnelutti chega a afirmar que o uso da palavra *prova* se limita à verificação dos fatos controvertidos. Cfr. *La prova civile* cit., p. 25-26 e 47.

**176** Examinar o item 3.3.2, supra.

**177** Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 224.

**178** “Escludere il bisogno di prova di un fatto incontroverso non significa, dunque, dargli autonomia e definitivamente per provato” (Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* cit., p. 52).

ser considerada uma prova plena e o simples não-comparcimento do réu em juízo deveria dar ensejo ao julgamento favorável da pretensão do autor. Desse modo, ficaria prejudicada a análise do conjunto probatório e restaria sem eficácia o princípio do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC). Ao contrário, ao afirmar que a não-controvérsia não gera o julgamento automático da causa, dá-se maior importância ao papel do juiz e evita-se que o processo seja compreendido como um jogo no qual deve vencer aquele que tem mais habilidade ou mais sorte, não quem tem razão.<sup>179</sup>

Por outro lado, há fatos que, mesmo não sendo controvertidos, podem integrar o *thema probandum*. Trata-se dos fatos cuja existência ou inexistência diga respeito a direitos indisponíveis ou acerca dos quais a lei requer que a prova se faça de forma especial. Como exemplo da primeira hipótese, tem-se o caso da ação de anulação de casamento, na qual o réu admite os fatos alegados pela autora. Por essa ação dar origem a um processo civil de natureza inquisitória, já que a família tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF), não basta, para que o juiz possa anular o casamento, a incontrovérsia dos fatos alegados, sendo necessária a sua prova. Como exemplo da segunda hipótese, tem-se a ação reivindicatória em que o réu confessa pertencer o domínio ao autor. Neste caso, não se aplica o art. 334, inc. III, CPC, porque a lei exige a escritura pública como prova da propriedade (arts. 104, 107, 212, 1.245, do CC e 366 do CPC).<sup>180</sup>

Ademais, mesmo os fatos sendo incontroversos entre as partes, podem ser duvidosos para o julgador. Logo, a regra contida no art. 134, inc. III, CPC, não exclui os poderes instrutórios do juiz (art. 130 do CPC), que pode, caso considere ser a compreensão do fato necessária ao julgamento da causa, desde que faça parte do objeto do processo (ou seja, integre a causa de pedir e o pedido) e que sejam observados os limites legais e a garantia do contraditório, investigá-lo de ofício. Afinal, o magistrado deve formar a sua convicção com base na ocorrência histórica dos fatos, não se contentando, necessariamente, com a versão afirmada pelas partes.<sup>181</sup>

Por fim, a categoria dos fatos incontroversos é o gênero do qual os fatos não contestados são a espécie mais importante, a ponto de merecer um tópico específico.

**179** Cfr. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 3, cit., p. 118.

**180** Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 1, cit., p. 221.

**181** Ao interpretar o art. 130 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que tem “o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou socio-cultural entre as partes” (4.ª T., REsp 43.467-MG, rel. Min. Salvião de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995, v.u., DJ 18.03.1996, p. 7.568). Analisar, também, o tópico 3.4.3, acima.

## 3.5.5 FATOS NÃO CONTESTADOS E PRESUNÇÃO LEGAL DE VERACIDADE

Pelo princípio da eventualidade (art. 300 do CPC), o réu deve impugnar todos os pontos afirmados pelo autor.<sup>182</sup> Se comparece em juízo, mas deixa de se manifestar sobre os fatos narrados na petição inicial, eles se tornam incontroversos e se presumem verdadeiros (art. 302, *caput*, CPC). Do mesmo modo, caso o réu não compareça em juízo e não conteste a ação, ocorre a *revelia*, da qual decorre a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor (art. 319 do CPC).<sup>183</sup>

Afinal, o processo deve existir, mesmo que o réu não exerce o seu direito de defesa, pois, se assim não fosse, ser-lhe-ia cômodo não vir a juízo e, com isso, obstar o exercício da jurisdição. Assim, mesmo se o réu não comparecer em juízo, o procedimento se desenvolve somente com a colaboração de uma das partes, até porque não existe, em nosso ordenamento jurídico, nenhuma regra que induza à *coercibilidade do contraditório*, fazendo com que o exercício do direito de defesa seja um *ônus* ou uma *faculdade*, não um dever, do réu.

A inércia do demandado, em se manifestar sobre fatos afirmados pelo autor na petição inicial ou em não contestar a ação, não pode ser visia como um modo de punir ou de sancionar o réu que não desempenha essas atividades processuais, porém como uma opção do titular do direito de defesa, que, não obstante, está sujeito ao processo.<sup>184</sup> Desse modo, o revel deve ser tratado como um *ausente*, não como um *delinqüente*.<sup>185</sup>

Contudo, é interessante notar que, etimologicamente, *revelia* significa *rebelia*, porque, no processo antigo, o revel era visto como um rebelde ou um insubordinado, na medida em que não pautava sua conduta pelas regras do poder ao qual deveria se assujeitar. No direito romano havia a *liticontestação* pela qual os sujeitos da relação processual acordavam em aceitar a atividade jurisdicional do Estado; assim, alguém somente se tornaria réu caso aceitasse

<sup>182</sup> Consultar o item 1.2, supra.

<sup>183</sup> Antes de qualquer análise, é preciso verificar os arts. 302 e 319 do CPC que se referem exclusivamente a *pontos de fato*, não ficando nenhum tema de direito atingido pelo efeito da revelia, em face do adágio *intra noni curia*. Por exemplo, sendo inepta a petição inicial ou faltando uma das condições da ação, o juiz não está autorizado a julgar o mérito, porque os arts. 295, inc. I, e 267, § 3.º, CPC são *regras cogentes* que o proíbem de fazê-lo. Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos e alcance do efeito da revelia, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. 2, p. 950-952.

<sup>184</sup> James Goldschmidt explica que a "inactividad procesal no es propriamente contraria a derecho, sin contraria a un imperativo del propio interés. Por eso la culpabilidad que ordinariamente se requiere para que se produzcan las consecuencias que la Ley sanciona, es siempre una 'culpabilidad contra si mismo'" (*Dercho procesal civil* cit., p. 208).

