

ora Responsável  
sa Harms

ora de Operações de Conteúdo  
na Mayumi Ono

res: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivie A. M. Loureiro Gomes e  
na Felix

tente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

ção Editorial  
denação  
na De Cicco Bianco

istas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines,  
iele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e  
ino Mazzeolis J. Cavalheiro

istas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

ris: Chrisley Figueiredo

nistrativo e Produção Gráfica  
denação

Henrique Andrade

ista Administrativo: Antonia Pereira

tente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

ista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme

Prova e convicção : de acordo com o CPC de 2015 / Luiz  
Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e  
ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6081-1

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Processo de conhe-  
cimento – Brasil 4. Prova (Direito) 5. Prova (Direito) – Brasil I. Título.

15-05387

CDU-347.941(81)

La Biblioteca Nacional de Brasil - Dirección de Datos de Publicación Civil 347.941(81)

**LUIZ GUILHERME MARINONI  
SÉRGIO CRUZ ARENHART**

# **PROVA E CONVICÇÃO**

**DE ACORDO COM O CPC DE 2015**

**3.ª edição revista, atualizada e ampliada**

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS**

sentença de improcedência, nessas circunstâncias -- ainda que nada tenha dito sobre a insuficiência de provas --, pode ser discutida por qualquer legitimado, *logicamente com base em "nova prova"*, em qualquer outra ação em que o réu na demanda coletiva pretenda utilizá-la.

## 7 CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DO TEMA DA PROVA

SUMÁRIO: 7.1 Prova-se o fato ou a afirmação do fato? -- 7.2 Fato direto (primário) e fato indireto (secundário) -- 7.3 Prova direta e prova indireta -- 7.4 Precisão dos conceitos de indício, prova indiciária, raciocínio presuntivo e presunção -- 7.5 Sobre presunção e juízo -- 7.6 Juízo sobre o mérito: "juízo final" e "juízo provisorio" -- 7.7 Juízo sobre o mérito e "juízo instrumental" -- 7.8 Normas de juízo e elementos sobre os quais o juízo de mérito incide -- 7.9 Presunção, regra de experiência e fato notório (breve distinção) -- 7.10 Fases do procedimento probatório.

### 7.1 Prova-se o fato ou a afirmação do fato?

Em princípio, a questão relativa a saber se no processo deve-se provar um fato ou uma afirmação de fato pode parecer destituída de importância. Entretanto, essa elucidação tem íntima relação com a ideia de que o resultado do processo ou a convicção do juiz são frutos da participação das partes ou da influência que as partes exercem sobre o juízo mediante as alegações e provas,<sup>1</sup> e não da verdade sobre os fatos.

Lembre-se, aliás, que o juiz tem o dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja plenamente convencido, o que mais uma vez demonstra a falsidade da tese de que o juiz, para solucionar o conflito, deve ter encontrado a verdade dos fatos.

1. Embora isso não signifique, como é óbvio, que o juiz não deva, se for o caso, participar ativamente do processo, inclusive determinando prova de ofício.

O fato não pode ser qualificado de “certo”, “indivudioso” ou “verdadeiro”. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação.

Note-se que a sentença – de lado casos excepcionais – requer a convicção de verdade, o que não se confunde – como demonstrado em capítulo anterior – com o encontro da “essência da verdade”. Isso quer dizer, em outros termos, que o fato que o processo supõe existente pode, no plano da realidade, não existir e vice-versa. Em suma: não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito.

## 7.2 Fato direto (primário) e fato indireto (secundário)

Os fatos diretos são aqueles que devem ser afirmados na petição inicial e na contestação, destinando-se diretamente a demonstrar com quem está a razão. Como dito acima, a prova deve se situar no âmbito das afirmações de fato que suportam o *thema decidendum* ou, mais precisamente, no espaço criado pelos argumentos do autor, que embasam seu pedido, e pelos argumentos do réu, que conformam as exceções apresentadas para a rejeição do pedido (ou seja, somente no espaço das afirmações de fato contróvertidas no processo).

Porém, podem existir outros fatos que não sejam capazes de demonstrar diretamente a verdade dessas afirmações de fato, embora sirvam indiretamente para convencer o juiz de que elas são verdadeiras. Trata-se dos fatos indiciários ou secundários.

O fato indiciário não precisa ser alegado – e assim não se submete ao chamado ônus da afirmação<sup>2</sup> –, ainda que isso não queira dizer, evidentemente, que o autor não possa ou deva alegá-lo. O que se quer esclarecer é que o fato indiciário, ainda que não alegado, pode ser objeto de prova. Esse fato não precisa ser alegado porque se destina a demonstrar que a afirmação de fato (direto) é verdadeira.

## 7.3 Prova direta e prova indireta

A distinção entre prova direta e prova indireta foi feita inicialmente por CARNELUTTI, que afirmou que a diferença entre os dois tipos de prova está na

*coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção).*<sup>3</sup>

Nesse sentido, quando o juiz, por meio da prova, percebe o fato a provar, a prova é dita direta. Mas, quando o objeto da percepção não é o objeto da prova, mas sim outro fato do qual o juiz pode deduzir o fato direto, a prova é indireta. Portanto, segundo CARNELUTTI, na prova indireta há uma separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção judicial.<sup>4</sup>

Parece, entretanto, ser necessário distinguir o fato a ser provado – que pode ser direto ou indireto –, o meio de prova destinado a elucidá-lo e a percepção judicial – que também pode ser direta ou indireta.

Ora, se é inegável que um fato pode ser indicativo de outro, é evidente a diferença entre o fato indireto e o fato direto. Acontece que a prova nem sempre permite uma percepção direta do fato, seja ele direto ou indireto. Em outros termos: ainda que o fato seja direto, em alguns casos o juiz somente pode percebê-lo indiretamente – assim, por meio de uma prova indireta.

A prova testemunhal e a prova pericial, ainda que tentem elucidar o fato principal, sempre constituirão as versões da testemunha e do perito, pelo que o juiz, diante delas, nunca terá percepção direta do fato, mas sim percepção por meio da prova testemunhal e da prova pericial. Nessa linha, tais provas, embora relacionadas ao fato direto, deveriam ser compreendidas como provas indiretas, exatamente porque o juiz, por meio delas, tem apenas uma percepção indireta do fato direto. Caberia catalogar como prova direta, nesse último sentido, apenas a inspeção judicial e o documento.

Entretanto, seria importante tentar evidenciar o motivo para a classificação da prova em direta ou indireta?

Quando a classificação toma em consideração a natureza do fato – direto ou indireto –, deseja-se sublinhar que, diante da prova direta, o juiz relaciona automaticamente a prova com o fato, enquanto a prova indireta requer que o juiz estabeleça um raciocínio dedutivo, que deve ser explicitado racionalmente, a partir de regras de experiência que sejam suficientes para fazer crer que do fato indireto decorre o fato direto.<sup>5</sup>

3. CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile* cit., 1992, p. 54 e ss.

4. “La prova indiretta presenta il distacco dell’oggetto della prova dall’oggetto della percezione: il fatto sottoposto alla percezione del giudice non serve se non di mezzo alla conoscenza di lui” (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile* cit., 1992, p. 56).

5. O fato indireto serve para permitir que o juiz, a partir da sua prova (indiciária), raciocine para estabelecer uma presunção. O fato indireto permite que o juiz forme uma presunção sobre o fato direto.

2. Ver CAVALLONE, Bruno. *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 2.

Afirma-se que, se o juiz outorga credibilidade a um elemento de prova direta, qualquer raciocínio inferencial é demais, uma vez que, nesse caso, a inferência se configura como uma tautologia, que se move de uma proposição particular (que enuncia o elemento de prova) até outra proposição particular (que constitui a hipótese fática correspondente), sem a mediação de critérios gerais, em virtude da relação de identidade existente, no plano lógico-semântico, entre as duas proposições.<sup>6</sup>

Esse entendimento, embora aludida à distinção entre a prova direta e a prova indireta, na realidade está preocupado com o *raciocínio judicial* diante das provas do fato direto e do fato indireto. Quando a prova testemunhal recai sobre um fato direto, o juiz deve se perguntar, em primeiro lugar, sobre a idoneidade da testemunha e do testemunho, para, só depois, fazer a *relação direta* entre o depoimento e o fato. Entretanto, algo bem mais complexo, em termos de raciocínio judicial, ocorre quando se está frente a um fato indireto. Aí, também no caso de prova testemunhal, além da idoneidade da testemunha e do testemunho, e da relação entre o depoimento e o fato indireto, o juiz deve raciocinar para concluir se a prova do fato indireto permite a dedução do fato direto.<sup>7</sup>

Diante da diversidade evidente do raciocínio judicial nesses dois casos, a distinção entre a prova do fato direto e a prova do fato indireto possui bastante importância. Na realidade, o que realmente interessa, no tema que ora nos ocupa, é o raciocínio judicial, e não a forma como o juiz tem a percepção a respeito do fato (direta ou indireta).<sup>8</sup> Nesse último caso, como dito, provas diretas seriam a inspeção judicial e o documento (esse último com ressalvas), e então não se faria qualquer distinção entre a prova do fato direto e a prova do fato indireto.

A única vantagem dessa última distinção seria a de separar a prova em que o juiz forma a sua convicção sem qualquer intermediação daquela em que a convicção judicial passa pela idoneidade da própria prova. Isso porque é inegável que o juiz deve aferir a credibilidade do depoimento testemunhal (por exemplo).

6. Cf. JUAN IGARTUA SALAVERRIA (op. cit., p. 172), lembrando passagem de LOMBARDO (*La prova giudiziale...*, p. 496-497).

7. O testemunho serve para demonstrar os fatos diretos ou os fatos indiretos (ou indiciários), quando então pode ser visto como prova indireta (por requerer intermediação), enquanto os fatos indiretos apontam para o fato direto, mas sem prescindirem do raciocínio presuntivo e da presunção.

8. Em termos, TARUFFO, Michèle. *La prova dei fatti giuridici - Nozioni generali* cit., p. 427.

Como se vê, também há diferença, em termos de raciocínio judicial, entre a prova intermediada e a prova cujo contato com o juiz é direto. É que na prova testemunhal, como já foi observado, não basta ao juiz relacionar o depoimento com o fato, mas é preciso aferir a credibilidade da própria prova testemunhal. Ou seja: antes de o juiz relacionar o depoimento e o fato, deve aferir a credibilidade da testemunha (se ela tem razões para mentir) e a credibilidade do próprio depoimento (se existem contradições internas ao depoimento, que revelem lapsos de memória ou má-fé etc.).

Que tudo isso respeita ao raciocínio judicial é inegável. Porém, a real diferença entre o contato direto e o contato intermediado é que a aferição dos requisitos relativos à credibilidade da prova testemunhal (por exemplo) é prévio à relação entre o resultado da prova e o fato.<sup>9</sup> Nessa perspectiva, dando o lugar de prévio ao raciocínio atinente à credibilidade da prova, a prova testemunhal do fato direto exige a mera relação entre o depoimento e o objeto da prova, quando então se torna exata a distinção entre a prova do fato direto e a prova do fato indireto.

#### 7.4 Precisão dos conceitos de indício, prova indiciária, raciocínio presuntivo e presunção

O indício é um fato que, por essa razão, é chamado de fato indiciário, e, assim, deve ser colocado no mesmo plano classificatório do fato direto. O indício não é prova, pois, ainda que tenha o objetivo de demonstrar, de forma indireta (através de raciocínio judicial dedutivo), a afirmação do fato direto, antes deve ser elucidado por meio de prova. Se o indício pode servir para o juiz pensar, por meio de raciocínio dedutivo, sobre a afirmação do fato direto, não se pode esquecer que ele, para ser tomado em consideração para o juiz formar o seu convencimento, também deve ser objeto de prova.

Ou seja: para que o juiz possa formar a sua convicção a partir do indício, esse obviamente deve estar provado. *Portanto, o indício não é prova, mas sim*

9. “Es equivocado o induce al equivoco sostener que ‘en el mismo testimonio – tradicionalmente considerado como la más sólida prueba en el proceso – el paso de la premisa probatoria (Ticio dice que p) a la proposición a probar (es p) acontece sobre la base de un complejo juego de inferencias sobre la sinceridad del testigo, sobre la calidad de sus percepciones y sobre su memoria. No, todas esas cuestiones no afectan al paso que va de la prueba al hecho objeto de la misma; son previas, concurren a la *fiabilidad de la prueba* en cuanto tal. Volviendo al ejemplo anterior (Zutano vio bien que Fulano disparó contra Mengano), el juez, antes de trazar el puente lógico entre la prueba y el hecho, tendrá que establecer si Zutano vio lo que dice (o miente) y si vio bien (o percibió mal). *Y a partir de ahí vendrá, si procede, el automatismo que relaciona la prueba con el hecho*” (SALAVERRIA, Juan Igartua. Op. cit., p. 172-173).

elemento para a formação do juízo acerca da afirmação do fato direto. Indício, assim, é o mesmo que fato indiciário. Como afirma BARBOSA MOREIRA, "o que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não ainda o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. Tanto basta, a nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas".<sup>10</sup>

O que difere o indício da prova não é propriamente algum aspecto intrínseco a cada uma dessas figuras ou à sua estrutura própria. Isso porque, se há prova sobre o indício, a distinção deve ser procurada na afirmação a ser provada.<sup>11</sup>

Deixe-se claro que a prova indiciária é uma prova do indício. O que é indício, nessa perspectiva, é o indício em relação ao fato direto. Como o indício deve ser provado, é pouco mais do que óbvio que sobre ele recai uma prova, que pode ser dita "prova indiciária". A sua particularidade, em relação à prova do fato direto, está apenas no seu fim, que é o de elucidar um fato indiciário. A prova indiciária não incide sobre fato da causa, mas sobre fato externo, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico. Por meio da prova indiciária são provados fatos indiciários (ou secundários), dos quais se pode deduzir o fato direto.<sup>12</sup>

Mas ainda cabe estabelecer o significado de presunção.<sup>13</sup> Como é óbvio, o indício – que é fato – não pode sequer ser aproximado do conceito de presunção. Não obstante, é comum imaginar que a presunção é uma espécie de prova. Se o fato indiciário é o ponto de onde o juiz parte para chegar ao fato direto, para tanto ele deve realizar um raciocínio dedutivo. Portanto, a presunção está muito mais perto do raciocínio judicial do que da prova, compreendida essa em

sua acepção tradicional, de meio destinado a demonstrar a verdade de um fato. A presunção, é certo, apoia-se no indício e na prova indiciária, mas não existe sem o raciocínio judicial. Como esclarece BARBOSA MOREIRA, é claro que essa presunção "não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhança locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y não se afigura assimilável à atitude da instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, por meio do raciocínio 'se ocorreu x, deve ter ocorrido y', nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, in mente iudicis. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente".<sup>14</sup>

Com efeito, o raciocínio judicial está longe de poder configurar meio de prova.<sup>15</sup> Mas se o juiz raciocina a partir do fato indiciário para chegar a uma conclusão, que é a presunção, também é preciso distinguir raciocínio presuntivo e presunção. Se a presunção, como observa GUASP,<sup>16</sup> é o resultado do raciocínio e não o mecanismo que o admite, e nesse está incluído o raciocínio judicial, esse mecanismo somente pode ser a fonte da presunção, e não a presunção em si mesma.<sup>17</sup>

## 7.5 Sobre presunção e juízo

Estabelecido o conceito de presunção como o resultado do raciocínio formado a partir do indício e da prova indiciária, ainda resta demonstrar que a presunção não pode ser confundida com o juízo a respeito da procedência ou da improcedência do pedido.

A presunção é um elemento para a formação do juízo, uma vez que ao lado dela podem existir outras presunções ou mesmo provas de fatos diretos. Note-se, por exemplo, que pode haver a presunção de que um ato será praticado, mas a prova de que esse ato não constitui ilícito, quando o juízo não será de procedência.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *Temas de direito processual civil* – 1.ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59. Em sentido contrário, v. GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998, v. 1, p. 383.

11. Cf. GUASP, Jaime. Op. cit., p. 382.

12. SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 198. V., também, ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1961, v. 3, p. 683.

13. Ver MARCHESI, C. B. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 1.119.

14. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova cit., p. 57.

15. Vale ponderar, todavia, que, em se considerando como meio de prova um argumento destinado ao convencimento do magistrado sobre a atendibilidade ou não da pretensão inicialmente exposta, não haverá dificuldade em considerar as presunções – como argumentos que são – também como meio de prova.

16. Cf. GUASP, Jaime. Op. cit., p. 382.

17. CARNELUCCI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1947, p. 235.

Ademais, nada impede que, em determinado caso concreto, sejam provados três fatos indiciários (por exemplo) e realizados três raciocínios presuntivos que apontem para três presunções. A dificuldade que pode ser posta diz respeito a se saber se aqui estamos frente a três presunções ou a uma presunção formada a partir de três fatos indiciários. Porém, essa questão pode ser facilmente resolvida a partir da constatação de que cada fato indiciário exige um raciocínio e, dessa forma, uma presunção. Ora, o fato indiciário somente pode ser levado em conta quando aponta para uma presunção. A existência de três presunções, que podem se somar, não dilui a existência de cada uma delas, mas dá origem a um novo juízo. Esse novo juízo se forma a partir de presunções que podem apontar em uma mesma direção, ou mesmo em direções opostas, como também de provas que recaem sobre fatos diretos.

