

REVISTA DE PROCESSO

Diracção ARRUDA ALVIM
Coordenação TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Ano 36 • vol. 196 • junho / 2011

CONSELHO INTERNACIONAL – Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Ojeira (Argentina), Emmanuel Jeuland (França), Frederico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Hanns Pütting (Alemanha), Héctor Fix-Zamudio (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), Joan Pico i Junoy (Espanha), José Lebre de Freitas (Portugal), Linda Muljénix (USA), Loïc Cadet (França), Lorena Bachmayer Winter (Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gilles (Alemanha), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Benzone (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürmer (Alemanha), Sergio Chiaroni (Itália), Ulrich Haas (Suíça), Victor Fairén Guillén (Espanha), Vincenza Vigoriti (Itália), Walter Rechthöfer (Áustria), Wolfgang Gurnsky (Alemanha).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Rommie Preuss Duarte.

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thereza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clito Fornaciari Junior, E. D. Moniz Aragão, Edgard Lipman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andriighi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Galeão Lacerda, Gentili do Carmo Pinto, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Heito Tomaghi, Herminio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carreira Alvim, José Ignácio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petrónio Calmon Filho, Salvo de Figueiredo Teixeira, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanchez, Teori Albino Zavascki.

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Amurri Mascaro do Nascimento, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antonio Janyr Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Araken de Assis, Athos Gusmano Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cassio Mesquita de Barros Junior, Direcu de Mello, Donald Armelin, Edson Ribas Malachini, Ernito Bastos de Barros, José Horiácio Cintra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nitsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sergio Bermudes, Vicente Greco Filho.

CONSELHO DE REDACÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Mattes de Arruda, Antônio Cezar Peuloso, Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolini, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto Carrona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cheim Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Yarsheli, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zisch, Gisela Heloisa Cunha, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Marins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinetti, Luiz Guilherme Marroni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sergio de Souza Rizzi, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Mariran Maia Jr., Manoel Cacetano, Marcelo Aebha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patrícia Miranda Pizzol, Paulo Henrique dos Santos Luccon, Pedro Dinamarco, Rita Gianesini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sérgio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Beneti, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, Sueli Gonçalves, Uliratan do Couto Maurício, Victor Bomfim Marins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho.

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Perácea de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Cimaridi, Cláudio Zarif, Cleunice Prombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Wlidiéro, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernão Borba Franco, Francisco José Cahali, Graziela Marins, Gustavo Henrique Righi Badaró, José Carlos Piodi, José Sebastião Fagundes Cunha, Leonardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lúcia Lins Conceição, Maria Thereza Assis Moura, Rita Vasconcellos, Roberto Portugal Bacellar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Barioni, Rogéria Dotti Doria, Rogério Licastro Torres de Mello, Sandro Gilbert Martins.

REVISTA DE
PROCESSO
Ano 36 • vol. 196 • junho / 2011

Diracção
ARRUDA ALVIM

Coordenação
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP



Repositório de jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO PROBATORIO

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

Doutor em Direito pela USP. Professor Titular de Processo Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Advogado e Consultor.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Processual

Resumo: O autor explica, de modo didático e ilustrado com exemplos, as presunções legais e *hominis*. Dá ênfase às principais diferenças entre os dois grupos.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção *hominis* – Presunção *iuris tantum* – Presunção *iuris et de jure* – Funções – Valores.

Abstract: The author explains legal presumptions and *proesumptio hominis* in an educative manner illustrated with examples. Emphasis is placed on the main differences between the two groups.

KEYWORDS: *Proesumptio hominis* – *Proesumptio iuris tantum* – *Proesumptio iuris et de jure* – Functions – Values.

Sumario: 1. Objeto do tema – 2. Presunções legais – 3. Axiologia das presunções legais – 4. Presunção legal *iuris tantum* e *iuris et de jure* – 5. Presunções *iuris tantum* de direito e presunções *iuris tantum* de fato – 6. Presunção *iuris et de jure* – 7. Presunção *iuris et de jure* e ficções – 8. Presunções simples ou de *hominis* – 9. Bibliografia.

