

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-Fonte,
Câmara Brasileira do Livro, SP)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

M837r
Moreira, José Carlos Barbosa, 1931—

Temas de direito processual. São Paulo, Saraiva, 1977.
Bibliografia.

1. Processo civil — Brasil 2. Processo civil —
Pareceres — Brasil I. Título

77-0441

CDU—347.9(81)
—347.9(81) (094.98)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil: Pareceres: Direito processual civil
347.9(81) (094.98)
3. Pareceres: Direito processual civil: Brasil
347.9(81) (094.98)

1457

SARAIVA S.A. — Livros Editores

São Paulo — SP

Av. do Emissário, 1897

Tels.: 66-1135 e 67-5742 — PABX.: 66-2106 e 66-2126

Belo Horizonte — MG

R. Célia de Souza, 571 — Bairro Sagrada Família

Rio de Janeiro — RJ

Av. Marechal Rondon, 2231

Tel.: 201-7149

**TEMAS DE
DIREITO PROCESSUAL**

1391



1977

exceção para a hipótese de não ter ele domicílio ou residência "na jurisdição (*sic*) do juiz da causa" (art. 815, § 1.º). Não reproduz essa regra o novo estatuto, que assim igualou, de modo absoluto, o tratamento dado ao terceiro e o dispensado à parte, em matéria de prazo para interposição do recurso.

Nenhuma razão de ordem sistemática aponta no sentido de que a Fazenda Pública deva ser tratada, no particular, de duas maneiras diversas, consoante recorra como parte ou como terceiro prejudicado. As considerações que terão levado o legislador de 1973 a manter o benefício do aumento de prazo valem *in totum* para o segundo caso. Pode-se mesmo dizer que, nele, assumem relevância ainda maior: realmente, a dificuldade em coligir elementos para impugnar a decisão ficará em regra bastante *agravada* se a Fazenda até então não participava do feito, de cuja existência talvez nem sequer tivesse ainda conhecimento.

Ao nosso ver, portanto, no que se relaciona com a duplicação do prazo para recorrer, a cláusula do art. 188 há de ser entendida como concessiva do benefício sempre que o *recorrente* for a Fazenda Pública (ou o Ministério Público) ¹⁴.

14. Na conformidade do texto, pronuncia-se PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. III, pág. 145: "a Fazenda Pública pode ser legitimada a recorrer como terceiro prejudicado e tem o órgão o quádruplo do prazo" (a alusão a "quádruplo" é lapso manifesto: o eminente autor naturalmente quis dizer "dobro").

AS PRESUNÇÕES E A PROVA *

1. O pensamento jurídico tradicional — e não apenas em nosso país — tem-se orientado, de longa data, no sentido de reconhecer como estritamente vinculadas as noções de *presunção* e de *prova*. E a afirmação não vale exclusivamente para as chamadas *presunções judiciais* ou *simples* (*praesumptiones hominis*) ¹, sem distinção, a este ângulo, entre as *presunções legais absolutas* (*iuris et de iure*) e as relativas (*iuris tantum*). Basta observar os termos em que, com maior ou menor variação, se costuma fixar a diferença conceptual entre as duas últimas figuras: serão relativas ou absolutas as *presunções legais* conforme admittam 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 fáctico 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 tolerar atividade *inútil*.

Seja como for, a empostação habitual vem marcada por estes dois pontos: de um lado, a correlação que se estabelece, em termos quase sempre categóricos, entre a temática das *presunções* e a da *prova*; de outro, o tratamento das *presunções* como um género, do qual seriam espécies a *presunção judicial* e a *presunção legal*, comportando a segunda ulterior

* Trabalho escrito em 1976 e destinado ao volume especial da *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de Montevideu, em homenagem à memória de COURTÈRE.

1. No *Code Napoléon*, os dispositivos concernentes às *presunções* (arts. 1.349 e segs.), dos quais o primeiro as define como "des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu", compõem a Secção III de um Capítulo intitulado "De la preuve des obligations, et de celle du payement" (Cap. VI do Tit. III do Liv. III). A mesma posição reflecte-se em importantes diplomas legislativos do nosso tempo, como o Código Civil italiano de 1942 (arts. 2.727 e segs.) e o português de 1966 (arts. 349 e segs.). Quanto à doutrina, v., por exemplo, na literatura brasileira, AMARAL SANTOS, *Prova Judicial na Civil e Comercial*, 2ª ed., vol. V, São Paulo, 1955, págs. 354 e segs.

divisão em duas subespécies: a presunção legal absoluta e a presunção legal relativa². A leitura das exposições contidas em mais de uma obra doutrinária revela que, num e noutro ponto, a visão acima descrita corresponde a algo que se reputa axiomático, e cuja exatidão pareceria fora de propósito pôr em dúvida. Não quer dizer que faltem, na literatura jurídica, investigações menos acomodadas à rotina: antes, pelo contrário, inteligências agudas de há muito vêm lançando sobre a matéria novas e penetrantes luzes. Por variados prismas, revêem-se conceitos e propõem-se esquemas de reconstrução. Nem pretendemos, nestas páginas singelas, acrescentar algo de propriamente inédito aos resultados já obtidos em semelhante trabalho de renovação.

Duas razões, entretanto, parecem-nos justificar que se retome aqui o fio da meada. A primeira é que, a despeito dos esforços a que se fez menção, as idéias tradicionais continuam arraigadas em numerosos espíritos, e nunca será demais revolver alguns problemas que necessariamente se oferecerem à consideração dos estudiosos, quando menos na esperança de contribuir para o esclarecimento deste ou daquele tópico. A segunda relaciona-se com a circunstância de termos em vigor no Brasil, há pouco mais de dois anos, um novo Código de Processo Civil, cujas virtualidades, compreensivelmente, não puderam ainda ser de todo exploradas pela doutrina, e que, justamente no tema que nos interessa aqui, apresenta, em confronto com o ordenamento anterior, inovações dignas de interesse, tornando particularmente oportuno repensar a problemática em foco, até como condição para que se possa dimensionar com justeza o alcance de certas disposições e valorar de maneira adequada a posição que o legislador houve por bem adotar. Tal o propósito que nos move ao registro destas reflexões, no curso das quais, a bem da clareza, não hesitaremos — advirta-se mais uma vez — em repetir observações que, aos olhos do leitor razoavelmente informado, em mais de um ponto, sem sombra de dúvida, hão de tangenciar o óbvio, quando nele em cheio não mergulhem...

