

**A Prova Civil**  
Admissibilidade e relevância  
*Eduardo Cambi*

Prefácio  
MICHELE TARUFFO

© desta edição [2006]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretor responsável*  
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

**0955**

Visite nosso site  
www.rt.com.br

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR  
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor  
sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo  
São Paulo – Brasil

TOPOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil  
[03-2006]

Atualizado até  
[02-2006]

ISBN 85-203-2888-1

## Agradecimentos

O presente livro é resultado da conclusão do meu doutorado na Universidade Federal do Paraná.

A tese doutoral é um enorme desafio, que, para poder ser concretizada, exige grandes esforços.

Trata-se de uma caminhada muitas vezes solitária, mas que não pode determinar o isolamento do estudioso, porque, como nos ensina Francesco Carnelutti, o saber é uma riqueza que foi feita para ser desfrutada com os outros.<sup>1</sup>

Um livro deve ser compreendido como um *diálogo* em que o leitor Enriquece, com a sua vida (isto é, com suas certezas, dúvidas, experiências etc.), o texto escrito, já que o *sentido* das palavras é produzido no sujeito que as *interpreta*.<sup>2</sup>

Assim sendo, a construção de um sistema jurídico mais eficiente e adequado às realidades de nosso país é de responsabilidade de todos, não apenas um privilégio dos legisladores e dos juízes.<sup>3</sup> Isso é possível na medida em que o *significado* das *normas* é resultado da interpretação, a qual não é uma atividade exclusiva de quem detém o poder estatal, porque toda exegese é capaz de integrar o *discurso jurídico*, embora seja o Estado-juíz quem detenha o monopólio da jurisdição.<sup>4</sup> Dessa maneira, o direito pode ser entendido como o exercício da autoridade, resultante, em Estados Democráticos, da conjugação participativa entre governantes (incluindo os juízes) e governados, bem como um mecanismo voltado à realização da justiça.

<sup>1</sup> La missione del giurista. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 343, 1959.

<sup>2</sup> Hans-George Gadamer, *Verdade e método*, Trad. de Flávio Paulo Meuves, Petropolis: Vozes, 1997, p. 482 e s.

<sup>3</sup> "Parece llegado el tiempo de pensar el derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad. De advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan en la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a 'aplicar el derecho'. (...) Sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio; sentido que circula en el espacio público de la comunicación y que nadie podría, sin violencia o ilusión pretender acaparar. (...) Una concepción del derecho que lo muestre como práctica social discursiva..." (Carlos María Cárrova, *Las cosas ya no son lo que eran antes*. Apuntes sobre la complejidad y la esperanza, *Revista de Procuraduría General de Estado de Paraná*, v. 6, p. 29-30).

<sup>4</sup> Com razão Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo explicam que "while judges have office and functions authorized by law, they have no special access to the law or to the sources of the law's deeper meaning" (*American civil procedure*. An introduction, New Haven: Yale University Press, 1993, p. 75). Cfr., também: Eros Roberto Grau, *La doble deconstrucción y la interpretación del derecho*, Trad. de Barbara Rosenberg, Barcelona: Bosch, 1998, p. 72-73 e 81-82.

adequadamente os direitos materiais, em casos como este, em que é mais fácil para o demandado provar o fato constitutivo do direito, aplica-se a teoria da carga dinâmica da prova.

Ainda um último exemplo da interessante aplicação da teoria da distribuição dinâmica das provas se deu aos empregados públicos beneficiários da indenização concedida pelo art. 8.º do ADCT da CF, isto é, aos anistiados por motivação exclusivamente política. Como o ônus de provar o motivo da dispensa tornaria excessivamente difícil a tutela do direito material, considerando que, na dúvida, o direito deve ser interpretado em favor da vítima de violação dos direitos humanos (*in dubio pro vítima* dos direitos humanos), a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova permitiu que os direitos pecuniários dos anistiados ficassem resguardados, a não ser que o Poder Público demonstrasse que o motivo da dispensa não foi exclusivamente política.<sup>161</sup>

Entretanto, tais são meros exemplos tópicos que não impedem a extensão desta teoria a outras situações concretas em que a tutela do direito material não pode ser prejudicada pela dificuldade ou impossibilidade da prova, sob pena de valorizar mais o meio (prova) que o fim (proteção dos direitos).

Portanto, a técnica desenvolvida na teoria da carga dinâmica da prova nada mais é do que uma das possíveis técnicas – como a presunção judicial e a inversão do *onus probandi* contida no art. 6.º, inc. VIII, do CDC – para facilitar os mecanismos de tutela dos direitos materiais.

### 3.5 Situações não sujeitas à prova

#### 3.5.1 FATOS NOTÓRIOS

A noção de fato notório está calcada nos brocardos *notoria non egerit probatione* (o notório não necessita de prova) e *non potest ignorari quod publica notum est* (não se pode ignorar o que é publicamente notório),<sup>1</sup> que foram incorporados, em nosso

<sup>161</sup> Neste sentido, já julgou o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região: “Incumbê à Administração Pública o ônus da prova de inexistência de motivação política, na dispensa do empregado público, se tais informações se encontram em seus próprios arquivos, e se impossível é o seu acesso a quem elas beneficiam, visto que se compreende e se explica que se às partes é lícito convencional o ônus probatório, com muito maior razão poderá o juiz realizar tal inversão (argumento *in fortiori*), consoante aplicação da Teoria do Ônus Probatório Dinâmico” (art. 333, § 1.º, do CPC) no direito processual civil e segundo interpretação *in dubio pro vítima* nos direitos humanos” (6.ª T., Ap. Civ. 103.429, rel. Juiz José Ferreira Neves Neto, j. 27.08.2002, DJU 19.01.2004, p. 153).

<sup>1</sup> Cfr. Piero Calamandrei, Per la definizione del fatto notorio cit., p. 273-274; Friedrich Stein, *Et conotianza privata del juez* cit., p. 157; Francesco Carrelutti, Massimo di esperienza e fatti notori cit., p. 640; Salvatore Satra, *Diritto processuale civile* cit., p. 195; Giuseppe Mazzarella, Appunti

ordenamento processual, na regra contida no art. 334, inc. I, CPC.<sup>2</sup> Além disso, a compreensão de que os fatos notórios não precisam de prova é um “dogma pacífico nos tribunais”.<sup>3</sup>

Entretanto, não basta dizer serem os fatos notórios aqueles que não necessitam de provas, porque essa noção não esclarece a questão de saber quais são, efetivamente, esses acontecimentos que não precisam ser demonstrados.

O conceito de notoriedade é *cultural*, modificando-se conforme variantes de tempo e de lugar. São considerados notórios, para fins processuais, os fatos que pertencem à cultura do homem médio no lugar e no momento em que a decisão é tomada.<sup>4</sup>

A melhor compreensão desse conceito pode ser obtida a partir da análise das suas características.

Em primeiro lugar, a notoriedade é um conceito eminentemente *relativo*, isto é, não existem fatos notórios a todos os homens, sem limitação de tempo e de

sul fato notorio, *Revista di Diritto Processuale Civile*, p. 65, 1934; Lorenzo Carnelli, Evidencia notoria, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova: Cedam, 1958, v. 2, p. 163; Virgilio Andrioli, Prova (diritto processuale civile), v. 16, cit., p. 279; Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 233; Santiago Sentis Melendo, *Naturaleza de la prueba* cit., p. 133; Hernando Devis Echeandía, *Teoria general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 214; Valentín Silva Melero, *La prueba procesal*, t. I, cit., p. 57; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicialina no civil e comercial*, v. 1, cit., p. 166.

<sup>2</sup> O Superior Tribunal de Justiça, interpretando essa regra jurídica, asseverou: “Notórios são os fatos de conhecimento geral incontestes, a independem de prova” (4.ª T., Ag. Reg. no Agr. de Instr. 24.836-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.04.1993, v.u., DJ 31.05.1993, p. 10.670). Na Itália, os fatos notórios encontram respaldo normativo, na segunda parte do art. 115 do CPC, pelo qual não há necessidade de prova “le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”. O Projeto Carnelutti de Reforma do Código de Processo Civil italiano, todavia, era mais explícito, porque afirmava, no art. 297, que “si reputano pubblicamente notori quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”. Esse projeto, embora não tenha sido aprovado, passou pela Comissão de Revisão, da qual ganhou a seguinte redação: “Si reputano pubblicamente notori quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini di media cultura nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”. Cfr. Piero Calamandrei, Per la definizione del fatto notorio cit., p. 275. Já em Portugal o art. 514 do CPC, o qual dispõe sobre os fatos que não carecem de alegação ou de prova, afirma: “1. Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral. 2. Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove”.

<sup>3</sup> Cfr. Piero Calamandrei, Per la definizione del fatto notorio cit., p. 273-274.

<sup>4</sup> “Si considerano notori quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione” (idem, p. 298).

espaço.<sup>5</sup> Assim, o que é notório em um lugar pode não o ser em outro e o que foi notório pode deixar de sê-lo, bem como o que não é notório pode vir a sê-lo. Ademais, somente se pode falar em fato notório em relação a um determinado círculo social (v.g., os habitantes de uma cidade, os membros de uma classe profissional, de uma religião etc.). Por conseguinte, não importa o número de pessoas que detêm esse conhecimento, mas o caráter de pacífica e desinteressada certeza que esse conhecimento possui dentro de um determinado círculo social, a ponto de ser considerado um patrimônio comum. Por exemplo, um cometa, que passa sobre o País e é conhecido por dezenas de astrônomos, não é menos notório que a data da independência do Brasil, conhecida por milhões de brasileiros.

Em segundo lugar e em decorrência dessa característica, o fato para ser notório não precisa ser, *efetivamente*, conhecido por todas ou pela maioria das pessoas que pertencem a um círculo social.<sup>6</sup> Por exemplo, ninguém precisa saber de memória, quais são os afluentes do Rio Amazonas ou em que ano morreu Tancredo Neves, conquanto esses sejam dados indiscutíveis, facilmente encontrados nos manuais de geografia e de história do Brasil.<sup>7</sup>

Em terceiro lugar, o conhecimento desses fatos não depende da sua *direta observação*, porque um fato pode pertencer ao patrimônio comum de um determinado círculo social sem que tenha sido diretamente percebido por todos ou pela maioria dos participantes desse grupo social. Essa compreensão fica cada vez mais fácil de ser entendida a partir do avanço tecnológico, o qual tem proporcionado avanços na comunicação de massas (*mass media*), permitindo a transmissão imediata de imagens e o registro de acontecimentos históricos, que redundou na maior e mais rápida propagação de informações. Por exemplo, apesar de a tripulação da nave Apolo 11 ter se reduzido aos astronautas Neil Armstrong, Michael Collins e Edwin Aldrin, é do conhecimento comum que o homem pisou pela primeira vez no solo da Lua, em 20.07.1969, porque milhões de pessoas viram as imagens de Neil Armstrong pela televisão ou, se não assistiram a elas ou se ainda não eram nascidas, podem ver esses fatos registrados em fotos e vídeos existentes nas enciclo-

5 Cfr. Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez* cit., p. 136-137; Piero Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio* cit., p. 296-297; Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* cit., p. 234.

6 Como afirma Giuseppe Chiovenda, "notorio non è ciò che effettivamente è noto, ma ciò che può esser noto per via di scienza pubblica e comune" (*Principi di diritto processuale civile* cit., p. 733-734).