1. OBJETO DO TEMA

O tema das presunções tende a ser obscuro e mal compreendido pelo tratamento unitário que geralmente se empresta às presunções legais — sejam *iuris*

et de iure ou *iuris tantum* – e às presunções simples. Trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos. Também não podem ser confundidas as presunções legais com as *ficções legais* ou *jurídicas*. É o que procurarei demonstrar neste ensaio.

2. PRESUNÇÕES LEGAIS

As *presunções legais* constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica. Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste apenas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências.¹

Não se pode deixar de ressaltar, no entanto, que as normas jurídicas estas-tuidoras das presunções legais se distinguem das demais normas, na medida em que asseguram esses valores mediante a regulação do ônus da prova. Ins-tauram, assim, uma “regra de julgamento”, a indicar ao magistrado qual deve ser o conteúdo material da sentença, em determinadas situações específicas.²

1. Deve-se a Jerzy Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*. In: PERELMAN, Ch.; FORERS, P. (orgs.), *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974, p. 43-71, o desenvolvimento dessas ideias, com uma estruturação mais adequada do problema das presunções legais. Tal compreensão permite distinguir-las perfeitamente das presunções simples, ou *hominis*, embora essa matéria não tenha sido tratada por Wróblewski em seu ensaio. Adere a Wróblewski, Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 138-145. De forma similar, posiciona-se José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*. In: _____, *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71. Interessantes, ainda, as observações de Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*. 2. ed. Torino: Uiet, 2004, p. 467-494; Xavier Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1994, p. 354-366; Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial* 6. ed. Buenos Aires: Zavalla, 1988, t. II, p. 692-708; Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial – Indicios y presunciones*. 3. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1997, t. IV; Gennaro Roberto Pistolesi, *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*. Padova: Cedam, 1935.

Nesse contexto, o desfavorecido pela presunção suporta o *onus de provar* em contrário. E isso de forma totalmente independente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu.³

Indo mais a fundo na distinção entre as classes em análise, as *presunções legais* exibem principalmente uma função substancial e extraprocessual, ademais de indiretamente processual: dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial. Já as *presunções judiciais* ou de homem cumprem uma função exclusivamente processual sem serem meios de prova.⁴

3. AXIOLOGIA DAS PRESUNÇÕES LEGAIS

Os valores que as presunções legais visam a garantir podem ser ideológicos ou técnicos.⁵ *Valores ideológicos* são os interesses garantidos pela norma de modo a dificultar o afastamento da presunção. Assim, inexistindo prova contrária, o tribunal deve decidir conforme a conclusão da presunção, cujo conteúdo garante certos interesses. Esses valores ideológicos podem ser de natureza processual ou material.

Exemplo de valor ideológico de natureza processual: a garantia dos interesses do acusado no processo penal, que se exprime na presunção de inocência.

Exemplo de valor ideológico de natureza material: o interesse da criança em uma filiação determinada, garantido no direito brasileiro pelo art. 1.597, I, do CC/2002, a configurar presunção legal de que os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, foram concebidos na constância do casamento.

Os *valores técnicos* ligam-se especialmente ao valor efetividade (plano axiológico) e, por consequência, ao direito fundamental à efetividade (plano deontológico), visando a tornar mais eficiente a administração da Justiça. Todavia, a efetividade não é o único valor que pode justificar a norma de presunção. E isso porque a presunção cria uma situação de desigualdade entre as partes, favorecendo uma delas em atenção a valores “ideológicos”, distintos da verdade ou da busca de solução para o caso. Pense-se, por exemplo, na presunção de paternidade matrimonial, que busca proteger a ordem familiar e, em particular, o interesse da criança concebida na constância do matrimônio.⁶

3. José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., n. 4, p. 60.
4. Hernando Devis Echandia, op. cit., n. 388, p. 695.
5. Sobre isso e o que segue ver Jerzy Wróblewski, op. cit., n. 14, p. 57-58.
6. Marina Gascón Abellán, op. cit., p. 141-142.