2. Começemos, então, pelas presunções judiciais ou simples (*praesumptiones hominis*). É bem conhecido o mecanismo que semelhante expressão indica. O órgão judicial, para formar sua convicção e julgar a causa, precisa esclarecer-se acerca dos fatos relevantes, e essa, como ninguém ignora, é a função das provas. Pode acontecer, no entanto — e o caso não é raro —, que, com referência a determinado fato, decisivo para a solução do litígio, a atividade instrutória se revele incapaz de ministrar, *diretamente*, elementos bastantes de convicção; e, por outro lado, venha aos autos material probatório suficiente para que o juiz se convença de ter ocorrido fato *diverso*, mas *relacionado* com aquele que constituía o *thema*

2. Há quem admita uma terceira subespécie, a das presunções legais *mixtas*, afasíveis não mediante *qualquer* prova em contrário, mas apenas por meio das provas expressamente referidas na lei: assim, entre nós, AMARAL SANTOS, ob. e vol. cit., págs. 406/7.

probandum. A relação entre os dois fatos — o conhecido e o desconhecido — é tal, suponhamos, que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com absoluta certeza, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência (ou a inexistência) do segundo. Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato *x* para tirar suas conclusões a respeito do fato *y*. O resultado desse raciocínio é que configura, propriamente, a presunção judicial: o juiz *presume* que ocorreu o fato *y* porque *sabe* que ocorreu o fato *x*, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessariamente ou normalmente, a ocorrência do outro. Por exemplo: ficou provado que, na ocasião em que se praticou o crime, o réu estava na posse da única arma capaz de produzir a lesão: desse fato, já conhecido, extrai o órgão judicial a ilação de que foi o réu quem desfechou o golpe. *Presume*, em outras palavras, que o fato delituoso é imputável ao réu.

Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, *meio de prova*³, ao menos no sentido que se dá a semelhante 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 atividade de instrução, em que se visa a *colher* elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através 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 *convencimento*, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se *antes*, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato *x*.

Não seria inteiramente razoável sequer considerar que, raciocinando a partir de *x* para chegar a determinada conclusão sobre *y*, esteja o órgão judicial a *valorar* a prova. O que ele sem dúvida valorou foi a prova *coihida acerca de x*, para convencer-se de que *esse* fato realmente ocorreu. Mas a atividade valorativa *da prova* encerra-se no instante em que o juiz forma tal convencimento. Daí em diante, se valoração ocorre, já não incide *sobre a prova*, mas apenas *sobre o fato* provado, ou mais exatamente *sobre a relação* entre esse fato provado (e, portanto, conhecido) e o fato desconhecido de que depende o modo como se há de julgar: ela terá por fim assentar se o nexó entre os dois fatos é suficiente para justificar a inferência que se pretende tirar do primeiro, a respeito do segundo.

3. Talvez fosse mais exato falar aqui em "fonte de prova", atendendo às advertências de CARNEVALI, *La Prova Civile*, 2.^a ed., Roma, s/d (1947), pág. 234; mas, na linguagem jurídica brasileira, é corrente o uso promíscuo das duas expressões: *v.*, em data recente, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, 1.^a parte, S. Paulo, 1974, pág. 177: "Meios de prova (...) são as fontes em que o juiz colhe a verdade dos fatos, e os instrumentos de que as partes se servem para demonstrar os fatos que aduziram".

Em termos sintéticos, poder-se-ia dizer que a prova (documental, testemunhal etc.) é um *ponto de partida*, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção judicial é um *ponto de chegada*, já corresponde ao conhecimento *adquirido*.

3. Não seria fora de propósito abrir aqui breve parêntese para examinar de modo sucinto o papel que desempenha, nesse contexto, o fato *provado*, de cuja existência tira o órgão judicial a sua conclusão acerca do *outro* fato, isto é, com base no qual chega ele a presumir que esse outro ocorreu (ou não ocorreu). A linguagem técnica do direito processual, como é notório, atribui àquele primeiro fato a denominação de *indício*. Ora, também os indícios se vêem com frequência arrolados, nos textos doutrinários e nas próprias leis, entre as provas; mas é fácil, ainda uma vez, perceber que, no mecanismo acima descrito, o lugar e a função do indício não se equiparam perfeitamente ao lugar e a função de um documento ou de uma declaração de testemunha.

Basta considerar que, em nossa sumária descrição, mais de uma vez nos referimos ao indício como a um *fato provado*. Se, portanto, a descrição é exata, se verdadeiramente se passam as coisas como as expusemos, não há fugir à conclusão de que é impossível confundir o indício — *fato provado* — com a *prova* (documental, testemunhal etc.) que propôs ao juiz o conhecimento desse fato.

No itinerário percorrido entre a produção do documento ou o depoimento da testemunha e a presunção judicial, o indício obviamente se situa como etapa intermediária. Ele é, ao mesmo tempo, ponto de chegada e novo ponto de partida: o órgão judicial vem a conhecê-lo com base no documento ou no testemunho, e vale-se dele, num segundo passo, para formar a presunção. Note-se que o segundo passo não seria necessário se o fato de cuja existência o juiz toma conhecimento pelo exame da prova documental ou testemunhal já substanciasse, em si mesmo, o ponto decisivo para o julgamento da causa. Nessa hipótese, a ninguém ocorreria chamar-lhe “indício”, nem tampouco enxergar nele um meio de prova, já que constituiria, ao contrário, o próprio *thema probandum*.