7 "Notorietà di un fatto entro una determinata cerchia sociale significa (...) appartenenza del medesimo a quel patrimonio di nozioni dal quale tutti i componenti quella cerchia sanno di poter attingere quando occorra, colla sicurezza di trovarvi registrate verità ritenute comunemente indiscutibili; non è la conoscenza effettiva che produce la notorietà, ma la normalità di questa conoscenza nel tipo medio di uomo appartenente a una certa cerchia sociale e per questo dotato di una certa cultura" (Piero Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio* cit., p. 297).

pédias e nas bibliotecas espalhadas pelo mundo. Esse exemplo demonstra também que o fato não precisa ser *recente* para ser considerado notório. Aliás, caso contrário, não se poderia afirmar que a Proclamação da República Federativa do Brasil, ocorrida em 07.09.1822, é um fato notório, pois todos que a presenciaram já estão mortos. Com efeito, há fatos que o juiz não desconhece, ainda que não os tenha observado diretamente (v.g., o fato de Santos ser uma cidade portuária não deixa de ser notório, apesar de um magistrado nunca ter estado nesse lugar).<sup>8</sup> Por isso, esses fatos se tornam notórios em razão da sua *divulgação*.<sup>9</sup>

Entretanto, quanto a essa característica, é preciso esclarecer que a mera divulgação do fato pela imprensa nem sempre basta para ser um acontecimento considerado notório, porque nem tudo o que é publicado integra o patrimônio comum das pessoas.<sup>10</sup> Isso, por outro lado, não significa que a divulgação do fato pela imprensa não possa ser um fator complementar a auxiliar na caracterização da notoriedade do fato. Por isso, se o simples fato de a imprensa divulgar o acontecimento não é suficiente para configurar a sua notoriedade, essa divulgação pode, dependendo do caso, ser determinante para a sua afirmação, uma vez que, se nem tudo o que a imprensa publica é do conhecimento das pessoas de cultura média, a sua função é justamente informar a população. Conseqüentemente, outros fatores devem ser avaliados, tais como o tema e o conteúdo da notícia, a autoridade moral e intelectual do jornalista que assina a matéria, a comprovação do conteúdo da reportagem (v.g., dos dados estatísticos e científicos, da oitiva de todos os envolvidos etc.) e, principalmente, a credibilidade social do veículo de imprensa, em que a informação é divulgada.<sup>11</sup>

Entretanto, esse conceito de fatos notórios não se presta, necessariamente, para o direito material. Por exemplo, o art. 159 do CC afirma que são anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou

8 Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 1, cit., p. 167.

9 Cfr. Piero Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio* cit., p. 296-298; Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez* cit., p. 138-139.

10 O Superior Tribunal de Justiça, de forma correta, já asseverou: "Prova — Fato notório — Dispensa. A circunstância de o fato encontrar certa publicidade na imprensa não basta para tê-lo como notório, de maneira a dispensar a prova. Necessário que o conhecimento integre o comunemente sabido, ao menos em determinado estrato social por parcela da população que a interesse" (3.ª T., REsp 7.555-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 30.04.1991, v.u., — DJ 03.06.1991, p. 7.425). No mesmo sentido, cfr.: TJDF, 3.ª T., Ap. Civ. 4.633.597, rel. Des. Vasquez Cruzen, j. 09.02.1998, v.u., — DJ 06.05.1998, p. 50.

11 Friedrich Stein também enfrenta essa questão da seguinte maneira: "es notorio todo lo que viene en el periódico? (...) La pregunta está justificada y nada más lejos de mi intención que considerar válida la tesis según la cual prácticamente todo lo notorio aparece o ha aparecido en el periódico, o lo contraria. Pero ciertamente, en tan poca medida como la prensa, puede pretender la ciencia histórica que todas sus conclusiones sean aceptadas sin el menor reparo" (*El conocimiento privado del juez* cit., p. 139).

houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Nesse caso, a existência ou a inexistência dessa notoriedade é uma condição necessária para a configuração do direito material, não sendo, *ipso facto*, um acontecimento que integra a cultura ou a informação normal das pessoas, no círculo social, no momento em que a decisão judicial deve ser proferida.<sup>12</sup>

No direito processual, os fatos notórios, como já se asseverou, são acontecimentos geralmente conhecidos ou que podem ser facilmente conhecidos por qualquer pessoa, a partir de uma normal estrutura de informações. Por exemplo, poucas pessoas têm memória para saber quais são todos os países que fazem divisa com o Brasil, mas essa informação pode ser facilmente constatada por intermédio de simples consulta a um mapa ou a um atlas geográfico. Assim, saliente-se, a notoriedade não implica o efetivo conhecimento do fato, mas uma espécie de certeza ou segurança intelectual com que uma pessoa reputa adquirida uma noção.<sup>13</sup> Em consequência, podem ser considerados fatos notórios<sup>14</sup> as circunstâncias históricas, os dados geográficos, os eventos importantes da vida social, econômica e política (v.g., guerras, eleições, desvalorização da moeda<sup>15</sup> etc.),<sup>16</sup> mas tam-

<sup>12</sup> Cfr. Nelson Palata, *O fato notório*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55-56; Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 235-236.

<sup>13</sup> Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 234.

<sup>14</sup> Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 510; Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 230.

<sup>15</sup> A inflação é um fato notório típico; o que pode variar são os índices de correção. A esse respeito o Superior Tribunal de Justiça fixou precedente, em que está consignado: "Comercial - Locação - Dec. 24.150/1934 - Contestação - Aluguel. Na contestação, o locador atualiza as condições da locação, entre os quais, o preço. Ao reclamar a trimestralidade, para atualização do aluguel, desnecessário, para tal fim, especificar pormenores. O fato resulta da inflação; notório e conhecido repercutiu no valor da prestação dos contratos. A matéria, por isso, deve ser examinada pelo tribunal" (6.ª T., REsp 42.426-SP/rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 01.03.1994, v.u., DJ 28.03.1994, p. 6.351j).

<sup>16</sup> À guisa de outros exemplos, podem-se observar algumas decisões dos Tribunais: i) "Responsabilidade civil - Indenização - Despesas de funeral - Juros compostos - Limite do pensionamento. I - Módica importância deferida a título de despesas com o funeral da vítima (três salários mínimos) pode ser deferida independentemente de prova, pois que sua ocorrência é fato notório. II - Os juros compostos, de acordo com a orientação predominante, somente integram a condenação do autor do delito. III - O pensionamento devido aos pais estende-se até o limite esperado de vida da vítima" (STJ, 4.ª T., REsp 78.457-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar j. 13.02.1996, v.u., DJ 08.04.1996, p. 10.475); ii) "Reparação de dano - Transporte de mercadoria - Prejuízo - Valor - Prova - Fato notório. O valor da indenização pelos danos materiais advindos de perda da mercadoria transportada, em razão de acidente, corresponde ao valor do bem segurado, na proporção do prejuízo constatado. Fato notório, como a impratabilidade do fardo de soja espalhado pelo chão da rodovia, em consequência do acidente, não depende de prova - art. 334, I, do CPC" (TJDF, 4.ª T. Civ., Ap. Civ. 3.561.295, rel. Des. Everards Mota e Matos, j. 17.08.1995, v.u., DJ 30.08.1995, p. 12.154j); iii) "Furto famélico:

bém se enquadraram nessa categoria os fatos cuja notoriedade é determinada em uma classe social ou profissional (v.g., entre os operadores jurídicos: os feriados forenses, as greves dos serventários da justiça<sup>17</sup> etc.).

Por isso, o conceito de fatos notórios não é *quantitativo*, o que faz com que esses acontecimentos não precisem ser conhecidos pela quase totalidade absoluta das pessoas (v.g., a máxima de que o Sol faz luz), mas apenas por grupos, formados inclusive por indivíduos mais humildes, ligados pelos mesmos interesses (v.g., religiosos, profissionais, econômicos, esportivos etc.). Por exemplo, os agricultores sabem qual é a época de plantio e a da colheita de determinados gêneros alimentícios e os pecuaristas têm conhecimento do período do ano em que se realizam as feiras agropecuárias. Com efeito, o conceito de notoriedade não se confunde com o de *generalidade*, já que um fato pode ser notório sem ser conhecido por todos. Por exemplo, em 1945, foi inventado o procedimento de divisão do átomo, criando-se uma nova fonte de energia. Não obstante, muitas pessoas, que vivem fora dos centros de informação, ignorem esse fato, não se pode concluir que não seja notório.<sup>18</sup>

Com isso, é mais fácil perceber serem os fatos notórios conceituados culturalmente, com base em um conhecimento comum, pertencente ao homem de cultura média. Desse modo, contrapõem-se às afirmações individuais (v.g., o depoimento de uma testemunha)<sup>19</sup> que, para serem conhecidas pelo juiz, precisam de provas e adquirirem objetividade, mediante a crítica e o controle sociais, que reduzem os erros subjetivos, as deficiências de uma percepção isolada, as suspeitas de

ausência de prova - Impunidade dos chamados 'criminosos de colarinho branco'. O apelante confessou a prática do crime, dizendo tratar-se de crime famélico. Nenhuma prova fez nesse sentido, limitando-se a dizer que era fato público e notório. Pelo contrário, milhões de brasileiros vivendo em condições semelhantes as do apelante e, no entanto, não delinqüem, procuram o pão de cada dia. O fato dos chamados 'criminosos do colarinho branco' não estarem indo para a cadeia não justifica o crime do apelante. Temos esperança que tais criminosos, brevemente, também estejam pagando por seus crimes" (TJDF, Turma Criminal, Ap.Crim. 701.484, rel. Des. Paulo Garcia, j. 09.08.1985, v.u., DJ 13.09.1985, p. 15.543j).

<sup>17</sup> Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 183 do CPC: "Verificada a justa causa, em face da greve dos serventários da justiça - sendo o fato público e notório, que independe, por isso, de comprovação -, cumpria ao juiz permitir a parte a prática do ato, consistente na interposição do recurso de apelação, no primeiro dia útil seguinte ao término da greve (art. 183, § 2.º, do CPC), tal como, no caso, ocorreu. Ciente desse fato, não poderia o acórdão, de ofício, suscitar a suposta intempetividade do apelo, sem violar direito do apelante, contemplado no § 1.º do mencionado dispositivo" (3.ª T., REsp 32.385-BA, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.04.1993, v.u., DJ 24.05.1993, p. 10.005j).

<sup>18</sup> Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 233.

<sup>19</sup> Conforme Friedrich Stein, "a irrelevância del conocimiento individual es lo que constituye la esencia del hecho notorio" (*El conocimiento privado del juez* cit., p. 26).

parcialidade e de preconceito, os quais podem acompanhar as afirmações de um único observador; ao revés, todos esses fatores fazem com que os fatos notórios não dependam de prova.<sup>20</sup>

Assim sendo, os fatos notórios são *objetivos*, na medida em que pertencem ao patrimônio comum de uma coletividade, sendo produzidos fora do processo e não tendo nenhuma relação com as questões fáticas nele discutidas, ao contrário do depoimento de uma testemunha, que é eminentemente *subjetivo* e tem menor credibilidade, porque produzido durante o transcurso do processo.<sup>21</sup>

Entretanto, não se podem confundir os fatos notórios com as máximas de comum experiência, uma vez que estas não têm como objeto um fato, mas uma regra, que é facilmente encontrada nas fontes de cultura comum, e se forma com base na repetida experiência de um fato dado, segundo um processo de abstração e de generalização.<sup>22</sup> Destarte, a notoriedade recai sobre os fatos concretos, ao passo que as máximas de comum experiência são abstratas, porque, saliente-se, decorrem de diversas observações sobre fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito, enquanto o fato se torna notório pela afirmação de diversos observadores quanto à ocorrência de um único acontecimento. A notoriedade tem, portanto, a função de eximir a prova de um fato, enquanto as regras de experiência contribuem para a apreciação e a valoração dos fatos e das provas.<sup>23</sup>

Os fatos notórios, tampouco, confundem-se com os *conhecimentos privados* do juiz. Esses conhecimentos decorrem da própria percepção do magistrado (vg, quando presencia um acidente de trânsito, quando sabe dos fatos que ensinam uma rescisão contratual etc.) e impedem o julgamento da causa, uma vez que o juiz não pode ser, ao mesmo tempo, testemunha, porque, se isso fosse permitido, restaria violada a garantia da *imparcialidade*, com sérios riscos de haver prejuízo à justiça da decisão, já que teria de julgar a si mesmo.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Cfr. Piero Calamandrei, Per la definizione del fatto notorio cit., p. 293-295.

