

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**NEAL ADAMS SCHNEIDER**

**PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL**

**CURITIBA  
2008**

**NEAL ADAMS SCHNEIDER**

**PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Disciplina de Direito Processual Civil como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Alcides Munhoz da Cunha

**CURITIBA  
2008**

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a meus pais, Aldo e Lígia, pelo apoio e amor incondicionais.*

*Agradeço aos Procuradores da República Deltan e Orlando, exemplos de trabalho e caráter.*

*Agradeço também a Siderlei, João, Roberson, Thiago e Rafael, pelo companheirismo e pelas intermináveis discussões.*



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1 – NOÇÕES FUNDAMENTAIS</b> .....	6
1.1 Verdade, certeza, verossimilhança e convicção .....	6
1.2 Lógica jurídica .....	11
<b>2 – PROVA</b> .....	16
2.1 Finalidade da prova.....	19
2.2 A prova direta e indireta .....	21
<b>3 – PRESUNÇÕES</b> .....	25
3.1 Natureza do raciocínio lógico .....	26
3.2 Máximas de experiência .....	29
3.2.1 Aplicação das máximas de experiência .....	34
3.3 Índícios.....	38
3.4 Conceito de presunção .....	41
3.4.1 Elemento essencial .....	43
3.4.2 Finalidade.....	45
3.5 Espécies de presunções .....	47
3.5.1 Presunções legais .....	47
3.5.2 Presunção absoluta ( <i>iure et de iure</i> ) e a ficção jurídica.....	48
3.5.3 Presunção mista.....	50
3.5.4 Presunção comum ( <i>hominis</i> ).....	51
3.5.5 Requisitos da presunção comum ( <i>hominis</i> ) .....	53
3.6 Prova <i>prima facie</i> .....	57
3.7 Presunção de presunção .....	59
3.8 A presunção como meio de prova.....	62
3.9 A presunção como técnica de distribuição do ônus da prova .....	65
<b>4 – CRITÉRIOS DE DECISÃO</b> .....	73
4.1 Os modelos de constatação, critérios de decisão ou <i>standards</i> .....	73
4.2 Ônus da prova como regra de julgamento .....	76
4.3 A decisão com base em verossimilhança .....	78
4.4 A redução do módulo de prova .....	80
<b>CONCLUSÃO</b> .....	83
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	85

## INTRODUÇÃO

Um dos capítulos mais importantes do direito, sem dúvida, é o destinado às provas. É através das provas que o julgador buscará a convicção acerca dos fatos controvertidos da lide para sobre eles exercer a função jurisdicional. Em razão disso, iniciamos pela discussão sobre a verdade, certeza, verossimilhança e convicção, conceitos fundamentais para o desenvolvimento do presente estudo.

Após, passamos ao exame da lógica jurídica, pois diferentemente das ciências exatas, no direito impera uma lógica própria, a lógica da argumentação. Outrossim no que se refere ao campo probatório, pois a prova judicial é dialética, isto é, baseada em opiniões apenas prováveis (probabilidade), não em provas absolutas e incontestáveis. A prova judicial não visa, como a lógica formal clássica, a demonstração da verdade de algo, mas sim o convencimento (convicção) do julgador, o qual deverá ser mais ou menos forte, de acordo com o direito material em litígio. Tal característica afasta do direito a idéia da busca pela verdade (material) ou da obtenção de certeza (absoluta). Nestas circunstâncias, evidencia-se nas presunções uma importante fonte de argumentos idôneos para a formação da convicção e a resolução da lide.

Com ampla aplicação, as presunções implicam: na facilitação da prova, mormente nos casos de difícil comprovação; na simplificação dos julgamentos, o que é necessário principalmente em se tratando de causas de menor complexidade, a exemplo do art. 5º da Lei 9.099/95 e art. 852-D da CLT; como também na possibilidade de inversão do ônus da prova, a exemplo do previsto no inciso art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90.

No último capítulo discutimos acerca dos critérios de decisão, que são as formas utilizadas pelo julgador para decidir quando resta dúvida quanto aos fatos. Tradicionalmente, utiliza-se a regra do ônus da prova, porém, como se verá, há pelo menos duas outras possibilidades, a saber, a tese da verossimilhança preponderante e a redução do módulo de prova.

Como se vê, as presunções possuem extrema relevância para que o processo, enquanto instrumento, possa tutelar o direito material adequadamente, razão pela qual o tema despertou interesse.

## 1 – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

### 1.1 Verdade, certeza, verossimilhança e convicção

Inicio este tópico com um importante questionamento feito por Piero Calamandrei:

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Não-de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há-de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?<sup>1</sup>

A discussão sobre a verdade, desde os mais remotos tempos, levantou calorosos debates filosóficos, pois é grande o interesse dos homens a respeito do ideal de verdade.<sup>2</sup> Contudo, neste trabalho fixaremos apenas os conceitos mais relevantes para o desenvolvimento do tema proposto.

Consoante Mittermayer, “Verdade é a concordancia entre um facto real, e a ideia delle representada em nosso espirito.”<sup>3</sup> Com sentido semelhante Malatesta, “A Verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”.<sup>4</sup>

Seguindo a concepção de Luigi Ferrajoli, obtem-se a verdade processual através da correspondência entre a verdade fática e a verdade jurídica. A verdade fática poderia ser comprovada através de provas enquanto a verdade jurídica o poderia mediante a interpretação dos enunciados normativos qualificadores do fato.<sup>5</sup>

A verdade processual é apenas uma “(...) verdade *aproximada* a respeito do ideal Iluminista da perfeita correspondência”. Isto porque, na linha de Ferrajoli, de um lado a verdade processual jurídica se afasta do ideal de correspondência, pois depende de um raciocínio dedutivo, “(...) cuja conclusão é analiticamente verdadeira a respeito das premissas, mas tão opinativa quanto são estas últimas.”<sup>6</sup>

<sup>1</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, visto por nós, os advogados*, p. 99.

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 229.

<sup>3</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado das provas em matéria criminal*, p. 110-111.

<sup>4</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 25.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 50-51.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 53-56.

De outro lado, a verdade processual fática é apenas provável, pois como assinalou Ferrajoli:

Como em todas as inferências indutivas, também na inferência historiográfica e na judicial, a conclusão tem, portanto, o valor de uma hipótese de *probabilidade* na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios. Sua verdade não está *demonstrada* como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução.<sup>7</sup>

O problema da verdade no processo está estreitamente ligado ao *quantum* da prova. Consoante Jorge Clariá Olmedo:

El juzgador va formando su convencimiento desde que recibe la prueba para introducir los elementos probatorios en el proceso. Antes de ello su estado subjetivo es de ignorancia. Después comenzará colocándose en la duda propiamente dicha en cuanto igualdad de posibilidades para creer como para no creer. De fortificarse una de estas posibilidades en desmedro de la otra, pasará a un estado de probabilidad-improbabilidad (positiva o negativa) en cuanto el grado de convicción que produce el conocimiento es más de creer que de no creer, o viceversa. Finalmente puede llegar al estado ingraduable (teóricamente) de certeza, en cuanto se conoce de modo tal que se adquiere la firme convicción de estar en posesión de la verdad positiva o negativa: existe o no existe el hecho.<sup>8</sup>

Segundo Von Canstein, citado por João de Castro Mendes, “A consciência da verdade material das afirmações das partes pode gerar-se no juiz em diversos graus de intensidade: certeza, convicção, crença e suspeita.”<sup>9</sup> Assim, Von Canstein admite a obtenção da certeza, isto é, a absoluta segurança de que algo seja verdadeiro, sem possibilidade de erros. No entanto, para este autor, aquilo que confere certeza está fora do campo probatório, de modo que somente é prova o que concebe “(...) a mais alta probabilidade ou a convicção da verdade.”<sup>10</sup> Assim, não só a prova é incapaz de gerar a certeza como também o que confere certeza não se insere no campo probatório

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 55-56.

<sup>8</sup> OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho Procesal*, v. II, p. 204.

<sup>9</sup> *Apud* CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 317.

<sup>10</sup> *Apud* CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 317.



A certeza é a convicção em seu grau máximo, a convicção livre de qualquer dúvida.<sup>11</sup> Sobre a certeza, Robert Alexy faz a seguinte observação, “O fato de a certeza ser inatingível não pode, portanto, em e por si gerar e mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como uma atividade racional.”<sup>12</sup> Como será melhor analisado em tópico próprio, a racionalidade não se resume à idéia de certeza.

Contudo, não se deve confundir as noções de verdade, verossimilhança e certeza na perspectiva da teoria do conhecimento com as noções correntemente utilizadas no direito. Havendo a impossibilidade de se alcançar verdades incontestáveis ou de se obter a certeza absoluta, utiliza-se os termos certeza e verossimilhança com sentidos próprios. Deste modo, Alcides Munhoz da Cunha assevera:

A despeito da relativização que existe, no plano filosófico e mesmo no plano histórico, entre juízos de verossimilhança (*fumus*) e de certeza, torna-se possível eliminar essa relativização no campo jurídico. Vale dizer, enquanto nos planos filosófico e histórico é possível reduzir todos os juízos humanos na valoração de fatos e provas, no plano jurídico o ordenamento pode estabelecer nítida distinção, como de fato estabelece, à vista das garantias ou das condições objetivas a que submete esses juízos, para conferir-lhes diferentes eficácias que repercutem no grau de estabilidade dos provimentos e dos seus efeitos.<sup>13</sup>

Com efeito, na esteira de Munhoz da Cunha, no campo jurídico, a diferença entre certeza e verossimilhança está apenas na técnica do provimento. Se a cognição é exauriente (em sentido vertical), haverá certeza, se sumária, haverá simples verossimilhança. Assim, em cognição exauriente se terá a declaração de certeza jurídica, enquanto em cognição sumária a eficácia será de mera presunção de certeza.<sup>14</sup> Tal distinção é importante na medida em que não se deve confundir a certeza jurídica com a certeza absoluta. Para o plano jurídico, portanto, verossimilhança não é menos do que certeza, pois não se trata de graus distintos de convicção, mas de técnicas distintas. O juízo de verossimilhança é uma técnica destinada para a cognição sumária, é um juízo provisório (CPC art. 273), enquanto a certeza jurídica só se alcança com a cognição exauriente.

---

<sup>11</sup> “Quando a convicção chega ao ponto de repellar victoriosamente todos os motivos contrários, e quando estes não podem mais abalar a massa importante dos motivos afirmativos, então toma o nome de *certeza*”. MITTERMAYER. C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 118.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 272.

<sup>13</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, p. 375.

<sup>14</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, p. 376.

Castro Mendes menciona a existência de duas correntes acerca da possibilidade de obtenção da certeza absoluta em matéria processual. A corrente dogmática, que defende a possibilidade de obtenção de uma certeza absoluta, como “As afirmações confirmadas por apreensão sensorial (...)” e “As afirmações confirmadas por raciocínio lógico (...)”. A outra corrente, chamada de probabilística, defende que a certeza absoluta não existe ou não pode ser atingida. A certeza alcançada, para esta segunda corrente, seria apenas uma certeza relativa ou moral.<sup>15</sup> Aderindo a esta segunda corrente, Castro Mendes argumenta:

Toda a convicção humana, portanto, é uma convicção de probabilidade. Certa afirmação tem uma larga medida de probabilidade, a afirmação contrária uma medida inversamente proporcional de probabilidade. Estamos no campo do quantitativo.<sup>16</sup>

Em razão disto Castro Mendes conclui, “(...) diremos que ao Homem não é permitida a consciência da verdade absoluta e indubitável – certeza –, mas a consciência de um elevado grau de probabilidade, consciência a que chamaremos *convicção*.”<sup>17</sup> A convicção, deste modo, é um grau de conhecimento utilizado como parâmetro para que determinada decisão seja tomada.

A respeito da distinção entre verdade e verossimilhança, Chaïm Perelman observou:

A evolução da retórica e da teoria da argumentação segue a sorte do estatuto epistemológico da *opinião* contraposta à *verdade*, conforme se pretender que toda verdade se apresenta como a opinião mais defensável ou que a opinião não passa de uma aparência de verdade, conceder-se-á à retórica e à argumentação um lugar de maior ou menor importância.<sup>18</sup>

Interessante a exigência do Código Canônico a respeito da sentença. O cân. 1608, §1º, enuncia: “Para pronunciar qualquer sentença, requer-se, na mente do juiz, certeza moral sobre a questão a ser definida pela sentença”. Em nota a este cân., Pe. Jesus Hortal esclarece:

*Certeza moral* é a persuasão produzida no ânimo do juiz, de acordo com o modo normal de agir das pessoas, que exclui qualquer dúvida prudente. Não é o mesmo que certeza absoluta, pois não exclui toda possibilidade

<sup>15</sup> CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 318-320.

<sup>16</sup> CASTRO MENDES, João de. *Op cit.*, p. 321.

<sup>17</sup> CASTRO MENDES, João de. *Op cit.*, p. 321.