Fica patente que a atividade mental do juiz não tem a mesma natureza nas duas etapas do itinerário descrito. A passagem da prova (documental, testemunhal etc.) ao indício faz-se através de operação intelectual de estrutura diversa daquela através da qual se passa do indício à presunção. Na primeira, trata-se de examinar e valorar um *quid material*, sensível, em que, por hipótese, se acha representado certo fato, exatamente para alcançar o conhecimento do fato representado. Na segunda, trata-se apenas de efetuar um raciocínio de tipo silogístico⁴: o fato de

4. Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal Brasileiro, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por *indução*, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Em que pese a certo setor da mais moderna doutrina (v., a respeito, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, págs. 204 e segs.), continuamos persuadidos de que o mecanismo cognitivo baseado no indício se encaixa com justeza no esquema da *dedução*.

cujas existência se indaga não está representado no indício da mesma forma que este se encontrava representado no documento ou no depoimento da testemunha; mas o indício serve de *premissa lógica* para a afirmação (ou a negação) do outro fato. A relação entre a prova documental ou testemunhal e o indício não equivale à relação entre o indício e o fato de cuja existência (ou inexistência) depende a solução do litígio.

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 testemunhal⁵. Tanto basta, ao nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas.

Em todo caso, se se quiser dar à expressão *meios de prova* sentido amplo, a abranger todos os elementos que desempenham, no descobrimento da verdade pelo juiz, papel *instrumental*, não haverá maior inconveniente em catalogar entre aqueles meios o indício, desde que não se perca de vista a diferença notável que existe entre a maneira por que funciona esse e a maneira por que funcionam os outros instrumentos. A presunção judicial é que *jamais* se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, porque o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de *outro* fato. Não se observa, aqui, a função *ambivalente* do indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento *adquirido*, e basta.

4. Passemos agora a considerar as presunções legais, começando pelas relativas (*praesumptiones iuris tantum*). São variáveis as razões de política legislativa que lhes inspiram a consagração. Em grande número de casos, porém, o pensamento básico autoriza certa aproximação entre elas e as *praesumptiones hominis*. Confrontemos, por exemplo, a presunção legal de pagamento resultante da entrega do título ao devedor⁶ com a presunção judicial pela qual se imputa a prática do fato delituoso à pessoa que se achava na posse da única arma suscetível de produzir o ferimento. Percebe-se com facilidade o que existe de comum a ambas as hipóteses. Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do

5. Sublinhava CARNELUTTI, ob. cit., págs. 226/7, essa duplicidade de aspectos: “*conviene considerare l'indizio compiutamente, cioè nella sua attitudine passiva di fatto che deve essere provato (tema di prova), e nella sua attitudine attiva, di fatto che serve a provare un altro (fonte di prova)*” [destaques do original].

6. Código Civil brasileiro, art. 945; francês, art. 1.283; italiano, art. 1.237; português, art. 786, nº 3.

segundo, pelo simples motivo de andarem *normalmente* juntos. Tem-se em vista *id quod plerumque accidit*. Supõe-se aqui, como regra geral, que um crime seja cometido pela pessoa que dispõe da arma adequada, pois é o que ocorre com maior frequência: são mais fortes, portanto, as probabilidades de que o fato delituoso seja imputável a tal pessoa do que a qualquer outra. Ali, sempre como regra geral, supõe-se que o credor não entregue o título ao devedor senão quando satisfeito do seu crédito; logo, se o entregou, é mais provável que o devedor haja pago.

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 valoração do juiz. *Em certa medida*, reitera-se: pois resta a possibilidade de que venham aos 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.

Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua — e nisso se exaure o papel que desempenha — na distribuição do ônus da prova⁷, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato *contrário*. O que há de importante a sublinhar aqui é que essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se trata. 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 *rêu*, 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 imputativos, modificativos ou extintivos⁸. 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.

Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em *inversão* do *onus probandi*? Com efeito, o re-

7. Cf., na mais recente literatura, MUSELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin — Nova Iorque, 1975, págs. 71 e segs., 310, 387, o qual põe em relevo a *equivalência funcional* das presunções legais relativas e das normas comuns sobre distribuição do *onus probandi*, frisando que aquelas nada mais são do que regras *especiais* em face destas.

8. Código de Processo Civil brasileiro, art. 333, *caput*; Código Civil italiano, art. 2.697.

9. Como dissemos nos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1976, pág. 130, com De RUGGERO-MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 8.ª ed., Milão — Messina, s/d (1952), vol. II, págs. 580/1; FERRUCCI, in

sultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente *coincidir*, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra *geral* de distribuição daquele ônus¹⁰. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta precipitamente nos casos de *não-coincidência*, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem propriamente *exceções* à regra comum sobre distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas *especiais*, que prevalecem sobre a geral, sem necessariamente contradizê-la *in concreto*.

O que se expôs até aqui autoriza uma conclusão acerca do enquadramento dogmático das presunções legais relativas. Que elas se relacionam, em termos genéricos, com a matéria concernente à prova é, à evidência, indiscutível; a relação, porém, limita-se a um tópico particular dessa matéria, a saber, a distribuição do *onus probandi*. Ora, as regras que disciplinam tal distribuição não dizem respeito, na verdade, nem aos meios de prova — o que parece bastante óbvio —, nem mesmo à atividade de instrução, visto que a prova de determinado fato (por hipótese, no presente contexto, de fato *contrário* ao legalmente presumido) não tem valor persuasivo necessariamente mensurável em função da pessoa que a produziu. O juiz, com efeito, pode e deve levar em conta o elemento de convicção trazido aos autos, independentemente da circunstância de havê-lo trazido, na espécie, a parte a quem incumbia o *onus probandi*, ou a parte adversa. Numa palavra: a origem da prova é, em princípio, irrelevante para a valoração respectiva. A doutrina costuma expressar essa idéia dizendo que as regras sobre ônus da prova constituem, no fundo, regras de *juízo*, das quais se vale o órgão judicial, por não lhe ser dado cingir-se a um *non liquet*, exatamente nos casos em que de certo fato, relevante para a decisão da causa, *não se obtive prova alguma*¹¹. O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* assume real importância *na ausência de prova*: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar *a qual das litigantes* compete o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório. E isso se aplica, sem sombra de dúvida, às normas que consagram presunções relativas, como normas, que na verdade são, de atribuição do *onus probandi*. Bem se concebe, *v.g.*, que os elementos probatórios capazes de afastar a presunção sejam trazidos aos autos, quicá inadveriti-