<sup>21</sup> Piero Calamandrei observa que, “quando un fatto viene per la prima volta affermato in giudizio da un testimone, è sempre supponibile che tale affermazione sia stata fatta non in vista della sua corrispondenza alla verità, ma in vista delle conseguenze giuridiche che essa in quel giudizio può avere pro o contro una delle parti: quando invece una affermazione di fatto si trova già, fuori e prima del processo, acquista come verità indiscutibile da una collettività che non ha potuto prevedere le eventuali conseguenze giuridiche di quel fatto sul processo, è evidente che questa affermazione si presenta al giudice con un carattere di disinteressata obiettività, che le affermazioni dei testimoni non presentano mai a priori” (Per la definizione del fatto notorio cit., p. 295).

<sup>22</sup> Cfr. Salvatore Patti, Prova (diritto processuale civile) cit., p. 7; Francesco Carnelutti, Massime di esperienza e fatti notori cit., p. 640.

<sup>23</sup> Cfr. Hernando Devís Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 233; Lorenzo Carnelli, Evidencia notoria, v. 2, cit., p. 167; Enrico Allorio, Osservazioni sul fatto notorio, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 12-13, 1934; Nelson Palata, *O fatto notório* cit., p. 52-53, 107 e 110.

<sup>24</sup> Cfr. Piero Calamandrei, Per la definizione del fatto notorio cit., p. 302-303; Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez* cit., p. 142; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale*

Por outro lado, os fatos notórios não vedam o julgamento da causa, pois, nesse caso, o magistrado, como qualquer outra pessoa de cultura média, tem o conhecimento desses acontecimentos que, por serem abstratos, não têm ligação com o processo a ser por ele decidido.<sup>25</sup>

Contudo, em contrapartida, o juiz não pode alegar que desconhece o fato notório,<sup>26</sup> o que gera o *dever*, não a mera *faculdade*, de valer-se dele na decisão, porque, em caso contrário, perderia a sua eficácia.<sup>27</sup>

O conceito de notoriedade tem a finalidade de privilegiar o princípio da economia processual, evitando esforços para a produção de provas desnecessárias, bem como repelir a idéia de que a justiça deva ignorar o que é geralmente conhecido.<sup>28</sup> Ademais, exigir a prova de um fato notório, provavelmente, não aumentaria a convicção do juiz sobre as questões de fato nem a visão que as partes têm da controvérsia.<sup>29</sup> Logo, a noção de notoriedade procura alcançar duas finalidades de política processual: i) homenagear os princípios da economia e da celeridade processuais e (ii) prestigiar a justiça, evitando-se que o juiz deva ignorar o que todo mundo sabe.<sup>30</sup>

*civil*, v. 2, cit., p. 80. Consultar ainda, o trecho de Piero Calamandrei citado na nota 121 do tópico 2.6.3.4.3, supra.

<sup>25</sup> Cfr. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 457; Salvatore Patti, Prova (diritto processuale civile) cit., p. 7; Giuseppe Mazzarela, Appunti sul fatto notorio cit., p. 70-71; Hernando Devís Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 234; Nelson Palata, *O fatto notório* cit., p. 80 e 110.

<sup>26</sup> Isso, todavia, não significa que o magistrado tenha sempre efetivo conhecimento do fato notório, podendo consultar fontes externas (vg, jornais, revistas, mapas, livros etc.). Cfr. Salvatore Sata, *Diritto processuale civile* cit., p. 196.

<sup>27</sup> Cfr. Salvatore Patti, Prova (diritto processuale civile) cit., p. 7-8; Enrico Allorio, Osservazioni sul fatto notorio cit., p. 10-11.

<sup>28</sup> Conforme Friedrich Stein, “podemos (...) aceptar que existe la notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de prueba” (*El conocimiento privado del juez* cit., p. 141).

<sup>29</sup> Piero Calamandrei afirma que a notoriédade é “una qualità così comunemente noti e indiscussi, che l'esiger per essi l'esperimento delle prove non aumenterebbe minimamente il grado di convinzione che il giudice e le parti debbono avere della loro verità” (Per la definizione del fatto notorio cit., p. 276).

<sup>30</sup> Como nos exemplifica Eduardo Couture, um “caso típico de infracción a estos propósitos es el famoso ejemplo del tribunal inglés que, en la ejecución de una letra de cambio datada en Hamburgo, la admitió en juicio como fechada en la parroquia de Santa María Le Bow, en Londres. “Porque, dice el tribunal, si bien es exacto que sabemos que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado de que así sea.” (*Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 235).

No entanto, se a prova do fato notório não é útil, isso não significa que seja impossível, porque o contrário da notoriedade não é a impossibilidade, mas o conhecimento comum de que o fato em concreto não é verdadeiro. Por exemplo, é notório ser Roma a capital da Itália e também não ser Florença a capital do Estado do Vaticano. Desse modo, percebe-se que o fato notório não pode ser um fato impossível, mas apenas improvável, pois o fato impossível é aquele que não tem aptidão para ser verdadeiro, enquanto o fato improvável é aquele que, embora admita prova quanto à sua veracidade, a atividade probatória não se recomenda, por questão de economia processual, já que, ao que tudo indica, mostrar-se-ia como uma perda de tempo, uma vez que seria incapaz de trazer elementos úteis para a compreensão e o julgamento da causa.<sup>31</sup>

Além disso, se não se exige prova dos fatos notórios, porque sua verificabilidade está implícita no ambiente social e cultural em que a decisão é proferida, nem sempre o juiz pode se valer desses fatos notórios, pois o art. 334, inc. I, CPC, somente exclui o *onus probandi*, não dispensando o ônus da alegação dos fatos principais (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). Esses fatos precisam, necessariamente, ser alegados pelas partes, ainda que sejam notórios. Isso se explica na medida em que o processo civil é marcado pelo princípio dispositivo, o qual determina que as partes são responsáveis pela configuração do alcance do litígio e da delimitação do conteúdo das decisões judiciais (*thema decidendum*), tendo a faculdade de se manifestar se quiserem fazer valer a eficácia jurídica desses fatos. Já, sobre os fatos secundários (notórios), não pesa o ônus da alegação, não precisando ser afirmados pelas partes para que o juiz possa levá-los em consideração na decisão.<sup>32</sup>

**31** Cfr. Piero Calamandrei, Verità e verossimiglianza nel processo civile cit., p. 169.

**32** "Los hechos constitutivos mismos deben ser indefectiblemente afirmados por la parte litigante, aunque sean notorios, porque corresponden a la parte, precisamente, manifestar si quiere hacer valer su eficacia jurídica. (...) Muy distinto es el caso en que el hecho es un indicio de otro hecho afirmado por la parte o un hecho auxiliar para la apreciación de la prueba. Entonces, el juez tiene que fundamentar su juicio en el hecho no afirmado si, a través de la práctica de la prueba, ha quedado convencido de su veracidad. Y, como quiera que el efecto de la notoriedad es totalmente equiparable al de la convicción obtenida mediante la prueba, resulta inmediatamente justificado tener en cuenta un indicio notorio o un hecho accesorio notorio sin necesidad de que hayan sido afirmados" (Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez* cit., p. 158). Nesse sentido, verficar: Bruno Cavallone, Principio dispositivo, fatti secondari e fatti "rilevabili ex officio" cit., p. 136; Enrico Allorio, Osservazioni sul fatto notorio cit., p. 14-15; Giovanni Pavanini, Massimo d'esperienza e fatti notori in corte di cassazione, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 263-264, 1937; Lorenzo Carrelli, Evidencia notoria, v. 2, cit., p. 163; Santiago Scutis Melendo, Naturalza de la prueba cit., p. 137; Hernando Devís Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 220-221; Egas D. Moniz de Aragão, *Exigência do Cálculo de Processo Civil*, v. 4, t. I, cit., p. 107-108; Nelson Palata, *O fato notório* cit., p. 67 e 109. Por outro lado, Moacyr Amaral Santos dá interpretação extensiva à primeira parte do art. 118 do CPC/1939, que tinha redação similar à do atual art. 131 do CPC, o qual não faz distinção entre os

Entretanto, se o juiz introduz o fato notório no processo, deve submetê-lo ao debate das partes, sob pena de restar violada a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, inc. IV, CF). Esse entendimento visa a assegurar que o poder de iniciativa do juiz fique submetido a uma verificação e a um controle sucessivo por obra das partes. Conseqüentemente, se o fato notório secundário está livre do ônus da alegação, não pode nunca excluir a defesa, isto é, a participação crítica das partes, as quais devem ter oportunidade para pronunciarse sobre a existência do fato e sobre a sua notoriedade e, eventualmente, produzir provas. O contraditório é uma exigência de justiça, pois permite que os interessados possam evitar que um fato seja considerado arbitrariamente notório.<sup>33</sup> Desse modo, evitam-se decisões judiciais *surpresas*, que é um dos escopos da garantia constitucional do contraditório,<sup>34</sup> bem como que o conceito de notoriedade se transforme em uma brecha capaz de dar ingresso a fatos sobre os quais as partes não tenham como se pronunciar.<sup>35</sup>

Com efeito, a notoriedade pode recair tanto sobre um fato principal quanto sobre um fato secundário.<sup>36</sup> Além disso, o fato notório, apesar de o juiz ter de observar o contraditório, em razão da sua objetividade, não deve admitir prova em contrário.

Trata-se, aliás, de uma questão lógica, pois, para que o juiz considere o fato notório, não pode haver dúvida quanto à sua existência e ao seu modo de

fatos principais e secundários, afirmando que todo fato notório, mesmo não alegado pelas partes, pode ser considerado de ofício pelo juiz. Cfr. *Prova judicial no civil e comercial*, v. 1, cit., p. 170-171. Nesse sentido, consultar, ainda: Giuseppe Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile* cit., p. 733; Giuseppe Mazzarela, Appunti sul fatto notorio cit., p. 73-74.

**33** Por essa razão, a garantia constitucional do contraditório deve ser respeitada, inclusive, nos processos civis com estrutura inquisitória.

**34** Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 70-71; Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale* cit., p. 45; Giuseppe Tarzia, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile* cit., p. 661; Michele Taruffo, Note per una riforma del diritto delle prova cit., p. 267; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório cit., p. 38.

**35** Cfr. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione* cit., p. 530-533; Virgilio Andrioli, Prova (diritto processuale civile), v. 16, cit., p. 279-282.

**36** Por outro lado, Salvatore Satta sustenta que os fatos notórios não incidem sobre fatos principais, porque estão fundados em máximas da experiência, que, sendo *genéricas*, não se referem aos fatos principais (constitutivos da relação jurídica), mas somente aos fatos secundários (simples), *genericamente* relevantes ao juízo de fato. Cfr. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano: Vallardi, 1966, v. 1, p. 460, e *Diritto processuale civile* cit., p. 195. *Dada veritas*, essa distinção não tem fundamento porque um fato principal também pode ser notório e, destarte, não depender de prova. Por exemplo, a morte de uma pessoa, conhecida e famosa, é um fato principal, constitutivo de uma nova relação de propriedade, porque marca a sucessão dos bens do falecido aos seus herdeiros.

ser.<sup>37</sup> Esse posicionamento se explica na medida em que o grau de certeza que há de ser extraído do fato notório deve ser superior ou, pelo menos igual, àquele que poderia se extrair, caso a prova fosse realizada, sob pena de se ter de considerar suficiente a *vox populi*, que não raramente é conceituada como a “voz de Deus”, para que o juiz formasse a sua convicção.<sup>38</sup>

Assim sendo, caso o magistrado esteja convencido de ser notório o fato, deve dispensar a produção da prova contrária, mesmo que uma ou ambas as partes não estejam de acordo, pois cabe ao juiz, por estar colocado na posição de terceiro *super partes*, com poderes para velar pela rápida solução do litígio (art. 125, inc. II, CPC), zelar pela aplicação do princípio da economia processual. Logo, seria um contra-senso afirmar que um fato notório admite prova em contrário; afinal, ou o fato é notório e não admite prova em contrário, ou não é notório, sendo, então, necessária a produção da prova.<sup>39</sup> Por isso, caso o juiz considere, equivocadamente, um fato como notório, cabe ao Tribunal, em sede recursal, anular essa decisão, resguardando o direito à prova.