2. Jerzy Wróblewski, op. cit., n. 13, p. 55-57.

Como se vê, os valores técnicos são instrumentais em relação aos valores ideológicos, contribuindo também para a certeza e a segurança na aplicação do direito dando, além disso, bases para que se possa prever em que sentido a decisão será tomada e, uma vez adquiridas as informações suficientes, qual será o seu conteúdo.⁷

Por outro lado, o legislador, ao estabelecer as presunções legais, costuma levar em conta a grande dificuldade de provar diretamente o fato causador de uma determinada consequência jurídica. Por tal razão, busca facilitar a prova impondo normativamente a presunção de uma determinada situação como verdadeira, salvo se demonstrado o contrário, vale dizer, estabelecendo uma presunção *iuris tantum*. O mesmo pode ocorrer por via jurisprudencial.

No direito brasileiro, os fatos favorecidos por uma presunção legal de existência ou veracidade não dependem de prova (art. 334, IV do CPC). Isso, no entanto, não significa ausência de qualquer prova. Quem invoca a presunção deve, necessariamente, demonstrar que se encontra na situação de poder invocá-la,⁸ incumbindo-lhe provar plenamente e pelos meios próprios os fatos que sirvam de base à presunção, vale dizer, os que constituam pressupostos para a aplicação desta.⁹

4. PRESUNÇÃO LEGAL *IURIS TANTUM* E *IURIS ET DE IURE*

A presunção legal pode ser *iuris tantum* ou *iuris et de iure*.

Nas presunções *iuris tantum* estabelece-se – com base em situações ou fatos considerados significativos – uma verdade que admite prova em contrário, pela parte que tem interesse em afastar a presunção. Por tal motivo, nessa espécie de presunção o juiz não pode se eximir de instruir o feito, quando necessário.¹⁰

Dentro da visão anteriormente defendida, também as presunções *iuris tantum* não proporcionam informações empíricas por meio de elementos de prova, mas apresentam natureza de normas jurídicas que, levando em conta certos valores, impõem que se considere verdadeira uma situação que até poderia ser

falsa e ao mesmo tempo permitem que a verdade possa ser evidenciada por prova em contrário.¹¹

Exemplo: presume-se morto alguém desaparecido em campanha e não encontrado até dois anos após o término da guerra, mesmo não provado que ainda esteja vivo (art. 7.º, II, do CC/2002). Nessa hipótese, contudo, a decisão do juiz pode ser desmentida pelo aparecimento posterior do falso morto.

5. PRESUNÇÕES *IURIS TANTUM* DE DIREITO E PRESUNÇÕES *IURIS TANTUM* DE FATO

As presunções *iuris tantum* podem ser de direito ou de fato.

Nas presunções *iuris tantum de direito*, presume-se existente uma certa situação jurídica.

Exemplo: o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, enquanto não se promover, por meio da adequada demanda, a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento (art. 1.245 do CC/2002).

Nas presunções *iuris tantum de fato*, presume-se provada certa situação de fato, em determinado tempo e lugar.

Exemplo: a presunção de pagamento pela entrega do título ao devedor (art. 324 do CC/2002).

6. PRESUNÇÃO *IURIS ET DE IURE*

As presunções *iuris et de iure* também são normas jurídicas direcionadas a garantir determinados valores jurídicos e para tanto estabelecem como verdadeiros certos fatos ou situações jurídicas. No entanto, além de dispensar a produção de prova pelo beneficiado (como ocorre igualmente nas presunções *iuris tantum*), não permitem que o prejudicado por ela possa provar o contrário.

Dai decorre que essa espécie de presunção legal não está conectada ao ônus da prova relativamente a um fato passado, mas se destina a exercer influência sobre fatos futuros, a fim de que se conformem o máximo possível à presunção

7. Idem, *ibidem*.

8. Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV, n. 30, p. 39-40; Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 220.

9. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*, n. 394, p. 703.