10. NITOLI-FERRUCCI, "Della tutela dei diritti", no *Commentario del Codice Civile*, Turim, 1962, t. VI, l. I, pág. 356; SERIO COSTA, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 4.ª ed., Turim, s/d (1973), pág. 343, e tantos outros.

11. Já o observara HEDDMANN, *Las Presunciones en el Derecho*, trad. de Luis Sancho Serral, Madrid, 1931, págs. 262/3, 305/6.

12. V., entre muitos, MICHELI, *L'Onere della Prova*, Pádua, 1966 (reimpressão), págs. 177 e segs.; ANDRIOLI, "Prova (diritto processuale civile)", in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, pág. 299; MUSELAK, ob. cit., págs. 19 e segs., 384/5.

damente, pela própria parte a quem ela favorecia: o resultado prático será o mesmo que ocorreria se trazidos fossem tais elementos pela parte adversa.

5. Voltamos em seguida a nossa atenção para as presunções legais absolutas (*praesumptiones iuris et de iure*), isto é, para aquelas em relação às quais, de acordo com a fórmula tradicional, já oportunamente criticada (*supra*, n.º 1), é inadmissível a "prova em contrário". Se procurarmos identificar, nas hipóteses mais frequentes, os pontos de contacto entre esse tipo de presunção legal e o outro, que acabamos de examinar, parece fácil —, com a ressalva que adiante se fará —, discernir dois. O primeiro — comum também às presunções judiciais ou simples — reporta-se ainda à relação entre o fato presumido e outro, a ele tão intimamente vinculado (ao menos se se leva em conta *id quod plerumque accidit*), que a ocorrência do segundo torna extremamente verossímil a suposição da ocorrência do primeiro. Deifrontamos de novo, aqui, em regra, com um juízo de probabilidade formulado pelo legislador (não pelo órgão judicial, como nas presunções simples): se aconteceu x, deve ter acontecido igualmente y. O outro ponto de contacto reside na consideração — feita sempre pelo legislador — de que seria mais difícil provar a efetiva ocorrência do fato y do que provar a sua não-ocorrência *in casu*. Realmente, muitas vezes se mostra sobremodo árdua — por paradoxal que isso possa afigurarse, à primeira vista — a demonstração cabal de que as coisas se passaram *normalmente*, de acordo com o esquema que reúne maiores condições de verossimilhança e, por conseguinte, de probabilidade. Em hipóteses tais, para não ser injusto, pondo sobre os ombros do interessado carga pesada demais, o legislador prefere defini-se pela solução oposta, dispensando a prova de que os acontecimentos realmente seguiram o curso normal, o curso que seria de esperar que seguissem. No caso da presunção absoluta, e talvez mesmo em algumas hipóteses de presunção relativa, esta segunda linha de raciocínio, baseada na *difficultade* da prova, assume tamanho relevo que chega às vezes a impor-se *por si mesma*, relegada a plano secundário (quando não desprezada de todo) aquela que se relaciona com o juízo de probabilidade: em geral as duas idéias andam de braços dados, mas não fica excluído que se estabeleça presunção legal *principalmente* (ou até *exclusivamente*) por temer-se que a extrema dificuldade de provar o fato presumido conduzisse, na prática, a uma injustiça.

Todas essas considerações, entretanto — e aqui se toca o *punctum prius* —, só têm relevância quando se pesquisa a *ratio legis*. São considerações que 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.

Ademais — e aqui vem a ressalva a seu tempo anunciada —, não é absolutamente seguro que, em todos os casos de presunção *iuris et de iure*, o legislador se haja deixado guiar, ao menos em caráter de prevalência, pelas razões políticas a que acabamos de aludir. Antes se afigura possível vislumbrar no procedimento adotado simples *expediente técnico* tendente a caracterizar determinadas hipóteses em que — ao contrário do que comumente ocorre — não é necessária a presença deste ou daquele elemento ou requisito, para que se haja de ter por existente ou por válido um ato jurídico, ou ainda para que se produza tal ou qual efeito jurídico. Suponhamos que, *em regra*, a existência ou a validade de certo ato, ou a produção de certo efeito, fique condicionada à ocorrência dos elementos ou requisitos a, b e c, mas que, nalguma hipótese particular, quicá para facilitar a satisfação de interesse julgado merecedor de mais forte proteção, queira o legislador *dispensar* um deles — c, por exemplo. Em vez de dizer que bastam a e b para que exista ou valha o ato, ou para que se produza o efeito, diz que, sob aquelas circunstâncias peculiares, se *presume* (de modo absoluto) a presença de c.