<sup>18</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 307-308.

de errar. Por isso, costumam-se tomar como sinônimos os termos 'moralmente certo' e 'probabilíssimo'.<sup>19</sup>

Sobre este tema, importante a contribuição de Perelman, estabelecendo os limites entre a verdade e o que é utilizado como premissas para as argumentações:

É no esforço, sempre renovado, para fazer que as admitam pelo que consideramos, em cada domínio, como a universalidade dos homens razoáveis, que são elaboradas, precisadas e purificadas as verdades, que constituem apenas as nossas opiniões mais seguras e provadas.<sup>20</sup>

Neste ponto encontramos referência à idéia de razoabilidade, mesmo porque, consoante bem ressaltou Karl Larenz:

(...) colocam-se limites à comprovação daquilo que realmente aconteceu, não só devido às limitações da faculdade cognoscitiva humana, mas também, por muito que isto possa, a princípio, parecer surpreendente a alguns, por parte do Direito Processual.<sup>21</sup>

Em sentido semelhante já se posicionava Francesco Carnelutti:

(...) o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a *verdade verdadeira*, e sim uma *verdade convencional*, que se denomina *verdade formal*, porque conduz a uma indagação regulada nas formas, ou *verdade jurídica*, porque se a busca mediante leis jurídicas e não somente mediante leis lógicas, e unicamente em virtude dessas leis jurídicas substitui a verdade material.<sup>22</sup>

Quanto ao questionamento feito por Calamandrei no início deste tópico, decerto responderemos que não. Se a verdade é um ideal, inalcançável, os pintores poderão, no máximo, chegar a uma aproximação desta, o que chamamos de verossimilhança. Transpondo-se esta idéia para o direito, concluiremos com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira

<sup>19</sup> HORTAL, Jesús S. *Código de Direito Canônico*, p. 689.

<sup>20</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 367.

<sup>21</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 369.

<sup>22</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 47.

*ou parcial de uma das partes. A convicção do juiz se faz a partir da argumentação e das provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo.*<sup>23</sup>

## 1.2 Lógica jurídica

De primeiro plano, não se deve confundir a lógica jurídica com a aplicação da lógica formal ao direito. A respeito, válida a consideração de Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida:

A lógica jurídica não pode ser resumida à lógica formal, àquele *modus* que reduz todo o complexo da decisão jurídica a uma equivalência rigorista e mecânica. O reducionismo provocado por este tipo de raciocínio compromete a aceitação da entrada e saída de valores no universo das práticas jurídicas, o que prejudica sobretudo a formação de uma consciência mais aproximada da realidade entre prática e teoria jurídica.<sup>24</sup>

A Teoria da Argumentação Jurídica surgiu com uma alternativa dentre as várias metodologias jurídicas do pós-positivismo. O desencantamento pelo positivismo iniciou um resgate pela racionalidade prática no direito, em detrimento ao dogmatismo positivista então vigente. Sobre o tema, interessante o comentário de Baptista da Silva:

Dentre outros tantos mitos formados pela doutrina moderna, é necessário superar a idéia de que o direito processual seja “científico”, segundo o modelo que reduz o conhecimento autêntico apenas àquele próprio das ciências de pesar, medir e contar. Este é um capítulo de singular interesse para a história do processo moderno. As ideologias políticas formadoras da modernidade procuraram submeter o direito à epistemologia da matemática e das ciências experimentais, com a eliminação da *hermenêutica* e, conseqüentemente, da *retórica* enquanto arte da argumentação forense – *Hermenêutica* e *Retórica* hoje resgatadas pelas correntes filosóficas contemporâneas.<sup>25</sup>

Igualmente importante a contribuição de Stephen Toulmin:

Nossa primeira obrigação intelectual é abandonar o Mito da Estabilidade que vigorou por tanto tempo na idade Moderna: apenas assim podemos nos livrar dos males infligidos pela Razão obsessiva do século dezessete

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 464.

<sup>24</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 512-513.

<sup>25</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, p. 737.

com a Racionalidade, e voltar para a Razoabilidade, o tratamento igualitário que foi por tanto tempo ignorado. O futuro não é tanto dos pensadores puros, que estão satisfeitos – no máximo – com frases otimistas ou pessimistas; é antes lugar para pensadores que estão prontos para agir pelos seus ideais. Corações aquecidos aliados a cabeças frias procuram um caminho entre os extremos da teoria abstrata e o impulso pessoal. Os ideais dos pensadores práticos são mais realistas do que os devaneios otimistas dos calculadores ingênuos, que ignoram as complexidades da vida real, ou os pesadelos pessimistas de suas críticas, que encontram nestas complexidades a fonte de seu desespero.<sup>26</sup>

Lógica jurídica é o modo específico pelo qual se desenvolvem as discussões no âmbito jurídico com o objetivo de resolver determinado litígio. O direito, assim, possui uma racionalidade própria, o raciocínio dialético.<sup>27</sup> Cabe a advertência de Alexy, “Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional.”<sup>28</sup> A racionalidade, portanto, não se confunde com o conceito de certeza ou com a lógica formal.

Neste sentido bem distingue Perelman:

O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> TOULMIN, Stephen. *Return to Reason*, p. 214. (Tradução livre). No original: Our first intellectual obligation is to abandon the Myth of Stability that played so large a part in the Modern age: only thus can we heal the wounds inflicted on the Reason by the seventeenth-century obsession with Rationality, and give back to Reasonableness the equal treatment of which it was for so long deprived. The future belongs not so much to the pure thinkers who are content—at best—with optimistic or pessimistic slogans; it is a province, rather, for reflective practitioners who are ready to act on their ideals. Warm hearts allied with cool heads seek a middle way between the extremes of abstract theory and personal impulse. The ideals of practical thinkers are more realistic than the optimistic daydreams of simple-minded calculators, who ignore the complexities of real life, or the pessimistic nightmares of their critics, who find these complexities a source of despair.

<sup>27</sup> “Ora, o raciocínio é um argumento em que, estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras. (a) O raciocínio é uma ‘demonstração’ quando as premissas das quais parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras: e, por outro lado (b), o raciocínio é ‘dialético’ quando parte de opiniões geralmente aceitas. São ‘verdadeiras’ e ‘primeiras’ aquelas coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias; pois, no tocante aos primeiros princípios da ciência, é descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos; cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo. São, por outro lado, opiniões ‘geralmente aceitas’ aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes.” ARISTÓTELES. *Tópicos*, I, 1. ALEXY escreve uma nota para esclarecer que a expressão “geralmente aceitas” varia, conforme a tradução do termo *ένδοξα*, podendo ser traduzido como “provável”, “razoável” e em traduções inglesas como “opiniões geralmente aceitas”. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, nota 61, p. 42.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 272.

<sup>29</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, p. 242.

### Na interpretação de Bittar e Almeida:

No sistema perelmaniano, não se pode opor a razão à argumentação; toda atividade argumentativa dá-se entre a demonstração e a argumentação. Não se pode indetificar racional (*rationnel*) com razoável (*raisonnable*), pois a passagem daquele para este importa em distanciamento da contingência e da ambigüidade, e em uma aproximação da formalização e da abstração. O raciocínio jurídico é o raciocínio dialético. É deste que se vale, as partes, por meio de seus representantes judiciais, postulando a aplicação do direito a seu favor, e é deste que se vale o juiz para afirmar sua convicção de julgamento por meio de uma decisão.<sup>30</sup>

Pode-se resumir o esquema da lógica formal à demonstração e, da lógica jurídica à argumentação. No primeiro caso a conclusão é obrigatória, no segundo a adesão é mais ou menos forte; no primeiro há uma verdade, no segundo uma opinião. Nesta perspectiva, anota Perelman:

(...) o que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da *argumentação*, que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica.<sup>31</sup>

Assim, para Perelman, o direito é visto como uma técnica de proteção de bens e valores, muitas vezes inconciliáveis, a lógica jurídica é vista principalmente como a argumentação para se motivar as decisões, “(...) para fazê-las beneficiar-se de um *consenso*, o das partes, das instâncias judiciárias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida.”<sup>32</sup> No mesmo sentido Michele Taruffo, o qual ressalta a importância do senso comum na justificação judiciária.<sup>33</sup>

A argumentação tem papel central no direito. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior:

<sup>30</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 419-420.

<sup>31</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 500.

<sup>32</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 542.

<sup>33</sup> “A justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma seqüência de passagens formais e muito menos a uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e *aberto* ao emprego de elementos persuasivos, dos *tópoi* da ciência jurídica e dos precedentes judiciários, mas também ao uso das noções de senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens”. TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 17.

No correr dos séculos, a ‘argumentação’, no plano jurídico, foi-se especializando, dando origem à teoria das provas no direito processual. No seu sentido amplo, a palavra é usada, modernamente, não como o elenco das provas judiciárias, mas como um modo típico do raciocínio jurídico.<sup>34</sup>

Ou seja, pode-se dizer que a argumentação é uma forma específica de raciocínio. Sobre o tema, não se pode deixar de anotar a opinião de Luis Recaséns Siches, para quem a lógica jurídica é a lógica do razoável:

(...) la lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia – incluyendo la práctica del Derecho - hay que emplear un tipo diferente del logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.<sup>35</sup>

Para Baptista da Silva:

As soluções que devemos esperar do Direito serão apenas razoáveis, porém ‘suficientemente razoáveis’, resultantes, quase sempre, de um compromisso difícil entre valores às vezes inconciliáveis, cuja coexistência lhe cabe organizar.<sup>36</sup>

Enfim, a lógica jurídica se insere no âmbito da razão prática, através do raciocínio dialético.<sup>37</sup> Consoante a concepção de Aristóteles, o método dialético se desenvolve com base em “opiniões notáveis”, “opiniões compartilhadas por todos”<sup>38</sup>, ou, em outras palavras, o provável, o razoável.

<sup>34</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 323.

<sup>35</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, p. 642.

<sup>36</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, p. 737.

<sup>37</sup> “Com efeito, no domínio da razão prática, ele só dispõe de raciocínios dialéticos, que, na melhor das hipóteses, levam apenas a uma solução razoável.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 248.

<sup>38</sup> Segundo Schopenhauer, “A dialética é, então um método que serve para discutir bem sobre qualquer argumento possível, partindo de opiniões notáveis (ένδοξα) – isto é, de opiniões compartilhadas por todos, ou pela maioria, ou pelos sábios e, entre estes, por todos ou por aqueles que são mais conhecidos e estimados -, a fim de demolir uma tese ou defendê-la.” SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*, p. 90.

Segundo Bittar e Almeida:

Ora, o razoável, o prudencial, o ponderável, o meio-termo são partes constitutivas das práticas jurídicas sobre o justo. Apostar na virtude prudencial, e nas próprias incertezas que daí decorrem, é apostar na capacidade humana de criar soluções satisfatoriamente justas para lides e conflitos decorrentes da inter-ação social.<sup>39</sup>

Como visto, o direito é permeado por uma lógica própria, a qual prescinde da noção de certeza absoluta e verdade material para obter validade. Toda a discussão no âmbito da razão prática, aliás, se desenvolve sobre o que é razoável ou provável.

---

<sup>39</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 513.



## 2 – PROVA

Após breve exame sobre a lógica jurídica, convém analisar aquilo que é a essência do processo, a prova.<sup>40</sup> Na linguagem usual, ensina-nos Carnelutti, prova significa “demonstrar a verdade de uma proposição afirmada”.<sup>41</sup> No campo jurídico, por sua vez, o conceito de prova ou prova judiciária<sup>42</sup>, pode ser tomado em diversas acepções. Estas acepções se limitam, no mais das vezes, a três significados<sup>43</sup>, quais sejam, como meio de prova, a própria ação de provar e a convicção resultante no julgador.

Os doutrinadores divergem amplamente quanto ao conceito de prova. Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco, “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.”<sup>44</sup>

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Dinamarco, “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a

---

<sup>40</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 7. Nas palavras de MARINONI e ARENHART, “Ninguém duvida de que a função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo do conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 248.

<sup>41</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 71-72.

<sup>42</sup> LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*, p. 25.

<sup>43</sup> DELLEPIANE, “Usa-se, de ordinário, no sentido de *meio de prova*, isto é, significando os diferentes elementos de juízo produzidos pelas partes ou recolhidos pelo juiz, afim de estabelecer no processo a existência de certos fatos (prova testemunhal, prova indiciária). A seguir, entende-se por prova a *ação de provar*, a ação de fazer a prova, e é neste sentido que se diz que ao autor incumbe a prova do que afirma (*actor probat actionem*), o que quer dizer que é ele quem deve fornecer os elementos de juízo ou produzir os meios indispensáveis para determinar-se a exatidão dos fatos que alega como fundamento da sua ação, e sem cuja demonstração perderá o seu pleito. Finalmente, a palavra prova designa também o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no Juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência dos certos fatos sobre os quais recairá o seu pronunciamento”. DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*, p. 21-22. Em sentido semelhante Carvalho dos Santos, “Significa, quanto à obrigação mesma de provar, o que os doutores chamam *onus probandi*, a produção dos elementos de convicção, com o auxílio dos quais a parte que fez uma alegação ficou obrigada a estabelecer a verdade. Nesse sentido é que se fala em ônus da prova. Designa ainda o conjunto de elementos considerados em si mesmo, e como meio de produzir uma certeza legal suficiente. Nesse sentido, diz-se que a parte fez ou não a prova de sua alegações; que a prova invocada pela parte é, conforme sua espécie, admissível ou inadmissível. Enfim, significa, quanto à própria convicção do juiz, o resultado desses diversos elementos produzidos em juízo. Neste último sentido, costuma-se dizer que a prova foi ou não feita, que ela é completa ou incompleta, pertinente ou impertinente, *concludente ou inconcludente*”. CARVALHO DOS SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 161.

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 43.

convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”<sup>45</sup>

Com realce no aspecto dialético e argumentativo do processo, Marinoni e Arenhart definem como “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto da impugnação, feitas no processo.”<sup>46</sup>

Em nota ao cân. 1526 do Código de Direito Canônico de 1983, Pe. Hortal doutrina, “*Prova* é a demonstração, perante o juiz, de um fato controverso, mediante argumentos legítimos”.<sup>47</sup>

Moacyr Amaral Santos leciona, “Prova, assim, é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios.” E continua, “Daí definir-se a avaliação: processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas”<sup>48</sup>.