<sup>185</sup> Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos e alcance do efeito da revelia, v. 2, cit., p. 952.

estar sujeito à atividade estatal. Para isso, deveria comparecer em juízo, podendo, inclusive, ser trazido à força.<sup>186</sup>

Modernamente, o comparecimento do réu em juízo não é mais obrigatório. O réu, desde que regularmente citado, pode deixar de comparecer em juízo, assumindo, todavia, os riscos da sua omissão, uma vez que, comparecendo ou deixando de comparecer em juízo, está, de todo modo, sujeito aos resultados do processo. Por isso, a defesa é um *ônus* do qual o réu deve se desincumbir caso queira obter uma situação de vantagem ou evitar uma desvantagem.<sup>187</sup>

Nesse contexto, a falta de contestação passa a ser considerada um *ato de disposição da parte*, que torna *superflua* a prova, excluindo os fatos do *thema probandum*,<sup>188</sup> e a presunção legal de veracidade desses fatos não impugnados nada mais é senão uma decorrência do princípio da economia processual, que parte de um dado da experiência, segundo o qual quem não contesta um fato afirmado pela parte contrária o admite implicitamente ou, pelo menos, demonstra não estar em condições de produzir a prova contrária.

Afinal, sendo a defesa um *ônus*, não um dever, a parte que não é suficientemente ativa, isto é, que não faz tudo aquilo que está ao seu alcance para defender os seus direitos, não merece a tutela jurídica, devendo arcar com as consequências desfavoráveis decorrentes do não-aproveitamento das oportunidades processuais que lhe foram conferidas.<sup>189</sup>

Percebe-se, pois, não ser a justiça da decisão o único escopo do processo, porque o simples fato de uma parte não ter contestado a ação ou não ter impugnado todas as alegações do autor, bem como não ter produzido as provas contrárias, não significa que não possa vir a ter razão. Em contrapartida, se o processo visasse somente à obtenção da verdade, não se poderia admitir a revelia. Entretanto, como o tempo também é um valor a ser considerado pelo direito processual, o autor da ação não poderia ser sempre prejudicado se o réu resolvesse não comparecer em juízo, o que implica dizer que, caso o réu não corresse o risco de perder o processo, em razão da presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, arrimaria sempre uma desculpa para inviabilizar o transcurso processual. Com

<sup>186</sup> Cfr. Rita Giancesini, *Da revelia no processo civil brasileiro*, São Paulo: RT, 1977, p. 3-14.

<sup>187</sup> Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Ônus de contestar e o efeito da revelia* cit., p. 186.

<sup>188</sup> Cfr. Salvatore Parisi, *Prova (direito processuale civile)* cit., p. 6.

<sup>189</sup> Com razão, Friedrich Lent assevera que "la parte che non è sufficientemente attiva nella lotta per il suo diritto, che non fa tutto quello che pur potrebbe fare, non si merita la tutela giuridica e deve imputare a se stessa gli svantaggi cui va incontro nel processo. Il dominio delle parti sul procedimento, che trova particolare espressione nel principio dispositivo, si integra col concetto che la parte che non fa il giusto uso delle possibilità che le sono offerte non può che rimproverare se stessa delle conseguenze che dovrà sopportare" (*Obblighi e oneri nel processo civile* cit., p. 156).

efeito, se a presunção legal de veracidade, prevista nos arts. 302, *caput*, 319 e 334, inc. IV, CPC, não é o mecanismo *lógico* mais adequado para a reconstrução dos fatos litigiosos e para o julgamento da causa, já que se corre o risco de se obterem decisões injustas, é, tal como a coisa julgada, um instituto inevitável, podendo ser justificado por motivações políticas,<sup>190</sup> em que se opta por sacrificar a justiça da decisão, para, evitando-se a possibilidade de haver decisões de *non liquet*, poder encontrar uma solução ao problema deduzido em juízo.<sup>191</sup>

Todavia, para ser o autor beneficiado pela presunção de veracidade dos fatos não contestados, tem o *onus de afirmar* os fatos necessários para fundar a sua demanda, porque, apesar de não necessitarem de prova, todos os fatos *principais* relevantes devem ser afirmados pelo demandante, sob pena de não poderem ser levados em consideração pelo juiz.<sup>192</sup>

Por outro lado, a ausência de contestação é um *comportamento neutro* que não tem valor de *confissão ficta*,<sup>193</sup> pois a presunção legal de veracidade dos fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu está sujeita ao princípio do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC),<sup>194</sup> que pode desconsiderá-la com base nas provas conhecidas nos autos, em fatos notórios,<sup>195</sup> na própria lei ou em máximas de experiência.<sup>196</sup> Essa presunção é, pois, *relativa*, podendo o juiz,

**190** Com isso, queremos afirmar que seria mais lógico poder discutir uma decisão, mesmo após o trânsito em julgado e fora dos limites restritivos da ação rescisória, quando aparcessem novos e melhores argumentos que pudessem conduzir a um desfecho mais justo. No entanto, é preciso impor *limites*, pois, caso contrário, as decisões judiciais teriam pouco valor, porque perderiam a estabilidade necessária para reavivá-las de segurança jurídica, cuja obtenção é imprescindível à paz social, que é um dos objetivos mais importantes a serem buscados por aqueles que procuram ver os seus problemas resolvidos pelo Judiciário.

**191** "Non c'è alcuna garanzia che la sentenza contumaciale corrisponda alla vera situazione sostanziale. Lo stesso vale nell'onere della prova: se una parte non fornisce una prova di quanto venne da lei affermato, non è detto che la sua affermazione non sia vera. Ma la legge non considera la giustizia della decisione come l'unico scopo cui il processo tende. Se si dovesse ritenere che scopo del processo sia sempre e unicamente quello di scoprire la verità, non si potrebbe ammettere il processo contumaciale. Ma la legge tiene presente anche la necessità di una decisione rapida e l'esperienza che chi non fa nulla nel processo non ha niente da dire, e perciò assume consapevolmente il rischio di una sentenza, in via eccezionale ingiusta" (Friedrich Lent, Obblighi e oneri nel processo civile cit., p. 156-157).