Situação diversa ocorre quando a parte afirma ser o fato notório, mas o juiz está em dúvida quanto à sua existência e ao seu modo de ser. Nesse caso, o magistrado não precisa necessariamente considerar o fato como não notório, mas pode resolver essa dúvida a partir da utilização dos seus poderes instrutórios (art. 130 do CPC) ou, ainda, propiciar que a parte demonstre ser notório o fato, o que, se comprovado, pode evitar a produção de outras provas (art. 334, inc. I, CPC), simplificando a instrução probatória.<sup>40</sup>

37 Cfr. Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 2, cit., p. 80.

38 Piero Calamandrei assevera, em um primeiro momento, que “il grado di certezza morale che scaturisce dalla notorietà di un fatto dev'essere nella coscienza del giudice ragionevolmente superiore a quello che scaturisce dalla prova” e, depois, que, se “la notorietà fuori del processo dà al giudice un grado di certezza per lo meno uguale a quella che gli deriverebbe dalla prova, non c'è ragione di valutarla diversamente a posteriori secondo la posizione che il fatto notorio ha nel processo. Per questo si insegna comunemente che i fatti notori possono come tali assumere tutte quelle posizioni che in generale può nel processo avere un fatto non notorio” (Per la definizione del fatto notorio cit., p. 276 e 289, respectivamente).

39 Para Salvatore Satta, uma característica essencial do fato notório é a *objetividade*. Essa objetividade resolve na *incontestabilidade*, o que significa que o fato notório não somente dispensa a prova, mas não admite prova em contrário. Contudo, isso, conforme está acima asseverado, não significa que o juiz não possa obter o conhecimento a partir de fontes externas (vg., jornais, revistas, mapas, livros etc.). Cfr. *Diritto processuale civile* cit., p. 196, e *Commentario al Codice di Procedura Civile*, v. 1, cit., p. 461-462. Entretanto, Leo Rosenberg sustenta o contrário, afirmando: “Siempre es admisible la prueba en contrario contra de que es falso el hecho notorio” (*Tratado de derecho procesal civil*, v. 2, cit., p. 219). Verificar ainda: Nicolo Trocker, *Processo civile e costituzione* cit., p. 532, nota 34.

40 “Si el juez no tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa manera, debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permite

### 3.5.2 PRESUNÇÕES

#### 3.5.2.1 Natureza das presunções

Dois são os modos pelos quais o juiz pode chegar à compreensão dos fatos discutidos no processo, o *direto* e o *indireto*.

Na prova direta, a atividade probatória depende da percepção do fato pelo próprio juiz. Quando essa atividade tem por objeto um fato principal, a *percepção* judicial exaure o conhecimento do fato (vg., a inspeção judicial). Todavia, quando essa atividade tem como objeto um fato secundário, a atividade probatória se torna mais complexa, porque o conhecimento do fato principal deve ser obtido mediante a percepção integrada por outra atividade lógico-racional (dedução, ilação ou inferência probatória).

Por outro lado, na prova indireta, o conhecimento dos fatos não advém da percepção sensorial direta, mas depende de uma *fonte de representação* ou de um *fato intermediário*, que pode ser um documento ou uma declaração de ciência. Assim, para o conhecimento de um fato principal, é necessária a percepção do fato representativo mais uma dedução e, para o conhecimento de um fato secundário, faz-se necessária a percepção do fato representativo, a dedução do fato secundário e, ainda, ulterior dedução para, a partir do fato secundário conhecido, verificar a existência do fato principal ignorado.<sup>41</sup>

Percebe-se, pois, que a classificação da prova em direta ou indireta leva em consideração a relação entre o juiz e os elementos probatórios,<sup>42</sup> sendo direta quando há uma relação imediata entre o juiz e o fato a ser provado, e indireta, quando, entre o juiz e o fato, interpõem-se uma pessoa ou uma coisa.

As provas indiretas, por sua vez, subdividem-se em *históricas* ou *representativas* e *críticas* ou *lógicas*.

As provas históricas representam, mediante pessoas (vg., depoimento pessoal, testemunhal ou do perito) ou coisas (vg., documentos), o próprio fato a ser provado. Desse modo, a percepção do juiz não incide sobre o fato a ser provado,

utilizar por ello; pero en la hipótesis contraria debe tenerlo por cierto, sin exigir prueba especial y aun cuando las partes estén de acuerdo en afirmar lo contrario o una de ellas lo discuta” (Hernando Devís Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 230-231).

41 Cfr. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 461-462; Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 677.

42 Cfr. Francesco Carnelutti, *La prova civile* cit., p. 54-56; Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 681-685; Francesco Carnelutti, *Teoría general del diritto* cit., p. 383; Francesco Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 129-133; Salvatore Satta, *Diritto processuale civile* cit., p. 193-194.

mas sobre as pessoas ou as coisas que *representam* o fato a ser demonstrado.<sup>43</sup> A representação é uma sub-rogação da percepção, servindo para provocar, medianamente um *equivalente sensível* (documento ou declaração de ciência), a idéia de que viria, primariamente, determinada pela percepção direta do fato.<sup>44</sup>

Já as provas críticas permitem o conhecimento do fato a ser provado por meio de operações lógicas. Fornecem ao juiz um outro fato a ser julgado (indício ou fato secundário), cujo conhecimento permite compreender os fatos principais que integram a *res iudicanda*.<sup>45</sup> Desse modo, o juiz parte de um fato, que não é o fato a ser apurado e não integra o *thema probandum*, mas que lhe permite, por inferência, chegar ao fato a ser provado.

Com efeito, nas provas históricas, o fato a ser provado constitui uma reprodução (imagem) dele, o seu *equivalente sensível*, atuando sobre os sentidos e sobre a imaginação do juiz. Já nas provas críticas o fato posto ao alcance do magistrado atua sobre o seu raciocínio, não sobre os seus sentidos e a sua imaginação, que lhe permite, com o auxílio de máximas de experiência, a inferência desse fato probando.

Ademais, a diferença entre as provas históricas e as críticas se coloca no momento em que se opera a dedução: nestas, a dedução é *anterior*, porque permite a inferência necessária para se chegar ao fato a ser provado, enquanto, naque-

**43** Por outro lado, Enrico Tullio Liebman afirma que a prova direta tem por objeto o fato imediatamente relevante para o processo (fato principal); logo, a prova é direta quando oferece à percepção do juiz o fato mesmo que pretende ser provado (v.g., o corpo do empregado, para a demonstração do acidente de trabalho) ou uma idônea representação do próprio fato (v.g., uma fotografia da parte do corpo lesado ou uma testemunha que tenha presenciado a lesão). Cfr. *Manuale di diritto processuale civile*, v. 2, cit., p. 90. Verificar ainda: Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* cit., p. 9. Entretanto, parece ter razão Francesco Carnelutti ao sustentar que tanto “le prove critiche quanto le prove storiche sono sottospecie delle prove indirette. Ciò non vien posto in dubbio da alcuno per le prime; mai poichè la dottrina non ha fermato bene questo concetto per le seconde, è prezzo dell’opera insistere su questo punto. Anche la prova storica è prova indiretta perchè così il testimoniaio come il documento, che servono a verificare un’affermazione, sono un oggetto diverso dal fatto da provare; chi confonde la fotografia con l’oggetto fotografato? (...) chi vede l’immagine di un uomo riflessa in uno specchio, non vede l’uomo medesimo e la sua convinzione che l’uomo ci sia non è frutto della percezione, ma della deduzione, ch’egli ottiene alla stregua dell’esperienza, la quale gli insegna che l’immagine non ci sarebbe se non vi fosse l’uomo che vi si riflette. Pertanto il risultato della prova storica è in tutto identico a quello della prova critica.” (*Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 683-684).

**44** “La rappresentazione è un surrogato della percezione: serve a risvegliare mediante un *equivalente sensibile* l’idea che verrebbe, primariamente, determinata dalla percezione di un fatto. L’obiettivo della rappresentazione è dunque l’obiettivo medesimo della percezione: un *fatto*, cioè un *allegamento concreto (determinato nello spazio e nel tempo) del mondo esteriore*. Ciò che non è un fatto, cioè che non ha existência concreta, non si rappresenta.” (Francesco Carnelutti, *La prova civile* cit., p. 94-95).

**45** Cfr. Francesco Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 131, nota 1.

las, a dedução é *posterior*, servindo apenas para verificar se o fato representado corresponde à realidade.<sup>46</sup>

Conseqüentemente, na prova direta, o objeto da prova é o mesmo fato que deve ser provado; na prova indireta, o objeto da prova é outro fato,<sup>47</sup> e, na prova histórica, ele é representado por um documento ou uma declaração de ciência, e, na prova crítica, é obtido por uma operação lógica.<sup>48</sup>

No entanto, essa classificação não implica a rígida separação entre as provas históricas e as críticas, já que ambas podem se complementar. O álbi, por exemplo, é o mecanismo lógico classificado como prova crítica, embora esteja fundada em uma prova histórica (v.g., em um depoimento testemunhal), a qual lhe serve de pressuposto. Afinal, como melhor se analisará abaixo, se todo indicio, para servir de base para a presunção, deve ser conhecido (provado), a formação da prova crítica depende de uma prova histórica.<sup>49</sup> Por outro lado, quando o juiz procura verificar a veracidade e a credibilidade de um depoimento testemunhal, deve confrontar os fatos narrados com aqueles que foram provados por outros meios, o que nada mais é que um procedimento típico das provas críticas.<sup>50</sup>

Dessa forma, pode-se perceber que as presunções devem ser classificadas como provas críticas ou lógicas.<sup>51</sup> Contudo, isso não significa que sejam *meios de prova*, mesmo porque o conceito de prova é mais amplo (*Probatio est demonstrationis veritas*; provar é demonstrar a verdade de uma proposição afirmada), abrangendo não somente a noção de *meio*, mas também de *atividade* e de *resultado*.<sup>52</sup>

**46** Francesco Carnelutti marca essa diferença, explicando que “la prova critica non stimola nel giudice l’idea del fatto da prover se non in quanto la esperienza e perciò il raciocinio la collegli a questo; la prova storica la suscita invece spontaneamente, senza bisogno di alcuna deduzione; questa si fa poi per verificare se all’idea corrisponde la realtà. In tema di prova critica la deduzione è un *prins*, in tema di prova storica è un *posternus*” (*Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 684).

**47** Cfr. João de Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil* cit., p. 176-177.

**48** Segundo Francesco Carnelutti, “nella prova diretta è presente il fatto medesimo da provare; nella prova storica non è presente ma è rappresentato; nella prova critica non è nè presente nè rappresentato” (*Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 685).

**49** Vittorio Denari, por essa razão, chega a sustentar que as provas críticas também são representativas, apesar de essa representação ser de segundo grau, já que são fundadas em outras provas, documentais ou testemunhas. Cfr. *Verificazione delle prove documentali* cit., p. 3. De qual quer modo, as presunções, privadas ou não da noção de representação, são sempre calculadas sobre uma inferência que se conduz a partir de um fato conhecido para um fato desconhecido e que se opera mediante um procedimento lógico-cognoscitivo. Cfr. Gian Franco Ricci, *Prove e argomenti di prova* cit., p. 1.058-1.060.

**50** Cfr. Francesco Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 132.

**51** Cfr. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 444.

**52** Cfr. João de Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil* cit., p. 51-280.

A presunção é um processo mental, não um meio de prova, porque, quando o juiz afirma que “ocorrido um fato *x*, deve ter ocorrido um fato *y*”, nada de novo surge no plano material ou concreto (v.g., um documento ou um depoimento), mas exclusivamente em nível intelectual, na mente do magistrado.<sup>53</sup> Pelas presunções, pode-se deduzir do fato provado (conhecido) a existência do fato relevante para o processo; logo, não é um meio de prova, mas apenas uma *operação mental* pela qual se pode raciocinar a partir do fato demonstrado, por outros meios de prova.