10. STJ, REsp 94.193/SP, 4.ª T., j. 15.09.1998, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 03.11.1998, p. 140.

11. Cf. a definição de Marina Gascón Abellán, *op. cit.*, p. 145, que conclui acertadamente ser dispensável, nessa hipótese, a demonstração probatória, direta ou indireta, da afirmação fática que se pretende demonstrar, o que à evidência não afasta a produção de prova em contrário à presunção.

estabelecida.¹² Esse aspecto ressalta, ainda com mais força, a natureza normativa dessa espécie de presunção legal.

Exemplo: a presunção de concepção do filho na constância do casamento havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597, V, do CC/2002).

7. PRESUNÇÃO IURIS ET DE IURE E FICÇÕES

A presunção *iuris et de iure* não deve ser confundida com a *ficção jurídica*. Embora ambas não admitem prova em contrário, a ficção não pretende considerar verdadeiro um fato qualquer, que pode ser até possível, mas dar por verdadeiro um fato que é necessariamente falso. A falsidade é inteiramente assumida e, assim, não é enganosa. De tal sorte, a ficção não supõe, mas cria uma realidade, ordenando que algo seja tratado como se fosse coisa completamente diversa.¹³

Exemplos:

a) o não comparecimento da parte intimada pessoalmente para depor implica confissão dos fatos contra ela alegados (art. 343, § 1.º, do CPC). Embora a lei, de forma errônea, fale em presunção, trata-se de ficção: o fato da confissão não se pode considerar senão inexistente. Não se verifica qualquer juízo de probabilidade, estamos diante de algo que sabidamente não ocorre e ao legislador não é dado “presumir” que ocorra. Nem é isso que ele pretende, quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não comparecimento) *os mesmos efeitos* que decorreriam do fato *não verificado* (a confissão). Tudo se situa no pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar a propósito de *ficção confessoria*.¹⁴

b) a ficção de que a lei é conhecida de todos (art. 3.º da LICC), o que é impossível e, por conseguinte, falso.

8. PRESUNÇÕES SIMPLES OU DE HOMINIS

As *presunções simples*, ou *hominis* (do homem e não da lei), decorrem do raciocínio desenvolvido pelo juiz que, a partir de fatos conhecidos, considera provado um fato desconhecido, não provado.

Ao contrário das presunções legais, as presunções simples não se baseiam em uma regra de lei, mas têm assento nas chamadas regras de experiência (art. 335 do CPC), as quais refletindo regularidades empiricamente observadas permitem conectar o fato conhecido com o fato desconhecido.¹⁵

Importante salientar que a presunção simples não constitui, a rigor, meio de prova, porque consiste apenas no processo mental que leva o juiz, a partir da prova do fato x, concluir também pela prova do fato y. Impõe-se, ainda, acrescentar que, por meio de raciocínio dessa ordem, o juiz tampouco estará valorando a prova. A valoração dá-se a respeito do fato conhecido, de que pode exsurgir o nexó com o fato desconhecido.¹⁶

Exemplos:

a) a posse de faca pelo acusado, suja de sangue da vítima, faz presumir a autoria do delito;

b) a pensão que o investigado dá ao pretense filho faz presumir a paternidade.

Por outro ângulo visual, o raciocínio desenvolvido pelo juiz na presunção simples deve obedecer a determinados requisitos, sem os quais não pode ser considerado válido. Antes de tudo, impõe-se a existência de uma conexão precisa e direta entre o fato conhecido e o desconhecido. Outro aspecto importante é que o indício, isto é, o fato conhecido, deve conduzir necessariamente ao fato desconhecido. De tal sorte, se o fato desconhecido pode ter multiplicidade de causas, ou ser causa de muitos efeitos, o indício perde força e impede o em-prego da presunção. Além disso, não se mostra imprescindível que a prova do fato se baseie em mais de um indício, mas é indispensável que esse indício, se for único, exiba valor probatório muito elevado.¹⁷

Observe-se, finalmente, que as presunções simples não são admitidas nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal (art. 230 do CC/2002).

9. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. IV.
12. Ch. Perelman, *Presomptions et fictions en droit*. Essai de synthèse. In: PERELMAN, Ch.; FORIERS, P. (orgs.), *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974, p. 341.
13. A respeito, Marina Gascón Abellán, op. cit., p. 148-150, e Hernando Devis Echandía, op. cit., n. 400, p. 707-708.
14. José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., n. 6, p. 65.
15. Marina Gascón Abellán, op. cit., p. 151-152.
16. José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., n. 2, p. 57.
17. Cf. Marina Gascón Abellán, op. cit., p. 152-157. Também de interesse para o tema, embora dizendo respeito a matéria conexa, as interessantes observações de Danilo Krujnik, *A prova nos juízos civil, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-71, sobre a prova judiciária e a formação do convencimento judicial.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____, *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

COMOGGIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: Utet, 2004.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988. t. II.

FREITAS RANGEL, Rui Manuel de. *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

GASCON ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

KNUJNIK, Danilo. *A prova nos juízos civil, penal e tributario*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAGARDE, Xavier. *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1994.

PARA QUINTANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial – Indicios y presunciones*. 3. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1997. t. IV

PERELMAN, Ch. Presomptions et fictions en droit. Essai de synthèse. In: PERELMAN, Ch.; FORIERS, P. (orgs.). *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974.

PISTOLESE, Genmaró Roberto. *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*. Padova: Cedam, 1935.

WROBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: PERELMAN, Ch.; FORIERS, P. (orgs.). *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Lei 12.004/2009: a recusa à submissão ao exame de DNA e um novo modelo de presunção: a presunção jurídico-legal, de Hélio Fidélis Batista – *RDPPriv* 43/134.
- O uso das presunções e ficções no direito tributário, de Ivo Chaitz ScherkerKewitz – *RTrib* 31/84; e
- Presunções, de Aquiles Garcia – *RePro* 20/66.

EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS: O DEBATE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE

2

SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor substituto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Constitucional; Imobiliário e Registral

RESUMO: O artigo analisa a natureza jurídica das execuções extrajudiciais de créditos imobiliários (Lei 4.591/1964, Dec.-lei 70/1966 e Lei 9.514/1997), propondo uma revisão conceitual tendente à identificação de uma autotutela moderna. Explora as bases dogmáticas do instituto à luz da Constituição da República, transcendendo o campo das garantias fundamentais do processo, onde o instituto é geralmente estudado.

ABSTRACT: The article analyzes the legal nature of extrajudicial enforcement of real estate credits (Law 4.591/1964, Decree-Law 70/1966 and Law 9.514/1997), proposing a conceptual revision to reach a more modern interpretation. It examines the doctrinal bases of the institute in light of the Brazilian Constitution, transcending the field of the fundamental guarantees involved in the process, which are generally applied when studying the subject.

PALAVRAS-CHAVE: Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários – Natureza jurídica – Constitucionalidade.

KEYWORDS: Extrajudicial enforcement – Legal nature – Constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Um instituto (mal) conhecido – 2. Os meios de solução dos conflitos: autotutela, autocomposição e processo. 2.1 O processo – Especialmente o processo jurisdicional; 2.2 A autocomposição e os meios alternativos de solução de conflitos; 2.3 A autotutela; 2.4 Enquadramento da execução extrajudicial de créditos imobiliários – 3. O debate sobre a constitucionalidade: 3.1 Opositores da constitucionalidade das execuções extrajudiciais; 3.2 Defensores da constitucionalidade das execuções extrajudiciais; 3.3 Os pontos sensíveis no debate sobre a constitucionalidade; 3.4 As execuções extrajudiciais em face da separação dos poderes; 3.5 As execuções extrajudiciais em face da isonomia; 3.6 As execuções extrajudiciais em face da proporcionalidade; 3.7 As execuções extrajudiciais em face do acesso à Justiça – 4. Conclusão – 5. Referências.