**192** Cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 39-40 e 44.

**193** Cfr. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 451.

**194** Cfr. Virgilio Andrioli, *Prova (diritto processuale civile)*, v. 16, cit., p. 275.

**195** Cfr. Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez* cit., p. 161.

**196** Essa compreensão do instituto da revelia foi, expressamente, contemplada na Lei 9.099/1995, a qual, no art. 20, prevê que, se o demandado não comparecer à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, nos Juizados Especiais Cíveis, os fatos alegados no pedido inicial podem ser reputados verdadeiros, "salvo se o contrário resultar da convicção do juiz".

mesmo não tendo o réu contestado os fatos afirmados pelo autor na inicial, rejeitar a sua pretensão.<sup>197</sup>

Conseqüentemente, não se podem considerar verdadeiras alegações de fatos impossíveis, inverossímeis, improváveis (ou seja, aqueles cujos motivos divergentes, para a sua aceitação, são mais fortes que os convergentes), exagerados ou contrários às demais provas constantes dos autos, porque, se assim não fosse, o juiz teria o dever de acolher *demandas infundadas*,<sup>198</sup> incluindo as que visassem à obtenção de vantagens ilegais<sup>199</sup> ou imorais.<sup>200</sup> Por exemplo, em uma ação de reparação de danos decorrente de acidente de trânsito, o autor pede indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para consertar seu Volkswagen, ano 1978, que vale menos de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Mesmo não tendo o réu contestado o valor pleiteado, o magistrado não precisa aceitar o valor pedido, por ser *exagerado*. Do mesmo modo, o juiz não pode

**197** O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a "presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz" (4.ª T., REsp 2.846-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.10.1990, m.v., *RJT* 20/252-264). E, também, asseverou que a "simples revelia não leva, necessariamente, ao deferimento do pedido, se o autor não fornecer ao juiz elementos suficientes para convencê-lo da procedência da sua pretensão" (4.ª T., REsp 173.939-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.10.1998, v.u., *DJ* 19.10.1998, p. 110). De igual modo, o 2.º TACiV/SP asseverou que o "fato de não haver a ré, em ação de indenização por acidente do trabalho por ato ilícito, com base no direito comum, impugnado especificamente todos os fatos articulados na inicial não implica necessariamente a procedência da ação por presunção de veracidade. O juiz, ao apreciar a prova, deve fazê-lo de forma livre e global (art. 131 Código de Processo Civil) e, havendo circunstâncias que tornem pouco razoável a presunção, deve rejeitar a aplicação da pura dogmática processual, que corresponde a uma certa tradição discursiva, fabuladora e mistificadora da experiência jurídica, para realizar a justa distribuição de justiça, segundo o direito vigente" (5.ª Câmara, Ap. c/ Rev. 534.887, rel. Dyrceu Cintra, j. 01.12.1998). Verificar ainda: STJ, 2.ª T., RE 96.480-RJ, rel. Min. Afir. Passarinho, j. 15.02.1985, v.u., *RJT* 115/1.227-1.231; 1.º TACiV/SP, 10.ª Câmara, Ap. 502.710/9, rel. Antônio de Padua Ferraz Nogueira, j. 19.04.1994, v.u., *RT* 708/111-113; 1.º TACiV/SP, 6.ª Câmara, Ap. 376.457-4, rel. Carlos Gonçalves, j. 01.09.1987, v.u., *JTA* 105/149-151; TAMG, 1.ª Câmara, Ap. Civ. 26.766, rel. Corrêa Martins, j. 28.12.1984, *RJTAMG* 21/238-240; TAMG, 3.ª Câmara, Agr. Instr. 4.014, rel. Cunha Campos, j. 27.11.1984, *RJTAMG* 21/293-298.

**198** Segundo Mauro Cappellenti, "il giudice, anche nella inattività del convenuto, non può accogliere domande infondate!" (*La testimonianza testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, v. 1, cit., p. 349).

**199** A guisa de ilustração, o autor que venha a juízo cobrar uma dívida resultante de jogo ou de aposta pode ter sua pretensão rejeitada pelo juiz, em conformidade com os arts. 1.477 a 1.480 do CC.

**200** Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Ônus de contestar e o efeito da revelia* cit., p. 193; Egas D. Moniz de Aragão, *Direito à prova* cit., p. 116; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil* cit., p. 75.

acolher a pretensão do autor, em uma ação de cobrança, se perceber, pela análise dos documentos constantes dos autos, que o réu, mesmo sendo revel, já efetuou o pagamento, sob pena de a sentença ser injusta.<sup>201</sup> Ainda outro exemplo: em ação de despejo por falta de pagamento, não contestada, o autor junta vários documentos, entre os quais o recibo de quitação integral do débito, o que impede a presunção de veracidade de vincular o juiz, já que a alegação de falta de pagamento é contrária ao conjunto probatório.<sup>202</sup>

Não basta a não-contestação de um fato para que seja excluído do *thema probandum*; aliás, a única situação concernente a direitos disponíveis, em que um fato não precisa ser provado, é quando as partes expressamente entram em acordo a seu respeito. Os demais fatos podem, apesar do silêncio de uma das partes, continuar a ser um possível objeto da prova.<sup>203</sup>

A ausência de contestação não implica, *ipsis iure*, o acolhimento automático da pretensão, não podendo ser sempre considerada uma forma de aquiescência à demanda ou um meio de exonerar o autor do ônus primário de provar os fatos alegados.<sup>204</sup> Desse modo, o juiz, mesmo quando o réu não conteste a ação, só pode acolher a demanda se, segundo o seu livre convencimento, encontrar base fática para a aplicação da presunção legal ou, de qualquer modo, caso o autor se desincumbir do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito.<sup>205</sup>

**201** “Sarebbe (...) una sentenza ingiusta quella che condannasse a pagare un debito già pagato, anche se il debitore non eccipi il pagamento; e basta che questo risulti comunque degli atti anche nell’assenza o nel silenzio del convenuto, affinché il giudice debba tenerne conto e rigettare la domanda” (Enrico Tullio Liebman, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione, Problemi del processo civile*, Nápoles: Morano, 1962, p. 74).