O Código de Processo Civil de 1973, de forma correta e ao contrário do Código anterior (art. 251), bem como do art. 212, inc. IV, CC, não se referiu às presunções como meios de prova, mas como *processos de elaboração mental*, inerentes ao homem e à sua atividade intelectual na busca do conhecimento.<sup>54</sup>

Ademais, os antigos brocardos jurídicos negam a possibilidade de considerar as presunções meios de prova: *praesumptio est conjectura seu adumatio* (a presunção é conjectura ou adivinhação), *probatio vincit praesumptionem* (a prova vence a presunção), *praesumptio cadit veritati id est probationi* (a presunção cede à verdade, isto é, à prova), *praesumptio levis est, cum veritas alio modo investigari non potest* (a presunção tem lugar quando não há outro modo de investigar a verdade) e *stabilis praesumptio donec probatur contrarium* (a presunção prevalece até prova em contrário).<sup>55</sup>

Portanto, as presunções não são meios de prova, pois o que se prova são os fatos-base (v.g., o dano causado por um animal), a partir dos quais é possível, por dedução lógica, que é uma operação mental a qual não requer nenhum meio de prova, chegar-se à consequência jurídica pretendida (v.g., a culpa do proprietário do animal).<sup>56</sup> Em outras palavras, as presunções são o resultado de raciocínios e deduções lógicas, não podendo ser consideradas meios de prova.

### 3.5.2.2 Indícios e presunções

O fato de a presunção não ser um meio de prova não significa não ter caráter probatório, porque o conceito de prova, como já se afirmou no item anterior, é mais abrangente e abarca a noção de atividade a ser desenvolvida para chegar ao conhecimento do *factum probandum* e da convicção judicial, em relação à veracidade dos fatos afirmados em juízo.

53 Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova* cit., p. 57; Aloisio Surgik, *Presunção absoluta e relativa* (teoria da prova), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 60, p. 397; Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 226.

54 Nesse sentido, cfr.: Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Indícios e presunções como meio de prova*, *Revista de Processo*, v. 37, p. 62; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* cit., p. 244, nota 1. Em sentido contrário, afirmando que as presunções são meios de prova: Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 5, cit., p. 422.

55 Cfr. Santiago Sentis Melendo, *Naturaleza de la prueba* cit., p. 128-129.

56 Cfr. João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil* cit., p. 161.

Desse modo, a utilização da presunção, para fins probatórios, pressupõe o concurso de três elementos: i) um fato conhecido; ii) um fato desconhecido; iii) um nexo de causalidade entre esses dois fatos. Assim, o que fica fora do campo probatório são o fato desconhecido e a relação de causalidade, incidindo a atividade probatória sobre a demonstração do fato ao qual a presunção deve se apoiar.<sup>57</sup> Por exemplo, o recibo de quitação da última parcela (fato conhecido) presume já terem as anteriores sido pagas (fatos desconhecidos).<sup>58</sup>

A presunção está calcada no conhecimento de um fato secundário, que geralmente é um *indício*, do qual se pode inferir direta ou indiretamente a existência ou a inexistência de um fato principal (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo).

O indício é o fato conhecido (v.g., sinal, vestígio, rastro, circunstância, comportamento etc.) que *indica* o fato desconhecido, o qual é a sua causa ou o seu efeito. Por exemplo, o protesto de um título de crédito indica o estado dos negócios do devedor, a ferida, encontrada em um cadáver, dá as dimensões do punhal de que se serviu o criminoso etc.<sup>59</sup>

Por conseguinte, os indícios, como o próprio nome aponta, *indicam*, não representam, o fato probandum, isto é, neles se assenta o raciocínio que permite a cognição do *factum probandum*. Por isso, são fatos secundários que servem de *prestipos das presunções* ou *fontes de presunções*, já que, a partir deles, podem ser deduzidos os efeitos jurídicos dos fatos principais, que são diretamente relevantes para o julgamento da causa.<sup>60</sup>

Pode-se, destarte, sustentar que o indício é o elemento probatório *indiretamente* representativo do fato a ser provado,<sup>61</sup> isto é, tem uma relação indireta com o *libema probandum*, enquanto a presunção é o resultado da argumentação indireta que constitui o juízo no caso específico.

57 Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 228.

58 Apesar de o exemplo fazer referência a uma presunção legal relativa, que está contida no art. 322 do CC, os três elementos são constitutivos de todos os tipos de presunção, porque o *facto-base* ou auxiliar, para se tornar conhecido, nem sempre dispensa a prova, que incumbe ao beneficiário da presunção.

59 Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 5, cit., p. 400-401.

60 Como esclarece Leo Rosenbergs, o “presupuesto de la presunción (llamada base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión, pero el efecto de la presunción consiste en la deducción que se saca con respecto a la existencia de aquel estado de cosas” (*La carga de la prueba* cit., p. 183). Francesco Carnelutti faz distinção entre as fontes de prova e as de presunção, afirmando que “si chiamano fonti di prova i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, che sono costituiti per la rappresentazione di questi, si chiamano fonti di presunzione, i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, che non sono costituiti per la rappresentazione di questi” (*La prova civile* cit., p. 84-85). Verificar ainda: Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 452-453.

61 Cfr. Giovanni Verde, *Dispositivo* (princípio) cit., p. 6.

Esses fatos secundários, para servirem de base para presunções, devem ser afirmados e, caso sejam controvertidos, provados.<sup>62</sup> No entanto, não pesam sobre esses fatos-base ou auxiliares, já que integram a categoria dos fatos secundários, o *onus da alegação*, podendo ser utilizados em juízo, ainda que não afirmados pelas partes (art. 131 do CPC).<sup>63</sup>

Ademais, o indício não precisa ser, necessariamente, um fato provado, o que é imprescindível é ser um fato *conhecido*; afinal, um fato notório, mesmo não dependendo de prova (art. 334, inc. I, CPC), pode ser considerado um indício.

Por outro lado, quando o indício, para ser conhecido, depende de prova, a parte, para poder beneficiar-se da presunção, pode se valer de quaisquer meios de prova.<sup>64</sup>

Esse raciocínio se impõe na medida em que somente a partir de um fato conhecido (provado) o juiz pode chegar a conhecer um fato ignorado. Aliás, o contrário não é logicamente possível, o que significa que, de um fato ignorado, não se pode vir a conhecer outro fato ignorado. Por isso, não é admissível a *presunção da presunção*. Assim sendo, o juiz não pode utilizar-se do mecanismo da presunção senão quando os indícios são conhecidos, seja pelas provas constantes dos autos ou por não dependerem de prova (v.g., art. 334, inc. I, CPC).

Afinal, a presunção da presunção (*praesumere de praesumptio*) inviabilizaria o controle do raciocínio utilizado pelo juiz na formação do seu convencimento, já que, partindo-se de um fato desconhecido para se chegar a outro desconhecido, restariam violados o direito à prova e as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, na medida em que as partes seriam surpreendidas por uma decisão que seria arbitrária, uma vez que poderia ter qualquer conteúdo fático e cercaria as suas oportunidades de participar da formação do convencimento judicial.<sup>65</sup>

Contudo, os indícios não têm relevância probatória em si mesma, sendo *factos auxiliares* que permitem o conhecimento dos fatos a serem provados.<sup>66</sup> Por exem-

62 Cfr. Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, v. 2, cit., p. 220; Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 195.

63 Verificar o item 3.4.4, acima.

64 Cfr. Santiago Sentis Melendo, *Naturaleza de la prueba* cit., p. 128.

65 Cfr. Luigi Montesano, Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile cit., p. 246-247.

66 Por outro lado, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda sustenta que os indícios não se apre-sentam como simples operações mentais, tendo autonomia suficiente para serem caracterizados como autênticos, embora indiretos, meios de prova. Cfr. Indícios e presunções como meio de prova cit., p. 65-67. *Data venia*, os indícios somente têm relevância probatória se servem de base para as presunções. Não têm valor probatório se considerados isoladamente, mas somente dentro da atividade mental desenvolvida pelo juiz para se presumirem a existência e a

plo, 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 conhecido, o juiz presume ter sido ele quem desfechou o golpe. De consequência, a prova é um *ponto de partida*, permitindo ao juiz obter o conhecimento de determinado fato, enquanto a presunção judicial vem a ser um *ponto de chegada*, que corresponde ao conhecimento adquirido. Destarte, fica novamente demonstrado que as presunções não se confundem com os meios de prova.<sup>67</sup>

Percebe-se, ainda, que o fato, que se indaga (presumido), não está representado no documento ou no depoimento da testemunha, do qual se extrai o indício, que serve como *premissa lógica* para a sua afirmação ou negação. Por isso, o indício é, ao mesmo tempo, um ponto de partida e um ponto de chegada: de partida, em confronto com a prova documental ou testemunhal, que o comprova; de chegada, em relação à presunção, que é extraída a partir dele. Com efeito, o indício deve ser conhecido (provado) para servir para demonstrar, indiretamente, um outro fato (presumido). Dessa maneira, os indícios não assumem apenas uma função passiva, de fato que deve ser provado, mas também uma função ativa, de fato que serve para provar outro fato.<sup>68</sup>

Por outro lado, o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, não servindo para o conhecimento de outro fato.<sup>69</sup>

Já o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o fato ignorado está baseada em uma inferência presuntiva calcada em máximas de experiência.<sup>70</sup> Assim, esse raciocínio está fundado em um juízo de verossimilhança, decorrente daquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*).

O fato presumido é uma consequência verossimil do fato conhecido. Por exemplo, é verossímil que o credor, ao haver restituído ao devedor o título de crédito, tenha pretendido liberá-lo. O que é verossímil, segundo o que normalmente acontece, é suficiente para formar um juízo sobre o fato, se o contrário não for provado.<sup>71</sup>

Portanto, o indício não se confunde com a presunção, que é consequência que o juiz tira do fato conhecido, norteando-se por aquilo que normalmente acontece.<sup>72</sup> Por exemplo, em ação na qual se discute a simulação da venda do

veracidade de um fato a ser provado. Estando inseridos nesse processo intelectual, não têm autonomia suficiente para ser considerados meios de prova.

67 Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova cit., p. 57-58.

68 Cfr. Francesco Carnelutti, *La prova civile* cit., p. 171.

69 Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova cit., p. 58-59.

70 Cfr. Michele Taruffo, *La prova* cit., p. 291.

71 Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na civil e comercial*, v. 5, cit., p. 408-409.

72 Idem, v. 5, p. 409.

imóvel, o interessado na declaração de simulação pode alegar e provar que o prego indicado na escritura não foi pago, que os contratantes são amigos íntimos, que o comprador não tinha condições econômicas para adquirir o imóvel, que o suposto vendedor continua a receber alugueres etc. Demonstradas essas circunstâncias, o juiz pode desenvolver raciocínio que lhe permite presumir ser o ato simulado.<sup>73</sup> Com efeito, a simulação (i.e., a declaração enganosa da vontade, visando produzir efeitos diversos do pretendido) dificilmente se prova mediante prova direta, dependendo dos indícios (outro exemplo, uma pessoa que, separada de fato da esposa, em vias de ulimar a separação judicial, com a finalidade de evitar que certos imóveis integrem a partilha, simula a alienação de alguns destes bens a um amigo). São indícios que servem para a conclusão da simulação: parentesco ou amizade íntima entre os contratantes; prego vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente (que pode ser demonstrada pela requisição de sua declaração de Imposto de Renda); não-transferência de numerário no ato, nas contas bancárias dos participantes; continuação do alienante na posse da coisa alienada; o fato de o adquirente não conhecer a coisa adquirida.<sup>74</sup>

Esta distinção, entre indício e presunção, ganha relevo toda vez que é difícil ou impossível a prova do fato principal. Aliás, a utilização das presunções somente tem sentido quando, objetiva e concretamente, o litigante está diante de uma situação em que os meios de provas diretos são indisponíveis à prova dos fatos controvertidos.