Aliás, apenas para demonstrar a autonomia da presunção em relação ao juízo sobre o mérito, basta lembrar que uma presunção pode ser somada a outra para formar um juízo de procedência.

Como está claro, o juízo sobre o mérito, assim como a presunção, constitui uma conclusão, e, nesse sentido, a conclusão a que o juiz chega após ter raciocinado. Por esse motivo, tanto o juízo sobre o mérito quanto a presunção constituem “juízos”. A diferença é a de que, em relação ao juízo sobre o mérito, o raciocínio do juiz é muito mais abrangente do que o realizado para o estabelecimento da presunção.

### 7.6 Juízo sobre o mérito: “juízo final” e “juízo provisório”

O juízo sobre o mérito pode se dar no final ou no curso do procedimento. No primeiro caso, o juízo admite a plenitude da oportunidade de participação, enquanto no outro ele é formado sem que tenha sido possível o aprofundamento do contraditório. Nessa perspectiva, é correto pensar em “juízo final” e “juízo provisório”.

O “juízo final” é a parte final do raciocínio do julgador, em que ele chega a um resultado sobre a pretensão do autor. Fala-se em “juízo final” para distinguir o juízo acerca da pretensão do autor e aquele formado em relação a um pedido de tutela antecipatória (quando é possível falar em “juízo provisório”). Nesse último caso, como é óbvio, também há juízo, mas não é correto pensar em “juízo final”.

A distinção entre “juízo final” e “juízo provisório”, ao deixar claro que há juízo em relação à tutela final e à tutela antecipatória, demonstra que qualquer um desses juízos pode se fundar em presunções e provas diretas, pouco importando as direções em que apontem. Ou seja: é impossível dizer que o juízo provisório somente pode considerar uma prova ou presunção que aponte em direção ao direito do autor, ou mesmo que esse juízo provisório, para permitir

a concessão da tutela antecipatória, não pode ser formado com base em presunção ou prova que prevaleça sobre outra presunção.

Ademais, quando se tem clara a distinção entre esses juízos, fica fácil perceber que, em substância, não há diferença entre a tutela antecipatória e a tutela final,<sup>18</sup> mas apenas entre os juízos que permitem a sua concessão. Ou seja: *não há pensar que a tutela antecipatória, apenas por ser formada com base em um “juízo provisório”, constitua uma tutela provisória.*

### 7.7 Juízo sobre o mérito e “juízo instrumental”

Para a formação de um juízo sobre o mérito – que pode ser, conforme visto, um juízo final ou um juízo provisório –, devem ser consideradas as provas sobre os fatos diretos e as presunções, além das normas de direito e das chamadas “regras de experiência”. Tomando em consideração, por enquanto, as provas e as presunções, não há como esquecer que essas, até o momento de serem valoradas para a elaboração do juízo sobre o mérito, exigem juízos antecedentes, embora com o fim último de permitir o julgamento do mérito.

Assim, por exemplo, são deferidas provas de fatos diretos e de fatos indiciários, quando obviamente existem decisões, e assim juízos, que têm a particularidade de decidir sobre a oportunidade e adequação da formação de elementos capazes de influir sobre o juízo acerca do mérito. Tais juízos antecedentes, diante da sua indissociável ligação com o juízo sobre o mérito, podem ser chamados de juízos instrumentais. Não porque constituam – eles mesmos – instrumentos para a concretização do juízo sobre o mérito, mas sim porque relacionados à formação de um elemento (a prova) volado a influir sobre esse juízo (de mérito). Ou seja: embora o instrumento seja a prova, nada impede que se conclua que o juízo feito sobre a sua admissão e produção seja considerado um juízo instrumental.

Não obstante, a presunção, como já dito, também constitui o resultado de um raciocínio – e assim também um juízo – que parte de um indicio e da sua prova. Como a presunção também parte de uma prova, ela também depende de um *juízo instrumental, embora não constitua um juízo sobre o mérito, mas apenas mais um elemento para o juízo sobre o mérito.*

Isso quer dizer que o juízo sobre a prova indiciária é instrumental em relação à presunção, mas que a presunção, por também se destinar à formação do juízo sobre o mérito, é marcada pelo mesmo signo da instrumentalidade. De

18. É por isso, aliás, que não é exato estabelecer uma oposição entre a tutela antecipatória e a sentença, mas sim entre a tutela antecipatória e a tutela final. A sentença é apenas o mecanismo processual hábil à prestação da tutela final.

modo que não é apenas o juízo sobre a admissibilidade e a produção da prova que são instrumentais, mas qualquer juízo que se preste à formação de um elemento a ser considerado na elaboração do juízo sobre o mérito.

O desejo dessa distinção é evidenciar: i) que o juízo sobre o mérito tem a sua legitimidade dependente da idoneidade dos juízos que o antecedem; ii) que a presunção é um juízo e não uma prova; e iii) que a presunção não se confunde com o juízo sobre o mérito (provisório ou final), de modo que podem existir várias presunções e, até mesmo, presunções que apontem em sentidos contrários.

### 7.8 Normas de juízo e elementos sobre os quais o juízo de mérito incide

O juízo sobre o mérito, conforme demonstrado, é formado a partir de provas e presunções, ou melhor, sobre elementos que se destinam a demonstrar ao juiz um conhecimento que ele não possui, mas que importa para o julgamento sobre o mérito.

Acontece que tais elementos, que são aportes de um conhecimento que chega ao juiz em cada caso concreto, não podem ser confundidos com as chamadas normas de juízo, que são as normas de direito e as regras de experiência.

O juiz, a partir das provas e presunções, julga o mérito com base nas normas de direito e nas regras de experiência, conforme preceitua o art. 375 do CPC/2015: “o juiz aplicará as regras de experiência com um subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.<sup>19</sup>

As regras de experiência não constituem algo que deva ser provado pelas partes, mas sim regras<sup>20</sup> que auxiliam o juiz a valorar a prova e as presunções e a julgar o mérito, situando-se, nessa perspectiva, mais perto das normas de direito do que dos fatos. Porém, com as normas de direito não se confundem, uma vez que constituem a condensação daquilo que é conhecido pelo chamado “homem comum”. Deixe-se claro, ainda que apenas sumariamente, que as regras de experiência são relativas ao conhecimento do juiz em sentido universal, inserido na experiência, e que assim não decorrem do caso concreto ou dos fatos.

As provas e as presunções constituem o material – nesse sentido o objeto – em que o juiz se apóia para julgar o mérito. De acordo com STEIN, os meios probatórios e os indícios não têm qualquer parentesco entre si, embora se encontrem no tratamento da apreciação da prova. Segundo o jurista alemão, os meios de prova são declarações, testemunhos no sentido mais amplo, ou

estado de coisas que o juiz tenha percebido no processo com o fim de prova, enquanto “os indícios são fatos, isto é, acontecimentos ou circunstâncias, a partir dos quais, e por meio da experiência, pode-se concluir em outros fatos que estão fora do processo e constituem o objeto da prova”.<sup>21</sup>

A ideia de STEIN, ao que parece, padece de um pequeno vício, pois as regras de experiência não se projetam sobre indícios – ou fatos indiciários –, mas sim sobre as provas e as presunções. É que as presunções não se identificam com os indícios, mas são os resultados dos raciocínios que neles se baseiam.

As regras de experiência são imprescindíveis para o juiz valorar as presunções e as provas. Isso quer dizer que as regras de experiência incidem sobre objetos destinados a conferir conhecimento para o juiz solucionar o mérito. As presunções e as provas, assim, são elementos formados no caso concreto, enquanto as regras de experiência permitem ao juiz extrair conclusões a partir delas.

É evidente que as regras de experiência não são provas, mas regras que servem para a compreensão ou valoração das provas e das presunções. Aliás, como o juízo sobre o mérito recai nas provas e nas presunções, e não nas provas e nos indícios, as regras de experiência não atuam apenas quando do julgamento do mérito, mas também quando da elaboração da presunção. Recorde-se que a presunção não se confunde com o juízo de mérito.

Lembre-se que STEIN destaca a importância das regras de experiência diante dos indícios, lembrando que, também aqui – e certamente com maior clareza que em outras áreas, apesar de isso ser poucas vezes ressaltado –, entra em jogo a experiência, estabelecendo a conexão entre o indício e o fato direto (relevante).<sup>22</sup>

Não há dúvida sobre a importância da experiência para a definição de uma presunção, isto é, para a conclusão do raciocínio que parte da prova do fato x para chegar na evidência do fato y. Acontece que, quando do julgamento do mérito, pode haver várias presunções ou mesmo presunções em sentidos contrários. Nesse caso, as várias presunções devem ser valoradas conjuntamente, quando as regras de experiência também são imprescindíveis. Ou seja: as regras de experiência devem incidir sobre os indícios, na formação das presunções, e sobre as presunções, na formação do juízo sobre o mérito.

21. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 30-31.

22. Não apenas a experiência da causalidade – como alguns processualistas penais têm afirmado –, mas sim a experiência em todos os âmbitos da vida.

19. Ver, para maior aprofundamento do tema, o Capítulo 11, adiante.

20. Que em alguns casos poderão exigir demonstração científica.

## 7.9 Presunção, regra de experiência e fato notório (breve distinção)

Frise-se que as regras de experiência não podem ser confundidas com os fatos notórios.<sup>23</sup> As regras de experiência dizem respeito às noções, generalizações e critérios que fazem parte do *sensu commun* do homem médio e são retiradas da sua *experiência* de mundo. Por sua vez, o notório é um fato do conhecimento do homem médio – ou mesmo de um grupo restrito, quando o fato diz respeito somente a ele –, mas cuja forma de conhecimento nada tem a ver com senso comum e com o modo como o homem pensa a realidade que o cerca. Por exemplo: um acontecimento político que se tornou de conhecimento público constitui um fato notório, mas não uma regra de experiência.

Por outro lado, as regras de experiência são regras de juízo que se destinam a permitir ao juiz raciocinar sobre os fatos e as provas, enquanto o fato notório é simplesmente um fato – essencial ou secundário – que importa para o autor demonstrar o seu direito. Por isso mesmo, as regras de experiência não se submetem *ao ônus da alegação, uma vez que não constituem fatos específicos, como os fatos notórios*. Esses últimos, *ainda que não precisem ser provados, devem ser afirmados pelo autor*, pois constituem fatos que importam para o seu sucesso no processo. Ou seja: o juiz não procura, no fato notório, uma regra de juízo, já que tal fato constitui o objeto sobre o qual o seu raciocínio incide, embora seja excluído do *tema probandum*.

Por sua vez, a presunção, como já dito, constitui a conclusão do raciocínio judicial (dito presuntivo) que parte do fato indiciário e da sua prova (indiciária). Para o juiz formar a presunção, deduzindo o *fato probandum* a partir do fato indiciário, raciocina com base nas regras de experiência. Portanto, é bastante clara a distinção entre a presunção e a regra de experiência, pois a última é uma regra que serve para se chegar à primeira (na conclusão ou na presunção).

## 7.10 Fases do procedimento probatório

O procedimento probatório pode ser dividido em quatro fases, correspondentes a cada um dos momentos da prova: o *requerimento*, a *admissão*, a *produção* e a *valoração*. Em geral, essas fases são nitidamente separadas, permitindo sua fácil localização. Eventualmente, porém, em virtude de alguma particularidade do processo, confundem-se em uma única ocasião.

O *requerimento* é a postulação da produção da prova. Esse requerimento, em regra, ocorre no início do processo, pois incumbe à parte, segundo os

arts. 319, VI, e 336 do CPC/2015, requerer as provas que deseja produzir por ocasião da petição inicial ou da contestação. Entretanto, o próprio CPC prevê, em virtude de certas situações, outros momentos em que a parte pode requerer a produção da prova. Nesse sentido, afirma o art. 348 do CPC/2015 que o juiz deve dar oportunidade para o autor especificar as provas que pretende produzir quando, embora não contestada a ação, não tenha ocorrido o efeito da revelia. Ademais, diz o art. 349 que “ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

Ademais, o requerimento de prova pode ser feito antes do processo em que a prova vai ser utilizada. Isso pode ocorrer mediante a ação de produção antecipada de prova (art. 381 e ss., CPC/2015), quando houver a necessidade de assegurar uma prova ou um documento em razão de fundado receio de que a prova possa não ser formada ou de que o documento possa desaparecer. Assim, por exemplo, a necessidade da imediata ouvida da testemunha que está gravemente enferma ou da exibição do documento que pode, a qualquer momento, ser destruído. Lembre-se que, no CPC de 2015, a produção antecipada de prova admite a assegurar de qualquer tipo de prova, inclusive da documental (art. 382, § 3.º, CPC/2015).

Além disso, e agora no curso do processo, é possível à parte requerer a produção de prova com o intuito de demonstrar os chamados “fatos novos”, que são aqueles que não existiam quando o processo teve o seu início (arts. 342, I, 493, CPC/2015).

Requerida a produção da prova, deve o juiz examinar a sua oportunidade e cabimento. Trata-se, então, da fase em que o juiz decide sobre a *admissibilidade* da produção da prova. Para que o juiz possa decidir sobre a admissibilidade da prova, o requerimento deve ser específico – e não genérico ou indeterminado –, devendo mencionar, de forma detalhada, a espécie de prova que se pretende produzir (prova pericial contábil, por exemplo) e a sua finalidade (de elucidar certo fato).

A prova somente deve ser admitida quando, além de ter sido requerida de acordo com as regras de direito processual, é relativa a uma afirmação de fato principal ou a um fato indiciário que tenha relevância para o convencimento do juiz. Pode acontecer, por exemplo, que o resultado da prova no processo antecedente (em que a prova foi produzida) seja inútil para o convencimento do juiz (que deve apreciar o caso em que a prova pretendia esclarecer). Nesse caso, como não haverá razão para a prova ser utilizada, o juiz não deve admiti-la. Como é óbvio, a decisão que admite ou não a produção da prova deve ser fundamentada, esclarecendo de modo preciso as razões que levaram o juiz a admiti-la ou não.

23. Sobre a noção de fato notório, ver adiante o Capítulo 8; sobre as regras de experiência, ver o Capítulo 11.

Admitida a prova, resta a sua *produção*. Em regra, as provas orais são produzidas na audiência de instrução e julgamento. Não obstante, em razão de específicas circunstâncias, a prova pode ser produzida em outro lugar. E o que acontece quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à sede do juízo, mas não de prestar depoimento (art. 449, parágrafo único, CPC/2015). Algumas pessoas, em razão de prerrogativas derivadas de suas funções, são inquiridas em sua residência ou onde exercem as suas funções, ou, na medida do razoável, nos locais em que indicarem (art. 454, CPC/2015).

Quando a parte requer a produção de prova documental, *deve apresentá-la anexa à sua petição*, salvo, evidentemente, nos casos em que o documento não estiver na sua posse ou arquivado em repartição pública, quando deverá ser requerida a sua exibição ou determinada, de ofício, a sua juntada ou apresentação. Porém, essa prova também não é produzida, ou mesmo admitida, quando da sua simples juntada aos autos. A prova documental somente é admitida após o juiz dar à outra parte oportunidade para sobre ela se pronunciar (art. 437, § 1.º, CPC/2015). Ou seja, o juiz somente pode decidir sobre a admissibilidade da prova depois da oportunidade do contraditório. Admitida a prova documental, esta é considerada produzida. Nessa hipótese, os momentos da admissão e da produção se confundem.

Note-se que a produção somente se dá após a admissão da prova. Quando a prova foi formada ou obtida antes de sua admissão em juízo, ela não foi produzida. Uma prova, ainda que formada de modo lícito, ou obtida mediante ação de produção antecipada de prova, obviamente não tem o *status* de uma prova produzida.

A prova formada fora do processo, ou em processo antecedente, poderá vir a ser admitida e produzida, mas não necessariamente. Perceba-se que um depoimento pode ser gravado fora do processo, mas essa prova somente será produzida após ter sido admitida. O mesmo ocorre em relação à prova resultante de ação de assecuração de prova (art. 381, I, CPC/2015). O fato de essa prova resultar de contraditório que se efetivou em virtude de fundado receio não é garantia de que ela será admitida e produzida. Uma prova obtida em processo antecedente somente será admitida depois de efetivado o contraditório no processo em que a parte pretende utilizá-la, quando o juiz levará em conta a sua relevância para o julgamento do mérito. De modo que prova antecedentemente elaborada não é o mesmo que prova produzida. Produzir é utilizar a prova.