**202** O Superior Tribunal de Justiça firmou precedente, nesse sentido: “Revelia – Efeitos. A falta de contestação, quando leve a que se produzam os efeitos da revelia, exonera o autor de provar os fatos deduzidos como fundamento do pedido e inibe a produção de prova pelo réu, devendo proceder-se ao julgamento antecipado da lide. Se, entretanto, de documentos trazidos com a inicial se concluir que os fatos se passaram de forma diversa do nela narrado, o juiz haverá de considerar o que deles resulte e não se firmar em presunção que se patencia contra a realidade” (3.ª T., REsp 60.239-4-Sp, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.05.1996, v.u., RSTJ 88/115-117).

**203** Conforme Michele Taruffo, “un fatto non abbia bisogno di essere provato solo quando è oggetto di concorde ed esplicita allegazione di entrambe le parti: solo in questo caso, dunque, il fatto verrebbe escluso dal novero di quei fatti che sono destinati ad essere provati in giudizio. In ogni altro caso, quindi anche nelle ipotesi di non contestazione tácita o implícita, il fatto allegato rimane ‘da provare’, e quindi continua, malgrado il silenzio della controparte, a costituire un possibile oggetto di prova”. Cfr. Prova (in generale), v. 16, cit., p. 12.

**204** Cfr. Piero Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio cit.*, p. 287.

**205** Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile cit.*, p. 329. Nesse sentido, Giovanni Verde sustenta que “a non contestazione non comporta riconoscimento della pretesa azionata dalla controparte, ma solo legale ammissione dei fatti costitutivi del diritto o dell’eccezione, che il giudice deve verificare *in iure*” (*L’inversioni degli oneri probatori nel*

Ademais, conforme foi verificado no tópico 3.4.5.1, o ônus da prova se distingue da noção geral de ônus, pois a não-realização de um ato pelo titular do direito processual não gera, necessariamente, um efeito desfavorável, mas um *risco pela ausência da prova*, uma vez que o juiz, mesmo não tendo o réu impugnado os fatos alegados pelo demandante, pode rejeitar o pedido do autor, julgando-o improcedente.<sup>206</sup> Caso contrário, saliente-se, um fato afirmado por uma das partes e não contestado pela outra sempre seria verdadeiro, o que redundaria na consagração do sistema da prova legal, em detrimento do livre convencimento do juiz. Portanto, não sendo suficiente a admissão do fato não contestado, para a formação da convicção judicial, mas sendo, para isso, conveniente a produção da prova oral, deve ser dada oportunidade para que o autor especifique quais provas pretende produzir em audiência (art. 324 do CPC).<sup>207</sup>

Além disso, apesar do efeito material da revelia, a contestação interpestitiva e os documentos trazidos pelo réu devem ser levados em consideração pelo juiz, não devendo ser desentranhados dos autos, porque é facultado ao réu ingressar no processo em qualquer fase (art. 322 do CPC), inclusive para reproduzir o que estava na contestação, a qual servirá não para tornar contrvertidos os fatos alegados pelo autor, mas: i) para alertar o juiz a respeito de eventuais fatos impossíveis ou improváveis alegados na petição inicial; ii) para esclarecer a exegese de dispositivos de lei, conceitos amadurecidos pela doutrina e jinhás jurisprudenciais estabelecidas pelos tribunais do País.<sup>208</sup>

processo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 723, 1992, nota 14). Cândido Rangel Dinamarco também assevera que o “juiz deve ser realista e não pode ser ingênuo a ponto de aceitar absurdos. Ele não acreditará, p. ex., só porque o réu não negou formalmente, que um mágico haja realmente cortado ao meio aquela mulher que posa dentro de um caixaõ com arca de mútua alívia; nem que todas aquelas bombas esvoaçantes estivessem de verdade dentro da cartola do mágico. Quando se vê diante de alegações inverossímeis, o mínimo que o juiz deve fazer é exigir-lhes a prova, sob pena de dá-las por inverídicas e rejeitar a pretensão que, para ser aceita, dependa desses fatos” (Fundamentos e alcance do efeito da revelia, v. 2, cit., p. 952).

**206** Cfr. Salvatore Patti, *Prova (direito processuale civile) cit.*, p. 34-36.

**207** Com razão, sustenta Carlo Furno que o “fatto affermato da una delle parte e non contestato dall’altra (...) non può quindi in genere ritenersi ancora posto fuori discussione, accertato, ma bensì solo ammesso: ciò significa che il valore probatorio della mancata contestazione dipende dall’apprezzamento che il giudice ne faccia. In altre parole, il fatto è ammesso nei riguardi delle parte tra loro, ma figura ancora come controverso nei riguardi del giudice (che possiede la sola prova discretionalmente valutabile costituita dalla ammissione) e di fronte alla decisione, alla cui base il fatto semplicemente non contestato solo in tanto può esser posto, in quanto il giudice ritenga di poterlo porre. Sta appunto al giudice decidere se l’ammissione abbia valore probatorio sufficiente a stabilire la certezza storica del fatto non contestato, ovvero se l’affermazione non contestata abbia ancora bisogno d’esser provata” (*Contributo alla teoria della prova legale cit.*, p. 83-84).

**208** Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos e alcance do efeito da revelia*, v. 2, cit., p. 953-955.

Em contrapartida, a presunção legal de veracidade não se aplica a todas as situações de fato não contestadas.