Esse é, ao nosso ver, do ponto-de-vista normativo, o verdadeiro esquema da presunção absoluta. Ele é aplicável inclusive aos casos em que a *ratio legis* efetivamente reside em considerações atinentes à maior probabilidade de que as coisas se passem de determinada maneira, ou à maior dificuldade que se encontraria em demonstrar que elas se passaram dessa maneira. Ora, a perspectiva que no presente contexto mais nos interessa é a da *junção normativa* da presunção, e não a dos motivos políticos que tenham influído na opção do legislador. Tomemos o exemplo do usucapião. Para que se produza o efeito da aquisição da propriedade por tal modo, *em regra* devem concorrer *quatro* pressupostos: a posse, um lapso de tempo, justo título e boa-fé. Por exceção, quando o lapso de tempo atinge determinado limite, a lei passa a considerar *desnecessários* os dois últimos pressupostos. Poderia expressá-lo numa fórmula direta: se o usucapiente está na posse da coisa há x anos, adquiere-lhe o domínio *mesmo que* não tenha justo título nem boa-fé. Mas também pode atingir igual resultado dizendo que, em semelhante hipótese, se *presumem* esta e aquela¹². Outro exemplo sugestivo é o da *presunção de violência* que se estabelece em textos penais¹³: o que a lei quer é fazer certo que, *tenha*

12. Na primeira parte do art. 550 do Código Civil brasileiro ("Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel adquiri-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé, que, em tal caso, se presume"), a cláusula grifada é totalmente supérflua: eliminada que fosse, nenhuma falta faria. Daí, talvez, chegar PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XI, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1971, pág. 137, a escrever que "nenhuma presunção há no art. 550".

13. Por exemplo, no art. 224 do Código Penal brasileiro:

"Presume-se a violência se a vítima:
a) não é maior de quatorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

ou não ocorrido violência, o fato típico se configurou, desde que presentes os outros extremos.

Ora, aqui é que nos defrontamos, salvo engano, com a diferença essencial entre a presunção *relativa* e a presunção *absoluta*. Naquela, o que se dispensa é apenas a *prova* de certo fato; nesta, dispensa-se o *próprio fato*, em si mesmo. Por isso, à primeira há que reconhecer um papel na economia do processo: se não se trata, na verdade, de meio de prova, trata-se todavia, consoante assinalamos, de algo que repercute na distribuição do *onus probandi*. Já a presunção absoluta *nada tem que ver com o processo*: a sua relevância manifesta-se por inteiro no plano do direito *material*¹⁴. A fórmula clássica, segundo a qual é inadmissível aqui a “prova em contrário” — ainda com a retificação consistente na troca do “inadmissível” por “irrelevante” (*supra*, item n.º 1) —, não passa de biombo usado *commo dicitis causa*: quem olhar *através* do biombo verificará que a circunstância de não aproveitar ao eventual interessado qualquer iniciativa tendente à demonstração de que o fato presumido não ocorreu, longe de representar simples limitação à atividade instrutória, constitui afinal mero corolário, lógico e inexorável, de uma premissa latente, a saber: a de que o fato presumido é fato *sem relevância jurídica*. Há, no fundo, uma equiparação de eficácia: a lei imprime ao esquema $a + b$ a mesma eficácia que teria o esquema $a + b + c$, ou $a + b + c + d$, e assim por diante. Numa palavra: atribui efeitos *iguais a diferentes* esquemas de fato.

Dissemos que o mecanismo da presunção absoluta funciona no plano material, e não no plano processual. Impõe-se uma ressalva: nada impede que, mesmo ao editar regras processuais, o legislador recorra a esse expediente técnico: assim, *v.g.*, se disser que o silêncio da parte durante certo prazo faz presumir sua concordância com a providência requerida ou proposita. Para tais casos valerão, analogicamente, as observações feitas no presente item.

6. Não serão inoportunas, neste passo, algumas breves considerações sobre a relação entre as presunções legais absolutas e as chamadas *ficções jurídicas*. Ao confrontarmos a presunção absoluta com a presunção relativa, mostramos que os pontos comuns a ambas, quando existam, não ultrapassam o âmbito das *razões inspiradoras* dos dispositivos que as consagram; no plano propriamente *normativo*, pelo contrário, uma e outra se distinguem de modo nítido, seja quanto à estrutura, seja quanto à função. Essa relação fica *invertida* quando se comparam a presunção absoluta e a ficção jurídica: aqui, a semelhança reside justamente no valor normativo das duas figuras, que é o mesmo, sem que entretanto deixem de diferir (e até de contrapor-se) as idéias básicas à luz das quais o legislador consagra esta ou aquela.

Realmente: enquanto a presunção *iuris et de iure* encontra uma de suas possíveis (e mais frequentes) explicações na grande *verossimilhança* do fato presumido, a ficção implica, muito ao contrário, não só que o

14. Cf., na doutrina mais recente, MUSELAK, ob. cit., págs. 82, 387.

legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a *verdade é o oposto*, quer dizer, admite que o fato *não se haja verificado* — para em seguida, apesar disso, determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziram *se o fato fosse verdadeiro*. Atribui-se, destarte, ao esquema *não-a* eficácia igual à normalmente atribuída ao esquema *a*. Esse traço essencial — equiparação de efeitos quanto a diferentes esquemas de fato — é que legitima a aproximação, ao ângulo normativo, das figuras da presunção absoluta e da ficção jurídica: são semelhantes os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente técnico. Em última análise, a distinção tem apenas valor teórico¹⁵.