Por fim, depois de produzida, a prova deve ser valorada. Em geral, essa *valoração* é feita na sentença (juízo final) ou na decisão concessiva de tutela antecipatória (juízo provisório). Adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, o que significa dizer que as provas não têm valor predeterminado, e assim

o juiz pode formar o seu convencimento a partir de qualquer das provas ou presunções, obviamente explicando e justificando os motivos que o levaram a preferir uma prova ou presunção em lugar de outra. Note-se, entretanto, que não é exato pensar que a “verdade processual” depende somente da valoração do conjunto probatório. É que essa “verdade” é construída pelas partes e pelo juiz na medida em que o procedimento se desenvolve. Nesse sentido, pode-se dizer que o juiz, antes de tudo, compreende o contexto do litígio, tanto é que, na decisão de saneamento e organização do processo, delimita os fatos que devem ser elucidados por meio de prova (art. 357, II, CPC/2015). A partir dessa compreensão, analisa a oportunidade e a necessidade das provas, a idoneidade do documento, a capacidade do perito e a credibilidade da testemunha.

Na prova pericial, as partes e o juiz, considerando o objeto a ser esclarecido e a finalidade da prova, apresentam “questitos” a serem respondidos pelo perito e pelos assistentes técnicos (arts. 465, § 1.º, III e 470, II, CPC/2015), os quais também podem ser feitos na qualidade de suplementares, ao longo da diligência (art. 469, CPC/2015). Além disso, quando se desejar esclarecimento do perito e dos assistentes técnicos, podem ser requeridos esclarecimentos e formulados novos questionamentos para serem respondidos na audiência de instrução (art. 477, §§ 2.º e 3.º, CPC/2015), e, não bastando, o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de uma nova (segunda) perícia (art. 480, CPC/2015). Isso demonstra que a verdade, relativa<sup>24</sup> à prova

24. Nesse sentido: “Processual civil e administrativo – Limitação administrativa. Área non *adificandi* – Indenização fixada pelos critérios de experiência do juízo – Arts. 436 e 335, do CPC [de 1973] – Impossibilidade – Laudo pericial tecnicamente insuficiente – Inobservância do disposto no art. 27, do Dec.-lei 3.365/41. Nulidade da pericia e dos atos subsequentes. I. O juiz, na aferição da indenização ao proprietário pelo esvaziamento da utilidade da propriedade pelo Poder Público deve obedecer o disposto no art. 27 do Dec.-lei 3.365/41, *verbis*: “O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição o interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos 5 (cinco) anos; à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu. (...)” 2. Acórdão que adotou o valor aleatoriamente sugerido pelo Ministério Público Estadual para fins de indenização pela criação de limitação administrativa, consistente na expedição de Decreto Municipal que considerou área de propriedade dos recorrentes como non *adificandi*, desprezando o disposto no art. 27 do Dec.-lei 3.365/41. 3. A análise da justa indenização, em sede de recurso especial, somente é cabível quando o exame de prova pericial ou do quantum indenizatório se referir à qualificação jurídica dos fatos (2.ª T., REsp 196456/SP, rel. Min. Francisco Neto, DJ 11.03.2002). 3. *In casu*, a irresignação dos recorrentes cinge-se ao fato de que, o Tribunal *a quo*, ao fundamentar-se no art. 27 do Dec.-lei 3.365/41, sob o argu-

pericial, não pode ser medida apenas com a valoração do seu resultado, pois depende do modo como foi produzida ou, até mesmo, produzida em uma segunda (ou nova) vez.

O mesmo ocorre em relação à prova testemunhal, já que as perguntas endereçadas à testemunha vão formando, na dinâmica da sua ouvida, e na relação de um depoimento com outro e com outras provas produzidas, a verdade processual.

Assim, seria ingenuidade imaginar que a subjetividade do juiz, na formação da prova e na elaboração do seu próprio convencimento, somente importa após a prova ter sido produzida, quando então é valorada. Como dito, a prova, quando admitida e produzida, já carrega evidente subjetividade. Após a sua admissão e produção, não há dúvida que é possível afirmar que o "resultado" da prova será valorado, mas isso obviamente não quer dizer que a vontade do juiz somente entra em ação nesse momento.

mento de que o perito não poderia ter fixado a indenização em moeda estrangeira, fez letra morta de referido preceito, uma vez que a estimativa pericial foi afastada sem qualquer motivação, o que não revela exame de matéria de conteúdo fático. 4. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, consoante do disposto no art. 436 do CPC, "podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos." Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema, conforme dicção o art. 335 do CPC, *verbis*: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência com um subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial." 5. Conseqüentemente, acaso o juiz entendesse pelo desacerto do laudo pericial oficial que fixou a indenização devida aos demandantes ante a imposição de limitação administrativa que considerou a área de que são titulares do domínio como *non aedificandi*, caberia a ele determinar a realização de nova perícia. 6. "É verdade que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do CPC). Não é menos verdade, entretanto, que o laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a perícia, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção. (José Carlos de Moraes Salles, *A Desapropriação a Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 5. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 329-332) 6. Deveras, é cediço na Corte que: "Sem aprisionamento a justiça, ou não, da avaliação, a valoração do laudo questionado demonstrando sua insuficiência para a fixação do justo preço, torna-se necessária a renovação da prova técnica." (RESP 59.527/MG, publicado no DJ 02.08.1996). 7. Recurso especial provido para anular o acórdão e determinar a observância do art. 27, do Dec.-lei 3.365/41, com a indicação de um dos laudos produzidos nos autos, cuja escolha deve ser motivada, restando prejudicadas as demais matérias suscitadas no recurso sub examine. (1.ª T., REsp 750.988/RJ, j. 17.08.2006, rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.09.2006, p. 236)

Recorde-se que o conceito de verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base nos argumentos dos sujeitos cognoscentes. As partes e o juiz, quando interferem sobre a prova pericial e a prova testemunhal, agem a partir de regras que dão legitimidade à sua formação e, assim, à construção da verdade.

Se a verdade termina de ser construída com a valoração conjunta das provas, não há como negar, como demonstrado, a necessidade de valoração da credibilidade e do conteúdo de cada uma das provas. Isso significa que a convicção de verdade passa pela valoração individual e conjunta das provas; ambas se complementam e não obedecem a uma ordem cronológica rígida.

## FATOS QUE NÃO DEPENDEM DE PROVA

SUMÁRIO: 8.1 Prévia consideração – 8.2 Fatos notórios – 8.3 Confissão – 8.4 Não contestação: 8.4.1 O dever de contestar na forma específica, suas exceções e os efeitos da sua inobservância; 8.4.2 Não contestação e julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, I, CPC/2015); 8.4.3 Contestação genérica; 8.4.4 Comparecimento e não apresentação de contestação – 8.5 Presunção legal de existência ou de veracidade.

### 8.1 Prévia consideração

Há fatos que, segundo o CPC/2015 (art. 374), não necessitam ser provados, ou melhor, dispensam a parte do ônus de prová-los. Em princípio, o juiz está dispensado de formar uma convicção sobre tais fatos enquanto fatos individuais, embora deva considerá-los quando da valoração do conjunto probatório ou no momento da decisão.

### 8.2 Fatos notórios

O fato notório é, antes de tudo, um *fato* que possui a mesma importância dos demais fatos articulados pela parte. Como fato essencial, é imprescindível para a composição da causa de pedir, e, como fato secundário, importa para a demonstração do fato essencial.

A diferença está em que o fato, quando notório, dispensa prova para ser aceito como verdadeiro. Como se vê, a notoriedade é uma qualidade do fato, ou melhor, é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e no lugar em que a decisão é proferida.

No que diz respeito ao lugar, é simples entender que um fato pode ser notoriamente conhecido em um lugar e não em outro. Quanto ao momento, cabe esclarecer que um fato pode se tornar, ou mesmo ter sido, notório. Por isso, a notoriedade deve ser relacionada com o *momento* da decisão. Um fato pode ser: i) presenciado pelo público ao ocorrer; ii) mais tarde ser transmitido

ao conhecimento do público; ou, ainda, iii) restar esquecido. Note-se que os meios de comunicação de massa podem transmitir um fato ao vivo ou levar o seu acontecimento à população, motivo pelo qual importam tanto para a imediata notoriedade, quanto para a sua posterior formação.

Um fato pode ser considerado notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do “homem médio” situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida, assim como, por exemplo, eventos da vida social, política e econômica. Mas determinados fatos podem ser notórios a certos agrupamentos, como aos estudantes de uma universidade ou aos profissionais de uma determinada área. Fala-se, nesse sentido, em notoriedade relativa.<sup>25</sup>

Como dito, o fato notório não depende de prova. Para tanto, porém, deve ser aceito com essa qualidade. Se o réu contesta a notoriedade do fato, o autor pode provar o fato afirmado notório ou apenas a sua notoriedade. Não é necessário que o autor prove o próprio fato afirmado como notório, bastando provar a sua notoriedade. Ainda que a notoriedade possa ser considerada um *indício* da existência do fato,<sup>26</sup> a partir da regra de experiência de que o fato considerado notório em geral existe, não é possível esquecer que essa regra de experiência foi expressamente adotada pelo art. 374, I, que estabeleceu que o fato notório independe de prova. Ora, se o art. 374, I, reza que o fato notório não depende de prova, basta demonstrar a sua notoriedade.

Contudo, o réu pode *afirmar a falsidade da convicção* daqueles que têm o fato como verdadeiro, sem negar a existência de um conhecimento geral que o admite como verdadeiro. Nesse caso, o juiz pode entender que o fato, ainda que notório, deve ser provado, quando então deverá ser provado o próprio fato, uma vez que a sua notoriedade (conhecimento geral) é incontroversa.

Mas, para a devida compreensão do tema que aqui interessa, é preciso distinguir fato notório e regra de experiência. Lembre-se que, de acordo com o art. 115 do CPC italiano, o juiz pode utilizar, como fundamento da sua sentença, sem necessidade de prova, “le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”, e que essa norma, segundo a maior parte da doutrina italiana, refere-se aos fatos notórios e às regras de experiência.<sup>27</sup> Contudo, os fatos no-

25. COMOGGIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 510.

26. Segundo PATTI, a prova da notoriedade pode constituir um *forte argumento* de prova da verdade do fato e, nesse sentido, deve ser vista como uma prova indiciária (*Prove ctt.*, p. 78). COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, contudo, escrevem que a verdade de um fato está implícita na sua própria notoriedade, uma vez que o ambiente social e a cultura média nele inserida garantem a sua veracidade (*op. cit.*, p. 510).

27. COMOGGIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 510.

tórios e as regras de experiência não apenas possuem naturezas distintas, como também têm funções completamente diferentes no processo.

Por regras de experiência é preciso entender as generalizações, noções, critérios, leis empíricas, assim como as noções fundadas em leis naturais, lógicas e científicas, que o juiz – considerado como “homem médio” – encontra na “experiência do mundo”.<sup>28</sup> As regras de experiência, portanto, ligam-se às formas por meio das quais o homem pensa sobre o mundo. Tais formas assumem a condição de regras de experiência no processo exatamente para que o juiz possa pensar sobre as provas e os fatos. Assim, por exemplo, o juiz analisa a credibilidade de uma prova, valora as provas e estabelece a relação entre o fato indiciário e o fato essencial através das regras de experiência. Ou seja, uma regra de experiência serve até mesmo para se extrair a verdade de um fato do notório.

O fato notório, como todo fato necessário para o autor demonstrar o seu direito, deve ser afirmado na petição inicial,<sup>29</sup> ao contrário das regras de experiência, que constituem regras de juízo, e assim obviamente não precisam ser alegadas pelas partes. É fácil concluir que da diferença de natureza e de função entre os fatos notórios e as regras de experiência decorrem efeitos, como o de que apenas o fato notório deve ser alegado – e não a regra de experiência.

### 8.3 Confissão

Confessa a parte que admite como verdadeiro um fato ou um conjunto de fatos desfavoráveis a sua posição processual, mas favoráveis à pretensão do seu adversário (art. 389, CPC/2015). A confissão é classificada em efetiva e ficta, judicial e extrajudicial e espontânea e provocada.<sup>30</sup>

A *confissão efetiva* constitui conduta positiva ou atitude da parte realmente ocorrida no mundo fático e que, por isso, foi presenciada pelo juiz (ou por outra pessoa habilitada a documentá-la), não podendo ser desprezada. Ao contrário, a *confissão ficta* consiste em mera ficção jurídica – imposição do legislador –, sendo de somenos relevância se reflete ou não o efetivamente ocorrido. Dessas ideias, pode-se desde logo perceber que a confissão efetiva representa argumento (para o juiz) robusto e quase insuperável, já que consiste no reconhecimento, pela parte, de que certo fato contrário ao seu interesse e favorável

28. *Idem*, p. 511.

29. COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, entretanto, pensam de forma contrária, escrevendo que os fatos notórios não precisam ser alegados, porque esses “si impongono alla conoscenza del giudice” (*idem*, *ibidem*).

30. Para maior aprofundamento, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento* *cit.*, p. 363-378.

ao interesse da parte adversa efetivamente se passou da forma como narrado. Já a confissão ficta, como ficção de confissão que é, advém de mera imposição legal (de regra abstrata e genérica), sendo desvelilhada dos fatos concretos da causa.

Por outro lado, a lei admite a confissão judicial ou extrajudicial. A confissão extrajudicial feita na forma oral somente tem valor quando a lei não exige prova literal (art. 394, CPC/2015). A confissão extrajudicial feita por escrito e dirigida à parte não apenas tem a intenção de criar a prova do fato, mas também a de criar as obrigações negociais próprias da confissão judicial. Quando feita a terceiro, a valoração da confissão dependerá do exame da prova testemunhal, resultante do depoimento daquele que a ouviu ou a leu, o que é suficiente para retirar muito de sua eficácia.

De outra parte, afirma o art. 390 do CPC que a *confissão judicial* pode ser espontânea ou provocada. A *confissão provocada* ocorre quando a parte, em seu depoimento pessoal, acaba por confessar fatos contrários ao seu interesse e favoráveis ao adversário. Enquanto isso, a *confissão espontânea* pode se dar em qualquer momento do processo, no caso em que a parte comparece pessoalmente, ou através de advogado munido de poderes específicos, admitindo como verdadeiros fatos contrários ao seu interesse e favoráveis ao seu adversário.

A confissão, tanto judicial quanto extrajudicial, pode ser feita por representante dotado de poderes específicos. Como diz o art. 213, parágrafo único, do CC, “se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado”. A confissão feita por alguém sem poderes para confessar, ou que extrapole os limites dos poderes que lhe foram conferidos, é ineficaz – e não nula –, o que significa que a confissão decorrente da falta de poderes não possui a eficácia *própria e peculiar* à confissão feita por quem está apto a confessar, embora possa ser *ratificada na forma adequada e fornecer ao juiz elementos de convicção*.

A *confissão espontânea difere da não contestação*, pois a não contestação não exige que o advogado tenha poderes especiais. Ademais, a confissão é suficiente para dispensar a prova sobre o fato confessado, enquanto a não contestação, além de requerer um comportamento passivo do réu em relação ao fato, exige também a falta de outras afirmações que possam, ainda que implicitamente, demonstrar a vontade de contestar o fato afirmado.

Embora o art. 391 do CPC/2015 afirme que a confissão *faz prova* contra o confitente, o art. 374, II, deixa claro que *não dependem de prova* os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. É sabido que a confissão (*Geständnis*), no direito alemão, é um instituto que exclui a necessidade da prova, tendo ela sido equiparada, no que diz respeito aos seus efeitos,

ao instituto da não contestação (*Nichtbestreiten*).<sup>31</sup> Não é por outra razão que ROSENBERG afirma que “o efeito da confissão consiste em que o fato admitido *não necessita de prova* e deve ser considerado pelo magistrado como verdadeiro na sentença, ainda que ele não esteja convencido de sua veracidade”.<sup>32</sup>

Portanto, diante do art. 374, II, a confissão deve ser vista como uma circunstância determinante da dispensa da prova sobre o fato confessado. A confissão gera duas consequências: a dispensa de prova do fato pela parte contrária (art. 374, II, do CPC/2015) e a presunção de veracidade (quase absoluta) sobre o fato confessado. Note-se, porém, que a tese de que a confissão dispensa a prova sobre o fato confessado não se choca com a ideia de que o juiz pode chegar a uma conclusão distinta da que decorre da confissão.

Lembre-se que a circunstância de um fato ser de conhecimento público – portanto notório – não exclui a possibilidade de o juiz formar uma convicção diversa daquela que as pessoas têm sobre o fato. Mesmo que o fato notório não dependa de prova, o juiz pode ter dúvida sobre a sua essência, ou seja, sobre a verdade do fato, ainda que a seu respeito exista uma versão notória.

É certo que, em relação à confissão, a situação é diferente, uma vez que ela é feita pela própria parte, não decorrendo de terceiros, como o fato notório. Contudo, também em relação ao fato confessado o juiz pode, *ainda que excepcionalmente*, formar uma convicção distinta. Ou seja: não há racionalidade em aceitar um fato, ainda que confessado, que *colide frontalmente com outros fatos aceitos como verdadeiros* ou que é *logicamente inexplicável* por intermédio das regras de experiência.

Por outro lado, parece importante frisar a diferença entre a confissão, a não contestação e o reconhecimento jurídico do pedido. Esse último pertine ao direito, enquanto a confissão e a não contestação dizem respeito somente a fatos.