Em primeiro lugar, não se presumem verdadeiros os fatos não impugnados se forem relativos a *direitos indisponíveis* (arts. 302, inc. I, 320, inc. II, e 351, CPC). Esses direitos apresentam grau de relevância social maior que os de natureza privada; por isso, merecem tratamento diferenciado, sendo considerados: i) inalienáveis; ii) intransmissíveis; iii) irrenunciáveis; iv) impenhoráveis; v) não sujeitos ao reconhecimento jurídico no processo e à confissão. São exemplos de direitos indisponíveis, como regra geral, os direitos de família, os direitos de personalidade e os direitos públicos (penal, previdenciário e administrativo).<sup>209</sup> É o caso dos *direitos da Fazenda Pública*,<sup>210</sup> os direitos relativos à guarda, à educação e aos alimentos dos filhos, mesmo se forem discutidos em processo de separação judicial,<sup>211</sup> além daqueles que versam sobre o reconhecimento de estado de filiação, em ações de investi-

**209** Cfr. Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 324.

**210** Em ação de cobrança de horas extras, ajustada por servidor público municipal, em que o juiz *a quo* julgou antecipadamente o mérito, com base no art. 330, inc. II, CPC, o Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento à apelação do Município, anulando a sentença, por consistir, com fundamento no art. 320, inc. II, CPC, que se tratava de direito público indisponível, não induzindo aos efeitos materiais da revelia (art. 319 do CPC). A decisão foi cassada a fim de que o procedimento seguisse o seu curso normal, com a observância do disposto no art. 324 do CPC (JUR, 6.ª Cam. Civ., Ap. Civ. e Recex. Nec. 74.865-8, Ac. 3.830, rel. Des. Accácio Cambi, j. 18.08.1999, vu.). Nesse sentido, mas sem a necessidade de haver apelação, já ressaltou o Superior Tribunal de Justiça que, ao “reexaminar a sentença, em razão do duplo grau obrigatório, pode o tribunal apreciar amplamente a causa, inclusive se se achavam ou não provados os fatos constituintes da demanda. Há de ter-se em conta, nesse caso, que os direitos da Fazenda Pública são indisponíveis, não se lhe aplicando os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II)” (2.ª T., EDC/RESP 13.851-SP, rel. Min. Antônio Padua Ribeiro, j. 20.04.1994, vu., DJ 09.05.1994, p. 10.856). Ainda, nesse sentido: “Revelia – Efeitos – Confissão ficta – Pessoa jurídica de direito público – Inadmissibilidade – Direitos fazendários considerados indisponíveis – Art. 320, inc. II, do Código de Processo Civil – Sentença anulada – Recurso provido. “Tratando-se de pessoa jurídica de Direito Público (União, Estado, Território ou Município), a revelia não induzirá a que se reputem verdadeiros os fatos alegados pelo autor. É que, quando se trate de uma daquelas entidades, seus representantes ou administradores não têm a disponibilidade dos direitos, que são, assim, indisponíveis, situando-se a hipótese na alínea II do art. 320 do Código de Processo Civil” (TJSP, Ap.Civ. 219.305-1, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 16.12.1994, vu., JTTJ 167/157-160).

**211** “Separação judicial – Revelia. Não fere direito líquido e certo do autor a decisão judicial que, não obstante a revelia, determina se proceda à instrução. Ainda que o direito da separação, em si, possa considerar-se como disponível, já que passível de fazer-se por mútuo consenso, uma vez reunidos os pressupostos legais, dela resultam consequências a cujo respeito o juiz deve provar e que se inserem entre os direitos indisponíveis. Dentre elas a pertinente à guarda dos filhos” (STJ, 3.ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.12.1990, vu., RT 672/199-200).

gação de paternidade,<sup>212</sup> e, ainda, sobre o estado civil, em ações de anulação de casamento.<sup>213</sup> Logo, se o objeto da relação jurídica de direito material deduzida em juízo for *indisponível*, a não-contestação do fato alegado não exclui a necessidade de prová-lo.<sup>214</sup>

Em segundo lugar, não se presumem verdadeiros os fatos cuja prova requer a forma escrita *ad probationem* ou *ad substantiam*, porque a não-contestação não pode substituir essa necessidade de forma escrita (arts. 302, inc. II, 320, inc. III, 366, CPC e art. 212 do CC). Por exemplo, o casamento, geralmente, é provado mediante certidão do registro civil (arts. 1.543-1.547 do CC), e a propriedade, geralmente, por escritura pública (art. 215 do CC).<sup>215</sup>

Em terceiro lugar, não se presumem os fatos se estiverem em *contradição com a defesa*, considerada no seu conjunto (art. 302, inc. III, CPC). Considerar a defesa no seu conjunto significa procurar entender a posição tomada pelo réu em relação aos fatos afirmados pelo autor e as suas consequências jurídicas. Assim, se a posição assumida pelo réu é incompatível com os fatos não impugnados, a presunção de veracidade não se aplica.<sup>216</sup> Além disso, caso seja realizada a audiência de

**212** Verificar: STJ, 4.ª T., RESP 140.665-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.09.1998, vu., DJ 03.11.1998, p. 147; STJ, 3.ª T., RESP 129.426-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.12.1997, vu., DJ 23.03.1998, p. 93; STJ, 4.ª T., RESP 43.467-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995, vu., DJ 18.03.1996, p. 7.568.

**213** “Ação de anulação de casamento – Revelia decretada – Direito indisponível – Necessidade do revel participar e intervir no processo através de intimação de todos os atos processuais – Provento do recurso para anular o processo a partir do despacho sancionador. Embora a revelia decretada não tenha operado seus efeitos, já que se trata de direito indisponível, a ré oferece contestação apresentando seu patrono e, ainda que intempéstiva a peça resposta, não há como lhe negar o direito de participar e intervir no processo, sendo intimada de todos os atos processuais e tendo sido realizada uma audiência de instrução e julgamento sem que a parte, que já havia se apresentado nos autos, tomasse ciência, e de se dar provimento ao recurso para anular o processo a partir do despacho sancionador, às fls. 30, devendo ser juntados aos autos a procuração e documentos que acompanham a contestação anexada a contracapa e intimada a ré de todos os atos do processo” (TJES, Ap. Civ. 249.501.1118.299, rel. Des. Renato de Matos, j. 14.10.1997).

**214** Cfr. Michele Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova* cit., p. 48 e nota 89; Salvatore Patti, Prova (diritto processuale civile) cit., p. 7; Virgilio Andrioli, Prova (diritto processuale civile), v. 16, cit., p. 274-276; Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 5. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 62.