Após extensa obra a respeito, Castro Mendes conclui que:

Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma *decisão*.<sup>49</sup>

Ciente dos limites da prova na obtenção da verdade, Carnelutti formula o seguinte conceito, “Provar, de fato, não quer dizer demonstrar já a verdade dos fatos discutidos, e sim *determinar* ou *fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados*.”<sup>50</sup>

Sem embargo dos conceitos acima enumerados, importa transcrever a lição de Perelman, o qual esclarece o conceito de prova nas duas principais concepções clássicas:

<sup>45</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 348.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 91.

<sup>47</sup> 1526 § 1. La carga de la prueba incumbe al que afirma. HORTAL, Jesús S. *Código de Direito Canônico*, p. 661-662.

<sup>48</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 11.

<sup>49</sup> CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 741.

<sup>50</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 72.

Nas concepções clássicas, a dos racionalistas bem como a dos empiristas, a prova é uma operação que deve levar toda mente normalmente constituída quer a reconhecer a verdade de uma proposição (ponto de vista racionalista), quer a tornar sua crença conforme ao fato (ponto de vista empirista). Nestas duas concepções, toda prova supõe a existência de um elemento objetivo e de uma faculdade – a razão ou a sensibilidade – comum a todos os homens e que lhes permitiria reconhecer de uma forma indubitável as verdades e os fatos.<sup>51</sup>

Sob este enfoque, a prova seria demonstrativa e coerciva, visaria, ainda, a verdade em sua forma absoluta.

Segundo Baptista da Silva:

Além do iluminístico conceito de lei, é igualmente indispensável que questionemos o moderno (racionalista) conceito de prova. Como é sabido, a supressão da Hermenêutica – e, conseqüentemente, a eliminação da Retórica – foi o caminho aberto pelas filosofias políticas do século XVII para a concepção da prova como o produto de um “achado” científico.<sup>52</sup>

Conforme Danilo Knijnik:

(...) idéias iluministas alteraram, de forma radical, a fisionomia da prova, a ponto de modificar o próprio conceito de prova. A confiança na razão humana deslocou o eixo das regras legais, largamente aplicadas na Idade Média, para a razão do juiz.<sup>53</sup>

Perelman refuta o clássico conceito de prova como universal, porque fora concebido dentro dos limites das ciências matemáticas e naturais, devendo-se, portanto, ampliar o conceito de prova para as demais ciências, como as humanas. Nesta perspectiva, ampliado o conceito de prova, Perelman observa que prova é:

(...) todo argumento que nos diminui a dúvida, que nos suprime as hesitações. Essa ampliação da noção de prova nos permite estudar, ao lado da prova clássica que poderíamos qualificar de lógica, as numerosas espécies de prova dialética ou retóricas, que, via de regra, diferem da prova lógica porque dizem respeito a qualquer tese – e não somente à verdade das proposições ou à sua conformidade aos fatos – e porque não são coercivas nem necessárias.<sup>54</sup>

Do mesmo modo Baptista da Silva:

<sup>51</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 265.

<sup>52</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, p. 741.

<sup>53</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 09.

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 266-267.

A superação do “cientificismo”, peculiar ao conceito moderno de prova, impõe que se repense a prova como *argumento*, que foi o modo como a compreendeu a cultura clássica; o “sentido” dos “fatos”, enfim, a prova dialeticamente construída através do debate. Isto é *retórica*, enquanto parte integrante da Hermenêutica.<sup>55</sup>

Antes do término deste tópico importa breve comentário da relação existente entre prova e verdade. Segundo Knijnik, a prova possui uma relação com a verdade que pode ser vista sob o enfoque demonstrativo ou persuasivo. O modelo demonstrativo supervaloriza a possibilidade de se reconstruir os fatos, enquanto para o modelo persuasivo a prova pertence à argumentação, de modo que se busca uma reconstrução dos fatos próxima da realidade.<sup>56</sup> Para Knijnik ambos os modelos se completam, pois o modelo demonstrativo significa uma busca pela reconstrução dos fatos mais próxima da realidade e o modelo persuasivo implica num julgador mais prudente e consciente de eventuais erros.<sup>57</sup>

## 2.1 Finalidade ou função da prova

A finalidade ou função da prova está estreitamente ligada ao conceito de prova como resultado, aquilo que se busca com a prova. Para Antonio Dellepiane, por exemplo, a teoria da prova judicial é uma ciência reconstrutiva e, deste modo, a prova teria por finalidade demonstrar que determinados fatos existem ou existiram.<sup>58</sup> Trata-se de uma visão da prova sob um enfoque estritamente demonstrativo<sup>59</sup>, presa ainda aos clássicos conceitos de prova inspirados pelos ideais iluministas<sup>60</sup>, como visto acima.

Para os dois autores abaixo, a prova deve ser entendida sob o enfoque argumentativo (persuasivo), tendo por fim o convencimento do juiz.

De acordo com Carvalho dos Santos:

<sup>55</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, p. 742.

<sup>56</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 13.

<sup>57</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 14-15.

<sup>58</sup> “A analogia entre a missão do historiador e a do juiz, entre a prova judicial e a história, radica, desde logo, na identidade de fins, dado que a história se propõe também estabelecer fatos pretéritos, mostrando e explicando como se passaram as coisas no passado”. DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*, p. 28.

<sup>59</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 11.

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 249.

A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa. O fim será atingido, desde que exista para o juiz, seja de acordo com os dados da experiência ou com as regras da lógica, seja de acordo com as disposições da lei, elementos suficientes para adquirir a certeza de serem certos aqueles fatos.<sup>61</sup>

Para James Goldsmith, “(...) es lograr el convencimiento del juez. Siendo la *verdade* que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe substituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno subjetivo: el convencimiento del juez”.<sup>62</sup>

Em consideração a afirmação de que a verdade não é a função da prova, Marinoni e Arenhart afirmam:

Constitui-se, ao que parece, em meio *retórico*, indispensável ao debate judiciário. O processo deve ser visto como palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a *reconstrução* do fato, mas o *convencimento* dos demais sujeitos processuais sobre ele.<sup>63</sup>

Aqui o convencimento deve se estender aos demais sujeitos processuais, indo além do simples convencimento do juiz.

Contudo, consoante Knijnik, “Essa relatividade não pode levar, porém, ao abandono da relação entre *prova* e *verdade*; apenas tal relação deixa de ser *ontológica*, para ser *teleológica*”.<sup>64</sup> Assim também se manifestam Marinoni e Arenhart:

(...) a *busca* pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo. Esse será, aliás, no mais das vezes, o argumento retórico que legitimará a sua decisão. Todavia, é preciso estar consciente das limitações da ciência processual (como, de resto, de qualquer outra) e, partindo dessa premissa, aprender a lidar mais adequadamente com o instrumento que é posto à disposição do Estado-jurisdição. Não há dúvida que o ideal não pode ser abandonado; apenas é necessário estar consciente da realidade das possibilidades, porque isso autorizará estar melhor afinado com as limitações do meio utilizado, logrando-se, daí, maior efetividade no trato do processo.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> CARVALHO DOS SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 161-162.

<sup>62</sup> GOLDSMITH, James. *Derecho Procesal Civil*, p. 256.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 254.

<sup>64</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 14.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 93.

Em sentido semelhante Baptista da Silva:

A verdade, para o processo civil, é uma aspiração ou uma meta que deve orientar a todos os operadores da cena judiciária, tomada porém como 'valor-limite' de que o julgador poderá aproximar-se, determinadas circunstâncias, tendo em conta a natureza especial de certos fatos, com mais facilidade de que em circunstâncias diferentes.<sup>66</sup>

De acordo com Dinamarco, a verdade não constitui, para os processualistas modernos, escopo do processo. Isto porque, "o conhecimento não tem valor absoluto e as exigências de bem conhecer cedem ante certas situações em que a sua radicalização viria a prejudicar os bons resultados do exercício da jurisdição."<sup>67</sup> A respeito esclarece Dinamarco:

A busca da verdade, que é busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado, tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição. Mas acima deste situa-se o escopo social de pacificar e a pacificação, para ser eficiente, precisa chegar logo.<sup>68</sup>

No mesmo sentido Larenz, o qual afirma que "O achamento da verdade é decerto um fim muito importante no Direito Processual, mas não o seu fim único. Como todo o fim jurídico pode, em certa medida, ter de ceder a outros fins, ainda mais importantes".<sup>69</sup>

## 2.2 A prova direta e indireta

Em uma das classificações mais tradicionais da prova se situa a distinção entre prova direta e indireta. O critério para esta distinção, entretanto, não é unânime entre os doutrinadores.

Para Carnelutti (precursor desta classificação)<sup>70</sup>:

A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção: o

<sup>66</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 158.

<sup>67</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 230-231.

<sup>68</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 234.

<sup>69</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 370.

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 143.

fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento.<sup>71</sup>

Assim também doutrina Castro Mendes:

Não há prova sem percepção do juiz, mas esta pode recair directamente sobre o objecto ou sobre um facto do qual se possa concluir, segundo a experiência, a existência de um outro facto. Quando os factos caem directamente sob os sentidos do juiz há prova directa – é o que sucede na inspeção judicial. Quando entre o juiz e os factos se interpõe outro facto a prova é indirecta (testemunhas, documentos).<sup>72</sup>

Para Castro Mendes, aliás, “Toda a prova indirecta é prova por presunções.”<sup>73</sup>

Adepto desta classificação, Egas Moniz de Aragão explica:

Considera-se directa aquela mediante a qual a percepção do julgador não se dá através de algo interposto entre ele e o fato; prova directa por excelência é a inspeção judicial. Diz-se indirecta aquela mediante a qual a percepção do julgador se dá através de algo interposto entre ele e o fato – os demais meios de prova (p. ex.: a testemunha narra ao juiz).<sup>74</sup>

Por outro lado, na classificação de Malatesta, “é directa a prova que tem por objeto imediato a coisa que se quer averiguar ou nela consiste.”<sup>75</sup>

Para Dinamarco:

Prova directa é aquela que incide sobre os próprios fatos relevantes para o julgamento (*facta probanda*) – como a culpa e o dano nos litígios por responsabilidade civil, a prática de grave violação aos deveres do casamento na de separação judicial, a filiação nas ações de alimentos *etc.* É *indirecta* a prova dos fatos que em si mesmos não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que o fato relevante deve ser acontecido – e tais são os *indícios*, ou *fatos-base*, sobre os quais o juiz se apóia, mediante a técnica das *presunções*, para tirar conclusões sobre o *fato probando*.<sup>76</sup>

Da mesma forma classifica Alvim, o qual, entretanto, pondera, “a própria prova directa (documental, testemunhal) implica intermediação entre o meio de

<sup>71</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 83.

<sup>72</sup> CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 176.

<sup>73</sup> Saliente-se que para o autor documentos e testemunhas também são provas indirectas. CASTRO MENDES, João de. *Do conceito de Prova em Processo Civil*, p. 190.

<sup>74</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese do Código de Processo Civil*, 57.

<sup>75</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 159.

<sup>76</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 92.

prova e o fato (quais sejam, o documento e a testemunha).<sup>77</sup> Independentemente da classificação adotada, porém, as presunções se inserem entre as provas indiretas.

A importância das provas indiretas está precisamente na falta das provas diretas, pois que estas podem ser de difícil ou, até mesmo, de impossível obtenção.<sup>78</sup> Sobre o tema, Malatesta faz a seguinte observação:

Se o homem só pudesse conhecer pela própria percepção direta, bem pobre seria o campo dos seus conhecimentos: pobre no mundo das idéias, pobre no dos fatos. Para que um fato seja percebido diretamente, torna-se necessária a coincidência de lugar e tempo entre ele e o homem que o deve perceber. Ora, o homem é simplesmente um ponto na amplidão infinita do espaço, não mais que um átomo fugitivo no infinito desenvolvimento do tempo. A grande quantidade de acontecimentos está fora da esfera das nossas observações direta e são, por isso, bem poucos os fatos que podemos conhecer por visão direta.<sup>79</sup>

Considerando que as provas diretas são extremamente escassas e que o conhecimento humano não pode se restringir aos reduzidos limites da percepção imediata das coisas, percebe-se a necessidade e importância de que o conhecimento seja obtido também pelas vias indiretas. A importância das provas indiretas, aliás, foi brilhantemente ilustrada por Malatesta por meio da seguinte metáfora:

É tão necessário à vida servir-se também das vias indiretas para o conhecimento das coisas que a natureza providente, até na cegueira do animal bruto, criou impulsos instintivos para guiá-lo em direção àquilo que não se lhe apresenta à sua direta percepção sensorial. O cão que, farejando o simples vestígio, consegue alcançar seu dono, não faz mais que ir de encontro ao desconhecido, por via do conhecido. O pássaro que, com a simples proximidade do inverno, emigra para regiões mais amenas, não faz mais que fugir do inverno que ainda não chegou, mas ele pressente pela percepção dos indícios precurssores. Fatalidade benéfica esta, nos animais, que os conduz pela mesma via pela qual somos conduzidos à razão e os faz chegar a um mesmo fim, isto é, ao convencimento, deduzido de provas indiretas; convencimento instintivo e cego, neles; convencimento racional e iluminado, em nós.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> “Desta forma, *sob outro critério, prova direta* seria exclusivamente, a *inspeção judicial* (e, mesmo nesta, se houver auxílio do perito (s)), terá havido a intermediação intelectual e explicativa entre o fato, diretamente observado, a sua compreensão; vale dizer, a explicação fornecida pelo (s) perito (s)”. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, Nota de rodapé 1, p. 533.

<sup>78</sup> “Sabe-se que nem sempre é possível produzir-se a denominada prova direta de um fato”. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 25.