Isto se coloca, com grande relevância, nas ações inibitórias, em que se pretende uma *tutela preventiva* e, por isto, o processo de conhecimento não estará voltado, exclusivamente, a acontecimentos pretéritos. Assim, quando se pensa em fatos que podem vir a ocorrer (acontecimentos futuros), a prova recairá sobre indícios (fatos secundários) de que tais acontecimentos se sucederão no futuro. Por exemplo, em uma ação coletiva inibitória, que se pretenda retirar determinado *site* de circulação, porque veicula propaganda enganosa (v.g., oferece gratuitamente um produto, mas, na realidade, induz o consumidor em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, resultando na compra involuntária da coisa, via correto, com a obrigação de pagamento, mediante títulos de créditos), o legitimado ativo (Ministério Público, Associação de Defesa do Consumidor etc.) não terá que provar que algum consumidor, concretamente, foi induzido em erro, mas, tão-somente, que a propaganda é enganosa (art. 6.º, inc III, CDC) e que a prática do fornecedor é abusiva (art. 39, inc. III, CDC).<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Idem, v. 5, cit., p. 489-490.

<sup>74</sup> Cf. Silvio de Sarvo Venosa, *Direito civil*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 484-485.

<sup>75</sup> Sobre o assunto, conferir: Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: RT, 2004, p. 279-280; Luiz Guilherme Marinoni, *La prueba en la acción inibitoria*,

Outro importante tema que envolve o estudo dos indícios e das presunções diz respeito à responsabilidade (civil, penal e administrativa) do condutor de veículo automotor que dirige embriagado. Pelos arts. 269, inc. IX, e 277, *caput*, do CTB (Lei 9.503/1997), a autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas e dentro de sua circunscrição, deverá, diante da suspeita de verificação de condutor embriagado, realizar o teste de dosagem de alcoolemia (balômetro), exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado. Entretanto, a autoridade de trânsito não pode obrigar o condutor a realizar o teste do balômetro ou outro similar, já que a CF, no art. 5.º, inc. LXII, ao garantir o direito fundamental ao silêncio, assegura a impossibilidade de se obrigar alguém a produzir prova contra si mesmo, também conhecido como privilégio contra auto-incriminação (*nemo tenetur se deliquere*).<sup>76</sup> Logo, para evitar a impunidade do condutor, a infração será evidenciada por indícios e presunções. Assim, os sinais de embriaguez, resultantes do consumo de álcool, podem ser evidenciados – conforme dispõe expressamente o § 2.º, do art. 277 da Lei 9.503/1997 (inserido pela Lei 11.275/2006) – poderão ser caracterizados mediante à obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito, tais como o próprio boletim de ocorrência (revestido pela fé pública do agente da autoridade), a menção de pessoas que tenham presenciado os fatos (testemunhas imparciais), além do recolhimento de materiais comprobatórios no local do fato (v.g., vasilhames de bebida).<sup>77</sup> Enfim, o motorista não tem a obrigação de se submeter ao teste do balômetro, mas a sua recusa injustificada presume a ingestão de bebida alcoólica,<sup>78</sup> quando demonstrados os fatos secundários (indícios) por outros meios de prova (boletim de ocorrência, testemunhas, apreensão de garrafas etc.).<sup>79</sup>

<sup>76</sup> *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5043>>. Acesso em: 3 nov. 2005.

<sup>77</sup> Cf. TJRS, Câmara Especial Criminal, Ap. 70.000.605.782, rel. Maria da Graça Carvalho Motin, j. 21.03.2000.

<sup>78</sup> Cf. Fabiano da Silva Faria, *A obrigatoriedade do balômetro*, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 934, 23 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7866>>. Acesso em: 7 fev. 2006.

<sup>79</sup> Cf. TA/RS, 3.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 195026448, rel. Gaspar Marques Batista, j. 19.04.1995. No processo criminal, o acusado, além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos (direito ao silêncio), tem direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio (cf. STF, 1.ª T., HC 84.517-SP, rel. Min. Sepúlveda da Perencez, j. 19.10.2004, DJU 19.11.2004, p. 29). Por isto, a presunção gerada pela mera recusa na realização do teste do balômetro não é suficiente para o juízo criminal condenatório. No entanto, se a presunção de embriaguez está baseada não no silêncio, mas em provas indiretas (indícios), a decisão condenatória não viola o art. 5.º, inc. LXIII, da CF, conforme se depreende do seguinte julgado: "Recurso extraordinário em matéria criminal: direito ao silêncio – *nemo tenetur se deliquere* (CF, art. 5.º, LXIII): não se reconhece a nulidade apontada pelo recorrente se o seu silêncio não constituiu a base da condenação, mas

O estudo das espécies de presunções, que se segue, permitirá uma melhor compreensão de sua imediata vinculação com os indícios.

### 3.5.2.3 Espécies de presunções

Presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz extraem de um fato conhecido e comprovado para chegar a um fato ignorado.<sup>80</sup>

Com base nessa definição, é possível classificar as presunções em legais e simples ou judiciais (também denominadas *praesumptiones hominis*).<sup>81</sup>

#### 3.5.2.3.1 Presunções legais

As presunções legais são criadas para tutelar o interesse social, facilitando a prova e diminuindo a possibilidade de eventual arbítrio do juiz na apreciação de certas questões de fato.

Podem ser de duas espécies. Há situações em que, demonstrado um certo fato secundário (indício), o juiz deve declarar a existência do fato desconhecido, salvo prova em contrário. Nesses casos, as presunções legais são denominadas *relativas* ou *iuris tantum*. Em contrapartida, as presunções legais, que não admitem prova em contrário, são consideradas *absolutas* ou *iuris et de iure*.

3.5.2.3.1.1 Presunções legais absolutas -- As presunções legais absolutas (*iuris et de iure*) são aquelas que não admitem prova em contrário, porque a lei atribui

sim o conjunto de fatos e provas autônomos e distintos, considerados suficientes pelo Tribunal *a quo* e cujo reexame é vedado na instância extraordinária (Súmula 279) (STF, 1.ª T., RE 435.266 Agr/SP, rel. Min. Sepúlveda da Perencez, j. 03.05.2005, DJU 27.05.2005, p. 21).

**80** O art. 1.349 do CC francês preceitua que as "présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu". Esse dispositivo influenciou o art. 2.727 do CC italiano o qual afirma que as "presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato" e o art. 349 do CC português, o qual assevera que as presunções "são as ilações que a Lei ou o juiz tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido". O art. 190 do Código Federal de Procedimentos Civis do México, por sua vez, preceitua que as "presunções son: I. Las que establece expresamente la ley, y II. Las que se deducen de hechos comprobados". No mesmo sentido, o Código Civil espanhol afirma, no art. 1.251: "Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho que han de deducirse esté completamente acreditado".

**81** Moacyr Amaral Santos faz menção, ainda, a uma terceira categoria, a das presunções mistas ou intermédias, que seriam aquelas que não admitem todos os meios de prova em contrário, mas somente aqueles previstos em lei. Cfr. *Prova judicial no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 414, 432 e 476-479. Não nos parece que seja uma outra categoria, a merecer um tratamento diferenciado, mas somente uma modalidade das presunções legais relativas, com a peculiaridade de não serem admitidos todos os meios de prova em contrário, mas somente aqueles referidos na lei (v.g., art. 203 do CC).

eficácia definitiva aos fatos que investe, vinculando as partes e o juiz. A autoridade do magistrado é substituída pelo juízo preventivo e abstrato do legislador; por isso, o juiz se limita, unicamente, a verificar os pressupostos fáticos para a aplicação da valoração probatória eleita pelo legislador, sem a possibilidade de formar a sua própria convicção. Por exemplo, o art. 1.238 do CC afirma que aquele quem, por 15 anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirirá o domínio, independentemente do justo título e da boa-fé, que, nesse caso, se presumem. Desse modo, transcorrido o lapso temporal, a propriedade é adquirida por usucapião, independentemente da verificação do justo título e da boa-fé.<sup>82</sup> Outro exemplo de presunção absoluta: cabe ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado, providenciar, para presunção absoluta de conhecimento de terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandato judicial (art. 659, § 4.º, CPC).

As presunções absolutas são regras legais limitativas do princípio do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC), pois a lei determina a força probante dos fatos que considera presumidos, bem como uma regra regulamentadora da admissibilidade das provas, na medida em que veda a possibilidade de o adversário produzir provas contrárias ao fato presumido. Por conseguinte, a presunção *iuris et iure* contém uma dupla regra legal: i) limita a liberdade do juiz, determinando a força probatória do fato presumido; ii) interfere na problemática da admissibilidade da prova, proibindo a possibilidade de produzir prova contrária a esse fato.<sup>83</sup>

Como o legislador não considera relevante a demonstração do fato legalmente presumido, as presunções legais absolutas acabam por tornar-se resquícios do sistema da prova legal,<sup>84</sup> retirando a possibilidade de livre formação do convencimento do magistrado e a oportunidade de as partes influírem, mediante a sua participação, na decisão judicial.<sup>85</sup> Assim sendo, verificado o fato-base ou auxiliar, por inferência legal, o juiz haverá de considerar verdadeiro o fato presu-

**82** À guisa de ilustração, são consideradas, como outras hipóteses de presunção absoluta, as previstas nos arts. 163, 174, 574 (v. tb. art. 46, § 1.º, e art. 50, *caput*, Lei 8.245/1991) e 659 do CC. Cfr. José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 599; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 458-462.

**83** Cfr. Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 457.

**84** Cfr. José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 598.

**85** Em razão disso, as presunções *iure et de iure* devem ser vistas com reservas, uma vez que, por sacrificarem o direito à prova contrária, somente se justificam se houver outro valor, considerado mais relevante, que deva ser efetivado. Percebendo a rigidez inerente às presunções legais absolutas, o art. 385 da Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola afirma que as "presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba".

mido, não admitindo prova em contrário. Esclareça-se, contudo, que não se admite a prova contrária do fato presumido, não quanto ao fato-base ou auxiliar. Voltando ao primeiro exemplo acima referido do art. 1.238 do CC: verificado o lapso temporal de 15 anos, resta caracterizado o usucapião, presumindo-se a existência do justo título e da boa-fé, mas nada impede o réu de produzir prova de que o autor não está por 15 anos, sem interrupção nem oposição, na posse do imóvel.

Entretanto, se comprovado o fato-base ou auxiliar, os efeitos das presunções legais absolutas (v.g., a incapacidade processual absoluta do menor de 16 anos de estar em juízo, a coisa julgada etc.) não podem ser afastados pelo juiz, ao contrário das presunções legais relativas (v.g., a revelia, a admissão etc.) que, por tornarem possível a hipótese de haver nos autos prova contrária, quanto à existência do fato presumido, permitem ao magistrado convencer-se da não-aplicabilidade dos seus efeitos.<sup>86</sup>

No entanto, as presunções legais absolutas se situam, geralmente, no plano do direito substancial, não estando voltadas a disciplinar a atividade do juiz e das partes e não tendo nenhuma incidência direta no *tema probandi*. Manifestam-se, no processo, como instrumento de facilitação da prova, mas isso não é um efeito imediato dessas presunções, sendo apenas uma técnica legislativa que tem a finalidade de substituir, na *fatispecies* material, um fato obscuro, ambíguo, não aparente, por outro fato, claro, conhecido e facilmente individualizado.<sup>87</sup>

Apesar disso, excepcionalmente, é possível encontrar presunções absolutas que se operam exclusivamente no plano do direito processual, como a coisa julgada.