**215** “Despejo – Uso próprio (art. 52, X, da Lei 6.649/79) – Prova da propriedade – Locatário revel – Irrelevância – Necessidade: A revelia não cobre a prova de propriedade imobiliária, nem produz presunção de verdade quando a esta matéria já que o instrumento público (escritura, registro) é da substância do ato de aquisição do domínio (CPC, art. 302, II, c.c. 366)” (2.ª TACiv/SP, 2.ª Cam., Ap. 192.245, rel. Walter Moraes, j. 11.06.1986).

**216** Cfr. Joaquim José Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 3, p. 377.

instrução, a noção do *conjunto da defesa* se amplia, abrangendo não somente aquilo que o réu disse sobre os fatos, mas também o que sobre eles afirmaram as testemunhas, o perito e o próprio autor, tornando mais difícil a aplicação da presunção da não-impugnação. Ainda, dentro da exegese do art. 302, inc. III, CPC, pode ser mencionado o caso em que, havendo pluralidade de réus, algum deles contesta a ação (art. 320, inc. I, CPC), não devendo ser aplicada a presunção de veracidade, se o fato impugnado pelo réu atuante for *commun* ao litisconsorte revel.<sup>217</sup>

Ademais, a presunção de veracidade não se aplica à contestação elaborada por advogado dativo, curador especial (art. 9.º do CPC)<sup>218</sup> ou órgão do Ministério Público, que pode ser *genérica*, por que, por força do parágrafo único do art. 302 do CPC, ficam isentos do ônus da impugnação específica (princípio da eventualidade), não se presumindo verdadeiros os fatos que não foram especificamente contestados. Nessa regra jurídica, procura-se dar efetividade ao princípio da isonomia em sentido substancial, evitando que a falta de contestação adequada prejudique o litigante hipossuficiente ou a defesa de interesses públicos, cuja tutela mereça tratamento diferenciado.

Com efeito, nesses casos excepcionais, além de alegar, o autor também deve provar, sob pena de ter a sua pretensão rejeitada.

Por outro lado, sendo caso de aplicação da presunção de veracidade, o juiz deve julgar antecipadamente o mérito, aplicando a regra contida no art. 330, inc. II, CPC.<sup>219</sup>

### 3.5.6 INAPLICABILIDADE DO ART. 302 DO CPC, PARA O CONSUMIDOR, NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Questiona-se: o art. 302 do CPC se aplica ao consumidor-demandado nas relações de consumo?

**217** Consultar: STJ, 3.ª T, rel. Min. Costa Leite, j. 20.03.1995, *DJ* 20.03.1995, p. 6.112; TAPR, 7.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 72.015.000, Ac. 5.790, rel. Miguel Pessoa, j. 23.12.1996, *DJ* 07.02.1997; TAMG, 1.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 273.100-2, Ac. 23.157, rel. Nepomuceno Silva, j. 23.03.1999.

**218** "Processual civil – Citação de réu preso – Nomeação de curador especial ao revel – Contestação por negativa geral – Sentença que julga antecipadamente a lide em face da revelia – Presunção de veracidade inexistente – Sentença cassada. 1. O curador especial nomeado ao réu preso e revel pode contestar a lide por negativa geral, não incidindo, consoante a inteligência do art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a presunção de veracidade prevista no art. 319 do mesmo diploma legal. 2. A contestação por negativa geral apresentada pelo curador especial afasta a aplicação do art. 330, II, do CPC. Todavia, em tese, poderia haver julgamento antecipado quando há atuação da curadoria especial, tanto que estejam presentes os requisitos estatuidos no inc. I do aludido art. 330" (TJDF, 5.ª T. Civ., Ap. Civ. 4.658.897, Ac. 121.674, rel. Mário-Zam Behrno, j. 27.09.1999, *vu.*, *DJ* 02.02.2000, p. 35).

**219** Examinar o item 3.12.2, *infra*.

Exemplificando-se: imagina-se que um consumidor vai a um banco e celebra com essa instituição um contrato de abertura de crédito em conta corrente; em razão de dificuldades financeiras, usa o limite do cheque especial e não consegue pagar o débito; o banco rescinde o contrato eajuza uma ação de cobrança, aplicando – além de juros, correção monetária, comissão de permanência etc. – multa de mora, decorrente do inadimplemento da obrigação no seu termo, de 10% (dez por cento) do valor da prestação, a qual consta em uma das cláusulas contratuais; por descuido, o consumidor não contesta a ação ou, se contesta, não impugna o valor da multa; enfim, pergunta-se: resulta daí a aplicação da presunção de veracidade decorrente do ônus da impugnação específica?

Em virtude do sistema protetivo criado para a defesa do consumidor, dúvidas não há de que as relações de consumo não se sujeitam ao ônus da impugnação específica e à presunção de veracidade, decorrente da revelia.

Não obstante a Lei 8.078/1990 não contemple todas as regras processuais a serem aplicadas às relações de consumo, é certo que, pelo art. 7.º do CDC, a legislação interna ordinária (na hipótese, o Código de Processo Civil) somente se aplica caso não contrarie os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Logo, toda vez que houver incompatibilidade entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, o intérprete deixará de aplicar este Código, para não contrariar o sistema de proteção do consumidor.<sup>220</sup>

A maior razão para a não-aplicação do art. 302 do CPC às relações do consumidor está na própria *essência* do princípio dispositivo que, conforme já se salientou, nada mais é do que a contemplação da idéia da autonomia privada no âmbito do processo civil. O Código de Defesa do Consumidor representa uma reação aos postulados do direito privado clássico, o qual estava amparado na autonomia das vontades e na liberdade plena de contratar.

A proposta da Lei 8.078/1990 é regular o fenômeno contemporâneo da relação de consumo, produto de uma sociedade de massas, em que o contrato, enquanto livre acordo de vontades, deixou de existir, para dar lugar a negócios jurídicos mais céleres, marcados pela padronização das cláusulas, redigidas unilateralmente pelo fornecedor.