<sup>79</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 177.

<sup>80</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 178.



Por outro lado, consoante a doutrina de Knijnik, a distinção entre prova direta e indireta é “um mito”, pois “(...) nenhuma prova é puramente direta”.<sup>81</sup> Neste sentido, Knijnik assim justifica seu pensamento:

(...) pode-se afirmar que a rigor inexistente distinção no plano ontológico entre tais provas, justificando-se assim a construção jurisprudencial segundo a qual há igualdade entre os indícios e a prova ‘direta’ quanto à formação da livre convicção judicial.<sup>82</sup>

Em sentido semelhante Maria Rita Ferragut, a qual afirma que não existe diferença substancial entre prova direta e indireta (presunções), somente diferença quanto ao nexu lógico.<sup>83</sup>

Diante do exposto, importa analisar o instituto da presunção, que possui forte identidade com a própria lógica jurídica, além de constituir uma das formas de simplificação dos julgamentos, contribuindo para a celeridade e economia da instrução.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 26.

<sup>82</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit*, p. 27.

<sup>83</sup> “Não há diferença substancial entre a prova direta (pericial, documental, testemunhal etc.) e as presunções legais. Há apenas diferença no que tange o nexu lógico: enquanto a prova relaciona-se diretamente ao fato que se pretende demonstrar como verdadeiro, a presunção relaciona-se de forma indireta, apoiando-se em indícios para provar a ocorrência do fato indiciado. De qualquer forma, ambas constituem verdade suficiente do ponto de vista jurídico e nenhuma confere certeza absoluta quanto à ocorrência fenomênica do evento descrito no fato”. FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 74.

<sup>84</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 235.

### 3 – PRESUNÇÕES

As presunções, como se verá mais adiante, possuem relevante papel no campo probatório. Tal a importância fez Perelman afirmar que “Toda a técnica judiciária da prova dos fatos só é compreendida a partir da noção de presunção.”<sup>85</sup>

Contudo, como bem afirmou Dellepiane, em se tratando de prova indiciária, a terminologia utilizada é “vaga, pessoal e flutuante”, de modo que há uma grande confusão de idéias e opiniões.<sup>86</sup> Segundo Gorphe, citado por Frederico Marques, “Os civilistas preferem falar de presunções, enquanto os criminalistas usam da expressão indícios, e os juristas anglo-americanos de circunstâncias”.<sup>87</sup>

Em clássica obra sobre interpretação, Carlos Maximiliano argumenta:

Provado um fato comum, não pode o julgador deixar de decidir de acordo com ele pela circunstância de às vezes verificar-se outro, oriundo de causa diversa ou tendente a produzir efeito diferente. Só é lícito inclinar-se pela exceção quando evidenciado que se deu esta, e não o comum, o geral, ‘o que mais vulgarmente resulta ou acontece’ – *quod plerumque accidit*.<sup>88</sup>

Com efeito, ao julgador não é razoável que se distancie do normal. Qualquer afastamento do normal exigirá um reforço na carga argumentativa, pois o normal, o comum, assim como os precedentes, revelam aquilo que se admite como razoável em determinado tempo e sociedade.

Uma reflexão sobre certo número de casos particulares, pode, de fato, através de um procedimento de raciocínio indutivo, ensejar uma regra. É nesse sentido que a passagem de qualificações particulares para uma definição jurisprudencial constitui um caso de aplicação da máxima: *Ex facto oritur jus*.<sup>89</sup>

A carga argumentativa, portanto, constitui ônus daquele que alega a mudança em um determinado estado de coisas, pois, de acordo com Perelman:

(...) a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A

<sup>85</sup> PERELMAN, *Ética e direito*, p. 495.

<sup>86</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*, p. 76-77.

<sup>87</sup> MARQUES, Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 343.

<sup>88</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 260.

<sup>89</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 578.

mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só poder ser alterada por razões suficientes.<sup>90</sup>

De fato, várias decisões num mesmo sentido orientam o entendimento jurisprudencial, devendo-se justificar o afastamento dos precedentes em caso de decisões discordantes. Do mesmo modo, em face do desenvolvimento ordinário das coisas, criam-se presunções, devendo-se justificar a sua não-utilização, ou seja, que se trata de casos excepcionais (atípicos).

Analisaremos as presunções, separando cada etapa envolvida no raciocínio lógico, de modo a melhor observar o seu mecanismo e o papel de cada etapa na conclusão. Começaremos pelo raciocínio lógico envolvido, passaremos pelas máximas de experiência, pelos indícios e terminaremos com as presunções propriamente ditas.

### 3.1 Natureza do raciocínio lógico

Para uma análise da natureza do raciocínio lógico envolvido no uso das presunções, inevitável uma rápida digressão sobre os métodos indutivo e dedutivo.

O método indutivo, na definição de John Stuart Mill:

Consiste em inferir, de alguns casos particulares em que um fenômeno é observado, que ocorrerá em todos os casos de uma determinada classe, isto é, em todos os casos em que *se assemelham* aos primeiros enquanto são consideradas suas circunstâncias essenciais.<sup>91</sup>

Segundo Miguel Reale:

Costuma-se dizer que na indução o espírito procede do particular para o geral, constituindo um processo de descoberta de verdades gerais, partindo-se da observação de casos particulares. É por isso que se declara que a indução é o método por excelência da pesquisa científica,

<sup>90</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*, p. 120.

<sup>91</sup> “O universo, tanto quanto o conhecemos, é constituído de maneira tal que tudo o que é verdadeiro em um caso de determinada natureza é também verdadeiro para todos os casos da mesma natureza; a única dificuldade é descobrir *qual* é esta natureza. Este fato universal, que é nossa garantia para todas as inferências da experiência, foi descrito pelos filósofos com diferentes termos: uns dizem que o curso da natureza é uniforme; outros, que o universo é governado por leis gerais; e outras expressões semelhantes”. MILL, John Stuart. *Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva e Outros Textos*, p. 173.

por ser aquele que revela verdades não sabidas, permitindo-nos passar dos *factos às leis*.<sup>92</sup>

A indução, deste modo, é o método que permite passar da observação de factos concretos e observados, para verdades provisórias (genéricas) ou, até mesmo, leis gerais.

Sobre a dedução, ensina Reale, “(...) é um processo de raciocínio, que implica sempre a existência de dois ou mais juízos, ligados entre si por exigências puramente formais.”<sup>93</sup> Nesta concepção, o método dedutivo praticamente se confundiria com o silogismo. Completa Reale, “O silogismo, porém, não realiza por si só inovação ou descoberta de verdades novas, que já não estejam implícitas em suas premissas”.<sup>94</sup> Trata-se, portanto, de um método de concatenação de premissas para a obtenção de uma conclusão, segundo critérios estritamente formais e demonstrativos.

Portanto, nesta linha, conclui-se que o método dedutivo pressupõe premissas, as quais se obtém inicialmente mediante o método da indução. Outro não é o entendimento de Francisco Augusto das Neves e Castro:

Por meio da *dedução* partimos de raciocínio em raciocínio, procurando descobrir o que nos é desconhecido, nos princípios ou idéias, de que temos conhecimento. Quando nos servimos da *indução*, julgamos prováveis os factos desconhecidos pela existencia dos conhecidos.<sup>95</sup>

Em suma, o raciocínio indutivo é uma generalização obtida através da observação de casos particulares (experiência), enquanto a dedução é a passagem de juízos gerais para conclusões específicas.

O silogismo utilizado na presunção, entretanto, chama-se entimema. De acordo com Olivier Reboul, o entimema se distingue do silogismo demonstrativo, pois no primeiro as premissas são apenas verossímeis, enquanto no segundo as premissas são evidentes.<sup>96</sup>

A respeito da discussão em torno do raciocínio envolvido nas presunções, Roque Antonio Carraza afirmou que “pouco importa se obtida por dedução ou

<sup>92</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 142-143.

<sup>93</sup> REALE, Miguel, *Op cit.*, p. 145.

<sup>94</sup> REALE, Miguel, *Op cit.*, p. 147.

<sup>95</sup> NEVES e CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Civis*, p. 60.

<sup>96</sup> REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*, p. 155.

indução”. Em nota de rodapé a esta afirmação, diz estar com a doutrina anglo-saxônica quando sustenta isto.<sup>97</sup> Para Amaral Santos, Teresa Ancona Lopez<sup>98</sup> e Sérgio Carlos Covello<sup>99</sup>, as presunções envolvem ambos os métodos, indutivo e dedutivo. Neste sentido, Amaral Santos leciona:

Assim, a presunção compreende um processo lógico, ou seja um raciocínio pelo qual da existência de um fato reconhecido como certo se deduz a existência de um fato que se deseja provar. A estrutura desse raciocínio, como o das provas indiretas, é o silogismo. Pode-se retratar o esquema de uma presunção na fórmula de um silogismo: *premissa maior* – “Os maiores de vinte e um anos têm discernimento para a vida”; *premissa menor* – “A tem vinte e um anos”; *conclusão* – “A tem discernimento para a vida.”<sup>100</sup>

No mesmo sentido Ancona Lopez, “A premissa maior (conceito geral) será a verdade da experiência. A premissa menor, o fato conhecido, e a conclusão será a presunção, isto é, a probabilidade do afirmado”.<sup>101</sup>

Dellepiane, a seu turno, doutrina no sentido de que o método dedutivo não admite exceções, assim, “Somente quando a premissa maior for uma lei que não admita exceção é que a inferência revestirá caráter de dedução rigorosa”.<sup>102</sup> A inferência indiciária, portanto, para este autor, consiste num raciocínio analógico, ou melhor, numa dedução baseada numa inferência indutiva anteriormente estabelecida.<sup>103</sup>

Através de um exemplo fornecido por Dellepiane será possível ilustrar o seu pensamento:

Em verdade, na inferência indiciária, a lei que lhe serve de fundamento, que constitui a premissa maior do silogismo correspondente, não é sempre uma lei cientificamente comprovada e de um caráter necessário, senão que uma lei empírica, uma generalização fornecida pela experiência, um princípio de senso comum, cujo caráter é contingente. Que o autor de um crime foge ou se oculta depois de cometê-lo e, reciprocamente, que todo aquele que foge ou se oculta o faz porque

<sup>97</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 455.

<sup>98</sup> “Para nós, a presunção encerra os dois métodos de raciocínio lógico, pois somente utilizando a indução e a dedução pode-se chegar ao que se acha ser verdadeiro”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 31.

<sup>99</sup> “Aderimos à tese de que a presunção envolve tanto uma indução como uma dedução”. COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 27.

<sup>100</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. V, p. 343.

<sup>101</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 31.

<sup>102</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*, p. 81.

<sup>103</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Op cit.*, p. 80.

cometeu um delito, são verdades gerais e constantes. Daí, entretanto, se deduz uma generalização: aquele que foge ou se oculta é um criminoso; e esta generalização serve de premissa para estabelecer que um determinado sujeito é autor de um delito.<sup>104</sup>

Desta forma, a inferência indiciária não implica, a rigor, num raciocínio exclusivamente dedutivo ou indutivo, mas sim num processo mental que envolve previamente o raciocínio lógico indutivo, o qual estabelecerá as premissas obtidas mediante a experiência, para então sobre elas recair o método dedutivo. Formula-se um silogismo, no qual a premissa maior é uma “lei empírica”, fruto da indução e a premissa menor é o próprio fato indiciário verificado (fato-base), dos quais se revelará uma conclusão (fato presumido). Como afirma Amaral Santos, “A premissa maior será uma verdade mais geral do que a contida no fato auxiliar, isto é, compreenderá um conceito geral a que se chega pela experiência”.<sup>105</sup>

As presunções não podem passar de juízos de probabilidade porque o raciocínio empregado na sua criação envolve primeiramente o método da indução, o qual, por ser fruto da observação de reiterados casos e, portanto, não de todos, permite, no máximo, alta probabilidade ou aproximação da realidade, vale dizer, juízo de verossimilhança. É da própria natureza da presunção que assim seja, pois, conforme a doutrina de Dellepiane, se a conclusão é certa e indubitável, não se trata de presunção, mas de uma conclusão lógica e exclusivamente dedutiva, ou seja, demonstrativa.

### 3.2 Máximas de experiência

Inicialmente, tomemos por base o conceito originário de máxima de experiência (*Erfahrungssätze*<sup>106</sup>), o conceito formulado por Friedrich Stein, o idealizador desta denominação:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgam en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya

<sup>104</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Op cit.*, p. 80.

<sup>105</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 343.

<sup>106</sup> A tradução literal de *Erfahrungssatz* (*der*) corresponderia à teorema, princípio empírico. *Dicionário de Alemão-Português*. Porto Editora, Porto-Portugal, 1997.

observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.<sup>107</sup>

As máximas de experiência (ou regras de experiência, como também são chamadas) são utilizadas como base para o raciocínio jurídico, bem como na valoração das provas.<sup>108</sup> Manoel Galdino da Paixão Júnior assinala que constitui uma “Técnica jurídica de configuração multiforme (...)”, e completa, “Por uma face, revela-se como critério de apuração da prova; todavia, de outra não perde o caráter de meio de prova.”<sup>109</sup> São verdadeiros axiomas, ou seja, admitem-se como premissas para que daí se infiram conclusões.