Eis porque não surpreende certa tendência, que às vezes se observa, a confundir as duas figuras, a tomar uma pela outra. Trata-se de confusão feita, em vários casos, pelo próprio legislador, que emprega, ao redigir a lei, terminologia inexacta: fala, *v.g.*, de “presunção”, ou usa o verbo “presumir”, quando na verdade está consagrando uma ficção. Exemplo desse equívoco depara-se na redação do art. 343, § 1.º, do Código de Processo Civil de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às consequências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. Lê-se no texto legal: “A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que *se presumirão confessados* os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recusa a depor”. Ora, é evidente que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum *confessa*: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como *inexistente*. Aqui não há qualquer “juízo de probabilidade”: estamos diante de algo que sabidamente *não ocorre*, e ao legislador não é dado “presumir” que ocorra. Nem é isso, aliás, que ele pretende: quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não-comparecimento, ou a recusa a depor) *os mesmos efeitos* que decorriam do fato *não verificado* (a confissão). Estamos, assim, em pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar, ao propósito, de *ficta confessio*¹⁶. Outro seria o enquadramento dogmático, vale notar, se a norma estatuisse que os fatos alegados contra a parte, nas hipóteses de não-comparecimento ou de recusa a depor, “se presumirão *verdadeiros*”. Aí, sim, existiria realmente *presunção*, isto é, equiparação de efeitos baseada em “juízo de probabilidade”: ao ver do legislador, se a parte, intimada a depor, se absteve de comparecer ou de prestar depoimento, esse modo de proceder, revelando o temor de ser inquirida, autorizaria a conclusão de que as alegações do adversário espelham a verdade. Tal como

15. MUSELAK, ob. cit., pág. 83.

16. *V.g.*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, 1.ª parte, S. Paulo, 1974, pág. 202. Fala AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1976, pág. 90, em “*Confissão ficta, presumida ou ficta*”, sinonimizando as expressões. Assim também PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. IV, Rio de Janeiro, 1974, pág. 272, que alude a “confissão ficta, presumida ou *cominada*” [os gritos são dos originais].

redigido o dispositivo, porém, o caso é de ficção, e não de *presunção legal*.

Também de ficção é outra hipótese em que o Código, incidindo no mesmo equívoco, usa a expressão "presumindo-se". Referimo-nos ao art. 838, 2.ª parte, onde se prevêem as consequências do não-cumprimento, pelo obrigado, da sentença que lhe imponha o reforço da caução, *verbis*: "Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, *presumindo-se* que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso". Entra pelos olhos a absoluta falta de correspondência entre o fato que se diz "presumido" e a realidade das coisas: não ocorre, é claro, desistência alguma; apenas, quer-se dar ao descumprimento da sentença efeito idêntico, no particular, ao que produziria a desistência, *se ocorrerse*. Isso, porém, é mais que presumir: é *fingir*.

Quase desnecessário acrescentar que o recurso ao expediente da ficção — tal como se dá, aliás, com o emprego do expediente paralelo, o das *praesumptiones iuris et de iure* — tende a tornar-se menos freqüente, na medida em que se vai apurando a técnica legislativa. Pode-se valicionar com alguma segurança que o futuro o verá reservado a casos excepcionáísimos, em que seja extremamente mais *cômodo* redigir um dispositivo legal sob essa forma oblíqua do que dizer, pura e simplesmente, que esta ou aquela situação produz efeitos iguais aos desta ou daquela outra situação. O certo é que não parece difícil encontrar fórmulas equivalentes, purificadas de todo artifício, para os textos que consagram ficções jurídicas 17. A lei não precisa "fingir" que se deu o fato x para atribuir os respectivos efeitos a qualquer fato diverso de x: entra na sua normal competência, quando assim o entenda (e preservados os eventuais princípios superiores que lhe criem limitações a respeito), tratar igualmente situações designais.

O próprio Código de 1973, no particular, revela aqui e ali notável progresso em relação ao anterior diploma processual civil. Serve de exemplo o dispositivo atinente à "execução" das obrigações de prestar declaração de vontade. No Código de 1939, à semelhança do modelo alemão (ZPO, § 894), o art. 1.006, *caput*, valia-se do expediente da ficção, dizendo que a declaração devida pelo réu *se consideraria emitida* no momento em que a sentença transitasse em julgado. Já a nova lei, com técnica superior, assim dispõe: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida". A redação atual põe de manifesto a substância do que realmente se passa: torna-se nítido o fenômeno da equiparação de efeitos. Sem necessidade alguma de "fingir-se" o que quer que seja, pura e simplesmente se atribuem à sentença (*reclus*: ao seu trânsito em julgado) efeitos *iguais* aos que se produziriam se o devedor prestasse a declaração de vontade.

17. V. o interessante ensaio de BAVART, "Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?", no volume *Les Présomptions et les Fictions en Droit*, publicado por PERELMAN e FORLERS, Bruxelas, 1974, págs. 27 e segs.

7. Tratemos de enunciar, em termos sintéticos, as conclusões que nos parece autorizar tudo quanto se expôs nos itens precedentes. Pensamos haver ficado bastante claro que não é próprio incluir as presunções entre os meios de prova. Isso vale para as presunções judiciais ou simples e, *a fortiori*, para as presunções legais.

As presunções judiciais e as presunções legais relativas (*iuris tantum*) ainda se relacionam, em todo caso, com a matéria da prova. Aquelas, de maneira bem remota, apenas porque correspondem ao resultado de um raciocínio feito pelo órgão judicial com base em fato provado (indício), inserindo-se assim — mas como pontos de chegada — no processo mental que o juiz realiza para assentar os fundamentos fácticos da decisão. Estas, mais de perto, na medida em que influem na distribuição do *onus probandi*, podendo acontecer (*eventualmente*) que o desloquem para pessoa diversa daquela que o teria de suportar, à luz das regras gerais contidas na lei processual.

As presunções legais absolutas *nada* têm que ver com a prova. Do ponto-de-vista técnico, representam — e nisso não se distinguem das ficções — meros expedientes ordenados à equiparação de efeitos entre esquemas de fato diferentes. Como tais, manifestam e exauram a sua eficácia normativa no plano *material*. Difícilmente se legítima, portanto, a maneira tradicional de considerar essas presunções e as relativas como se fossem espécies do mesmo gênero: as características comuns a umas e outras, quando existem, colocam-se todas em nível *pré-jurídico*, no campo das razões de política legislativa que antecederam a edição da norma.