Para este direito privado, em que o consumidor ou adere ao contrato, denominado de *adesão*, ou deixa de consumir produtos e serviços, a sua vulnerabilidade, diante do mercado de consumo, impõe uma intervenção estatal que, dentre outros direitos básicos, para lhe assegurar a concretização do princípio da igual-

**220** "O intérprete deverá se valer, na aplicação de normas jurídicas de defesa do consumidor em determinada relação de consumo, dessas outras legislações ordinárias, aplicando-se os artigos de lei do microsistema consumerista e dos demais subsistemas, no que não houver incompatibilidade" (Roberto Senise Lisboa, *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, São Paulo: RT, 2001, p. 98).

dade em sentido material, facilite a defesa dos seus direitos em juízo (art. 6.º, inc. VIII, CDC). Caso contrário, a relação contratual e a sua discussão perante o judiciário dariam ampla margem a abusos de direitos, obrigações iníquas, vantagens exageradas, enriquecimentos sem causa e, sobretudo, tutelas jurisdicionais injustas.

Não é por outra razão que o art. 1.º da Lei 8.078/1990 estabelece que as normas protetivas do consumidor são de *ordem pública e interesse social*. Cabe, ao intérprete, pois, retirar destas expressões a sua *força normativa*, impedindo que o processo seja utilizado como um meio de contemplação de injustiças.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor são de *ordem pública* porque, para serem aplicadas pelo juiz, não dependem de requerimento das partes e envolvem contratos de adesão, atingem aspectos relevantes a toda a sociedade (p. ex., os transportes, o sistema bancário, planos de saúde etc.), exigindo uma interpretação diversa daquelas regras que se aplicariam aos contratos clássicos, envolvendo duas ou mais pessoas, com ampla liberdade para a discussão das cláusulas contratuais e para a manifestação da vontade.<sup>221</sup>

**221** É por isto que o princípio *pacta sunt servanda*, decorrente do liberalismo clássico e do individualismo jurídico, cedeu espaço, no Código de Defesa do Consumidor, para a *função social do contrato*, o qual passou a ser visto não só como um instrumento a favor do capital, mas, principalmente, um meio de promoção humana, norteador pela promoção dos princípios da igualdade, em sentido substancial, e da boa-fé (art. 51, inc. IV, CDC). Em razão da vulnerabilidade do consumidor, construiu-se a regra exegética, aplicada à interpretação dos contratos de consumo, de, na dúvida, favorecer o consumidor, contida no art. 47 do CDC: *in dubium pro consumidor*. Exemplo interessante, a respeito da exegese emancipatória dos arts. 47 e 51, inc. IV, CDC, pelo Judiciário, referir-se à interpretação de cláusula de contrato de seguro-saúde que, por falta de exame prévio, exclui a cobertura das despesas médico-hospitalares havidas com a internação de paciente com Aids, considerando-a doença preexistente. O Superior Tribunal de Justiça tem considerado esta cláusula nula, apesar de órgão estatal ter previamente aprovado a cláusula abusiva, como se percebe dos seguintes julgados: i) “Seguro-saúde – Doença preexistente – Aids. Omisssa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integridade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserida no contrato de seguro-saúde” (4.ª T., REsp 224.219-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 15.05.2001, m.v., DJU 20.08.2001, p. 471); ii) “Seguro-saúde – Exclusão de proteção – Falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede a apreciação judicial de sua invalidade” (4.ª T., REsp 229.078-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.11.1999, vu., DJU 07.02.2000, p. 167); iii) “Seguro-saúde – Epidemia. 1. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. (...)” (4.ª T., REsp 86.095-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.04.1996, vu., DJU 27.05.1996, p. 17.877).

Se a Lei 8.078/1990 contém disposições de *ordem pública*, nada mais correto que concluir que o magistrado pode, mesmo *ex officio*, aplicá-las, em detrimento do fornecedor que pretende, em face da ausência ou da imperfeição da defesa processual, fazer valer as cláusulas abusivas, por ele redigidas no contrato, além das obrigações iníquas e as vantagens exageradas.<sup>222</sup> Logo, o Código de Defesa do Consumidor se aplica mesmo contra a vontade do fornecedor-demandante, ainda que o consumidor-demandado não tenha contestado a ação. Por isto, no exemplo formulado acima, pode o órgão julgador, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, reduzir a multa de mora, constante de cláusula contratual, decorrente do inadimplemento da obrigação no seu termo, de 10% (dez por cento) do valor da prestação, para apenas 2% (dois por cento), com fundamento no art. 52, § 1.º, CDC.<sup>223</sup> Aliás, o mesmo poderia ser dito em relação a qualquer cláusula contratual considerada abusiva, evitando, sobretudo, que, em razão de obrigações consideradas iníquas, abusivas, exageradas ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade, o fornecedor enriqueça indevidamente.<sup>224</sup>

**222** “Na medida em que a Lei n. 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes” (Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material (arts. 1.º a 54), São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76).

**223** Nesse sentido, inúmeros são os precedentes jurisprudenciais, como se pode perceber: i) “Por ser o Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública, tratando-se de relação entre entidade prestadora de serviços educacionais e aluno inadimplente, pode o juiz, ainda que não se tenha feito requerimento expresso a respeito, reverter cláusulas contratuais que estipulem taxas de juros moratórios acima do permissivo legal” (TAMG, 4.ª Câmara, AG 290.464-5, rel. Maria Elza, j. 27.10.1999); ii) “A multa moratória deve ser aplicada pelo percentual fixado no Código de Defesa do Consumidor por ocasião do inadimplemento e não pelo valor ajustado no contrato. O artigo 52, § 1.º, do CDC, por conter norma de ordem pública, poderá ser adotado de ofício pelo juiz” (TJRJ, 17.ª Câmara, AG 1.401/99, rel. desig. Des. Bernardino Garcez, j. 03.03.1999); iii) “Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa contratual pode ser minorada *ex officio* para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1.º do artigo 52 do estatuto do consumidor” (TJSC, 4.ª Câmara, AG 99.005416-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 07.12.2000).