Na realidade, o instituto do reconhecimento jurídico do pedido – que possui origem no direito alemão – não se confunde com a confissão e com a não contestação, pois se refere a uma admissão mais ampla – *do próprio pedido e não de um fato* – chamada pela doutrina alemã de reconhecimento judicial (*Gerichtliches Anerkenntnis*).<sup>33</sup>

31. “Da der Richter im Falle des Nichtbestreitens an das Parteivorbringen ebenso gebunden wie bei einem Geständnis, kann die in 138 Abs. 3 ZPO angeordnete Rechtsfolge nur in dem Umfang eintreten, in dem auch ein Geständnis für den Richter bindend ist” (GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. 2. ed. Bielefeld: Gieseking, 1974, p. 163).

32. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1995. v. 2, p. 216.

33. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 1986. p. 700.

O réu, ao reconhecer a procedência do pedido, impede que o juiz solucione o litígio, *mas abre mão do seu direito material* – sendo o processo encerrado com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, a, do CPC.<sup>34</sup> Porém, na confissão e na não contestação o réu apenas aceita determinados fatos como verdadeiros, o que pode conduzir, ou não, ao reconhecimento do direito pelo juiz, até porque dos fatos confessados podem não decorrer os efeitos jurídicos pretendidos.<sup>35</sup>

#### 8.4 Não contestação

##### 8.4.1 O dever de contestar na forma específica, suas exceções e os efeitos da sua inobservância

Discute-se, no direito italiano, a respeito da existência de um princípio geral de não contestação. Parte da doutrina afirma a existência desse princípio, segundo o qual o fato não contestado não tem necessidade de ser provado e é excluído do *thema probandum*.<sup>36</sup>

Sustentando esse princípio, alguns processualistas dizem que os fatos afirmados por uma parte e não contestados pela outra *devem ser considerados provados*,<sup>37</sup> enquanto outros escrevem que a não contestação não diz respeito ao campo probatório, pois não fornece ao juiz elementos de convencimento, mas apenas impede que ele deva ou possa formar uma convicção autônoma a respeito dos fatos não contestados.<sup>38</sup>

34. Lembra MONIZ DE ARAÇÃO que CANNELLUTTI, em magistral estudo, sustentou que “a confissão visa a facilitar ao juiz o julgamento da lide, *dado que, pela admissão da verdade dos fatos, diminui a matéria probatória a ser examinada*, ao passo que o reconhecimento implica em afastar o julgamento do juiz, uma vez que a parte, admitindo a procedência do pedido do outro litigante, *torna desnecessário o próprio pronunciamento judicial*” (*Exegese do Código de Processo Civil*: Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4, t. 1, p. 162).

35. Como diz CUTRO FORNACIARI JR., “com a confissão não fica o juiz adstrito a julgar contra aquele que confessou, pois, *como diz respeito a fatos*, apesar de estes se tornarem incontrovertidos, por estarem provados contra o confitente, deles poderão não emergir as consequências pretendidas pelo autor” (*Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: RT, 1977. p. 11).

36. COLLIA, Filippo. *Lordinanza per il pagamento di somme non contestate nel processo del lavoro*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1994, p. 538 e ss.

37. ASSIM PARTI, Salvatore. *Prove cit.*, p. 69 e ss.

38. Nesse sentido: TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 112; VERDE, Giovanni. *Prova cit.*, p. 613 e ss.

Mas há quem entenda que o ordenamento italiano não alberga um princípio geral de não contestação. Segundo os partidários dessa tese, a regra geral, no direito italiano, é a de que, em caso de fato não contestado, não se verificará alguma automática *relevatio ab onere probandi*, embora o juiz possa retirar da não contestação argumentos de prova,<sup>39</sup> em conformidade com o art. 116 do CPC italiano.<sup>40</sup>

No direito brasileiro, segundo o art. 341 do CPC/2015, o réu deve “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, presumindo-se verdadeiros “os fatos não impugnados”, salvo: i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; ii) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; iii) se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Em nosso direito, como se vê, há um princípio que estabelece a necessidade de o réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato deduzidas na petição inicial, ficando dispensados de prova as alegações não impugnadas ou não contestadas. Como é óbvio, fato não contestado não é fato provado; a regra do art. 341 apenas dispensa o fato não contestado de prova. A norma do art. 341, assim, não tem por escopo fornecer ao juiz elemento de convicção, mas reduzir a massa dos fatos controversos, visando tornar mais eficiente a prestação jurisdicional.

Não se diga, portanto, à semelhança do que faz parte da doutrina italiana, que a não contestação de um fato afirmado pela parte adversária deve ser valorada de modo a fornecer ao juiz apenas argumentos de prova. Ora, para que o fato não seja considerado controverso, é suficiente que ele venha afirmado por uma parte e não contestado pela outra.

Ainda que o autor possa apresentar prova com a petição inicial, o certo é que o objeto da prova somente é definido após a contestação, precisamente na decisão de saneamento (art. 357, II, do CPC/2015). Se o objeto da prova somente é precisado após a contestação, de nada importará, em termos probatórios e de convicção, a prova fornecida pelo autor ou a eventual prova que o

39. Assim ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. Napoli: Jovene, 1964. v. 1, p. 338 e ss.

40. Art. 116, CPC italiano: “Valutazione delle prove – [1] Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. [2] Il giudice può desumere argomenti di prova dalle rispose che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

rêu,<sup>41</sup> ou mesmo o juiz, de ofício, deseje ver produzida sobre o fato não contestado.

A não contestação de um fato, quando não se choca com o conjunto da defesa, implica na admissão da sua veracidade.<sup>42</sup> Nessa linha, adverte PARTI que, segundo as teses mais contemporâneas, a exigência da prova se põe apenas depois da contestação, e sua amplitude é por ela limitada, o que significa concluir que o objeto da prova é circunscrito pela contestação,<sup>43</sup> embora se possa dizer, apenas para ser mais preciso, que o objeto de prova é delimitado somente na decisão de saneamento, até porque o réu pode alegar, na contestação, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, quando o autor será intimado para sobre eles falar – nos termos do art. 350 do CPC brasileiro.

Contudo, como já salientado, a regra que dispensa o fato não contestado de prova não se aplica quando, a seu respeito, *não for admitível a confissão*. O art. 392 do CPC/2015 diz: “*Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis*”. O art. 213 do CC – sem aludir a *validade*, mas sim a *eficácia* – afirma que “*não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados*”. Portanto, em relação a tais fatos, pouco importa a não contestação. Lembre-se, aliás, que o art. 345, II, do CPC/2015 afirma que a revelia não leva a que se reputem verdadeiras as alegações de fato realizadas pelo autor se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.<sup>44</sup>

Além disso, segundo o disposto na norma do art. 341, II, não é presumido verdadeiro, ainda que não contestado, o fato que, *para produzir os seus efeitos típicos, depende de instrumento público*. Como diz o art. 406 do CPC/2015, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode supri-lhe a falta”. Por outro lado,

41. “O eventual requerimento de prova relativamente a fatos não contestados deve ser considerado irrelevante” (PARTI, Salvatore. *Prove* cit., p. 70).

42. “O fato alegado por uma parte e não contestado pela outra deve ser considerado verdadeiro” (idem, *ibidem*).

43. Idem, *ibidem*.

44. Diz CALMON DE PASSOS “que o princípio não vige, com o apoio no inciso I: a) quando o réu não poderia prestar depoimento pessoal e, conseqüentemente, por esse meio ensinar a confissão, mediante aceitação expressa da verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário; b) ou quando, prestando depoimento pessoal, a confissão é inadmissível. Se a confissão não era obtível pelo depoimento pessoal, o silêncio na contestação não pode valer confissão ficta. Pode-se, portanto, afirmar não incidir o ônus da impugnação quando é parte a Fazenda Pública, ou quando é parte um incapaz, ou ainda uma pessoa jurídica e seu representante carece de poder, segundo o estatuto, para confessar” (*Comentários* cit., 1983, v. 3, p. 276-277).

estabelece o art. 345, III, do CPC/2015 que a revelia não induz a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor se “a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato”. Trata-se do chamado documento substancial, que não se presta a provar o direito, mas sim a constituir-lo. Portanto, se o documento exigido for instrumento público, a não contestação não terá o condão de fazer presumir verdadeiro o fato.

O último dos incisos do art. 341 é o que requer mais atenção. Diz que os fatos não contestados não serão presumidos verdadeiros se “estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

Para que um fato possa ser considerado não contestado, não basta simplesmente a não contestação – ou um mero comportamento passivo em relação ao fato –, sendo necessário verificar se outras alegações, contidas na contestação ou mesmo na reconvenção, não significam, mesmo que implicitamente, a sua negação. Se o réu deixa de contestar um fato de forma específica, o efeito da não contestação – ou seja, a admissão do fato como verdadeiro – somente se produzirá se as demais alegações da defesa não forem tomadas como negação do fato não contestado de maneira individualizada.<sup>45</sup>

Para que um fato não contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessário analisar a defesa globalmente, verificando, a partir do conjunto das alegações do réu, se é certo concluir que o fato não especificamente impugnado foi aceito como verdadeiro. É apenas a partir da análise da defesa na sua totalidade que se pode dizer que um fato não contestado deve ser considerado incontrolado.

Resalte-se, além disso, que a contestação através de respostas evasivas, não se presta para tornar controvertos os fatos articulados pelo autor. Ora, se o réu deve manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial (art. 341, *caput*), as respostas meramente evasivas não podem tornar os fatos controvertos. É interessante lembrar, aliás, que o art. 307, segunda parte, da Ley de Enjuiciamiento Civil (espanhola) afirma que as “respostas evasivas” podem ser consideradas como uma espécie de “confissão” dos fatos a que se referem.<sup>46</sup>

45. A não contestação “nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa de persona, che sia conciliabile con la verità dei fatti allegati dall'altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia implicita o esplicita” (ANDRIOLI, Virgilio. *Prova. Novissimo digesto italiano*, v. 143, p. 274).

46. Art. 549, segunda parte: “En los mismos escritos de réplica y réplica, cada parte confesará o negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria. El silencio o las respuestas evasivas podrán estimarse en la sentencia como

O réu deve contestar especificamente todos os fatos articulados pelo autor.<sup>47</sup> Vejamos o seguinte exemplo: A pede que B seja condenado a pagar indenização por ter ocasionado, por culpa, danos ao seu automóvel. A pode afirmar que B i) cruzou a via preferencial; ii) estava em velocidade não permitida; e iii) estava embriagado. O réu deve contestar as três afirmações se não desejar favorecer o autor.

Na análise da não contestação é importante distinguir as seguintes hipóteses: i) pedido com pluralidade de fatos constitutivos; ii) não contestação dos fatos constitutivos de um dos pedidos, quando outros pedidos, amparados em outros fatos constitutivos, também foram deduzidos em juízo.<sup>48</sup>

#### 8.4.2 Não contestação e julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, I, do CPC/2015)

O art. 423, primeira parte, do CPC italiano, ao afirmar que “il giudice dispone il pagamento delle somme non contestate”, fez surgir um problema interpretativo sobre a possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipatória diante da simples constatação da não contestação.<sup>49</sup>

A doutrina que sustenta que a não contestação não recai sobre os fatos constitutivos, mas sim sobre o direito deduzido em juízo,<sup>50</sup> entende que a tutela antecipatória tem natureza de provimento fundado sobre um acordo das partes e, assim, que a simples não contestação impõe ao juiz a concessão da tutela antecipatória.

Outra parte da doutrina, ainda que concluindo que o juiz deve conceder a tutela ante a simples verificação da não contestação, tem fundamento diverso. Tal doutrina, a partir da análise do art. 423 do CPC italiano, argumenta que essa norma, em sua primeira parte, afirma que o juiz “*dispone*” o pagamento da soma não contestada, ao passo que a sua segunda parte diz que o juiz “*può*

*confesión de los hechos a que se referían. También pedirán por medio de otrosi que se falle el pleito sin más trámites, o que se reciba o pruebe*”.

47. V. MONIZ DE ARAÇÃO. *Exegese* cit., v. 4, t. I, p. 98; Cruz e Tucci, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: RT, 1993. p. 149-150.

48. Cf. MARCONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

49. COLLA, Filippo. *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate nel processo del lavoro* cit., p. 538 e ss.

50. Nesse sentido: TARZIA, Giuseppe. *Manuale del processo del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 185; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale*. Torino: Giappichelli, 1991. v. 3, p. 436 e ss.

disporre” o pagamento.<sup>51</sup> Essa diversidade de termos, segundo os doutrinadores que formam a segunda corrente, não podendo ser interpretada como um simples erro do legislador, deve ser entendida como uma confirmação de que o juiz “deve” conceder a tutela ao verificar a não contestação.<sup>52</sup>

Há quem diga, porém, fazendo referência ao princípio *iura novit curia*, que a não contestação não tem força vinculante. A pura e simples não contestação não seria suficiente para o juiz conceder a tutela antecipatória, sendo também necessária a análise *in iure* da idoneidade dos fatos deduzidos pela parte para produzir os efeitos jurídicos desejados.<sup>53</sup> PROTO PISANI é um dos que sustentam essa tese, afirmando que um dos pressupostos da tutela é a “verificação *in iure*, por parte do juiz, da idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor para produzir os efeitos por ele afirmados e da ausência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos emergentes dos atos e releváveis de ofício”.<sup>54</sup>

A razão está com PROTO PISANI, pois é óbvio que a simples não contestação, desvinculada da possibilidade de o fato produzir o efeito jurídico pretendido, não tem relevância alguma. O Superior Tribunal de Justiça, embora tratando dos efeitos da revelia, já decidiu que esses “não incidem sobre o direito da parte, mas tão somente quanto à matéria de fato”.<sup>55</sup> Ainda, em igual sentido: “A falta de contestação, por si, não significa a procedência ou improcedência do pedido. Demais, o juiz não fica exonerado de apreciar todas as evidências e provas existentes, orientação que mitiga a aplicação do artigo 319, CPC. Em contrário, ao invés de ajustar a solução ao direito, o desajustaria e colocaria em risco a realidade dos fatos”.<sup>56</sup> Em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça

51. “Art. 423. *Ordinanze per il pagamento di somme*. 1. Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato del giudizio, dispone con ordinanza il pagamento delle somme non contestate. 2. Eguualmente, in ogni stato del giudizio, il giudice può, su istanza del lavoratore, disporre con ordinanza il pagamento di una somma a titolo provvisorio quando ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova.”

52. V. CAVALLARI, Ciaccia. *La contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2, p. 142 e ss.

53. Diz CLAUDIO CECHELLA: “Si deve inoltre ritenere che il giudice possa rifiutare l’ordinanza per l’indoneità dei fatti a costituire il diritto invocato e quindi esista un pur limitato ambito di cognizione in diritto” (*Il processo civile dopo le riforme*. Torino: Giappichelli, 1992. p. 119).

54. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 636.

55. RSTJ 5/363.

56. STJ, 1.ª T., REsp 329316/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 11.11.2002, p. 151. Cita-se, também, STJ, 3.ª T., REsp 60239/SP, rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, DJU 05.08.1996, pág. 26.345.

declarou que “a falta de contestação conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Não, entretanto, a que necessariamente deva ser julgada procedente a ação. Isso pode não ocorrer, seja em virtude de os fatos não conduzirem às consequências jurídicas pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum, não cogitado na inicial, a obstar que aquelas se verifiquem”.<sup>57</sup>

*De acordo com o 356, I, do CPC/2015*, “o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso”. No caso de não contestação, parcela daquilo que é pedido pelo autor resta incontroverso. Mas a não contestação não conduz, automaticamente, à procedência, sendo necessário verificar se os fatos não contestados levam aos efeitos jurídicos afirmados pelo autor. Em caso positivo, como o jurisdicionado tem direito constitucional à temporariedade da tutela jurisdicional, e isso significa dizer que o direito que se tornou incontroverso não pode ter a sua realização postergada, admite-se a tutela do direito mediante o julgamento antecipado parcial do mérito.<sup>58</sup>

#### 8.4.3 Contestação genérica

A contestação genérica não é admitida no direito italiano.<sup>59</sup> Para o efeito de tutela antecipatória, alguns doutrinadores entendem que a contestação genérica deve ser equiparada à não contestação.<sup>60</sup> Outros, contudo, negam que a contestação genérica possa ser enquadrada na esfera de comportamen-

tos em que a não contestação se concretiza.<sup>61</sup> Porém, há autores que, embora não equiparando a contestação genérica à não contestação, concluem que a contestação genérica admite a tutela antecipatória. Afirma-se que o art. 423, primeira parte, contém uma sanção para a violação da proibição de contestação genérica, prevista no art. 416, terceira parte, do CPC/2015, e que a falta de tal sanção reduziria a proibição de contestação genérica a uma inútil enunciação de princípio,<sup>62</sup> sem qualquer eficácia vinculante para as partes, frustrando, assim, os escopos de colaboração e de concentração processual almejados pelo próprio art. 416.<sup>63</sup>

A regra contida no art. 341 do CPC brasileiro, segundo a qual cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, afasta completamente a possibilidade de contestação genérica. Mas há exceções previstas no parágrafo único desse artigo, as quais deixam claro que a regra de que são presumidos verdadeiros os fatos não contestados não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial. A eles é admitida a contestação genérica. Como esclarece WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, a exigência feita no sentido de o réu se manifestar precisamente sobre os fatos alegados pelo autor torna inviável a contestação por negação geral. “A imposição se relaciona diretamente com a questão do ônus probatório. É indispensável que se saiba se o réu reconhece ou admite cada um dos fatos apontados pelo autor na inicial, ou se os reconhece, mas outros lhes contrapõe, ou, ainda, se os nega, ante a regra do ônus probatório”.<sup>64</sup>

Se não há dúvida acerca da proibição genérica em nosso direito, cabe perguntar se o seu descumprimento pode acarretar a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor. A proibição da contestação genérica deriva da ideia de que as partes têm o dever de colaborar com o juízo, expondo com veracidade e lealdade as suas posições. O réu, diante disso, tem o dever de não alterar a verdade dos fatos e, assim, está proibido de apresentar defesa que saiba infundada. A sua contestação deve impugnar, precisamente, os fatos articulados, pois dessa forma estará contribuindo para a otimização da tarefa do juiz.