Deve-se ter em conta, entretanto, o que asseverou Adroaldo Furtado Fabrício:

Como se trata de generalizações formuladas a partir da observação de casos particulares, não é razoável excluir que *a própria generalização seja em si mesma errônea*, como ocorrerá se o número de casos observados é insuficiente para justificá-la, ou se existem entre eles diferenças e particularidades sutis imperceptíveis ao olho leigo.<sup>110</sup>

A respeito, aliás, Carnelutti já havia observado que a maior ou menor segurança da conclusão depende da verossimilitude da norma que o juiz utiliza para a dedução.<sup>111</sup>

As regras de experiência comum, de acordo com Alfredo Buzaid, “são juízos de valor, formulados no processo, com base no que ordinariamente acontece, que, por sua generalidade, se aproximam da lei, permitindo que para litígios semelhantes se aplique a mesma solução.”<sup>112</sup> O autor do projeto do Código de Processo Civil de 1973 vai além:

<sup>107</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 30. Em português, “(...) são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos a apreciar no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses, pretendem ter validade em outros casos.” MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 118.

<sup>108</sup> Segundo Taruffo, “O senso comum também está constantemente presente na parte do raciocínio judicial relacionada com o *reconhecimento dos fatos*”. TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001, p. 13.

<sup>109</sup> PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. *Teoria Geral do Processo*, p. 252.

<sup>110</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Revista Forense*, v. 376 (novembro/dezembro), RJ, 2004, p. 8.

<sup>111</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 95-96.

<sup>112</sup> BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 134.

Não é lei em sentido estrito, porque, no sistema democrático, a lei emana do Poder Legislativo; a regra de experiência é induzida pelo juiz do que ordinariamente acontece. Todavia, posto que não seja lei em sentido estrito, a regra de experiência comum pode ser erigida como premissa maior na elaboração do silogismo de uma sentença.<sup>113</sup>

Em sentido semelhante Araújo Cintra, que defende que as regras de experiência possuem natureza normativa equivalente às presunções legais relativas.<sup>114</sup> Para Castro Mendes:

(...) o conceito de máxima de experiência tem consistência e valor no domínio da questão de facto, como afirmações genéricas de facto. Funcionam então como premissas maiores das presunções simples, e é portanto em primeiro lugar à sua luz que é estudada a realidade concreta, antes de ser juridicamente valorada.<sup>115</sup>

Consoante Carnelutti, as normas que compõem as premissas maiores do silogismo da prova indireta pertencem a várias áreas, como a do saber técnico, dos conhecimentos comuns, das ciências naturais, morais, psicologia e economia. E continua o autor:

Não é possível, e ademais não seria conveniente, dar acerca do tema aqui tratado senão o mais amplo conceito que a doutrina alemã expressa mediante a fórmula: *regra de experiência (Erfahrungssatz)* ou *regra de vida (Lebensregel)*; esta destaca especialmente a origem da regra que a logra mediante a indução, 'ou seja, mediante a conclusão extraída de uma série de preceitos singulares e que podem referir-se a casos análogos todavia não observados (durch Schluss aus einer Mehrheit von Einzelwahrnehmungen auf gleichartige, noch nicht beobachtete Fälle).<sup>116</sup>

Leonardo Greco, considerando que em regra os fatos investigados no processo fazem parte do passado, de modo que se faz necessária a prova indireta, afirma:

Na avaliação dessas provas, quando contraditórias, o julgador faz muitas escolhas, dando mais crédito ao depoimento deste ou daquele, por exemplo. Essas escolhas, embora racionais, são também indutivas, baseadas fundamentalmente nas máximas de experiência e no senso comum.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> BUZAID, Alfredo. *Op cit.*, p. 135.

<sup>114</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 31.

<sup>115</sup> MENDES, João de Castro. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 666. No mesmo sentido MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 116.

<sup>116</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 93-95.

<sup>117</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*, p. 448.



As máximas de experiência indicam o que provavelmente ocorreu ou ocorrerá, tendo em vista fatos pretéritos semelhantes. Knijnik, por exemplo, se utiliza do termo “previsão” para expressar o mecanismo das máximas de experiência, ao anotar que: “(...) na sua maioria testes hipotéticos que expressam o que é esperável diante de certas ocorrências; previsões a que se chega por indução de inúmeros casos particulares, mas não se vinculam a nenhum caso em especial.”<sup>118</sup>

Importa destacar, ainda, que as máximas de experiência, ao lado dos fatos notórios, constituem o que se costuma chamar de saber privado do juiz e que, portanto, podem ser utilizados pelo juiz de ofício, independentemente de alegações das partes.<sup>119</sup> Há, relativamente às máximas de experiência, uma exceção ao princípio geral do dispositivo.<sup>120</sup> Tal princípio, como é sabido, preconiza que a iniciativa, tanto da alegação como da própria prova, cabe às partes, pois *quod non est in actis non est in mundo*.<sup>121</sup>

Para José Carlos Barbosa Moreira, essa exceção ao princípio dispositivo é necessária, pois seria um “absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade”.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 69.

<sup>119</sup> MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 118; BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 140.

<sup>120</sup> “Segundo este princípio, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. I, p. 61. “Um sistema processual construído assim integra um poder de disposição das partes sobre a matéria de fato da sentença e, portanto, uma influência da conduta destas sobre o conteúdo da mesma sentença: as partes podem, bem calando um fato real ou bem afirmando um fato imaginário, obrigar o juiz a pôr na sentença uma situação de fato diferente da realidade”. CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*, p. 35.

<sup>121</sup> BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 134. No mesmo sentido, MILHOMENS, Jonatas. *A Prova no processo*, p. 210. Acerca deste brocardo latino, Fabrício ensina, “Esse brocardo contém um princípio de garantia afastando a eventualidade perigosa de serem as partes surpreendidas pela influência, sobre o espírito do julgador, de dados e informações que elas não tiveram oportunidade de examinar, discutir e criticar”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Revista Forense*, v. 376 (novembro/dezembro), RJ, 2004, p. 3.

<sup>122</sup> O autor faz menção nesta passagem não só às regras de experiência, mas também aos fatos notórios. As regras de experiência se distinguiriam “por seu caráter de *generalidade e abstração*: não se trata agora de acontecimentos singulares, mas de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em

De outro ângulo, ao utilizar tais regras de experiência, deverá o julgador explicitá-las na decisão. A respeito registrou Knijnik:

(...) considerando que sempre e necessariamente incide na formulação do juízo de fato uma máxima de experiência, impõe-se ao julgador mencioná-la e indicá-la, na fundamentação, a fim de que as partes possam sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório.<sup>123</sup>

Do mesmo modo Marinoni e Arenhart, “as regras de experiência, sejam quais forem, devem ser precisamente relatadas e motivadas na decisão para que seja possível controlar o poder do juiz, basicamente a consistência da sua base empírica e sua eventual arbitrariedade”.<sup>124</sup>

Segundo Stein, toda máxima de experiência é notória.

(...) no hay absolutamente ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria. Ao no ser nunca objeto de percepción sensible son, por tanto, conocidas en la misma medida y exactamente con el mismo valor por todos aquellos que se han ocupado de su transmisión o que han comprobado y verificado la verdad de su enunciado.<sup>125</sup>

Em que pese façam conjuntamente parte do saber privado do juiz, as máximas de experiência não se confundem com os fatos notórios (CPC, art. 334, inciso I). Os fatos notórios, como o próprio nome indica, são fatos, enquanto as máximas de experiência são regras.<sup>126</sup>

---

igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual*. (Segunda Série), 1988, p. 62.

<sup>123</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 71.

<sup>124</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 474.

<sup>125</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 37.

<sup>126</sup> SANTO assim distingue: “tienen en común la circunstancia de configurar conocimientos incorporados pacíficamente al patrimonio cultural de un círculo social determinado, en tanto los hechos notorios constituyen eventos concretos que integran, como tales, el sustrato de conducta enjuiciado, las máximas de experiencia son principios generales extraídos de la observación del corriente comportamiento de los hombres y, en tal carácter, sirven de apoyo para establecer una presunción o para efetuar la valoración de la prueba, funcionando por lo tanto como reglas dirigidas a aclarar el sentido jurídico de la conducta.” SANTO, Víctor de. *La Prueba en el Proceso Civil*, p. 59. Conforme CAMBI, “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 experiência de um fato dado, segundo um processo de abstração e de generalização. 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”. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 352.

### 3.2.1 Aplicação das máximas de experiência

As regras de experiência comum, como também são chamadas, encontram previsão legal em nosso ordenamento em face do art. 335 do Código de Processo Civil<sup>127</sup>, art. 5º da Lei nº 9.099/1995<sup>128</sup> (Lei dos Juizados Especiais), art. 852-D da CLT<sup>129</sup>, bem como do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990<sup>130</sup> (Código de Defesa do Consumidor).

Há uma clara distinção quanto ao tratamento dado às máximas de experiência nos quatro dispositivos legais supra mencionados. O Código de Processo Civil se refere à aplicação das regras de experiência comum ou técnica *em falta* de normas jurídicas particulares, enquanto a Lei dos Juizados Especiais e o art. 852-D da CLT (relativo ao procedimento sumaríssimo) dispõem para que o juiz *dê especial valor* às regras de experiência comum ou técnica. Já o disposto no CDC traz a previsão expressa da possibilidade de inversão do ônus da prova para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, a critério do juiz.

As regras de experiência são utilizadas em caráter subsidiário no processo civil ordinário, porém, nos Juizados Especiais, bem como no processo do trabalho sumaríssimo, as regras de experiência alçam um importante papel na apreciação das provas. Tal disposição legal parece confirmar que, em se tratando de causas de menor complexidade, deve-se diminuir a exigência da prova para a convicção do juiz.

Cumprе consignar que o art. 335 do CPC possui a função de integração e interpretação das normas legais, além de elemento de prova.<sup>131</sup> A respeito, João Carlos Pestana de Aguiar Silva assevera:

---

<sup>127</sup> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

<sup>128</sup> Art. 5º. O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

<sup>129</sup> Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

<sup>130</sup> Art. 6º, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

<sup>131</sup> PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. *As Provas no Cível*, p. 72.

Distinguem-se as máximas em sua aplicação segundo se refiram à interpretação da lei ou à valoração da prova. No dispositivo em causa parece ter sido intencional o duplo sentido, não só para a interpretação e integração da norma legal como para elemento de prova.<sup>132</sup>

Do mesmo modo Barbosa Moreira, o qual esclarece que o art. 335 do CPC possui diversas utilidades, a começar pela apuração dos fatos, passando pela valoração da prova, bem como quando se trata de interpretar textos legais, notadamente os conceitos juridicamente indeterminados.<sup>133</sup> Isto porque, consoante interpretação de Maximiliano do brocardo latino *Quod raro fit, non observant legislatores*:

(...) os legisladores não têm em vista aquilo que só acontece raramente. Presume-se que a lei, disposição, frase ou cláusula se refere 'ao que é vulgar, ao que mais comumente acontece' – *quod plerumque fit*, ou *quod plerumque accidit*; não a casos raros, excepcionais.<sup>134</sup>

O art. 335 do CPC, entretanto, não se refere apenas às máximas de experiência relativas às regras de experiência comum, pois ao final menciona o exame pericial (regras de experiência técnica), outra espécie do gênero máximas de experiência.<sup>135</sup> Desta forma, o juiz utilizará as regras de experiência comum quando inexistir normas jurídicas particulares e entender desnecessária a perícia.<sup>136</sup>

Para o adequado entendimento do dispositivo legal em tela, faz-se necessário aclarar o significado da expressão “normas jurídicas particulares”. Segundo Moniz de Aragão, o texto do art. 335 do CPC foi inspirado no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano.<sup>137</sup> Vejamos o que dispõe o art. 78 do CPC do Vaticano:

O juiz, nos casos em que não tenham sido estabelecidas normas jurídicas particulares para deduzir do fato a provar o fato percebido, aplica das regras de experiência comum, dadas pela observação do que comumente ocorre e as regras de experiência técnica, salvo, neste último caso, a

<sup>132</sup> PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 104.

<sup>133</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual*. (Segunda Série), 1988, p. 63-64.

<sup>134</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 259-260.

<sup>135</sup> MILHOMENS, Jonatas. *A Prova no processo*, p. 210.

<sup>136</sup> BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 141-142.

<sup>137</sup> MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 114.

faculdade de que trata o art. 121.<sup>138</sup>

Moniz de Aragão, interpretando o art. 335 do Código de Processo Civil esclarece:

Normas particulares, neste caso, são máximas de experiência já convertidas em disposição legal, que o juiz terá de acatar, ficando-lhe vedado o emprego de outras quaisquer deduções acaso autorizadas pelo fato comprovado (o “*fatto percepito*” constante do CPC do Vaticano).<sup>139</sup>

As referidas “normas jurídicas particulares” não se destinam a suprir lacunas de normas jurídicas específicas ao caso.<sup>140</sup> Neste ponto, valiosa a crítica de Greco acerca da redação do art. 335:

(...) parece reservá-las para as hipóteses de lacuna da lei, quando na verdade essas presunções, resultantes das máximas de experiência, são amplamente utilizadas no julgamento das questões de fato como critérios justificativos da aceitação da maior ou menor força persuasiva de todas as demais provas.<sup>141</sup>

Percebe-se que o artigo em comento faz menção a normas jurídicas particulares no sentido de se “deduzir do fato a provar o fato percebido”. Ora, isto quer significar que as máximas de experiência não poderão ser utilizadas em face de presunções legais.<sup>142</sup> Nesse sentido a doutrina:

*A falta de normas jurídicas particulares* a que alude o dispositivo analisado deve ser entendida em primeiro lugar no sentido da inexistência, no caso, de regra específica de presunção legal acerca do mesmo fato (que, antecipando-se à presunção simples, a tornaria inútil). Por outro lado, refere-se também à inexistência de normas que direta ou tacitamente, a afastem, simplesmente por vedarem-na ou por estabelecerem regras

<sup>138</sup> BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 133.

<sup>139</sup> MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 115.