**224** “Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou do interessado. O reconhecimento *ex officio* do vício acarreta a nulificação da cláusula. Por ter sido declarada nula, a cláusula não pode ter eficácia” (Nelson Nery Jr., *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Coord. de Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 404). Essa tese tem sido acolhida, amplamente, pela jurisprudência, como se pode depreender, à guisa de exemplos: i) “CDC – Cláusula abusiva – Nulidade – Incompetência absoluta – Declaração *ex officio* – Defesa do consumidor – Normas de ordem pública quer de natureza material, quer formal – Normas cogentes – Bem

Assim, é possível também resguardar o *interesse social*, na medida em que o direito de quase nada adiantaria se não fosse para evitar injustiças.

No entanto, na pior das hipóteses, ainda que se entenda aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil, a pretensão do fornecedor não, necessariamente, deve ser acolhida, pois, mesmo que o réu (consumidor) tenha, por exemplo, deixado de contestar a abusividade da cláusula contratual e os arts. 302 e 320 não prevejam essa situação dentre aquelas a serem excluídas do âmbito de aplicação da presunção de veracidade, decorrente da revelia, a doutrina e a jurisprudência têm mitigado esta presunção, considerando-a *relativa* e, por isto, não vinculando, obrigatoriamente, o juiz, em face do princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC).<sup>225</sup>

social. Em sede de consumo, as cláusulas abusivas, que põem o consumidor em desvantagem exagerada frente ao fornecedor e excessivamente onerosa àquele, são consideradas inócuas e nulas, *id est*, sem efeito. Frente a essa constatação, o magistrado deve reconhecer a incompetência absoluta *ex officio*, de sorte a salvaguardar o sistema de proteção ao consumidor. O CDC consagra, art. 1.º, serem as suas normas – quer de ordem material, quer formal – de ordem pública e interesse social e imperativas e cogentes. O bem social deve ser considerado pelo juiz hodierno e livre das peias do passado, como aplicador tarifário das leis e ainda aferrado em normas instrumentais ortodoxas” (TAMG, 6.ª Câm. Civ., AI 312.346-8, rel. Dârcio Lopardi Mendes, j. 15.06.2000); ii) “Segundo o entendimento mais recente desta seção, pode o juiz de direito, para facilitar a defesa dos direitos do consumidor (art. 6.º, inc. VIII, da Lei 8.078/90), declarar de sua competência, *ex officio*, ignorando o foro de eleição, previsto em contrato de adesão (CC n. 17.735/CE e CC n. 21.540/MS)” (STJ, 3.ª T., REsp 188.705-MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Dirio, DJU 17.05.1999); iii) “A nulidade da cláusula eleiva de foro em contrato de adesão, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, causando prejuízo para sua defesa, por tratar-se de questão de ordem pública, torna absoluta a competência, donde a possibilidade de declinação de ofício” (STJ, 4.ª T., REsp 205.449-PE, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 20.05.1999, DJU 02.08.1999, p. 193).

**225** Esse posicionamento encontra raízes em antiga lição do mestre Ednarildo Couture, segundo o qual o “princípio da estabilidade das convenções não fica prejudicado pelo fato das leis processuais regularem a eficácia da prova, antes pelo contrário muito se beneficia com atribuírem-se ao juiz as facilidades, que lhe conferem as leis processuais, de apreciar com a máxima amplitude lógica a eficácia dos diferentes meios de prova” (*Fundamentos do direito processual civil*, Trad. Rubens Gomes de Souza, Saraiva: São Paulo, 1946, p. 180). Mais especificamente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a “presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz” (4.ª T., REsp 2.846-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.10.1990, RSTJ 20/252-264). E, também, asseverou que a “simples revelia não leva, necessariamente, ao deferimento do pedido, se o autor não fornecer ao juiz elementos suficientes para convencê-lo da procedência da sua pretensão” (4.ª T., REsp 173.939-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.10.1998, v.u., DJ 19.10.1998, p. 110).

### 3.6 Inversão do ônus da prova por convenção das partes e a vontade de uma das partes de produzir prova que não tem certeza se está onerada

A questão que ora se coloca é se o poder de disposição que as partes têm para fixar o objeto do processo também implica a possibilidade de modificar, mediante acordo de vontades, a incumbência dos ônus probatórios predefinidos pela lei processual.

O Código de Processo Civil reconhece a possibilidade de inversão do ônus da prova, por convenção das partes, no parágrafo único do art. 333. Por exemplo, em um contrato de seguro de vida, as partes poderiam convenionar que o devedor (beneficiário do seguro), ao reclamar a soma assegurada, deve provar não ter sido a morte decorrente de um suicídio premeditado, já que é ônus da prova da seguradora a existência da premeditação, nos dois primeiros anos (art. 798 do CC).<sup>1</sup>

A possibilidade de as partes modificarem o ônus da prova não fere o princípio do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC), porque não altera a apreciação judicial da prova, mas apenas *quem* deve assumir os riscos pela ausência (incerteza) da prova em juízo.<sup>2</sup> Assim, pode-se afirmar que as partes se limitam a disciplinar, mediante convenção, a qualificação jurídica dos fatos de uma *fatispecificie* negocial controversada, com a finalidade de facilitar ou de agravar a prova, fazendo

<sup>1</sup> Cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 80 e 142-143. É interessante notar que esse posicionamento não é contrário à lei nem à jurisprudência dos Tribunais Superiores. O art. 1.440 do CC/1916 afirmava que a “vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”. Sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula 105 que enuncia: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou a Súmula 61: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”. O art. 798 do CC alterou, parcialmente, este entendimento, afirmando que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência do contrato. Entretanto, parece-nos que a questão da *premeditação* ainda deve ser colocada. Em outras palavras, só o suicídio premeditado eximiria a seguradora do pagamento do prêmio.

<sup>2</sup> Cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 78; Carlos Lessona, *Teoría general de la prueba en derecho civil* cit., 161; Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* cit., p. 163. Em sentido oposto, Giuseppe Chiovenda é contrário à *inversão convencional do ônus da prova*, sustentando que, com isso, estaria restringido o poder de decisão do juiz. Cfr. *Principii di diritto processuale civile* cit., p. 797, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 2.º, cit., p. 327. Verificar ainda: Valentin Silva Melero, *La prueba procesal*, t. I, cit., p. 94-95.