Mas a contestação genérica, por se resumir a uma mera negação geral, descumpra na sua totalidade esse papel. Essa modalidade de contestação não traz

57. STJ, 3.ª T., RESP 14.987/CE, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.02.1992, p. 1.377. Ver, ainda, STJ, 3.ª T., RESP 5.239/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU 08.04.1991, p. 3.882.

58. V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado* cit.

59. O art. 416 do CPC italiano, ao tratar da defesa do réu, proíbe a contestação genérica: “Costituzione del convenuto. 1. Il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell’udienza dichiarando la residenza o eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito.

2. La costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena de decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio.

3. Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall’attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare”.

60. DENTI, Vittorio. *Il nuovo processo del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 138.

61. Tarzia, Giuseppe. *Manuale del processo del lavoro* cit., p. 183.

62. COLLA, Filippo. L’ordinanza per il pagamento di somme non contestate nel processo del lavoro cit., p. 541.

63. V. PROTO PISANI, Andrea. *Le controversie in materia di lavoro*. 2. ed. Bologna/Roma: Zanichelli/Il Foro Italiano, 1987, p. 421.

64. PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, p. 267-268.

colaboração alguma para a elucidação do litígio, pois não confere contornos à matéria que deve ser provada e analisada. Portanto, a violação da proibição de contestação genérica deve ser sancionada com a presunção de veracidade, pois de outra forma essa proibição perderá a sua própria credibilidade, negando-se os objetivos de colaboração processual e concentração que a orientam.

Na hipótese de contestação genérica, cabe julgamento antecipado do mérito. Note-se, porém, que o julgamento antecipado do mérito, nesse caso, não decorre de revelia (art. 355, II, do CPC/2015). Não há falar em revelia no caso de contestação genérica, já que *houve apresentação de contestação, ainda que inepta*. Quando o réu apresenta contestação genérica, incidem os arts. 341 e 355, I – e não os arts. 344 e 355, II –, do CPC/2015, uma vez que os fatos não contestados são presumidos verdadeiros e considerados incontrovertidos, independentemente de prova.<sup>65</sup>

Porém, se a sentença que julga antecipadamente o mérito, na hipótese de contestação genérica, não é passível de “execução provisória”, não é possível que o sistema não forneça ao juiz instrumento adequado para permitir a realização imediata do direito que não foi contestado e restou incontrovertido. Ora, de nada adianta pensar em sanção – ou em julgamento imediato – contra a contestação genérica, se esse julgamento não pode produzir efeitos concretos. A impossibilidade de execução imediata, no caso, *além de deixar de sancionar o réu, e assim realmente desestimular a contestação genérica, prejudica o autor, que possui direito constitucional à tutela jurisdicional sem dilações indevidas*.

Lembre-se que mesmo no direito italiano, onde a execução imediata da sentença é a regra,<sup>66</sup> a doutrina já apontava – antes da introdução<sup>67</sup> do art. 186-quater no CPC<sup>68</sup> – para a necessidade da tutela antecipatória total de soma não contestada (porque a não contestação dos fatos constitutivos foi to-

65. V. GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977. p. 78.

66. V. o novo art. 282 do CPC italiano.

67. Ocorrida em outubro de 1995.

68. Sobre essa norma, assim escrevem Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo: “La sua funzione pratica è, quindi, per evidenti motivazioni di economia processuale, diretta ad assicurare l’effettività della tutela di condanna con la creazione anticipata di un titolo esecutivo, neutralizzando i ‘tempi morti’ (misurabile anche in ragione di anni) che – secondo una prassi consolidata, ormai imposta dal sovraccarico degli uffici giudiziari – perlopiù intercorrono tra la chiusura dell’istruzione e la decisione della causa” (op. cit., p. 607).

tal). Argumentava-se que entre o término da instrução e a sentença se passa um longo tempo que não deve ser suportado pela parte autora.<sup>69</sup>

No direito brasileiro, como a sentença tem executividade apenas em casos excepcionais na pendência do recurso de apelação, a única saída racional e de acordo com os princípios é a tutela antecipatória (art. 1.012, V, CPC/2015), que obviamente não deve se preocupar com perigo de dano (art. 300 do CPC/2015). *A tutela antecipatória, nesse caso, encontra lastro no art. 311, I, isto é, no abuso do direito de defesa, pois quem apresenta uma contestação genérica, ferindo os princípios, evidentemente abusa do seu direito de defesa*.

#### 8.4.4 Comparhecimento e não apresentação de contestação

Embora a revelia seja associada à não apresentação de contestação, não importando se o réu veio a juízo e não a apresentou ou simplesmente não veio a juízo, é necessário distinguir as duas hipóteses.

A revelia, segundo a doutrina, não implica, necessariamente, na presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor. Isso porque se levam em consideração aspectos sociais relacionados com a situação daquele que não comparece em juízo. Entende-se que o simples não comparecimento não pode ser fonte de prejuízo processual para o réu, porque uma série de razões – principalmente de natureza social – pode justificá-lo.<sup>70</sup>

Contudo, o comparecimento e a não apresentação de contestação não devem merecer a mesma complacência. Isso porque aquele que vem a juízo e não contesta assume uma posição que pode ser definida como *ativa, pois opta por não contestar*.

É sabido que um dos principais princípios do processo civil moderno impõe às partes o dever de colaborar com o juízo. A parte que opta por não

69. “Al di là della considerazione che dalla lettera della legge non si ricavano elementi che facciano pensare alla necessità di una non contestazione parziale quale presupposto indispensabile per l’emanazione del provvedimento de quo, contro l’opinione sopra ricordata si pone l’interesse concreto che la parte creditrice ha al ottenere comunque una tutela esecutiva anticipata anche in presenza delle condizioni per la pronuncia di merito: a nessuno sfugge, infatti, quanto lungo sai il tempo che intercorre tra la precisazione delle conclusioni e la sentenza, perfino se nella migliore delle ipotesi sono esattamente rispettati i termini che nelle intenzioni del legislatore dovrebbero scandire i rami delle attività decisorie” (Ramapazzi, Gabriella. *Le riforme del processo civile* (a cura di Sergio Chiarloni). Bologna: Zanichelli, 1992. p. 237-238).

70. V. Barbosa Moreira, José Carlos. Sobre a multiplicitade de perspectivas no estudo do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, n. 56, p. 19-20.

contestar não só despreza esse princípio, como ainda coloca em risco a validade daquele que diz caber ao réu: manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato deduzidas na petição inicial. Esse último princípio objetiva reduzir a massa dos fatos controvertidos e, assim, permitir a otimização da análise dos fatos, contribuindo para uma melhor prestação jurisdicional.

Ora, se o réu que deixa de manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados ou apresenta contestação genérica é sancionado com a presunção de veracidade, *não é racional que o comparecimento seguido de não contestação não seja igualmente sancionado. Haveria não só violação do dever de colaboração, mas também estímulo ao silêncio e infringência ao princípio da isonomia.*

Ademais, admitir que o réu pode comparecer em juízo, optar por não contestar e não adimplir a sua obrigação significa *desconsiderar a justiça e o direito do autor*. Por essa razão, não há como imaginar que a não apresentação de contestação, na hipótese de comparecimento, *pode levar a uma tutela jurisdicional incapaz de produzir efeitos imediatos.*<sup>71</sup>

Também nesse caso a tutela antecipatória – diante da ausência da execução imediata da sentença como regra – deve ocupar o seu lugar, viabilizando a realização imediata do direito do autor (art. 1.012, V, do CPC/2015). *Mas, igualmente aqui, a tutela antecipatória não se apoiará em perigo de dano (art. 300 do CPC/2015), porém, sim, no art. 311, I, uma vez que o processo, diante do réu que comparece e deixa de se defender, deve ser capaz de atender imediatamente às necessidades do autor, sob pena de premiar o abuso do direito de defesa.*

## 8.5 Presunção legal de existência ou de veracidade

O art. 374, IV, do CPC/2015 trata da presunção absoluta, também conhecida por presunção *iuris et de iure*, afirmando que não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Nesse caso, o fato indiciário do fato principal é o próprio fato principal, ao qual o legislador atribui um determinado efeito jurídico, relegando o fato que seria o principal ao nível de motivo ou de *ratio*.<sup>72</sup>

O raciocínio presuntivo, em tal hipótese, fica apenas como suposto, pois é totalmente irrelevante para a aplicação da presunção. Fixada a hipótese normativa, a presunção desvincula-se do raciocínio que a autorizou, incidindo

no caso concreto independentemente de qualquer outra valoração lógica. Vale dizer: a presunção abstrai-se totalmente da razão da sua existência, e a lógica que subsidiou a sua previsão não tem qualquer relevância em juízo.<sup>73</sup>

É por isso que o art. 374, IV, diz que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova. Na realidade, a avaliação fática, nesse caso, não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam. Com efeito, a prova é inútil diante da presunção absoluta, não importa se destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso.<sup>74</sup> Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, na medida em que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.

Lembre-se que, ao contrário do que ocorre em relação às presunções absolutas, as presunções relativas (ou *iuris tantum*) admitem prova em contrário, isto é, encontram-se no campo da prova.

71. Como escreve RAMAZZI, “il silenzio della parte asserrita debitrice, viceversa, in un sistema processuale ormai caratterizzato da un onere ben preciso di dichiararsi sui fatti affermati *ex adverso*, sembra poter offrire elementi di non contestazione, tali giustificare una condanna anticipata” (*Le riforme del processo civile cit.*, p. 237).

72. Cf. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile cit.*, p. 482.

73. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova cit.*, p. 62.

74. COURURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil cit.*, p. 227.

## PROVA DOS DIREITOS MUNICIPAL, ESTADUAL, ESTRANGEIRO E CONSUETUDINÁRIO

SUMÁRIO: 9.1 Ônus de demonstrar o direito alegado – 9.2 “Alegação do direito” – 9.3 Direito municipal, direito estadual e direito estrangeiro -- 9.4 Costume, fato notório e regra de experiência.

### 9.1 Ônus de demonstrar o direito alegado

Afirma o art. 376 do CPC/2015 que o juiz *pode* determinar a prova da alegação do direito. Isso não quer dizer, é claro, que a parte não tenha o direito de impugnar o teor e a vigência do direito alegado. Nesse caso, o juiz pode determinar que a parte prove o direito que alegou, não existindo razão para se imaginar que a parte que o contesta deva fornecer prova em contrário.

Mas, ainda que o juiz *desconheça o direito*, e assim possa determinar a sua prova, nada impede – ao contrário, aconselha – *a sua atuação de ofício*. Aliás, o § 293 da ZPO alemã afirma expressamente que o juiz *pode não se contentar com as provas produzidas pelas partes*. Adverte que essa espécie de direito somente deve ser provada *quando não conhecida pelo juiz* e que, “para a determinação destas normas de direito, o tribunal *não está limitado às provas produzidas pelas partes*, podendo valer-se também de outras fontes de conhecimento e ordenar tudo o que conduzir à sua utilização”.

Porém, o juiz não pode determinar a prova do direito municipal ou estadual pertinente à sua competência. Em outros termos, se o direito municipal ou estadual é do Município ou do Estado em que o juiz exerce a sua atividade, não há como admitir que possa exigir prova do seu teor e vigência. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, “tratando-se de norma legal editada pelo Poder Executivo do Distrito Federal, não pode o Egrégio Tribunal de Justiça do

Distrito Federal deixar de decidir questão arguida, sob o fundamento de que não fora juntado aos autos o texto da referida norma".<sup>1</sup>

## 9.2 "Alegação do direito"

Muito embora o art. 376 do CPC fale em prova da alegação do direito, tentando fazer acreditar que se está diante de algo semelhante a uma alegação de fato, a verdade é que essa alegação não insere um fato no litígio, mas sim uma regra – no processo – destinada a servir de base para a análise dos efeitos jurídicos dos fatos. Nessa perspectiva, é nítida a distinção entre alegação de fato e alegação de direito, sendo completamente descabida a sua pretendida identificação.

## 9.3 Direito municipal, direito estadual e direito estrangeiro

Como já anunciado acima, o juiz só pode determinar a prova do direito municipal ou estadual que não é conhecido no local em que possui competência.

Em relação ao direito estrangeiro, pode determinar a prova do seu teor e da sua vigência no caso em que o seu conhecimento for necessário para a regulação do litígio ou quando for importante para a aplicação da *lex fori*.<sup>2</sup>

A prova do direito estrangeiro pode ser feita por ofício, visado por autenticidade competente do país de origem, por parecer de jurista, por passagem de livro reconhecido, ou, ainda, através de julgado recente do país estrangeiro, desde que a decisão não seja excepcional, mas realmente espelhe o pensamento que os tribunais possuem a respeito da regra a ser esclarecida.

## 9.4 Costume, fato notório e regra de experiência

O direito consuetudinário, também conhecido por costume, irradia-se da repetição de atitudes humanas que o meio social fez regras jurídicas.<sup>3</sup> Por direito consuetudinário se deve entender o costume que possui relevância jurídica, pois aquele que não possui eficácia jurídica não tem aqui qualquer importância.<sup>4</sup>

1. STJ, 1.ª T., REsp. 98377/DF, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 03.08.1998, p. 84.

2. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Prova do direito estrangeiro. RT, n. 485, São Paulo: Ed. RT, 1976, p. 16.

3. Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV, p. 243.

4. O Tribunal de Justiça de São Paulo já utilizou o costume *contra legem*, afirmando que, "segundo os usos e costumes dominantes no mercado de Barretos, os negócios de

Não é possível confundir, por outro lado, *costume* e *fato notório*. O costume não é um fato, como o fato essencial ou o fato indiciário, mas sim algo que se retira do *comportamento* da sociedade. O costume não é um fato que faz parte da fundamentação do pedido, e nesse sentido não precisa ser afirmado na inicial – ao contrário do fato notório. O costume não se insere na *engrenagem de fatos que compõem a fundamentação*, pois constitui, à *semelhança da regra legal*, algo que o juiz deve considerar ao verificar se dos fatos decorre o efeito jurídico pretendido. Por isso, o juiz não é obrigado a determinar a prova do costume, embora tenha a *faculdade de assim proceder*.

Ademais, o costume também se diferencia nitidamente da regra de experiência. Ainda que a regra de experiência constitua uma regra de juízo, o certo é que a regra de experiência importa apenas no processo, ao passo que o costume produz efeitos jurídicos no plano do direito material e, assim, não deve ser considerado apenas no processo.

O costume, como a regra de direito material, é observado no processo apenas quando o juiz indaga se dos fatos decorrem os efeitos jurídicos pretendidos, enquanto a regra de experiência serve para o juiz valorar uma prova ou para estabelecer a relação inferencial entre o fato indiciário e o fato probando. A regra de experiência se destina a permitir a formação de um critério lógico capaz de aferir o sentido dos fatos, mas o direito consuetudinário é tomado em consideração quando o juiz, já tendo aferido os fatos, analisa as suas consequências jurídicas. Ou, para ser ainda mais claro: as regras de experiência comum são aplicáveis, ainda que o costume (e não apenas a lei) possa regular a situação litigiosa.

Embora o direito consuetudinário não seja um fato, mas sim algo que serve para o juiz verificar as suas consequências jurídicas, o art. 376 do CPC/2015, afirma que o juiz pode determinar a sua prova. Isso, como é óbvio, quando o costume, além de não ser do seu conhecimento, não é próprio ao Município ou ao Estado em que está sediada.

Para que se possa compreender a prova do costume, é preciso previamente indagar sobre o seu conteúdo. Pois bem: é sabido que o costume é integrado por dois elementos: o uso e a chamada *opinio juris necessitatis*. O uso é caracterizado pela prática reiterada de um ato no seio da sociedade. Essa prática deve estar incorporada na vida social, e, por isso, além de pública, obviamente não pode ser *episódica* e proveniente apenas de algumas pessoas.

gado, por mais avultados que sejam, celebram-se dentro da maior confiança, verbalmente, sem que entre os contratantes haja troca de qualquer documento". Entende-se que a exigência de documento acabaria por introduzir nos meios pecuaristas da região um fator de dissociação (RT 132/660).