<sup>140</sup> “A redação por demais econômica que o legislador imprimiu ao art. 335 do Código de Processo Civil, particularmente na cláusula inicial que alude à ‘falta de regras jurídicas particulares’, cria certa perplexidade ao intérprete e pode conduzir ao errôneo entendimento de que se trata aí de suprir eventuais lacunas da lei, com relação às normas a que se devem subsumir os fatos”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos notórios e máximas de experiência*, . In: *Revista Forense*, v. 376 (novembro/dezembro), RJ, 2004, p. 5.

<sup>141</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*, p. 378.

<sup>142</sup> BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, p. 142. Para FABRÍCIO, “(...) se não incidem regras *legais* específicas sobre indícios e presunções aplicáveis ao caso concreto, as da experiência comum serão tomadas em conta na avaliação da prova ou mais diretamente no próprio convencimento do juiz quanto aos fatos.” FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos notórios e máximas de experiência*. In: *Revista Forense*, v. 376 (novembro/dezembro), RJ, 2004, p. 6.

formais rígidas com ela incompatíveis (como por exemplo nos casos abrangidos pelo art. 366 do CPC).<sup>143</sup>

### Segundo Marques:

Isso significa que o juiz tem de examinar, primeiro se há regra legal sobre a prova que está analisando para proferir a sentença. Em havendo, ou existindo *quaestiones facti* não alcançadas completamente pela regra legal que encontrou, formulará seu juízo de valor a respeito dos atos de instrução e prova, segundo o seu livre convencimento, quando então usará das regras de experiências a que se refere o art. 335.<sup>144</sup>

### E, ainda, Ferragut:

Assim, sempre que o aplicador estiver diante de uma situação em que se encontre obrigado a decidir, mas que não disponha de enunciado prescritivo específico que qualifique normativamente os indícios por ele identificados como sendo típicos a ensejar a presunção de ocorrência de fato jurídico relevante, poderá produzir regras jurídicas individuais e concretas que contemplem presunções legais *hominis*.<sup>145</sup>

Interessante analisar o caminho que o juiz deverá percorrer para, utilizando-se das máximas de experiência ou presunções judiciais chegar à formação de seu convencimento. Segundo Fabrício, são duas etapas. Na primeira identificará a regra geral a ser utilizada. Num segundo momento, irá extrair dessa regra geral a conclusão para o caso concreto. O julgador deverá estar atento, ainda, para não incidir em erro, primeiramente procurando evitar generalizações apressadas na formulação da regra geral e depois na subsunção do fato concreto à regra geral.<sup>146</sup>

Como forma de ilustrar a matéria, analisemos um julgado que se baseou nas máximas de experiência.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE. PATADA DE CAVALO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. Trata-se de conhecimento comum (CPC, art. 335) que não é prudente passar próximo às pernas traseiras de qualquer cavalo, especialmente se "cuiudo" e desconhecido. Sendo o autor um homem afeito às lides campeiras, torna-se imperioso concluir que se foi vítima de uma patada de tal animal, isso ocorreu

<sup>143</sup> MARCATO, Antônio Carlos (Coordenador) *et alii*. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 1052.

<sup>144</sup> MARQUES, Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 439.

<sup>145</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 77.

<sup>146</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Revista Forense*, v. 376 (novembro/dezembro), RJ, 2004, p. 8.

exclusivamente em razão de sua conduta imprudente, mormente porque restou demonstrado que o local do acidente era apropriado para se amarrarem os cavalos. APELO IMPROVIDO.<sup>147</sup>

Reduzindo os fatos acima ao esquema de um silogismo (mais especificamente um entimema), podemos afirmar que a apreciação dos fatos foi assim feita:

a) Premissa maior: Regra de experiência - é imprudente passar próximo às pernas traseiras de um cavalo.

b) Premissa menor: Fato ou indício - a vítima passou perto das pernas traseiras do cavalo.

c) Conclusão: Presunção - a vítima agiu com imprudência.

É certo que na apreciação das provas se leva em conta inúmeras outras circunstâncias que rodeiam o caso concreto, tais como, neste caso, o fato do cavalo ser desconhecido da vítima, que também é “homem afeito às lides campeiras”. Estes fatos, porém, foram desconsiderados para efeitos do nosso silogismo, o qual apenas teve em consideração os fatos principais.

### 3.3 Indícios

O indício, segundo Dellepiane, “É todo rasto, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via da inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos.”<sup>148</sup>

Para Covello, “Constitui indício todo e qualquer fato que se relacione com outro e que por isso permita ao juiz supor, mediante uma operação lógica, a existência desse outro.”<sup>149</sup>

De acordo com Larenz, “Entende-se por <<indícios>> aqueles factos ou eventos que em si mesmos não fazem parte da situação de facto em apreço, mas que permitem uma inferência sobre um evento a ela pertinente.”<sup>150</sup> Pe. Hortal, em

<sup>147</sup> Apelação Cível nº 70015032873, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 23/11/2006.

<sup>148</sup> DELLEPIANE, Antônio. *Nova Teoria da Prova*, p. 77.

<sup>149</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 97

<sup>150</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 368.

nota ao cân. 1584<sup>151</sup> assinala, “O fato certo que está na base da conjectura costuma ser chamado de *indício*. Daí que a presunção se chame também de prova por indícios ou conjecturas.” Para Raphael Cirigliano, “Indício é um fato conhecido, que tem significação própria; é a parte material da presunção, o elemento que conduz à existência do fato desconhecido.”<sup>152</sup>

O indício possui, no direito pátrio, conceito estabelecido pelo art. 239 do Código de Processo Penal, o qual dispõe, “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Pelo exposto, podemos afirmar que indício é o fato secundário ou acessório pelo qual, através do raciocínio, chega-se ao fato principal (o que se quer provar). O indício, assim, é o “fato-base” para o raciocínio presuntivo.<sup>153</sup> Delimitado o conceito de indício, constata-se a diferença entre este e a presunção. Conforme assinala Víctor de Santo:

(...) los indicios operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que éstas concurren en la apreciación de aquéllos, puesto que son principios lógicos fundados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que conducen al magistrado a apreciar el mérito convictivo de aquéllos.<sup>154</sup>

Há autores, entretanto, que distinguem o indício da presunção conforme o raciocínio adotado. Nesse sentido, necessário se faz precisar a distinção entre indício e presunção na concepção de Malatesta, para quem a presunção decorre de um raciocínio analítico, em relação à identidade, enquanto o indício decorre de um raciocínio sintético, em relação à causalidade.

Assim, quando a premissa maior do raciocínio probatório for a qualidade de um sujeito, se estará diante de uma presunção propriamente dita. Se a

<sup>151</sup> Cân. 1584. “A presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; se é estabelecida pela lei, chama-se presunção *iuris*, se é formulada pelo juiz, chama-se presunção *hominis*”. HORTAL, Jesús S. *Código de Direito Canônico*, p. 680.

<sup>152</sup> CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil*, p. 366.

<sup>153</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 113; COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 97; No mesmo sentido Eduardo Cambi, “(...) são fatos secundários que servem de *pressupostos da 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”. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 361.

<sup>154</sup> SANTO, Víctor de. *La Prueba en el Proceso Civil*, p. 673.



premissa maior for uma relação de causa e efeito, teremos um indício.<sup>155</sup> Importa destacar que sujeito, na concepção de Malatesta, pode ser o homem ou uma coisa. Presume-se que o homem tenha certa qualidade, ordinariamente presente nesta espécie ou grupo da qual pertence. Presume-se que determinada coisa tenha uma qualidade, em virtude desta qualidade ordinariamente existir entre a espécie desta coisa.

Por isso, não se pode perder de vista a concepção de presunção de Malatesta, “Como a presunção não parte sempre da idéia do que é constante, mas da idéia do que é ordinário para a espécie, segue-se que a presunção é argumento probatório de simples probabilidade e nunca de certeza”.<sup>156</sup>

De acordo com Malatesta, as presunções sempre se baseiam em probabilidade, enquanto os indícios podem ser de probabilidade ou de certeza. Nas palavras de Malatesta:

Os indícios, do ponto de vista do valor, são de duas espécies: necessários, que revelam, *certamente*, uma determinada causa, e indícios contingentes, que revelam, mais ou menos *provavelmente*, uma determinada causa ou efeito. Os primeiros, fundados numa *constante* relação de causalidade; os segundos, numa relação *ordinária* de causalidade.<sup>157</sup>

Ou seja, existindo uma relação de causa e efeito “constante”, isto é, uma relação de causa e conseqüência que não sofre exceções, pode-se, através de um indício, obter a certeza da ocorrência de determinado fato.

Outrossim doutrina Dellepiane, para quem:

(...) há indícios ou fatos indicadores que estaríamos autorizados a chamar seguros, infalíveis, dado que levam a conclusões certas, indubitáveis: enquanto que outros somente levam a conclusões mais ou menos prováveis. Tratando-se dos primeiros, a relação que une o fato indicador, ou indício, com o indicado desconhecido, constitui uma lei constante, geral, inflexível; tratando-se dos segundos, dita relação está constituída por uma lei de caráter relativo, contingente, sujeita a exceções.<sup>158</sup>

Consoante Larenz:

<sup>155</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Op cit.*, p. 182-183.

<sup>156</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Op cit.*, p. 196.

<sup>157</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Op cit.*, p. 205.

<sup>158</sup> DELLEPIANE, Antônio. *Nova Teoria da Prova*, p. 79.

Só quando a premissa maior é uma lei natural ou um corolário das leis naturais é que a inferência é vinculativa em relação ao facto a comprovar. Se se apurou que A esteve em certo momento num determinado lugar, então não pode ter estado ao mesmo tempo noutra local, uma vez que a premissa maior, de que ninguém se pode encontrar ao mesmo tempo em dois lugares diferentes, pode valer como absolutamente segura. Mas na maioria das vezes a premissa maior é apenas uma regra de probabilidade que, com frequência nem suficientemente segura é. Então pode a conclusão afirmar apenas que o facto a comprovar é (em maior ou menor grau) provável.<sup>159</sup>

Do exposto, podemos afirmar que o indício não só pode ser um fato-base para a presunção como pode ser um fato-base para uma simples dedução rigorosa, a qual, por não ser provável, mas sim certa, não integra o direito probatório, pois a conclusão extraída é evidente. A respeito trancrevemos a opinião de Perelman:

Quando a tese que se quer que admitam é evidente e quando essa evidência se impõe a toda mente atenta, não cabe argumentar: assim que a verdade se impõe de uma maneira coerciva, quando a evidência não deixa liberdade alguma à vontade, é supérflua qualquer retórica.<sup>160</sup>

Se a conclusão fundada em indícios infalíveis não faz parte da atividade probatória, tampouco será necessário o uso da retórica para a convicção do juiz. Neste caso, utiliza-se tão somente a lógica formal, com o seu raciocínio demonstrativo e coercivo, pois as premissas, sabe-se, são absolutamente verdadeiras.

### 3.4 Conceito de presunção

Segundo o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleão), art. 1349: “*Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*”. Este conceito se espalhou e foi recepcionado por diversas legislações<sup>161</sup>, como o Código Civil italiano de 1942, art. 2727: “*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*” e o Código Civil Português de 1966, art. 349: “*Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto*”

<sup>159</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 368.

<sup>160</sup> PERELMAN, *Ética e direito*, p. 552

<sup>161</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 13.

*desconhecido*”. Outro conceito que merece destaque se encontra no Código de Direito Canônico, cân. 1584: “A presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; se é estabelecida pela lei, chama-se presunção iuris, se é formulada pelo juiz, chama-se presunção hominis”.

A doutrina é fértil na formulação de conceitos de presunção. Na doutrina de Moniz De Aragão:

(...) um juízo lógico, ao qual se chega por dedução. É usual explicá-la através do conceito exposto por Cujacio: *‘prasesumimus ea quae vere esse arbitramur, ducti probabilibus argumentis’* (presumimos o que reputamos ser verdadeiro, conduzidos por argumentos prováveis).<sup>162</sup>

Para Dinamarco, “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.<sup>163</sup> De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca:

As presunções estão vinculadas, em cada caso particular, ao normal e ao verossímil. (...) Presume-se, até prova em contrário, que o normal é o que ocorrerá, ou ocorreu, ou melhor, que o normal é uma base com a qual podemos contar em nossos raciocínios.<sup>164</sup>

Consoante Covello, “Presunção é o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo.”<sup>165</sup> Em nota ao cân. 1584, já citado acima, Pe. Hortal assinala:

*Presunção*, do latim *prae-sumere*, ou tomar antecipadamente, é a dedução não evidente que o juiz faz, por si mesmo ou por preceito legal, baseado num fato certo, por causa da conexão que este tem com o fato incerto que se pretende provar. Por não ser evidente, essa dedução recebe o nome de *conjetura provável*.<sup>166</sup>

Segundo Cirigliano, “A presunção é a consequência deduzida do indício, a elaboração subjetiva, o efeito, que tem significado depois do esforço mental do

<sup>162</sup> MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 110.

<sup>163</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 113.

<sup>164</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: A nova retórica*, p. 80.

<sup>165</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 19.

<sup>166</sup> HORTAL, Jesús S. *Código de Direito Canônico*, p. 679-680.

julgador, ou do intérprete”.<sup>167</sup> Carraza conceitua como “a suposição de um fato desconhecido, por consequência indireta e provável de outro conhecido”.<sup>168</sup> E, por fim, nas palavras de Alfredo Augusto Becker, “Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável”.<sup>169</sup>

Trata-se de um instituto que permite, através de um fato e um raciocínio, chegar-se ao conhecimento de um outro fato, pela ordinária relação existente entre eles. Ainda que muitos sejam os conceitos adotados, percebe-se certa coincidência no que se refere a um elemento da presunção, a probabilidade.