Na autoridade da coisa julgada, está contida a presunção de veracidade ou de certeza do comando da sentença, que priva a possibilidade de se produzir prova contrária, seja para demonstrar a eventual falsidade dessa decisão, seja para reforçar a sua verdade (arts. 471 e 474 do CPC).<sup>88</sup> Trata-se de uma razão política, pela qual se pretende evitar a rediscussão permanente da causa, considerando que as partes já tiveram oportunidade de influir na formação dessa decisão. Logo, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, salvo nos casos excepcionais em que se admite a rescindibilidade da sentença de mérito (art. 485 do CPC), deve prevalecer sobre os demais princípios processuais, tornando intocável a coisa julgada, mesmo na hipótese de não se ter obtido a melhor ou a mais justa decisão para a causa.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Cfr. Egas D. Moniz de Aragão, *Direito à prova* cit., p. 104 e 116-117.

<sup>87</sup> Cfr. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 482-483; Carlo Furno, *Contribuito alla teoria della prova legale* cit., p. 155, nota 1; Piero Calamandrei, *La genesis logica de la sentencia civil* cit., p. 383.

<sup>88</sup> Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 227.

<sup>89</sup> Aliás, como se depreende do ensinamento de Eduardo Couture, a coisa julgada deve ser cumprida mesmo quando errônea: "E quando la cosa giudicata è erronea, e va contro la

As presunções absolutas estão assentadas em um juízo legislativo de normatividade (verossimilhança), abstrato e anterior à ocorrência do fato concreto. Por isso, a parte, para se favorecer com o benefício legal, deve alegar e demonstrar a ocorrência do fato-base ou auxiliar que dá ensejo à aplicação da presunção *in re et de iure*, exceto quando esse fato for relevável *ex officio* (art. 131 do CPC). No entanto, ao não admitir a prova contrária (do fato presumido), o legislador impede que esse ponto se torne controvertido, impondo a aplicação da presunção, que se torna uma verdade incontestável, na medida em que vincula o juiz e as partes, não podendo ser questionada.

Entretanto, como a aplicação da presunção legal absoluta está condicionada à ocorrência do fato-base ou auxiliar, não pode ser confundida com a *ficção jurídica*, em que, ao contrário, sabe-se que o fato não ocorreu, apesar de a lei determinar que sejam produzidos os mesmos efeitos jurídicos, caso tivesse efetivamente acontecido.

Percebe-se, pois, que, na presunção absoluta, existe uma equivalência natural entre o indício e o fato legalmente presumido, enquanto na *ficção* essa equivalência não existe, não podendo ser a causa, mas somente a consequência, da atribuição de efeitos jurídicos.<sup>90</sup>

Desse modo, diferentemente do indício e da presunção, a *ficção* não é um fato nem um juízo, mas uma afirmação legal, que independe tanto de um quanto de outro.<sup>91</sup> Por conseguinte, a *ficção* jurídica consiste em uma técnica que supõe a existência de um fato ou de uma situação jurídica, distintos da realidade, para

legge? Prevale la cosa giudicata. Qui incomincia il discorso finale, ed immortale, di Socrate: 'Credi che possa persistere, senza rovinarsi, quella città, nella quale le decisioni giudiziali nulla possono, e nella quale i singoli possono rifiutargli obbedienza?'. Cfr. La tutela giuridica. Alcune proposizioni fondamentali di diritto processuale civile, v. 1, cit., p. 164. Logo, a *estabilidade* inerente à coisa julgada decorre de fundamentos lógicos, mas sobretudo de fatores políticos, cuja observância é indispensável à respeitabilidade do sistema jurídico. Ademais, é o que se pode exigir do juiz que, sendo apenas um ser humano investido da função de *dizer a palavra final*, não é infalível. Cfr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Jurisdição, psicanálise e o mundo liberal, Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edtbej, 1996, p. 71.

<sup>90</sup> "Se vi è presunzione il legislatore attribuisce a un fatto le conseguenze giuridiche di un altro *perché*, secondo la esperienza, il primo fatto è indice del secondo. Se vi è finzione il legislatore attribuisce a un fatto le conseguenze giuridiche di un altro *malgrado che*, secondo la esperienza, i due fatti non abbiano nulla di comune. La presunzione è riconoscimento di *equivalenza naturale* di due ordini di fatti; la finzione è attribuzione di *equivalenza giuridica*. Nel primo caso la equivalenza è la causa, nella seconda è l'effetto" (Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 816).

<sup>91</sup> Leo Rosenberg, em sentido oposto, sustenta que as presunções *iuris et de iure* têm a forma de presunção, mas a essência de *ficção*, uma vez que não admitem prova em contrário. Cfr. *La carga de la prueba* cit., p. 192.

deduzirem-se consequências jurídicas.<sup>92</sup> Trata-se, destarte, de uma abstração da mente, que é incompatível com a realidade.<sup>93</sup> Em outras palavras, as ficções legais são criações legislativas que admitem como verdadeira uma coisa que realmente não é (*factio fingit vera esse ea quae vera non sunt... Fictio est falsitas pro veritate accepta*).<sup>94</sup> Por exemplo, o art. 343, § 1.º, do CPC afirma que a “parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor”. Nesse caso, sabe-se que a parte não confessou, não se podendo presumir haver isso ocorrido. A confissão é *inexistente*, porém a lei processual *finge* que ela ocorreu<sup>95</sup> e, por isso, refere-se a ela como *confissão ficta*.

Essa distinção, contudo, é meramente teórica, pois se aplicam às ficções jurídicas os mesmos efeitos das presunções absolutas.<sup>97</sup>

3.5.2.3.1.2 Presunções legais relativas — O que caracteriza as presunções legais relativas, em oposição às presunções absolutas, é a admissibilidade de provas contrárias.<sup>98</sup>

Enquanto nas presunções *iuris et de iure* a parte adversária pode apenas demonstrar que o fato auxiliar não ocorreu, nas presunções *iuris tantum* admite-se a prova em contrário daquilo que se presume. Provar o contrário, nesta hipótese, significa que, apesar de o fato auxiliar ter ocorrido, é possível que o fato presumido não se verifique. Por exemplo, o justo título presume a boa-fé do possuidor (art. 1.201, parágrafo único, CC), mas essa presunção pode desaparecer, caso a má-fé seja provada (v.g., que o possuidor tinha ciência da ocorrência de fato impeditivo que caracteriza o justo título).<sup>99</sup> Do mesmo modo, o devedor, que invoca a

regra contida no art. 322 do CC, beneficia-se da presunção de quitação de dívida, mas pode o credor demonstrar, por exemplo, que o pagamento se refere a outro débito. Terceiro e último exemplo: nos contratos de locação, com prazo inferior a 30 meses, presume-se verdadeira (presunção de sinceridade) a alegação do locador que afirma precisar do imóvel para uso próprio ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente (art. 47, inc. III, Lei 8.245/1991). Entretanto, esta presunção é relativa, porque, se o locatário provar que o locador ou aquele para quem o locador quer o imóvel não precisa dele, tem como fazer persistir o contrato de locação, conforme assevera a Súmula 409 do STF: “ao retomante, que tenha mais de um imóvel alugado, cabe optar entre eles, salvo abuso de direito”.

Logo, não pode o locador pedir a retomada de dois imóveis, alegando o mesmo fim de utilizá-lo para si próprio, salvo se o segundo for para seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.<sup>100</sup>

Com efeito, a presunção legal relativa tem eficácia até prova em contrário. Assim sendo, o inc. IV do art. 334 do CPC não pode impedir a produção dessa prova. Logo, ao afirmar-se que os fatos, em cujo favor milita presunção legal de existência e de veracidade, não dependem de prova significa, tratando-se de presunções legais relativas, apenas que a prova do fato presumido é *superflua*, não estando vedada a possibilidade de produzir *prova em contrário*, o que permite à parte interessada demonstrar a falsidade ou a inexistência do fato presumido.<sup>101</sup>

Contudo, como nem sempre é fácil, pela leitura da *falsispecies*, saber se uma presunção é absoluta ou relativa, tem-se, como regra, a admissibilidade da prova

posse. Assim é que não se deve considerar como possuidor de boa-fé aquele que se muniu do título com o auxílio do dolo; aquele que adquiriu uma coisa, cuja alienação, ele sabia, não era permitida; aquele que possui em virtude de um título que sabia ser proibido por lei ou não estar revestido das formalidades legais para sua validade; nem, em geral, aquele que cientemente adquiriu de um incapaz” (*Código Civil brasileiro interpretado*, 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, v. 7, p. 46).

**100** Podem ser citados, como outros exemplos, de presunções relativas aqueles previstos nos arts. 126, 305, 311, 338, 340, 492, 527, 571, 581, 588, parágrafo único, 945, 1.053, 1.136, parágrafo único, 1.171, 1.178, 1.208, 1.250, 1.286, 1.290, parágrafo único, 1.327, 1.442, 1.450, 1.459, 1.527 e 1.669 do CC; arts. 200, *caput*, 305, 316, 432, 433 e 434 do CCom. Cfr. José Manuel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 599; Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 472-476.

**101** Conforme Leo Rosenberg, “la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto. (...) pero contra el mismo hecho presunto sólo es posible la prueba de lo contrario, la cual, siendo prueba principal, debe llegar a convencer plenamente al juez con respecto a la falsedad del hecho presunto” e, mais adiante, assevera que os efeitos das presunções podem ser anulados “mediante la prueba de lo contrario, esto es, la prueba de que el hecho presunto por la ley no existe” (*La carga de la prueba* cit., p. 197 e 199, respectivamente). Conferir ainda: Egas D. Moniz de Aragão, *Direito à prova* cit., p. 116-117.

**92** Cfr. Chaim Perelman, *Ética e direito* cit., p. 603.

**93** Cfr. Egas D. Moniz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. I, cit., p. 110-111.

**94** Cfr. João Monreiro, *Programa do curso de processo civil* cit., p. 510-511. Segundo Moacyr Amaral Santos, “na ficção legal a lei estabelece como verdade aquilo que não é, como existente aquilo que não existe, como inexistente aquilo que existe. E assim o faz a lei para atribuir, ao fato ou ato fingido, determinados efeitos desejados, que não poderiam existir se não fosse a ficção” (*Prova judiciária no civil e comercial*, v. 5, cit., p. 445).

**95** Para a confissão se caracterizar precisa ser *expressa*. A esse respeito, consultar o tópico 2.6.2, supra.

**96** É interessante lembrar que o vocábulo *fictio* vem do latim *fictio*, de *fingere*, que significa imagnar, criar. Cfr. José De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, v. 1, cit., p. 691. Com isso, percebe-se que a presunção tem como ponto de partida a veracidade de um fato, obtida pela inferência de um fato conhecido a outro desconhecido, e a ficção, ao contrário, nasce de uma falsidade.

**97** Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova* cit., p. 64-66.

**98** Cfr. Giovanna Fabbrini Tombari, Note in tema di presunzioni legali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 919, 1991; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 2, cit., p. 90-91.

**99** Como explica J. M. de Carvalho Santos, “é essencial que o título não ponha em evidência estar o possuidor fazendo uma falsa afirmação de se acreditar dono da coisa, da qual está na

contrária e, como exceção, a impossibilidade de produzir essa prova.<sup>102</sup> Esse raciocínio, na ausência de uma previsão normativa explícita no Código de Processo Civil vigente, pode ser construído com o auxílio da *tradição* constante em nosso direito processual civil, devendo-se lembrar que a regra contida no art. 251 do CPC/1939 dispunha que a “prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a lei a excluir”. Ademais, pode-se argumentar que essa disposição não contraria o Código em vigor, não sendo alcançada pela norma revogadora, contida no art. 1.220 do CPC, pois essa assertiva pode encontrar amparo no art. 332 do CPC, o qual restringe a admissibilidade das provas somente aos meios legais e moralmente ílegítimos.

As presunções relativas são previstas expressamente por lei e dispensam a parte, que alega determinado fato, do ônus de prová-lo. Isso, todavia, não significa que esse litigante nada tenha de provar, uma vez que deve demonstrar que está no poder de invocar a presunção legal, isto é, comprovar os fatos secundários (indícios) nos quais a lei funda a presunção. Ocorre, pois, apenas uma *dispensa parcial* do ônus da prova, na medida em que incumbe à parte beneficiada pela presunção legal a demonstração do fato-*base* ou auxiliar, que serve de pressuposto para o fato presumido,<sup>103</sup> exceto quando esse fato seja relevante *ex officio* (art. 131 do CPC).