A *opinio juris necessitatis* consiste na convicção da necessidade da prática do ato para a obtenção de um efeito jurídico, ou seja, na *convicção social da necessidade jurídica* da prática do ato.<sup>5</sup>

Para a prova dos elementos caracterizadores do costume, poderão ser produzidas todas as provas admissíveis, conforme as especificidades da situação concreta.

## AS PRESUNÇÕES

Sumário: 10.1 Introdução – 10.2 Presunções judiciais – 10.3 Presunções legais relativas – 10.4 Presunções legais absolutas – 10.5 Conflitos entre presunções.

### 10.1 Introdução

De natureza controversada e de função questionada pela doutrina (especialmente a do processo penal), as presunções formam importante capítulo no sistema probatório. Sejam as designadas pelo legislador, sejam as encontradas pelo raciocínio do juiz no caso concreto, é certo que a ideia de presunção liga-se diretamente ao tema da prova, embora pareça dissociar-se da noção que, tradicionalmente, dele é extraída. Contudo, não é difícil imaginar situações em que o juiz não terá elementos capazes de representar nenhum dos fatos componentes do suporte fático que legitimaria a pretensão, mas apenas elementos que em torno deles gravitam, suficientes apenas para induzi-lo (ou por vezes o legislador) a convencer-se de que os fatos diretos (objeto da causa de pedir) efetivamente ocorreram.

A noção de presunção parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado.<sup>1</sup> Ou seja: partindo-se da convicção da ocorrência de determinado fato, pode-se, por dedução lógica, inferir a existência de outro, pois comumente um decorre do outro, ou ambos devem acontecer simultaneamente. Com base nessa raiz (que, conforme será visto adiante, nem sempre está na

5. Lembre-se de que a *opinio juris necessitatis* é apontada como elemento capaz de permitir a distinção entre o costume e o uso.

1. A lei civil italiana, neste passo, assim define a ideia de presunção: “Art. 2.727. As presunções são as consequências que a lei ou o juiz extrai de um fato conhecido para remontar a um fato ignorado” (“Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato”).

origem de todas as presunções) é que se admite a dedução de um fato pela prova de outro.

A partir daí, desse conceito elementar cria-se uma rica doutrina a respeito dessa “prova crítica”, capaz de facilitar – em situações particulares – os mecanismos de prova de que se serve a parte para trazer sua pretensão a juízo. É importante notar que as presunções assumem papel relevante nesse campo, prestando-se, por vezes, como uma espécie de “redução do módulo de prova”,<sup>2</sup> aplicando técnica de diminuição das exigências legais e judiciais sobre a solidez das provas que seriam necessárias para aceitar um fato como verossímil. Em outras palavras: verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da ideia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da sua ocorrência, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação – como os fatos futuros, no caso da ação inibitória.

Conforme a inferência do fato probando por meio do fato provado se dá pelo juiz ou pelo legislador, fala-se em presunções judiciais e presunções legais. Essa última categoria comporta, ainda, uma subdivisão, estabelecida entre as presunções relativas (*iuris tantum*) e absolutas (*iuris et de iure*). Costuma-se dizer que as primeiras, e não as presunções absolutas, admitem prova em contrário. Porém, como notou BARBOSA MOREIRA, essa distinção não é precisa, pois o que interessa não é exatamente a possibilidade de prova em contrário, mas sim a relevância da demonstração de que o fato presumido pelo legislador não ocorreu na situação específica.<sup>3</sup>

2. A respeito, consultem-se as considerações formuladas no Capítulo 14. V., também, WAUTER, Gerhard. Op. cit., p. 229 e ss. (com ampla análise do tema em relação às presunções e perfilhamento de inúmeros exemplos, ligados ao direito alemão).

3. “Se costuma fixar a diferença conceptual entre as duas ultimas figuras: serão relativas ou absolutas as presunções legais conforme admitem ou não, respectivamente, prova em contrário; ou, em termos porventura mais rigorosos do ponto de vista técnico, conforme seja ou não relevante, para a solução do litígio submetido à apreciação do juiz, a demonstração de que na realidade não ocorreu o fato legalmente presumido: com efeito, quando se diz que, na presunção absoluta, é inadmissível a ‘prova em contrário’, o que no fundo se quer afirmar é que nada adiantaria ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume. Nessa perspectiva, olhado mais de perto o fenómeno, a inadmissibilidade da ‘prova em contrário’ aparece como simples corolário de sua irrelevância, explicando-se pela razão óbvia de que no processo não se deve

## 10.2 Presunções judiciais

Cabe então fixar a atenção na primeira espécie das presunções referidas: as presunções judiciais, também chamadas, por alguns, de presunções simples ou, ainda, de *praesumptiones hominis*. Tem-se aqui a dedução da ocorrência de um fato pela verificação (prova) de outro, através de raciocínio executado exclusivamente pelo juiz – sem qualquer interferência *a priori* do legislador. Na lição de PROTO PISANI, adquirido o conhecimento de um fato secundário por meio de fontes materiais de prova (ou tendo o fato se tornado incontroverso em razão de não contestação ou sendo “notório”), e elaborado um raciocínio judicial dirigido a dele deduzir o fato principal ignorado, há presunção judicial.<sup>4</sup>

O conhecimento do fato probando resulta de uma inferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos –, ao qual, normalmente, a ocorrência do fato ignorado está ligada. Há, assim, um fato “secundário” (externo à causa de pedir, não pertencente ao material fático da demanda) provado, e, diante da sua ocorrência, extrai-se a consequente existência (ou inexistência) do fato “primário” (pertencente à causa de pedir), em que se tinha, efetivamente, interesse. Esse juízo é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica da coexistência de ambos os fatos. Ou seja, tem-se, no cerne da figura, uma ideia de silogismo: ocorrendo o fato A, sempre deve ocorrer o fato B; verificada a ocorrência do fato A, então também ocorreu o fato B.<sup>5</sup> Ou, com maior precisão, na explicação de COMOGIO, FERRI e TARUFFO: “Existe um fato F, conhecido pelo juiz, que pode ser tido como premissa de uma inferência I, fundada sob um critério C (solidamente constituído por máximas da experiência), a qual permite se atribuir um grau G de correção à asserção pela qual o fato a provar FP é verdadeiro ou falso”.<sup>6</sup>

Como fica claro da análise dos esquemas apresentados, a adequação ou não da inferência lógica está calcada na maior ou menor precisão das premissas utilizadas para subsidiar a conclusão, ou seja, no grau de “certeza” que se tem da efetiva ocorrência do fato secundário e no grau de vinculação que existe en-

tolerar atividade *inuiti*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova cit., p. 55).

4. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 484.

5. Como se pode observar, as presunções normalmente constituem argumento de prova insuficiente para, por si só, sustentarem uma conclusão absoluta. Por isso mesmo, como se verá adiante, o juiz deve ser prudente ao trabalhar com elas, embora isso não retire a possibilidade de julgamentos fundados exclusivamente em presunções.

6. COMOGIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 652.

tre a verificação desse e a consequente e necessária existência do fato primário (ou, utilizando o esquema de COMOLLO, FERRI e TARUFFO, na consistência do critério C e, por via lógica, do grau G). De modo que o grau de credibilidade da presunção judicial repousa na convicção da procedência da ilação formulada.<sup>7</sup>

Dessa necessidade de um juízo intermediário entre a prova do fato ocorrido e a conclusão da existência de outro fato, a doutrina pergunta se as presunções têm natureza probatória. Ora, como demonstrado no Capítulo 7, as presunções constituem o resultado do raciocínio judicial que parte do indício (do fato indiciário) e de sua prova (indiciária), o que quer dizer que a presunção é um juízo (embora não o juízo sobre o mérito), e não uma prova ou um fato.

Em vista disso, algumas peculiaridades relativas às presunções judiciais merecem particular atenção. Inicialmente, conforme pondera GUASP, em virtude da natureza de processo mental lógico que conforma as presunções, não se cogita de aplicar-lhes as regras normais sobre lugar, tempo e forma para a sua produção.<sup>8</sup>

Além disso, como já observado, para o exame do cabimento ou não da prova (documental, testemunhal etc.), do indício (do fato secundário), o juiz não poderá se basear na presença dessa alegação de fato dentre os argumentos da petição inicial ou da resposta do réu, ou mesmo na ausência de contrariedade específica sobre esse fato (não impugnação específica). Como visto, porque o fato secundário é fato externo à demanda, é certo que tais situações sempre podem se apresentar (sendo mesmo da essência do instituto que ocorram), razão pela qual não podem se constituir em óbice à produção de tal prova.

De outra parte, poderá o juiz indeliberar a produção da prova do indício (do qual se pretende obter a presunção) se verificar que, ainda que se tenha

esse fato como provado, o fato primário não lhe segue como consequência.<sup>9</sup> Lembre-se de que a idoneidade da ponte mental hipotética para a certeza do fato que se pretende efetivamente ter como provado é elemento imprescindível para a garantia do raciocínio. Porém, não é preciso que o fato probando seja a *única consequência* do fato indiciário para a procedência da demanda, uma vez que, como se verá no final desse item, as presunções podem ser somadas.

Ademais, também pode o juiz indeliberar a produção da prova do indício quando o meio que a parte pretender utilizar for inadequado (por exemplo, quando se exija, para a prova do indício, certo meio específico, como o documental, e a parte pretenda comprová-lo por outra via). Nesse caso, o silogismo de inferência será inadequado porque há vício na prova do fato-origem (secundário) do raciocínio.

O art. 230 do CC, revogado pelo CPC/2015, afirmava que “as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”. Na mesma toada, porém, segundo o art. 443, II, do CPC/2015, não se admite a prova testemunhal sobre fatos “que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”. A lógica da nova regra do CPC pressupõe que, se um fato apenas pode ser provado por meio de documento ou de perícia, ele não pode ser demonstrado por meio de outras provas, aí incluída, certamente, a presunção.

Por outro lado, porém, segundo o art. 445 do CPC/2015, “também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de pagamento, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação”. Essa norma, além de exemplificar algumas hipóteses justificativas da dispensa de prova escrita – valendo-se da expressão “em casos como” –, alude a situações em que, moral ou materialmente, o credor não pode ou não podia obter a prova escrita, com a *nítida intenção de indicar um “caminho” ao intérprete e, assim, permitir a adequação da norma – e a utilização da prova testemunhal quando realmente necessária – em face das várias situações litigiosas.*

Diante das circunstâncias de determinados casos concretos, é possível admitir a *falta de racionalidade* em exigir a prova escrita da obrigação, seja por razão moral ou razão material. Quando o juiz puder expressar uma dessas

7. Afirma o art. 1.253 do Código Civil espanhol que, “para que as presunções não esta-beleçadas pela lei sejam apreciáveis como meio de prova, é indispensável que entre o fato demonstrado e aquele que se trate de deduzir exista um enlace preciso e direto”. Aliás, PAULA BARRISTA já dizia que as presunções judiciais são “as que o homem tira daquilo que ordinariamente acontece. Podem ser *violentas, graves e leves*, segundo é necessária, natural, ou assaz falível a ligação do fato sabido com o que se procura saber” (*Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 103).

V., também, para o direito anglo-americano, JAMES JR., FLEMING; HAZARD JR., GEOFFREY C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1992. p. 346 e ss.

8. GUASP, Jaime. Op. cit., p. 384.

9. Seja porque do fato provado (indício) podem, segundo as máximas da experiência, resultar inúmeros outros fatos (e não apenas aquele que se pretende ter como conclusão lógica, o que retiraria qualquer credibilidade da presunção), seja porque o fato provado não é capaz de gerar a elaboração mental indutiva pretendida.

razões, deve admitir a prova testemunhal, "qualquer que seja o valor do contrato".

O art. 230 do CC, como dito, não admite a utilização das presunções relativas quando a "lei exclui a prova testemunhal". Porém, tais presunções, do mesmo modo que a prova testemunhal, podem ser utilizadas quando era irracional exigir prova escrita.

Finalmente, releva ponderar que o valor da presunção assenta-se na sua capacidade de satisfazer os seus aspectos *intensivo e extensivo*.<sup>10</sup> O critério *extensivo* pergunta se a presunção é apta para demonstrar a *totalidade* do fato probando (isto é, o fato principal, que se pretende provar). Para o critério *intensivo*, importa saber se do fato indiciário pode decorrer *outro fato* que não o que se pretende provar. Sucede, então, que a demonstração, pela parte contrária, de que o indício não cobre a totalidade do fato probando, ou ainda de que do fato secundário podem advir outros fatos que não apenas o fato principal, é elemento suficiente para abalar a credibilidade da presunção formada<sup>11</sup> — e quanto mais forte se torna essa demonstração, menos razoável se apresenta a presunção.

Proseguindo nesse raciocínio, é possível concluir, embora em outra direção, que as presunções podem somar-se — quando convergem para a mesma conclusão — para formar o juízo sobre o mérito. As presunções não se confundem com os indícios, uma vez que as primeiras devem ser valoradas para a formação do juízo de mérito, ao passo que o indício e a prova indiciária devem ser valorados para a elaboração da presunção.

Quando uma presunção pode colaborar para demonstrar o fato direto, ela evidentemente *pode ser somada a outra presunção* para formar um juízo de procedência, embora seja necessário deixar claro que, para a elaboração desse juízo de procedência, não é imprescindível somar várias presunções. *Uma única presunção, dependendo do caso concreto*, pode ser suficiente para formar a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido. Entretanto, ao existir apenas uma presunção, essa deve ser capaz de formar um juízo de procedência que possa ser plenamente *justificável*. Em outros termos, é possível dizer que, tratando-se de apenas uma presunção, o juiz deve valorá-la com extremo rigor.<sup>12</sup>

10. A denominação é oriunda do direito americano (v. JAMES JR., FLEMING; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure* cit., p. 349).

11. Idem.

12. "Il requisito che ha creato forse più problemi interpretativi è quello della concordanza delle presunzioni semplici. In un'accezione più ristretta e rigorosa, diretta a porre un limite a discrezionalità del giudice in materia di prova presuntiva, si è affermato

No raciocínio presuntivo, como já explicado, o juiz parte de um indício e da prova indiciária para chegar ao fato probando, enquanto a formação do juízo de mérito depende da valorção da prova do fato direto e da *presunção* formada a partir da prova do indício. O juiz, ao raciocinar sobre a presunção ou ao raciocinar sobre o mérito, baseia-se nas regras de experiência, que são imprescindíveis não apenas *para a verificação da presunção a partir do indício*, mas também *para a análise do mérito com base na própria presunção*.

Frise-se que a presunção judicial não exige que a regra de experiência faça concluir, de modo preciso e absoluto, que do fato indiciário decorre o fato probando. Isso, aliás, diante da possibilidade de soma ou contradição entre as presunções judiciais,<sup>13</sup> é bastante evidente. Contudo, nada pode impedir, em casos excepcionais, que o juiz forme um juízo de procedência a partir de presunções que apontem apenas para uma "verossimilhança preponderante".<sup>14</sup>

### 10.3 Presunções legais relativas

Os princípios elementares acima estudados não recebem alteração substancial quando se passa do estudo das presunções judiciais para o das presunções legais. A variação essencial que se verifica está em que a formação do silógismo racional indutivo não é feita pelo juiz da causa, mas sim pelo legislador.

A presunção relativa parte de premissa *semelhante* à que autoriza a presunção judicial.<sup>15</sup> Escreve BARBOSA MOREIRA: "Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem *normalmente* juntos (...). A diferença capital reside em que, numa hipótese, se deixa ao *órgão judicial* o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, o conhecido e o desconhecido, ao passo que, na outra, é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo, em certa medida, a valorção do juiz. *Em certa medida*, reitera-se: pois resta a possibilidade de que venham aos

que la concordanza di più presunzioni è sempre indispensabile. Di conseguenza, non basterebbe una sola presunzione semplice a fornire la prova del fatto, poichè sempre occorrerebbero più presunzioni concordanti. In un'accezione meno rigida, e più orientata a far perno sul discrezionale convincimento del giudice, si ritiene invece che la presenza di più presunzioni concordanti non sia indispensabile, e quindi che la prova del fatto possa derivare anche da una sola presunzione semplice, purché essa sia abbastanza grave e precisa" (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 553).