### 3.4.1 Elemento essencial

Como visto, o conceito de presunção está estreitamente ligado à questão da probabilidade de ocorrência de determinado fato. A probabilidade, assim, é inerente às presunções. Nas palavras de Roger Decottignies, “*L’idée de probabilité devient l’élément essentiel de la théorie des présomptions*”.<sup>170</sup> Acerca da relação entre as presunções e a probabilidade, Malatesta justifica:

Sendo o mundo o reino do ordinário, *presume-se* que não possam encontrar-se nele, conjuntamente, vários casos extraordinários. Ora, quando vários indícios são concordantes, quer dizer que eles, explicados por acontecimentos *ordinários*, indicam conjuntamente um dado fato; para não crer neles, é necessário supor a explicação de cada um através de acontecimentos extraordinários, indo de encontro à presunção, acima exposta, de que não se podem encontrar conjuntamente no mundo tantos casos extraordinários.<sup>171</sup>

De acordo com Mittermayer, “Ha probabilidade quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um facto como verdadeiro, mas comtanto que não sejam completamente aniquilados os motivos graves em contrario”.<sup>172</sup> Para Decottignies, a probabilidade é o meio-caminho entre a possibilidade e a certeza.<sup>173</sup> No respeitável magistério de Dinamarco, “Probabilidade é a situação

<sup>167</sup> CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil*, p. 366.

<sup>168</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 454.

<sup>169</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 462.

<sup>170</sup> DECOTTIGNIES, Roger. *Les Présomptions en Droit Privé*, p. 22.

<sup>171</sup> MALATESTA Nicola Framarino Dei. *Op cit.*, p. 220-221.

<sup>172</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Op cit.*, p. 12.

<sup>173</sup> DECOTTIGNIES, Roger. *Les Présomptions en Droit Privé*, p. 22

decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes”.<sup>174</sup>

As presunções repousam sobre a normalidade, o ordinário, não sobre o certo ou constante. Não se coaduna, desta maneira, presunções e a idéia de certeza. Deste modo também se manifestou Becker:

A observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade de existência do fato desconhecido. A correlação *natural* entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação *lógica*. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural.<sup>175</sup>

Segundo Ferragut:

A prova indiciária acaba, assim, por constituir-se num balanço de probabilidades, suscetível de provocar no espírito uma certeza, questionável apenas dado ao fato de não ser possível obter certeza total do juízo, ainda que juridicamente a verdade possa ser construída.<sup>176</sup>

Na doutrina de Perelman, “Os depoimentos, os indícios e as presunções quase nunca conduzem a uma certeza absoluta, mas esta não é exigida: basta que a convicção dos juízes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável”.<sup>177</sup>

Semelhante a lição de Dinamarco:

A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. *Probabilidade* é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes desta (Malatesta). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória *segurança para julgar*

<sup>174</sup> Em complementação, o autor esclarece “A probabilidade é *menos que a certeza*, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a *credibilidade*, ou *verossimilhança*, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes aparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, p. 238-239.

<sup>175</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 462.

<sup>176</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 51-52.

<sup>177</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, p. 225.

estaria com muito mais freqüência praticando injustiças do que fazendo justiça.<sup>178</sup>

Como visto anteriormente, a verdade não pode ser alcançada, ficando prejudicada, deste modo, a obtenção da certeza. No lugar da certeza se exige a convicção, que nada mais é do que um juízo de verossimilhança (probabilidade).

De acordo com Larenz:

Na maioria dos casos, o juiz contenta-se com um alto grau de probabilidade para daí obter a convicção de que foi assim e não de outro modo. Em boa verdade, um tão alto grau de probabilidade não basta ainda como <<prova>>, em sentido matemático ou no das ciências naturais exactas. Mas <<provas>> quer dizer, na linguagem do Direito Processual, <<criar no tribunal o convencimento da exactidão de uma alegação de factos>>. Este convencimento pode também o juiz adquiri-lo mesmo quando, com base nos indícios presentes, somente um elevado grau de probabilidade faz propender a que a alegação dos factos seja ajustada.<sup>179</sup>

Considerando os conceitos de indício e de presunção, importa colacionar a conclusão de Malatesta, “A teoria do ordinário, pois, é a base dos indícios, das presunções: ordinário influxo, entre causa e efeito; ordinária aderência, de uma qualidade a um sujeito”.<sup>180</sup>

É possível se julgar com base em indícios e presunções e, ainda assim, obter-se um alto grau de convicção, pois, segundo Perelman, “A convergência de grande número de indícios suscetíveis de interpretações variadas e mais ou menos verossímeis pode levar a conclusões tão seguras que apenas um alienado ousaria pô-las em dúvida”.<sup>181</sup>

### 3.4.2 Finalidade

A finalidade das presunções não é outra senão facilitar a prova, o que se torna necessário nos casos em que a prova direta é difícil ou custosa, ou, ainda, até mesmo impossível de ser produzida.

Acerca do tema, Ferragut ensina:

<sup>178</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 81.

<sup>179</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 368-369.

<sup>180</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op cit.*, p. 191.

<sup>181</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 163.

(...) o motivo para a criação das presunções foi *sanar a dificuldade de se provar certos fatos mediante prova direta*, fato esses que deveriam ser necessariamente conhecidos, a fim de possibilitar a preservação da estabilidade social mediante uma maior eficácia do direito.<sup>182</sup>

Nesta perspectiva, as presunções exercem importante papel, principalmente na manutenção da segurança jurídica, “pois torna verdadeiros fatos apenas possíveis”.<sup>183</sup> Cabe uma pequena ressalva quanto ao termo utilizado por Carraza neste último trecho. Não se trata de tomar por verdadeiros fatos apenas possíveis, mas sim prováveis, o que, como é sabido, é bem diferente. Ademais, como afirma Perelman:

O acordo baseado na presunção do normal é supostamente válido para o auditório universal da mesma forma que o acordo sobre os fatos demonstrados e as verdades. Por isso costuma ser difícil distinguir esse acordo do acordo sobre fatos. Os fatos presumidos são, num dado momento, tratados como equivalentes a fatos observados e podem servir, da mesma forma que eles, como premissa para argumentações.<sup>184</sup>

Assim é porque, consoante esclarece Perelman:

As razões que fundamentam as nossas decisões consistem, o mais das vezes, em opiniões que consideramos as mais prováveis, sendo, aliás, a probabilidade nessa matéria raramente suscetível de determinação quantitativa. Tais opiniões são elaboradas graças a raciocínios que não se prendem nem à evidência nem a uma lógica analítica, mas a presunções cujo exame depende de uma teoria da argumentação.<sup>185</sup>

Novamente retornamos ao ponto inicial deste trabalho, no qual discutimos acerca da verdade. Assim como as verdades incontestáveis e os fatos observados são indistintamente utilizados como fundamentos válidos da argumentação, como afirma Perelman<sup>186</sup>, do mesmo modo o devem ser consideradas as presunções, que embora possuam uma natureza distinta e específica, também constituem argumentos, que são as opiniões prováveis, na ótica da dialética.

<sup>182</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 80. Em sentido semelhante, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 114; COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 23; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 364; PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 601.

<sup>183</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 455.

<sup>184</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*, p. 83.

<sup>185</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, p. 356-357.

<sup>186</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*, p. 79.

### 3.5 Espécies de presunções

Segundo a clássica classificação de Menochius<sup>187</sup>, as presunções se dividem em *juris et de jure*, *juris tantum* e *hominis*. As presunções *juris et de jure* (absolutas) e *juris tantum* (relativas) são também chamadas de presunções legais. Distinguem-se entre si em razão das últimas admitirem a prova em contrário.

As presunções *hominis* (judiciais, de fato, simples ou comuns), de outro plano, são as que o próprio julgador deduz, tendo por base a experiência comum, isto é, a observação do que geralmente ocorre. Diferenciam-se das presunções legais relativas porque não estão estabelecidas em leis e são residuais, como se verá a seguir.

#### 3.5.1 Presunções legais

Nas presunções legais o raciocínio lógico é efetuado previamente pelo legislador. O legislador observa que determinado fato, em regra, é indicador da ocorrência de outro certo fato. Desta feita, o julgador resta vinculado ao raciocínio previamente traçado pelo legislador, não podendo do fato inferir consequência diversa daquela prevista na lei. Segundo Becker:

A regra jurídica cria uma *presunção legal* quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe a *certeza jurídica* da existência do fato desconhecido cuja existência é *provável* em virtude da correlação natural da existência entre estes dois fatos.<sup>188</sup>

Acerca da evolução destas presunções, importa colacionar a doutrina de ALVIM:

As presunções legais historicamente são originadas das presunções comuns, que, num dado instante, ou seja, naquele em que sejam consideradas ou assumidas pelo legislador, passam a ter força impositiva para o juiz, desde que se verifiquem os pressupostos de aplicabilidade das presunções (*prova do fato auxiliar*).<sup>189</sup>

<sup>187</sup> Em seu “*De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*” de 1608. DECOTTIGNIES, Roger. *Les Présomptions en Droit Privé*, p. 35.

<sup>188</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 463.

<sup>189</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 537.



Sobre as presunções legais *juris et de jure*, afirma Malatesta, “(...) se elas são admitidas, isto se deve mais à consideração do direito do que à do fato.”<sup>190</sup> Desta forma, conclui, “(...) as provas indiretas *juris et de jure* em matéria civil têm sua razão de ser não tanto em sua eficácia probatória real e substancial, como em motivos de direito e no cálculo das utilidades sociais.”<sup>191</sup>

Por outro lado, Dellepiane discorda desta posição. Sob o argumento de que as presunções legais, enquanto permitem ter por evidenciado determinado fato sempre que outro se ache provado, entende que as presunções apenas acarretam numa imposição para o juiz de uma prova indiciária, ou seja, pode-se ter certeza de um fato apenas com a prova de um indício. Nestes termos conclui Dellepiane:

Razão de sobra existe, pois, para afirmar que as presunções legais constituem, desde logo, preceitos que, não obstante estarem contidos, de ordinário, em leis de fundo, dizem com a prova e especialmente, acrescentaremos de nossa parte, com a prova indiciária.<sup>192</sup>

Para Dellepiane, portanto, “são disposições *híbridas*, leis de fundo e de forma ao mesmo tempo”.<sup>193</sup>

A título meramente ilustrativo, citamos alguns exemplos de presunções legais: relativa as dos artigos 232, 322, 324, 500, §1º, 581, 1.201, 1.203 e 1.231 do Código Civil; absoluta as dos artigos 163, 174, 574 e 659 do Código Civil e artigos 46, §1º, 50, *caput* da Lei nº 8.245/91.<sup>194</sup>

### 3.5.2 Presunção absoluta (*iure et de iure*) e a ficção jurídica

Costuma-se confundir presunção com ficção. Tanto a presunção como a ficção constituem técnicas destinadas a “simplificar a solução de certos problemas”.<sup>195</sup> Os mecanismos de funcionamento de uma e de outra, porém, são bem distintos. Neste sentido, Pontes de Miranda bem distingue as duas técnicas:

A ficção enche de artificial o suporte fático; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou

<sup>190</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 265.

<sup>191</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Op cit.*, p. 266.

<sup>192</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Op cit.*, p. 135.

<sup>193</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Op cit.*, p. 136.

<sup>194</sup> Exemplos extraídos de ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 537.

<sup>195</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 110.

aconteceu. A ficção tem no suporte fáctico elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê. Daí, nada se presumir, quando se elabora uma ficção.<sup>196</sup>

Na distinção de Moniz de Aragão, a presunção “(...) é um juízo lógico, ao qual se chega por dedução”, já a ficção, “não é um fato, nem um juízo, mas uma afirmação legal independentemente de um e de outro.”<sup>197</sup>

Como já foi dito, as presunções se apóiam naquilo que ordinariamente acontece, em probabilidades. Assim, se a presunção absoluta não admite prova em contrário, a rigor, não poderia ser uma espécie de presunção, pois lhe faltaria o elemento essencial, a probabilidade. As presunções, enquanto juízos de verossimilhança, devem sempre admitir a prova em contrário.

De fato, é a presunção legal absoluta (*iure et de iure*) que mais se aproxima da ficção, pois tanto numa quanto noutra não se admite a prova em contrário. Leo Rosenberg embora reconheça que sejam técnicas distintas, sustenta que as presunções legais absolutas não passam, na prática, de ficções, pois “(...) *tienen la forma de la presunción pero la esencia de la ficción, porque no se admite la prueba de lo contrario*”.<sup>198</sup> Dinamarco corrobora deste entendimento, afirmando, acerca das presunções legais absolutas, “(...) que na realidade elas não são institutos de direito probatório mas expedientes com os quais o legislador constrói certas ficções e nelas se apóia para impor as conseqüências jurídicas que entende conveniente.”<sup>199</sup>

Por outro lado, para Covello, a confusão entre presunção absoluta e ficção “(...) se existe, é só no efeito, não na origem, na estrutura, no conteúdo e na finalidade.”<sup>200</sup> Assim, Covello esclarece:

As presunções absolutas existem como presunções na fase pré-legislativa. Uma vez editada a norma, desaparecem como presunções, porque se transformam em preceitos imperativos, distanciando-se do esquema da norma de presunção.<sup>201</sup>

Becker doutrina no mesmo sentido:

<sup>196</sup> MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, p. 277.

<sup>197</sup> MONIS DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 110.

<sup>198</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 192.

<sup>199</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 116.

<sup>200</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 122.

<sup>201</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 64.