A semelhante luz, a referência feita às "presunções legais", no art. 334, IV, do Código vigente, poderia talvez justificar um reparo de índole teórica. Ao dizer que "não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade", sem distinguir — ao menos expressamente — entre *praesumptiones iuris tantum* e *praesumptiones iuris et de iure*, para usarmos as expressões consagradas, incorreria a lei, ainda uma vez, no equívoco de englobar em categoria única duas figuras portadoras de traços essenciais muito diversos. O que ali se enuncia acerca do fato legalmente presumido — a saber: que não depende de prova — é posição incensurável, a qualquer ângulo, no tocante às hipóteses de presunção *relativa*. Quanto às de presunção *absoluta*, no rigor da técnica, teria de ser outra a formulação: os fatos legalmente presumidos *iuris et de iure*, na verdade, não são apenas fatos que dispensam *provar*; são fatos *irrelevantes* já do ponto-de-vista *material*, isto é, fatos que não precisam *ocorrer* para que se produza o efeito previsto na lei. Certamente, por via de consequência, tampouco precisam *ser provados*; ou melhor: não são admissíveis como objeto de prova. Esse, todavia, é fenômeno secundário, que não concerne à substância da figura. Cumpre reconhecer que seria difícil ao legislador redigir o dispositivo com maior precisão técnica: se aludisse, em termos expressos, *apenas* às presunções relativas, assumiria o risco de sugerir a algum exegeia apressado, *a contrario sensu*, a conclusão de *necessita-*

rem de prova os fatos contemplados em presunção legal absoluta... De qualquer sorte, o ponto é irrelevante pelo prisma prático.

Mais importante a verificar como trata o Código as presunções judiciais. É verdade que, à primeira vista, a investigação aqui não promete muito: nenhuma referência expressa faz-se a elas no Liv. I, Tit. VIII, Cap. VI ("Das provas"). As várias secções destinadas à disciplina específica dos meios de prova cuidam, sucessivamente, do depoimento pessoal (Secção II), da confissão (Secção III), da exibição de documento ou coisa (Secção IV), da prova documental (Secção V), da prova testemunhal (Secção VI), da prova pericial (Secção VII) e da inspeção judicial (Secção VIII); em vão se procurará uma secção que diga respeito, especificamente, às presunções judiciais, ou mesmo aos indícios. Seria, porém, arriscado tirar daí a conclusão de que o legislador assumiu com plena consciência a atitude de negar que as presunções judiciais constituam meios de prova, equiparáveis aos outros mencionados: com efeito, diante do art. 332 ("Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"), não há cogitar de uma discriminação exaustiva: as presunções judiciais (ou, quem sabe, os indícios) poderiam reputar-se abrangidos pela cláusula genérica, tendo-se apenas considerado desnecessária a inserção de regras que traçassem, a tal respeito, disciplina particular. Fica-se no reino das conjecturas, e não há qualquer vantagem prática em insistir na questão.

8. Na Secção I, contudo, entre as "disposições gerais" relativas às provas, aparece uma norma que não pode, no presente contexto, deixar de suscitar acentuado interesse. É a do art. 335, sem correspondência no ordenamento precedente, e que assim reza: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". Se o leitor se recordar do que ficou exposto nos itens anteriores deste trabalho, não terá dificuldade em perceber quão intimamente se podem relacionar essas "regras de experiência", a que alude o dispositivo, com as presunções judiciais, formuladas a partir de indícios. Retomemos o exemplo do réu em cuja posse ficou provado achar-se a arma do crime (indício). Quando o juiz, raciocinando sobre tal base, conclui pela imputação do fato delituoso ao réu, está armando (de modo explícito ou implícito, pouco importa) silogismo onde figura, como premissa maior, uma "regra de experiência comum, ministrada pela observação do que ordinariamente acontece". O esquema silogístico traduzir-se-á mais ou menos nestes termos: "Em geral, o crime é cometido pela pessoa que possuía a arma adequada; ora, a pessoa que possuía a arma adequada é o réu; logo, o crime deve ter sido cometido pelo réu". De onde tirou o órgão judicial, para assim raciocinar, a premissa maior? Da "observação do que ordinariamente acontece", é claro. Essa "regra de experiência", conjugada com o indício (que fornece a premissa menor), permite-lhe chegar à presunção de que o réu é o autor do fato delituoso.

O tema das "regras de experiência", objeto de amplo e profundo estudo na Alemanha desde os fins do século passado¹⁸, suscita problemática extensa, que não é possível sequer alforar nesta oportunidade: a mera enunciação dos tópicos já excederia de muito os limites fixados ao nosso pequeno ensaio. Vale a pena ressaltar o fato de que pela primeira vez, entre nós, um texto de lei faz expressa menção à figura. É evidente que, mesmo sob o direito anterior, muitos juízes, senão todos eles, se valeram a cada passo de "regras de experiência" para julgar as causas que lhes eram submetidas; nem por isso se torna menos oportuno o registro.

Digna de especial atenção é a cláusula inicial do art. 335: "Em falta de normas jurídicas particulares...". Ao menos em seu teor literal, ela sugere uma alternativa: o órgão judicial aplicará ou uma norma jurídica, ou uma "regra de experiência"; e, como só recorrerá a esta se *fallar* aquela, a ilação que se impõe parece ser a de que a "regra de experiência" atua *subsidiariamente*, como um *succedâneo* da norma jurídica — nos casos, portanto, de *lacuna da lei*. A impressão que se tem é a de que o legislador se inclina a ver a "regra de experiência" e a norma legal como duas entidades *substancialmente homogêneas* — o que permitiria àquela fazer as vezes desta. Se confrontarmos os dizeres do art. 335 com os do art. 126, concluiremos que, em tal perspectiva, as "regras de experiência" poderiam vir mencionadas no segundo dispositivo, ao lado da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, firmados todos pela função comum de complementar as lacunas do texto legal.