13. Ver o último item deste capítulo.

14. Ver, em especial, o Capítulo 14.

15. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova cit., p. 59.

autos elementos capazes de demonstrar que, *naquele caso concreto*, não existe o nexo, tendo-se passado as coisas de modo diverso do costumeiro; e ao órgão judicial, naturalmente, competirá *valorar* a prova colhida, a fim de verificar se ela tem ou não suficiente força persuasiva para afastar a presunção”.<sup>16</sup>

Mas na presunção relativa, ainda que o legislador tenha se fundado em um tipo de raciocínio semelhante ao que o juiz desenvolve para chegar em uma presunção judicial, o certo é que essa última é *consequência lógica*, enquanto a primeira é *consequência jurídica*. Portanto, se a presunção judicial é um mecanismo de convencimento do juiz, a presunção relativa nada mais é do que a imposição de um dever de dividir o ônus da prova de determinado modo.<sup>17</sup>

Como diz o art. 373 do CPC/2015, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.<sup>18</sup> Isso significa que o ônus da prova é normalmente distribuído consoante a posição da parte no processo. Porém, quando sobre determinado fato incide uma presunção legal relativa, a parte a quem essa presunção prejudica fica com o ônus de provar o contrário (do estabelecido na presunção), pouco importando a sua posição no processo. Essa “distribuição” do ônus da prova não é mais feita com base em um critério processual, mas sim a partir de uma situação que caracteriza determinado sujeito perante o direito material.<sup>19</sup> Nesse sentido, é possível compreender que as presunções relativas representam “uma das técnicas adotadas pelo legislador para qualificar como impeditiva, e não constitutiva, a relevância de um fato no âmbito da específica hipótese (*fattispecie*) legal abstrata”.<sup>20</sup>

16. *Idem*, p. 60.
17. Ver PATTI, Salvatore. *Prove* cit., p. 103; COMOGGIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 628; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 488.
18. Veja-se, mais adiante, o Capítulo 13, em que se tratará do tema do ônus da prova.
19. “Em geral, como bem se sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição: quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser autor ou réu, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova* cit., p. 60).
20. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 483.

Como se vê, a presunção legal, nessa perspectiva, assume a função de alterar o critério para a distribuição do ônus da prova, demonstrando que o direito material não pode ser ignorado nessa área. Fala-se em critério de distribuição e não em inversão do ônus da prova, pois, como acentua BARBOSA MOREIRA, não se trata propriamente de inversão do ônus da prova, já que pode ocorrer que a imputação do *onus probandi*, decorrente da presunção, coincida perfeitamente com a regra de distribuição “normal” do ônus da prova.<sup>21</sup>

Ademais, conforme advertiu CARNELUTTI, a presunção relativa apenas opera uma atenuação, *uma facilitação da prova*: a parte que teria de provar um fato, cuja prova é difícil ou complexa, precisa, por determinação de lei, comprovar apenas outro fato (de prova mais simples e fácil), ao qual o primeiro se liga. Mas o *onus probandi* – ao menos em relação ao fato indiciário –, obviamente, permanece sendo da parte a quem a presunção beneficia.<sup>22</sup> Nessa linha, porque a presunção relativa não opera a exoneração do ônus da prova, mas sim a sua facilitação, também não seria correto pensar em inversão do ônus da prova. Novamente, pode-se delinear aqui uma tendência, fixada pelo legislador, de facilitar a prova. Aceita-se a prefixação de determinados critérios pelo direito material, sob o pressuposto de que outra orientação poderia frustrar a tutela jurisdicional acaso necessária.

Assim, e para que seja possível contribuir com maior precisão, parece adequado simplesmente afirmar que a presunção relativa considera um fato provado, mas abre oportunidade para que ele seja provado em contrário pela parte que – na perspectiva da regra geral do art. 373 do CPC/2015 – não teria o ônus da prova, com a advertência de que a presunção relativa não se limita a simplesmente distribuir o ônus da prova, mas sim a fixar as consequências jurídicas da ausência de prova contrária ao fato presumido.<sup>23</sup> Melhor explicando: no caso de presunção relativa, a ausência de prova não conduz apenas a um

21. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova* cit., p. 61.
22. “O que pode, dentro de certos limites, atenuar este erro é a reflexão de que, enquanto permite proporcionar a demonstração mediante uma presunção legal, a lei facilita a demonstração mesma e assim alivia o peso de quem deve proporcioná-la, mas é uma confusão que se deve evitar a que se produz entre *exoneração da prova* (*inversão do ônus*) e *facilitação da prova*; esta segunda não suprime o ônus, mas se limita a fazer mais fácil a prova, a qual, sem embargo, continua estando a cargo da mesma parte; praticamente, a facilidade poderá ser tal que equivalha à exoneração, mas logicamente as duas posições devem seguir sendo distintas” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. t. II, p. 547).
23. PATTI, Salvatore. *Prove* cit., p. 105.

resultado desfavorável ao onerado, mas sim a uma determinada consequência jurídica preestabelecida pela regra que fixou a própria presunção relativa.

#### 10.4 Presunções legais absolutas

Resta analisar, ainda, a chamada *presunção absoluta*, também conhecida como *presunção iuris et de iure*. A figura liga-se diretamente ao direito material, não guardando referência direta com o direito processual. Aqui, a probabilidade de que um fato seja indício de outro conduz o legislador a transformar o fato indiciário do fato principal no próprio fato principal, agregando diretamente a ele a produção do efeito jurídico e relegando o fato principal ao nível de motivo ou de *ratio*.<sup>24</sup>

Na verdade, o raciocínio presuntivo, na hipótese da presunção absoluta, fica apenas como suposto – como mera explicação da existência da figura –, sendo totalmente irrelevante para as situações concretas em que será aplicada. Uma vez fixada a hipótese normativa abstrata, a presunção desvincula-se completamente do raciocínio que a autoriza, incidindo no caso concreto independentemente de qualquer valoração lógica ulterior. Ou seja: a presunção se abstrai totalmente da razão da sua existência, e a lógica que subsidiou a sua previsão deixa de ter qualquer relevância em juízo.<sup>25</sup>

Daí se explica a razão pela qual, em face das presunções absolutas, toda prova em contrário ao silogismo é irrelevante. É que a avaliação fática, nesse caso, não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei são a ele vinculativas. Diante de uma presunção absoluta, todo tipo de prova se torna inútil. Tanto a que pretenda reforçar a conclusão, quanto a que deseje demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso.<sup>26</sup> Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, na medida em que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, deixou de ter qualquer significado para o caso concreto.

24. Cf. PROTO PRISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 482.

25. Por isso mesmo, com muita precisão, acentua BARBOSA MOREIRA que os critérios que determinaram a previsão normativa da presunção absoluta “dizem respeito a uma opção do legislador e, portanto, se inscrevem no plano da política legislativa. Sua relevância é, por assim dizer, *pré-jurídica*. Uma vez editada a norma, a respectiva eficácia manifesta-se com autonomia em relação aos motivos de conveniência ou de oportunidade que porventura a tenham inspirado; nem fica obscurecida essa verdade pelo papel que eventualmente possa desempenhar a *ratio legis* em matéria de interpretação” (As presunções é a prova cit., p. 62).

26. COURURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 227.

Por isso, tem-se como brilhante a distinção elaborada por BARBOSA MOREIRA entre a presunção relativa e a absoluta: “(...) naquela [na presunção relativa], o que se dispensa é apenas a prova de certo fato; nesta [na presunção absoluta], dispensa-se o *próprio fato*, em si mesmo”.<sup>27</sup> Aqui, realmente, a ligação lógica entre os fatos (indício e fato principal) é despicienda e irrelevante. Para a validade da presunção imposta pela lei, nenhuma outra indagação é permitida ao juiz, nem a de questionar as premissas em que se embasa a presunção, nem mesmo a de verificar se, no caso concreto, permanece válida a suposição do legislador.<sup>28</sup>

Essa negativa de valoração pelo juiz decorre da simples constatação de que, na presunção absoluta, altera-se, em última análise, o próprio suporte normativo que rege a situação. Ou seja: a presunção absoluta não importa apenas em uma forma de “redistribuição” do ônus da prova, mas em uma influência na própria regra de direito material, que passa a incorporar em sua hipótese descritiva os novos elementos contidos na norma que estabelece a presunção absoluta.<sup>29</sup> Essa é a razão pela qual não se admite, diante das presunções absolutas, a prova em contrário, nem mesmo se considera viável que o juiz afaste essa presunção diante da completa ilogicidade do silogismo. Isso tudo pouco importa, já que a própria regra de direito material vem conformada

27. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova cit., p. 64.

28. Costuma-se, neste passo, fazer uma distinção entre a *presunção absoluta* e a *ficção*. Segundo MARTIRELO, “tanto as presunções *iuris* como as ficções legais são citações do legislador e ambas pressupõem a existência de um fato que certamente não existe; mas, na presunção, o fato pressuposto é provável ou pelo menos duvidoso; ao contrário, com a ficção, o legislador, em consideração de especiais razões de conveniência, pressupõe a existência de um fato que certamente não existe” (*Tratado de derecho judicial civil*. Trad. Eduardo Ovejero. Madrid: Reus, 1934. v. 3, p. 330-331). Assim, haveria ficção quando o legislador, arbitrariamente e sem qualquer respaldo nas situações normais cotidianas (*quod plerumque accidit*), impõe o reconhecimento de certa situação como ocorrente, diante de uma premissa preestabelecida. Ao contrário, na presunção absoluta, essa determinação (também arbitrária) tem respaldo lógico na verificação das situações normais e decorre de uma efetiva possibilidade de que o fato presumido realmente decorra do indício estipulado. A distinção, todavia, embora possa ter alguma relevância didática, não tem muita razão de ser em termos práticos.

29. Como diz CARNEVATTI, “se alguém se detém um pouco a pensar neste mecanismo, dá-se conta de que, quando a lei age assim, faz o mesmo que faria se atribuísse sem mais o efeito jurídico, em lugar de ao fato a provar, ao fato que serve legalmente para prová-lo; se, por exemplo, a liberação do devedor é a consequência jurídica do pagamento, e se a voluntária restituição do documento engendra a presunção legal de pagamento, é o mesmo que reconhecer que esta restituição produz a liberação” (*Sistema de derecho procesal civil* cit., t. II, p. 539).

pela presunção, de onde resulta que, mesmo diante da comprovação fática em contrário, essa é a situação qualificada pelo direito material.

Aqui, como resulta evidente dos aspectos já examinados, a presunção se desvincula completamente do tema da prova, para incidir no campo do direito material. É certo, assim, que essa previsão somente pode decorrer de alguma disposição normativa. Porém, se a presunção absoluta jamais admite prova em contrário, obviamente é possível questionar a sua constitucionalidade no caso de a norma derivada da regra abstrata, em conjugação com a presunção legal absoluta, violar a Constituição Federal.<sup>30</sup>

### 10.5 Conflitos entre presunções

É preciso perceber, ainda, que a lógica não exclui a possibilidade de conflitos entre presunções. Essa situação ocorre quando cada uma das partes tem uma presunção em seu favor.

Sendo uma das presunções legal absoluta e a outra não, há de prevalecer a primeira sobre a segunda. Isso porque a presunção absoluta não admite prova em contrário, não aceitando seu afastamento pela convicção do juiz de que ela é imprecisa ou ilógica.

Se o conflito se estabelece entre uma presunção legal relativa e uma presunção judicial, a solução do problema caminhará pela avaliação excludente de uma das duas presunções. Ou o juiz entenderá que a presunção judicial constitui prova contrária à determinação contida na presunção legal relativa, afastando essa, ou concluirá que a presunção judicial não é elemento forte o suficiente para afastar a presunção relativa.

Caso o conflito se estabeleça entre presunções da mesma espécie (absoluta com absoluta, relativa com relativa ou judicial com judicial), não haverá outra saída senão buscar a sua solução nas circunstâncias do caso concreto. Nesse caso, o juiz deverá, motivadamente, acolher uma das presunções, afastando a outra. Somente o juiz, no caso concreto, diante dos elementos fáticos

30. Pense-se, por exemplo, em uma regra que pretendesse instituir um tributo com alíquotas diferenciadas em função da capacidade contributiva de cada pessoa. E que o critério para aferir essa diferente capacidade fosse fixado em razão da região do País habitada pelo sujeito passivo tributário. Trata-se, sem dúvida, de uma presunção legal absoluta (mas precisamente de uma ficção legal), a qual, por simples critério de lógica, ou mesmo diante de prova em contrário no processo, não pode ser afastada. Entretanto, pode o juiz afastá-la ao verificar a ausência de razoabilidade no discriminem, o que importaria na conclusão de que a presunção padece de vício de inconstitucionalidade por lesão ao princípio da isonomia.

e jurídicos que circundam a controversia posta à sua solução, poderá verificar qual das presunções merecerá prevalecer.<sup>31</sup>

Note-se que, quando se pensa em conflito entre presunções, torna-se fácil evidenciar que as presunções são elementos destinados à formação do juízo de mérito e, assim, não se confundem os indícios.

31. Em sentido semelhante, v. NEVES E CASTRO, F. A. das; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis cil.*, p. 466. Os autores advertem, contudo, que "parecem-nos dignos de adoptar-se os subsídios, que n' esta parte nos fornecem os nossos antigos praxistas e juriscônultos, os quaes diziam, que a presumpção especial prevere á geral, e entre as especiais, preferem as violentas ás que não o são. *Præsumptioque una cedit pluribus, et specialis generali prevallet, et eam tollit.* Em quanto á collisão de presumpções simples tem unicamente lugar o prudente arbitrio do julgador" (*Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis cil.*, p. 46-47 – texto conforme a grafia original).

## REGRAS DE EXPERIÊNCIA

SUMÁRIO: 11.1 Regras de experiência comum e regras de experiência técnica  
– 11.2 Regras de experiência comum e regras gerais retiradas da experiência através da via indutiva – 11.3 Controle da aplicação das regras de experiência. A importância da motivação – 11.4 Critérios para o controle das regras de experiência comum – 11.5 Regras de experiência comum a respeito de questões técnicas, regras de experiência técnica e necessidade de auxílio de profissional técnico – 11.6 Critérios para o controle das regras de experiência técnica.

### 11.1 Regras de experiência comum e regras de experiência técnica

O juiz, para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras de experiência, ditas comuns e técnicas (art. 375 do CPC/2015) Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre o indício e o fato essencial.

As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas.<sup>1</sup> Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico-científico sobre uma determinada situação.

Como as regras de experiência comum podem se fundar em leis científicas e as regras de experiência técnica delas derivam, alguma confusão pode ocorrer. Mas essa confusão é facilmente eliminada quando se constata que a regra de experiência técnica é ancorada *diretamente* no pensamento científico (ou em uma lei científica), enquanto a regra de experiência comum é uma *versão popular* acerca de uma lei ou do pensamento da comunidade científica.

1. TARUFFO, Michelle. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. *Sui confini* – Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 339.

### 11.2 Regras de experiência comum e regras gerais retiradas da experiência através da via indutiva

Como dito, as regras de experiência comum estão nos conceitos e versões que fazem parte da cultura da sociedade em determinado momento e local. Mas essa ideia de regra de experiência foi negada pela doutrina que forjou os primeiros – e até hoje célebres – conceitos de regra de experiência ou de “máxima de experiência”.

Tais conceitos tiveram o nítido intuito de racionalizar a noção de regra de experiência, ligando-a a um modelo silogístico dedutivo do juízo de fato.<sup>2</sup> A regra de experiência deveria ser vista como uma regra geral, da qual derivaria, por dedução, a existência de um fato.

FRIEDRICH STEIN, em seu conhecido livro sobre o “conhecimento privado do juiz”, disse que as máximas de experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral desligados dos fatos concretos analisados no processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos, e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros.<sup>3</sup> Na concepção de CARNELUTTI<sup>4</sup> – EXPRESSAMENTE FUNDADA EM STEIN –, a regra de experiência<sup>5</sup> constituiria a premissa maior do silogismo e assim permitiria ao juiz deduzir, a partir do fato percebido, a existência ou não do fato essencial.

De modo que as regras de experiência seriam obtidas por meio de indução, e serviriam para legitimar, por meio de dedução, o fato probando.<sup>6</sup> Acontece que, como demonstrou TARUFFO, não há sentido em imaginar que o senso comum formule regras de experiência capazes de estabelecer deduções dotadas de validade lógica.<sup>7</sup> A sociedade e o senso comum elaboram regras e generalizações – muitas vezes fundamentais para o juiz raciocinar – não raramente destituídas de confirmação e que, por isso, estão além das regras gerais. Na realidade, se as regras de experiência fossem reduzidas às regras gerais –

como queria STEIN –, restariam eliminadas aquelas que o juiz precisa utilizar para compreender o conteúdo de fatos que somente podem ser explicados a partir de regras que fazem parte da cultura da sociedade, embora não possam ter o qualificativo de incontestáveis e plenamente válidas.<sup>8</sup>

Isso tudo quer dizer que as regras de experiência comum não são apenas aquelas que, induzidas a partir da experiência, permitem um raciocínio *dedutivo capaz de afirmar a verdade de um fato*, mas também aquelas que, surgidas do senso comum e também ancoradas na experiência, são fundamentais para o juiz *compreender* um fato e, especialmente, a relação entre o indício e o fato essencial, ainda que não sejam capazes de garantir a *incontestabilidade do raciocínio inferencial que ligou um ao outro*.

Aliás, as próprias regras de experiência técnica podem não ser dotadas de sustentabilidade absoluta, podendo também receber esse qualificativo as que ainda não se consolidaram na comunidade científica, como será demonstrado mais a frente.