Neste último caso, quando esse fato não for alegado pelas partes e não integrar o objeto do diálogo processual, mas for fundamental para o julgamento da causa, cabe ao juiz, antes de proferir a sentença, dar oportunidade para que os litigantes possam influir no seu convencimento, sob pena de serem *surpreendidos*, o que implicaria a violação da garantia constitucional do contraditório e do direito

**102** Nesse sentido, o Código de Procedimientos Civiles mexicano, no art. 191, assevera que as “presunciones, sean legales o humanas, admiten prueba en contrario, salvo cuando, para las primeras, exista prohibición expresa de la ley”. De igual modo, embora menos abrangente, já que inclui apenas as presunções legais, é a previsão legislativa contida na primeira parte do art. 1.251 do CC espanhol, o qual dispõe que as “presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente prohíba”.

**103** O art. 192 do Código Federal dos Procedimientos Civiles do México, a propósito, afirma que a “parte que alegue una presunción sólo debe probar los supuestos de la misma, sin que le incumba la prueba de su contenido”. Entretanto, há legislação, como é o caso do Código Civil espanhol (art. 1.250), que dispensam o autor de toda prova, dispondo que as “presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas”; essa regra jurídica, todavia, teve seu alcance reduzido pela segunda parte do art. 385 da Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, o qual assevera que essas presunções “sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”. Isso demonstra que o fato-base deve estar completamente acreditado, podendo-se concluir que o melhor critério legislativo é aquele que permite, a partir da real verificação do indício (fato *probandi*), uma maior avaliação da existência e da eficácia das presunções legais.

à prova contrária, dando ensejo à nulidade da decisão.<sup>104</sup> Afinal, se a utilização das presunções, por se tratar de processo lógico-mental, não depende da iniciativa probatória das partes, a discussão a respeito do fato-*base* ou *auxiliar*, que permite a aplicação dessas presunções, deve passar pelo crivo das partes, pois o exercício do poder jurisdicional, a que estão submetidas, somente se legitima se têm a possibilidade de participarem, valendo-se de todos os meios disponíveis para poder influenciar no convencimento judicial.

A presunção relativa é uma técnica legislativa, baseada em critérios de normalidade, utilizada para qualificar como *impeditivo* um fato que seria *constitutivo*, presumindo a existência deste, ou, vice-versa, alterando o âmbito da *fatispecies* legal abstrata. É um fenômeno que parte do direito material, mas que tem incidência direta na repartição dos ônus probatórios entre as partes do processo. Assim, a diferença entre essa técnica legislativa e a utilizada em relação à presunção absoluta é que, aqui, o fato presumido não desaparece da *fatispecies* legal abstrata nem é excluído do objeto da prova, sendo apenas qualificado de modo diverso, com o consequente ônus da parte contrária de provar a inexistência do fato presumido.<sup>105</sup>

Dessa forma, a presunção *iuris tantum*, ao contrário da presunção *iuris et de iure*, consagra uma forma de *inversão do ônus da prova*, porque dispensa uma das partes de demonstrar o fato presumido, atribuindo à outra parte a possibilidade de produzir prova em contrário.<sup>106</sup> Por conseguinte, quem estava incumbido de provar determinado fato, em razão da presunção legal, deixa de ter esse *onus probandi*, que passa a ser do adversário.<sup>107</sup> Entretanto, se a parte contrária demonstrar não se verificar o fato presumido, a presunção cessa seus efeitos.

**104** Cfr. Michele Taruffo, Note per una riforma del diritto delle prove cit., p. 277; Vittorio Deni, Questione rilevabili d'ufficio e contraddittorio cit., p. 225-226.

**105** Cfr. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 483.

**106** “Le presunzioni legali *assolute*, ossia quelle che non ammettono prova contraria, non operano in realtà modificazioni o inversioni degli oneri probatori, poiché esse escludono del tutto che il fatto presunto sia oggetto di prova, positiva o negativa. Per questa ragione si esclude d'altronde che esse riguardino in realtà la disciplina sostanziale della *fatispecies*. Incidono invece sulla ripartizione degli oneri probatori le presunzioni legali *relative*. Esse introducono invece una *reversio ab onere probandi* in favore della parte che allega il fatto presunto, poiché tale parte non è tenuta a provarlo, e attribuiscono all'altra parte l'onere di provare il contrario” (Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 528).

**107** Cfr. Friedrich Lent, *Diritto processuale civile tedesco*, Trad. Edoardo F. Ricci, Nápoles: Morano, 1962, p. 207; José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova cit., p. 60-61; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial na civil e comercial*, v. 5, cit., p. 440; Teresa Ancona Lopez de Magalhães, A presunção no direito, especialmente no direito civil, *Revista dos Tribunais*, v. 513, p. 38. Em sentido contrário, Hernando Davis Echanidia sustenta que quem afirma um fato contrário ao presumido (e, também, ao indefinido e ao notório), como fundamento de sua pretensão ou exceção, tem o ônus de prová-lo, não ocorre, contudo, a inversão do ônus da prova, porque a parte contrária não tem que provar o fato presumido, mas o fato contrário ao que se presume

Ademais, é interessante notar que, se as duas partes alegam presunções contrárias, as quais se anulam mutuamente (v.g., o conflito das duas presunções do art. 1.597 do CC: a vivva que, casando-se antes do decurso dos dez meses da morte do marido, vem a ter um filho 180 dias após o segundo matrimônio, mas dentro dos 300 dias subseqüentes à dissolução do primeiro casamento),<sup>108</sup> cada uma deve ser tratada de maneira independente (i.e., no exemplo citado, as presunções de nada adiantam, para a formação do convencimento do juiz, sendo necessário que a paternidade, que é uma questão de fato, seja apurada pelos meios de prova dos quais dispõem os sujeitos processuais),<sup>109</sup> havendo conflito entre presunções gerais e especiais, o ônus da prova deve recair sobre quem alegou a presunção geral e, caso a prova produzida seja suficiente para destruir os efeitos da presunção especial, o ônus da prova passa a recair sobre aquele que alegou a presunção especial.<sup>110</sup>

Em contrapartida, as presunções *inris et de iure*, como se fez referência no tópico anterior, não repercutem na distribuição do ônus da prova, pois a sua relevância jurídica se restringe ao plano do direito material, que dispensa a prova, sem alterar a natureza jurídica dos fatos que compõem a *falsispectie*.<sup>111</sup>

verdadeiro. Cfr. *Teoria general de la prueba legal*, t. I, cit., p. 446-447. Data venia, esse autor não tem razão porque a presunção legal relativa modifica, no plano do direito material, a eficácia jurídica do fato probando, fazendo com que deixe de ser *constitutivo* e passe a ser *impeditivo*. Essa modificação se manifesta, no direito processual, com a inversão do ônus da prova.

**108** Cfr. Orlando Gomes e Nelson Carneiro, *Do reconhecimento dos filhos adotivos*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, p. 30-32; Aquiles Garcia, *Revisão de Processo*, v. 20, p. 87.

**109** Nos Estados Unidos, a questão do conflito de presunções está inserida no parágrafo 301.10 da Federal Rules of Evidence, sendo duas as soluções apontadas: i) se ambas as presunções estiverem baseadas em considerações de política social de igual importância, devem ser desconsideradas; ii) caso as considerações não estejam baseadas em evidentes considerações de política social, o conflito deve ser ignorado e os fatos secundários, nos quais as presunções estão calcadas, devem ser valorados no contexto dos demais fatos considerados relevantes. Cfr. Michael H. Graham, *Federal rules of evidence in a nutshell* cit., p. 55-56.

**110** É, dessa maneira, que o Código Federal de Procedimentos Civis do México resolve as questões probatórias inerentes às presunções, sendo relevante mencionar as seguintes regras jurídicas: "Artículo 193. La parte que niegue una presunción debe rendir la contraprueba de los supuestos de aquélla. Artículo 194. La parte que impugne una presunción debe probar contra su contenido. Artículo 195. La prueba producida contra el contenido de una presunción obliga al que la alega, a rendir la prueba de que estaba relevado en virtud de la presunción. Si dos partes contrarias alegan, cada una en su favor, presunciones que mutuamente se destruyen, se aplicará, independientemente para cada una de ellas, lo dispuesto en los artículos precedentes. Artículo 196. Si una parte alega una presunción general que es contradicha por una presunción especial alegada por la contraria, la parte que alegue la persunción general estará obligada a producir la prueba contra la general, cuando la prueba rendida por su contraparte sea bastante para destruir los efectos de la presunción especial".

**111** José Carlos Barbosa Moreira sustenta, em razão dessa diferenciação, que as presunções relativas e as absolutas não podem ser tratadas como espécies do mesmo gênero, a não ser se analisadas no contexto das razões de política legislativa, que antecedem a edição da norma.

No entanto, as presunções legais relativas nem sempre têm o escopo de exonerar a parte interessada da prova, invertendo o *onus probandi*, mas também facilitar o exercício do direito à prova, quando a prova do fato é difícil de ser fornecida.<sup>112</sup> Trata-se de duas situações distintas, uma vez que a facilitação da prova não implica a modificação do ônus da prova.<sup>113</sup>

A propósito, com base nessa diferenciação, é possível distinguir as presunções em *aparentes* e *verdadeiras*. As primeiras invertem o ônus da prova, enquanto as segundas somente permitem à parte demonstrar um fato distinto daquele que deveria provar e, por isso, apenas facilita a realização da prova.<sup>114</sup> Por exemplo, o art. 1.253, 2º, do CC alemão afirma que "faz depender a extinção do direito de penhor do fato de o credor pignoratício devolver a coisa apenhada ao devedor ou ao proprietário; o inciso segundo presume a devolução quando a coisa está na posse do devedor ou do proprietário". Nesse caso, está-se diante de uma presunção *verdadeira*, porque a parte não está dispensada de provar, já que, se a característica definidora da extinção do penhor é a devolução da coisa apenhada, isso pode ficar presumido, caso reste demonstrado que a coisa está na posse do devedor ou do proprietário.<sup>115</sup> Todavia, a presunção legal serve apenas para a facilitação da atividade probatória, quando a própria *falsispectie*, tal como a do art. 1.253 do CC alemão (2º parte), prevê essa possibilidade; nos demais casos, a presunção legal relativa provoca a inversão do ônus da prova.

Ademais, a criação de presunções legais, com a finalidade de facilitação da prova, pode implicar a criação de desigualdades entre as partes, não devendo ser admitidas, sob pena de violação do direito constitucional à prova, quando estabelecem discriminações não razoáveis ou odiosas, bem como quando retiram da parte contrária a oportunidade de provar os fatos úteis a sua defesa.

### 3.5.2.3.2 Presunções simples ou judiciais

As presunções simples (*praesumptiones hominis*) ou judiciais são aquelas "não estabelecidas pela lei",<sup>116</sup> sendo engendradas na consciência do juiz. Isto é, enquan-

Cfr. As presunções e a prova cit., p. 67. Verificar ainda: Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 5, cit., p. 437.

**112** Cfr. Chaim Perelman, *Ética e direito* cit., p. 601.

**113** Francesco Carnelutti elucidada a questão, explicando que é "una confusione, che si deve evitare, quella tra *esonero dalla prova* (*inversione dell'onere*) e *agevolazione della prova*, questa seconda non sposta l'onere, ma soltanto rende più facile la prova; praticamente la agevolazione potrà anche essere tale da equivalere all'esonero, ma logicamente le due posizioni debbono rimanere distinte" (*Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, cit., p. 820).

**114** Cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* cit., p. 187.

**115** Cfr. Idem, p. 182-183; Egas D. Moniz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, cit., p. 113-114.

**116** Cfr. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 444, nota 112.