Sobre a natureza das "regras de experiência" muito se discutiu na doutrina europeia¹⁹. Praticamente todas as opiniões concebíveis ao propósito encontraram defensores autorizados: houve quem as equiparasse na verdade a normas jurídicas, quem lhes recusasse termianamente esse caráter, quem as situasse em plano intermediário entre o do direito e o dos fatos, e quem afinal distinguísse no gênero mais de uma espécie, ou atribuisse à categoria função variável, de tal maneira que a equiparação ora se justificaria, ora não. A questão não era acadêmica; do modo como se resolvesse dependia, ao ver de muitos, a solução de um problema prático de grande relevância: poderia o tribunal superior, no julgamento de recurso que permitia apenas a correção de erros de direito, controlar a utilização das "regras de experiência" pelo órgão *a quo*? Em outras palavras: deveriam ter-se como *quaestiones iuris* ou como *quaestiones facti* as questões atinentes à correta ou incorreta aplicação das aludidas regras?

18. Mais precisamente, desde 1893, quando se publicou a obra de STEIN, *Das private Wissen des Richters*, com a primeira elaboração sistemática da matéria: v. as págs. 23 e segs. da tradução espanhola de Andrés de la Oliva Santos, sob o título *El Conocimiento Privado del Juez*, Pamplona, 1973.

19. Extensíssima a bibliografia a respeito: para nos limitarmos a alguns trabalhos mais recentes, v. SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 2.ª ed., Bonn, 1960, págs. 162 e segs.; RICAUVX, *La Nature du Contrôle de la Cour de Cassation*, Bruxelles, 1966, págs. 112 e segs.; TARUFFO, *ob. cit.*, págs. 197 e segs.; NOBILI, "Nuove polemiche sulle cosiddette massime d'esperienza", in *Riv. Ital. di Dir. e Proc. Pen.*, vol. XII, 1969, págs. 123 e segs.

Não cabe aqui, obviamente, recapitular o debate em toda a sua extensão, e menos ainda tentar responder em termos categóricos às numerosas interrogações em que ele se desdobra. A letra do art. 335, *princípio*, incutia uma *tendência* do legislador processual de 1973; mas só mediante investigação mais aprofundada (para a qual não é esta a sede própria) será possível assentar, com um mínimo de segurança, se a doutrina do Código é mesmo a da *juridicidade* das “regras de experiência” — ou, afinal de contas, se o Código realmente se quis filiar, com plena consciência do que fazia, a *alguma* doutrina. Limitar-nos-emos, nesta oportunidade, a observar que se afigura duvidoso — ao menos com o alcance *genérico* que lhe dá o texto — o acerto da premissa mesma, da qual parece haver partido o legislador. Bem consideradas as coisas, não é exato que o juiz *somente* recorra a uma “regra de experiência” quando *fales* norma jurídica aplicável à espécie; nem, por conseguinte, que aquela funcione (necessariamente) como sucedâneo desta. A utilização da “regra de experiência” não exclui a aplicação de norma jurídica para a solução do litígio: uma e outra têm aplicação *concorrente*. Ainda a aceitar-se a idéia de que a “regra de experiência” *integra* (ou melhor: *pode integrar*) a norma jurídica, na medida em que permite ao órgão judicial estabelecer o sentido de expressões indefinidas, usadas no texto legal para traduzir conceitos valorativos, de modo nenhum se poderá dizer que com semelhante operação *se esgote* a tarefa assignada ao juiz.

Voltemos ainda a um exemplo já várias vezes utilizado nestas páginas. No momento em que infere da posse da arma a imputação do fato delituoso ao réu, com o auxílio de uma “regra de experiência”, o órgão judicial está, sem dúvida, fixando uma das premissas do seu julgamento; ainda não está, porém, *julgando*. Seria pouco dizer que não fica excluída, aí, a consecutiva aplicação da norma jurídica à *species facti*: a verdade é que tal aplicação continua a ser *absolutamente necessária* para que se forme, afinal, a sentença.

Desprezando outras perspectivas de investigação, que se abrem a partir dos tópicos acima superficialmente alforados, cingir-nos-emos, para não alongar demais o discurso, a uma breve observação conclusiva. A ser verdadeira a premissa (latente no texto do art. 335) de que as “regras de experiência” são normas *jurídicas* — ou *juridicizadas*, se assim se preferir —, ou pelo menos de que a função por elas exercida no processo é sempre a de *substituir* normas jurídicas ausentes do texto escrito, então, por amor à coerência, ter-se-ia de considerar gritantemente imprópria a colocação do dispositivo em foco na parte do Código referente às provas²⁰. Melhor fi-

20. Já sob o direito anterior, embora sem considerar “teses de direito” as contidas nas regras de experiência, dizia destas PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), vol. II, 1.ª ed., Rio de Janeiro, 1947, pág. 258, que “nunca ficariam bem em capítulos sobre prova”. Surpreende que o comentário desse autor ao art. 335 do novo diploma processual se restringia a consignar: “Satisfaz-nos encontrar o art. 335 no Código de 1973, que pôs em regra jurídica o que devia pôr, atendendo ao problema que exsurta na ciência do direito processual civil” (*Coment. ao Cód. de Proc. Civ. de 1973* cit., t. IV, pág. 237).

caria ele situado lá onde tratou o diploma processual civil dos procedimentos utilizáveis pelo juiz para complanar as lacunas da lei; até se poderia, pura e simplesmente, acrescentar uma cláusula final ao art. 126, 2.ª parte: “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito e às *regras de experiência* etc.”. Seria mais *lógico*; não quer dizer necessariamente que fosse mais *correto*. Em nosso entendimento, o que merece reparo não é tanto a situação do art. 335: é a letra da sua parte inicial. Quanto ao mais, e feita abstração do problema concernente à natureza das “regras de experiência”, não se podendo negar, de qualquer modo, a relevância que elas assumem em matéria de presunções judiciais, seria talvez excesso de bizantinismo perquirir se a relação *indiveta*, mas em todo caso existente, entre estas e o tema da prova deve ou não considerar-se bastante para justificar a opção do legislador.