Como é possível perceber, a identificação das regras de experiência em regras gerais, devidamente consolidadas e capazes de garantir um raciocínio lógico-dedutivo suficiente para se concluir a respeito de um fato, se por um lado é capaz de racionalizar o problema e garantir maior segurança jurídica, por outro lado elimina do conceito de regras de experiência uma série enorme de situações em que o juiz tem de se voltar às regras de cultura para formar o seu raciocínio, o que significa dizer que apenas retira do conceito de regras de experiência algo que, necessariamente, deve ser utilizado pelo juiz e controlado pelas partes.

Ora, se isso fosse aceitável, toda essa matéria – que, por ser imprescindível ao juiz, não pode ser desprezada – teria de ser transportada para outro local, quando então seria necessário formar um novo conceito jurídico para abrangê-la, o que seria ilógico em termos de ciência do direito.

### 11.3 Controle da aplicação das regras de experiência. A importância da motivação

A circunstância de as regras de experiência terem um conteúdo mais abrangente do que aquele que era admitido por STEIN e CARNELUTTI, estando umbilicalmente ligadas ao senso comum – e, assim, às generalizações e regras fincadas na cultura social – e à evolução contínua da tecnologia e da ciência – o

2. TARUFFO, Michelle. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 559.
3. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez* cit., p. 22.
4. CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile* cit., p. 64.
5. CARNELUTTI salientou que a doutrina alemã, ao tratar do tema, utilizou as fórmulas “regra de experiência” (*Erfahrungssatz*) e “regra da vida” (*Lebensregel*), a primeira preferida por STEIN e a segunda por FITTING (idem, p. 65).
6. Sobre o tema, ver TWINKING, William. *Theories of evidence*: Bentham & Wigmore. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 142 e ss.
7. TARUFFO, Michelle. Funzione della prova: la funzione dimostrativa cit., p. 559.

8. “Ne rimarrebbe esclusa una grande quantità di nozioni di senso comune che non sono riconducibili in alcun modo alla forma di leggi o regole generali ma che sono di uso quotidiano, anche da parte dei giudici” (idem, p. 560).

que nega a possibilidade de se pensar somente em regras técnicas consolidadas no patrimônio científico –, não significa que o juiz possa utilizá-las de maneira irracional e que as partes não possam controlar o seu uso.

O problema é saber como realizar esse controle. Diante da óbvia impossibilidade de esse controle poder ser feito pela lei ou por um raciocínio lógico-formal, não resta outra alternativa a não ser pensar em critérios capazes de apontar para o uso e para a conceituação racional dessas regras.<sup>9</sup>

Embora tais critérios não devam ser analisados neste momento (porém nos próximos itens), é importante frisar que as regras de experiência devem ser relatadas e demonstradas na motivação da decisão. Ou seja: o juiz, através de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Essa é a única maneira de se garantir a racionalidade na utilização das regras de experiência e, ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando que o juiz pense que pode utilizá-las sem qualquer critério, estabelecendo argumentos destituídos de qualquer valor.

Embora isso pareça evidente, o fato é que as decisões, na prática, não aludem sequer às regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem mesmo percebem a sua utilização. Portanto, a exigência de argumentação racional da validade das regras de experiência, embora imprescindível para a racionalidade da decisão e para o adequado uso do recurso, lamentavelmente não existe no cotidiano forense – o que é extremamente grave, especialmente quando considerada a dimensão da garantia da motivação das decisões.

#### 11.4 Critérios para o controle das regras de experiência comum

A motivação deve aludir às regras de experiência, demonstrando os seus conteúdos e fundamentos. Ou deve explicar os significados e as bases de sustentação<sup>10</sup> das regras de experiência, para que então fiquem claras as razões

9. TARUFFO, Michele. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica cit., p. 340.

10. Responsabilidade civil objetiva – Lei de defesa do consumidor – Saques eletrônicos – Clonagem de cartão magnético – Máximas de experiência – Automação do serviço bancário – Danos morais e materiais – Configuração. I. O Código de Defesa do Consumidor, no § 2.º de seu art. 3.º, inclui no rol dos fornecedores as instituições bancárias e, embora não tenha definido o serviço bancário, todavia, está pacificamente firmado, na jurisprudência e na doutrina, que o contrato de depósito bancário enseja a prestação de serviço inerente a relação de consumo. II. O mesmo diploma adotou, em seu art. 14, o caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor, valendo dizer que é dispensável a culpa para que haja o dever de reparação dos danos causados

que conduziram à decisão. Mas existem alguns critérios básicos para garantir a sua idoneidade, que constituem, por assim dizer, os primeiros filtros da racionalidade do seu uso. Vamos a eles.

Não é difícil perceber que uma regra de experiência pode ser negada ou ter a sua credibilidade abalada com o passar do tempo. Por essa razão, a motivação deve demonstrar que a regra de experiência é correspondente ao momento em que a decisão é tomada. Além disso, deve ser referida ao que acontece na sociedade, não bastando a sua relação com algumas pessoas. Ou melhor, a regra de experiência deve ser extraída a partir do senso comum da coletividade ou da comunidade em que o fato a ser demonstrado está inserido. Em resumo, a motivação deve demonstrar, através de argumentação racional, a proveniência e a atualidade da regra de experiência comum.<sup>11</sup>

pelos delitos relativos à prestação do serviço. III. Não se pode presumir a negligência do correntista quanto ao sigilo da senha e à vigilância sobre seu cartão, havendo de ser atazada a alegação de culpa da vítima, porquanto a instituição bancária não demonstrou que o autor permitira ou facilitara a utilização indevida do seu cartão. É inexistente, ao correntista, a prova de fato negativo – de que não efetuara os saques, sendo razoável afirmar-se sua hipossuficiência técnica a legitimar a inversão do ônus da prova, máxime porque a empresa pública é dotada de instrumentos técnicos idôneos para provar que o correntista, ou mesmo pessoa de suas relações, efetuara os saques. IV. A segurança do valor depositado constitui uma das maiores vantagens vislumbradas da contratação de serviços bancários. A informatização e a automação dos serviços bancários, se trazem a conveniência de majorar o lucro das instituições, em contrapartida ensejam riscos novos ao empreendimento, para cuja minoração torna-se exigível permanente investimento em segurança, não sendo razoável atribuírem-se os ônus advindos aos correntistas. V. O CPC autoriza, em seu art. 335 [375], a adoção subsidiária das regras de experiência comum, ao que presumível tenha havido clonagem do cartão do autor. Tal presunção é corroborada pelos hábitos do autor na movimentação de sua conta, que sofreram radical alteração após saque em caixa de autotendimento 24 horas, terminais reconhecidamente vulneráveis, exsurgindo, portanto, o fato constitutivo do direito. VI. Provado o fato lesivo e o dano, demonstrado o defeito na prestação do serviço, bem assim, o nexo de causalidade entre eles, deve a instituição bancária ressarcir, integralmente, a título de indenização por danos materiais, o valor subtraído ao correntista. VII. Danos morais. O autor experimentara, pode-se afirmar com base nos elementos nos autos, mais do que mero disabor ou aborrecimento sem projeção, mas sim, desamparo e angústia, mormente por ter idade avançada e contar com os recursos depositados em conta para o propósito de complementar sua renda mensal, alegação compatível com o conjunto probatório (TRF-2.ª Reg., 3.ª T., AC 200351010073588, rel. Des. J.C. Fátima Maria Novelino Sequiera, DJU 03.10.2005).

11. TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa cit., p. 561.

Quando há dúvida sobre se a regra pertence ao senso comum da sociedade em determinado momento, a motivação deve confirmá-la com algum outro argumento. Isso quer dizer que a regra de experiência somente é *bastante* quando pode ser claramente demonstrada como pertencente ao senso comum em determinado momento e local.<sup>12</sup>

Acontece que a regra de experiência comum, em tese, pode ser contrariada por outra regra de experiência comum ou por uma regra de experiência técnica.<sup>13</sup> Não há razão para estranhar a possibilidade de uma regra de experiência comum ser confrontada por outra da mesma natureza. Isso é absolutamente possível em razão da natureza dessas regras, plantadas no seio da conflituosidade das relações sociais. Ocorrendo eventual contradição entre regras de experiência comum, nenhuma delas merece presunção de credibilidade. Diante de uma circunstância desse tipo, seria arbitrário o uso de uma regra de experiência em vez de outra, a menos que existissem outros argumentos a dar guarida a uma delas.

No caso em que a regra de experiência comum se choça com regra de experiência técnica, deve prevalecer a última, pois o contrário seria afirmar a racionalidade de o juiz utilizar uma regra de experiência comum negada pela ciência.<sup>14</sup> Por isso é importante ao juiz verificar a possibilidade de norma de experiência comum ser contrariada por norma de experiência técnica. Quando o juiz detectar tal possibilidade, não é necessário o recurso a um auxiliar técnico, embora isso não seja impossível em face das circunstâncias do caso concreto. A (des)necessidade de um profissional técnico, no caso em que se evidenciar uma questão técnica de razoável complexidade, deve ser explicada na motivação.

Até aqui tratamos de critérios básicos garantidores da idoneidade das regras de experiência. Maior problema surge, porém, quando se pergunta sobre a base empírica de uma determinada regra de experiência comum. Para a análise dessa questão, é preciso deixar claro que uma regra de experiência, assim como qualquer outro fato, não pode pretender lograr uma incontestabilidade absoluta. Fixe-se, assim, a premissa de que toda e qualquer regra de experiência circula

no patamar da probabilidade.<sup>15</sup> Dessa constatação decorre a consequência lógica de que a sua idoneidade se funda em seu grau de probabilidade, ou melhor, na probabilidade que a motivação afirma existir a partir de certos dados.

Como se vê, é necessário estabelecer o significado desses “dados”, isto é, dos fundamentos que permitem ao juiz afirmar a probabilidade da regra de experiência. Quando se analisa a base empírica de uma regra de experiência, a primeira indagação recai sobre a sua amplitude, vale dizer, sobre o número de casos tomados em consideração. A partir daí, é preciso verificar a regularidade com que a regra de experiência se manifestou, ou melhor, se houve exceções e em que grau.<sup>16</sup> A segurança da regra de experiência cresce na razão proporcional do número de casos e da regularidade da sua manifestação. Ou, para ser mais preciso: a regra de experiência é tanto mais confiável quanto maior for o número de casos considerados, porém também depende da porcentagem em que é confirmada dentro do número de hipóteses analisadas.

A regra de experiência tem a sua credibilidade reduzida quando possui exceções. É lógico que essa credibilidade será tanto menor quanto maior for o número de exceções, sendo que em algumas situações pode ser praticamente impossível determinar se a regra de experiência a elas se sobrepõe. Deixe-se claro, porém, que o fato de uma regra de experiência ter exceções não elimina a possibilidade de sua utilização. Porém, por reduzir a sua credibilidade, exige que o juiz a confirme a partir de outros argumentos ou provas ou das circunstâncias do caso concreto.

Note-se que uma regra de experiência tem, como seu inverso, a sua exceção, e não outra regra de experiência contrária ao seu sentido. Daí, aliás, a importância da distinção, revelada pela lógica jurídica, entre contraditório e contrário, pelo que o contraditório de “branco” é “não branco” e o contrário de “branco” pode ser cinza etc. O contraditório da regra de experiência é a sua exceção, enquanto nada impede a consideração, diante de um determinado caso conflitivo, de duas normas de experiência contrárias. Nessa particular hipótese uma delas deverá prevalecer, quando importarão os demais elementos do caso concreto.

Entretanto, não basta apenas pensar no conteúdo e na força da regra de experiência, sendo também preciso verificar o modo como ela é empregada. Isso porque, como não é difícil perceber, uma regra de experiência pode ter validade em si, quando considerada autonomamente, mas o seu emprego não ter cabimento diante de uma determinada situação concreta. É preciso que exista

12. Idem, *ibidem*.

13. Idem, p. 562.

14. “Per far ciò non occorre un giudice-scientziato, ma occorre almeno un giudice informato e aggiornato, se non altro capace di rendersi conto del problema, e della necessità di sottoporre a verifica l'attendibilità dei propri criteri di valutazione” (idem, *ibidem*).

15. Como percebeu SALAVERRA, “no todas las máximas poseen la misma probabilidad” (op. cit., p. 168).

16. Idem, *ibidem*.

relação entre a situação fática e a regra de experiência, de modo que essa última seja realmente capaz de permitir a sua elucidação.

Lembre-se, ademais, que as regras de experiência que servem para um grande número de situações não têm a mesma eficácia das regras de experiência que se annoldam, de forma mais particularizada, a determinados fatos.<sup>17</sup> Algumas regras de experiência, diante da sua generalidade e elasticidade, têm uma influência muito tímida sobre o convencimento do juiz, enquanto outras têm grande importância para a elaboração do raciocínio inferencial.

#### 11.5 Regras de experiência comum a respeito de questões técnicas, regras de experiência técnica e necessidade de auxílio de profissional técnico

Já foi dito que o senso comum pode produzir versões sobre questões técnicas, e que nesse caso há regras de experiência comum. Para ser mais exato, trata-se de regras que decorrem da observação do que ordinariamente acontece no manuseio de algumas técnicas. As regras de experiência técnica, ao contrário, são provenientes da comunidade científica, ainda que conhecidas pela coletividade e pelo juiz.<sup>18</sup>

Como é óbvio, no caso em que há dúvida sobre uma regra de experiência comum da espécie referida, é imprescindível verificar se a comunidade científica tem posição a respeito. Nesse caso, se a regra de experiência técnica confirmar a regra de experiência comum, essa última será automaticamente

17. TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa* cit., p. 564.

18. “Dano moral – Cigarros – Causas mortais que podem originar: enfisema pulmonar, arritmia cardíaca e câncer pulmonar, entre outras – Nexo causal comprovado, face ao consumo do cigarro e o evento morte – Princípio da boa-fé objetiva, que se aplica ao Código Civil de 1916, e incidência do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6.º, incs. I, III, IV, VI e VIII, e 12, § 1.º) e do art. 159 do CC/16, na modalidade omissão na ação – Aplicação do art. 335 [375 do CPC/2015] do CPC: Regras de experiência na ação – Indenização devida – Precedente: AC 70000144626, redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgada em 29.10.03, 9.ª Cam. Civ. – Apelo parcialmente provido – Unânime” (TJRS, 9.ª Cam. Civ., AC 70007090798, rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga). O mencionado acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que “Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexu causal baseado em uma relação de necessidade entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo *de cuius*. Isso porque a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante” (4.ª T. Resp. 703.575/RS, rel. Des. conv. Honildo Amaral de Mello Castro, Dje 08.06.2010).

substituída pela primeira, e, se a regra de experiência comum se chocar com a regra de experiência técnica, prevalecerá a última.

Embora exista diferença entre regras de experiência técnica conhecidas pela coletividade e regras de experiência comum que constituem versões de questões técnicas, a circunstância de que as regras de experiência técnica são do conhecimento da coletividade não significa que o juiz não possa recorrer ao auxílio de um perito para esclarecê-las. Ora, se as regras de experiência técnica jamais pudessem requerer o auxílio de um perito, elas seriam apenas aquelas que estão consolidadas na comunidade científica.

#### 11.6 Critérios para o controle das regras de experiência técnica

Lembre-se que frequentemente não há consenso a respeito de determinadas questões na comunidade científica. Em relação a esse ponto, aliás, cabe voltar a frisar a solução do *general acceptance test*, que foi utilizada nos Estados Unidos para determinar a credibilidade de uma regra técnica a partir do seu *consenso na área científica*.<sup>19</sup>

Se a busca de consenso a respeito de uma regra técnica fosse imprescindível ou até mesmo desejável, tal método não teria sido rapidamente abandonado nos Estados Unidos sob a acusação de não considerar que a ciência sempre está em constante evolução – e que, assim, as técnicas sempre estão em mutação – e de não perceber que é muito habitual e quase natural a inexistência de consenso na esfera científica sobre certas questões – e que essa ausência de percepção impediria o juiz de adotar regras técnicas que, ainda que não absolutas, podem ser imprescindíveis para a compreensão dos litígios, especialmente quando conjugadas a outros elementos e circunstâncias dos diferentes casos concretos.

Nada deve impedir, diante de certos casos conflitivos, o uso de regras técnicas ainda discutidas na ciência, quando então o juiz poderá recorrer a um perito. O objetivo da participação do perito é definir os limites da discussão sobre a regra técnica, assim como o seu grau de credibilidade na comunidade científica, até porque, como já dito, mesmo as regras de experiência comum *transitam no plano da probabilidade*.

O auxílio do perito (art. 375, *in fine*, CPC/2015) não deriva da necessidade de se estabelecer uma “certeza” sobre a questão científica, pois isso seria absurdo. É evidente que uma questão ainda controversada pelos cientistas não pode

19. SALVERRIA, Juan Igartua. Op. cit., p. 165; DONDI, Angelo. Problemi di utilizzazione delle “conoscenze esperte” come “expert witness testimony” nell’ordinamento statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1.145 e ss.