A distinção entre presunção e a ficção existe apenas no plano *pré-jurídico*, enquanto serviam de elemento intelectual ao legislador que estava construindo a regra jurídica. Uma vez criada a regra jurídica, desaparece aquela diferenciação, porque tanto a presunção, quanto a ficção, ao penetrarem no mundo jurídico por intermédio da regra jurídica, *ambos entram como VERDADES (realidades jurídicas)*.<sup>202</sup>

Percebe-se que a dessemelhança reside no procedimento criador, melhor dizendo, no procedimento legislativo. Sobre o tema assevera Carnelutti:

Portanto, ao termo presunção legal absoluta tem de se lhe reconhecer um significado mais incerto: às vezes, em lugar de um tipo de prova, serve para significar um procedimento legislativo, isto é, um tipo de norma, em razão do modo como se forma, que permite aproximá-lo ao termo ficção. Também quando se fala em ficção alude-se a uma manifestação particular da norma, a qual sem embargo, é de alcance diverso da presunção. Esta última supõe um procedimento, sob um determinado aspecto, inverso ao da ficção. Se existe presunção, o legislador atribui a um fato as conseqüências jurídicas de outro porque, de acordo com a experiência, o primeiro fato é índice do segundo. Se existe ficção, o legislador atribui a um fato as conseqüências jurídicas de outro apesar de que, de acordo com a experiência, os dois fatos não tenham nada em comum. A presunção é reconhecimento de equivalência natural das ordens de fatos; a ficção é atribuição de equivalência jurídica. No primeiro caso, a equivalência é a causa; na segunda, é o efeito.<sup>203</sup>

Com efeito, as presunções decorrem da observação daquilo que normalmente ocorre (*id quod plerumque accidit*), enquanto as ficções são abstrações da mente, incompatíveis com a realidade.<sup>204</sup> Consoante Carraza, “na ficção, o ato, mais do que improvável ou inverossímil, é *falso* e, nesta medida, jamais será real”.<sup>205</sup> Na presunção há correspondência causal entre o fato e a conseqüência estabelecida pela legislação, enquanto na ficção esta correspondência é apenas jurídica.

No campo probatório, a importância da presunção absoluta se restringe à fixação dos fatos que necessitam ser comprovados, excluindo-os do *thema probandum*, portanto.

### 3.5.3 Presunção mista

<sup>202</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 464.

<sup>203</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Direito Processual Civil*, v. II, p. 659.

<sup>204</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 111.

<sup>205</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 458.

Também denominada de intermédia ou qualificada<sup>206</sup>, esta presunção legal somente sucumbe frente a determinada prova prevista em lei. Admite, deste modo, a prova em contrário, entretanto, detém uma força probatória superior às presunções legais relativas propriamente ditas, pois a lei restringe as pessoas e/ou os meios de se produzir a prova em contrário.<sup>207</sup>

Relativamente rara, o fundamento desta presunção são os bens jurídicos por ela tutelados. Segundo Covello:

(...) o legislador restringe a prova por motivos de ordem pública. O bem que elas protegem é considerado como de interesse do Estado e, assim, é conveniente que se não permita qualquer prova para derrubá-las, mas apenas certas provas mais ligadas ao direito pessoal do interessado.<sup>208</sup>

Contudo, parece que não constitui propriamente uma espécie *sui generis* de presunção. Vê-se que a presunção mista não passa de uma presunção legal relativa<sup>209</sup>, qualificada pela exigência de que, “(...) só se podem utilizar certos meios de prova especificados pela lei”.<sup>210</sup>

### 3.5.4 Presunção comum (*hominis*)

Como já foi dito, as presunções comuns, também denominadas de simples, judiciais ou *hominis*, derivam do raciocínio do julgador, o qual, utilizando-se da ordem natural das coisas, ou melhor, da experiência do que ordinariamente acontece, presume que os fatos ocorreram ou ocorrerão da forma pela qual geralmente ocorrem.

Conforme dispunha o art. 187 do Regulamento nº 737 de 1850:

Presunções communs são aquellas que a lei não estabelece, mas se fundam naquillo que ordinariamente acontece. Estas presunções devem ser deduzidas pelo Juiz, conforme as regras do direito, e com prudencia e discernimento.

<sup>206</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 88.

<sup>207</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 89.

<sup>208</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 89.

<sup>209</sup> Carrazza afirma, em nota de rodapé, “Autores há, como Pontes de Miranda, que colocam entre as *presunções absolutas* e as *presunções relativas* as *presunções intermediárias*, que só admitem a prova em contrário que a lei especifica. Estas, poré, não passam de *presunções relativas*, com a ressalva de que somente podem ser desconstituída pelos meios de prova apontados na própria lei que as criou. CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 455.

<sup>210</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 32

Segundo o conceito de Greco:

(...) são inferências extraídas pelo juiz das máximas de experiência comum, ou seja, da correlação socialmente reconhecida entre certos fatos, os indícios, de acordo com os valores e os comportamentos habituais vigentes em determinada sociedade em determinado momento histórico.<sup>211</sup>

Assim, como afirmou Greco, “O juiz aplica essas inferências não como jurista, mas como cidadão que vive dentro dessa sociedade”.<sup>212</sup> Por este motivo as presunções judiciais são também denominadas de “*hominis*, de homem, porque se formam no espírito dos magistrados pelo mesmo modo que no de um simples homem qualquer”.<sup>213</sup>

Para Pires de Lima e Antunes Varela, “inspiram-se nas *máximas de experiência*, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana”.<sup>214</sup>

Outro ponto importante a ser tratado relativamente às presunções judiciais é o momento em que se produz a prova do contrário. Como as presunções judiciais poderão ser formuladas pelo julgador de ofício e a qualquer momento, é prudente que a parte a quem a presunção prejudique se antecipe.

Nas palavras de Amaral Santos:

Tratando-se de presunção do homem, porém, por isso que não formulada senão por ocasião da decisão, a parte não terá meios de combatê-la senão prevenindo-se contra ela. Vale dizer, o litigante, para prevenir-se contra possíveis presunções que venha o juiz a extrair dos fatos e indícios constantes do material probatório da causa, deverá acautelá-lo sobremaneira, procurando desfazer todos êsses fatos e indícios ou ainda, desmanchando, pelos meios em direito admitidos, as possíveis conclusões a que os mesmos autorizem chegar.<sup>215</sup>

Em sentido semelhante Covello:

(...) em vista do sistema processual brasileiro, a prova contrária é difícil de produzir-se quando se trata de elidir uma presunção comum. É que o magistrado só revela a presunção em que se apoiou para convencer-se a

<sup>211</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*, p. 380.

<sup>212</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*, p. 380.

<sup>213</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*, p. 130.

<sup>214</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 312.

<sup>215</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. V, p. 427.

respeito de certa coisa, ao pronunciar a sentença, ou seja, quando terminou de há muito a fase probatória do processo. De sorte que se torna impossível ou inviável qualquer tentativa de desfazimento da presunção, pelo menos na mesma instância.<sup>216</sup>

Nesta perspectiva, a única modalidade de defesa da parte a quem a presunção prejudica é a antecipação, buscando eliminar os indícios ou defendendo uma consequência diversa para a presunção decorrente do fato indiciário, prevendo as presunções nas quais o julgador poderá se valer na sentença. Para Covello:

(...) resta à parte a possibilidade de prevenir-se contra as possíveis presunções, atacando os indícios que a desfavoreçam, a fim de que o magistrado não os leve em conta, deixando, pois, de extrair deles quaisquer presunções. Trata-se, portanto, de uma medida acautelatória de que a parte se vale antes mesmo de se produzir qualquer prova.<sup>217</sup>

Contudo, segundo Eduardo Cambi, se as presunções simples implicarem na inversão do ônus da prova, assim como implicam a prova *prima facie* (que se verá adiante), esta inversão deverá ocorrer na fase de saneamento, de modo a não ser aplicada com regra de julgamento.<sup>218</sup> Assim, ciente da presunção judicial utilizada pelo juiz que lhe será prejudicial, a parte poderá se defender, seja atacando o indício, a máxima de experiência que originou o raciocínio judiciário ou até mesmo a própria consequência decorrente deste raciocínio.

### 3.5.5 Requisitos da presunção comum (*hominis*)

Questão de máxima importância em se tratando de presunções comuns são os seus requisitos. Como ressalta Neves e Castro:

Nem sempre é admissível a presunção simples. Só tem lugar nos casos, em que é admitida a prova testemunhal. É esta a disposição literal do nosso Código Civil. O Código francês é menos laconico nesta parte, porque a este princípio acrescenta a limitação – excepto, se o acto fôr atacado de fraude ou dolo.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 101.

<sup>217</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *Op cit.*, p. 101.

<sup>218</sup> CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 385.

<sup>219</sup> NEVES e CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Cívís*, p. 468.

De fato, há norma legal que dispõe que as presunções simples não são admitidas quando a lei exclui a prova testemunhal (Código Civil, art. 230). Isto não significa, todavia, que se deva proceder a uma interpretação literal deste dispositivo legal, excluindo de plano a utilização das presunções simples em todos os casos em que a lei exclua a prova testemunhal. As alegações de propósitos das partes, como dolo, má-fé ou simulação, de regra, não se provam através de outros meios senão mediante presunções simples.<sup>220</sup>

Na lição de Amaral Santos:

Manifesta-se, em tôda a sua plenitude, a importância das presunções simples, quando se cura de provar *estados de espírito* – a ciência ou ignorância de certo fato, a boa fé, a má-fé, etc. – e, especialmente, de provar as *intenções*, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos.<sup>221</sup>

No mesmo sentido Larenz:

Os acontecimentos da vida espiritual, tais como uma determinada intenção, os motivos, a boa ou má-fé, só podem em boa verdade ser inferidos com base em indícios, uma vez que não são acessíveis de modo imediato a uma percepção alheia.<sup>222</sup>

Para Paulo Roberto de Gouvêa Medina:

A verdade é que a adequação dos indícios à prova das intenções decorre da própria natureza daquele meio de prova e da circunstância de que, dificilmente, por outra forma, se logra descobrir a intenção das partes, no processo, quando estas não se manifestam expressamente.<sup>223</sup>

Conforme Carlos Alberto Dabus Maluf:

É assentado pelos tratadistas que, em matéria de fraude e, em geral, quanto à prova de todo ato em que se procura iludir a outrem, admite-se como de grande relevo, não a prova incisiva, mas a certeza inferida de indícios e circunstâncias. Por isso mesmo que o ato é rodeado das máximas cautelas para não ser conhecido ou para ser interpretado sob prisma diverso do verdadeiro, o processo da investigação e julgamento

<sup>220</sup> “Raramente a *prova direta*, colhida em depoimentos ou expressa em documentos, será apta, por si só, a revelar uma intenção. Será necessário recorrer, quase sempre, à *prova indireta*, para esse fim”. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 155, mai./jun. 2004, p. 75.

<sup>221</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 457.

<sup>222</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 368.

<sup>223</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Op cit.*, p. 78.

deve ser livre de entraves ou preceitos formais, que só serviriam para que o dolo ficasse encoberto.<sup>224</sup>

Em razão disso, Amaral Santos anotou, “Nesse terreno, as presunções assumem o papel de prova privilegiada, ou, mais precisamente, de prova específica.”<sup>225</sup> Como bem assinalou Sperb de Paola acerca das presunções judiciais, “(...) sua utilidade, no campo probatório é indiscutível. Sua manipulação prudente evita que fique a cargo de uma das partes litigantes a produção de uma prova direta muitas vezes impossível.”<sup>226</sup>

Parece, portanto, que o art. 230 do Código Civil deveria ser interpretado em consonância com o art. 1353 do Código Civil francês (citado acima) e art. 252 do Código de Processo Civil de 1939, o qual dispõe: “O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias”.

Outros requisitos comumente exigidos são os dispostos no Código Civil francês, art. 1353<sup>227</sup>. Os requisitos dispostos na lei francesa são: gravidade, precisão e concordância. Contudo, a forma de aplicação destes requisitos não é pacífica na doutrina. Knijnik menciona três métodos (ou teorias) acerca da apreciação dos indícios, sobre os quais fazemos breve referência.

Para a *teoria tradicional*, “(...) cada indício deverá reunir, em si, as três características da precisão, gravidade e concordância.”<sup>228</sup> Este método, por ser extremamente rigoroso, já foi posto de lado até mesmo no processo penal, sobre o qual foi teorizado.<sup>229</sup> Trata-se de uma exigência tão rigorosa que praticamente inviabiliza a utilização das presunções comuns.

Segundo a *teoria eclética ou mediana*, deve-se, numa primeira etapa, observar a gravidade e precisão de cada indício, para numa segunda etapa verificar a concordância entre eles. Knijnik critica este método porque:

---

<sup>224</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. In: *Revista de Processo* nº 24, out./dez. 1981, p. 76.

<sup>225</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 457-458. Em sentido semelhante, COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 101-102. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 165-167.

<sup>226</sup> PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, p. 93.

<sup>227</sup> 1353. Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

<sup>228</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 50.

<sup>229</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 50.



(...) uma consequência desta teoria consiste na exclusão do juízo de fato baseado em apenas um indício, mesmo que certo e grave, por necessária uma pluralidade de indícios para realizar o juízo de concordância (entre os indícios).<sup>230</sup>

A teoria menos rigorosa é a da *múltipla conformidade*, pela qual os requisitos da gravidade, precisão e concordância devem resultar da análise, em conjunto, de todos os indícios. Para Knijnik, este é o método mais adequado ao processo civil.<sup>231</sup>

Analisando decisões da Corte de Cassação Belga, Foriers, citado por Perelman, mitiga a exigência do requisito da concordância, baseando-se no próprio Código Civil francês:

(...) o art. 1353 não exige a pluralidade das presunções; mas, prevendo o caso em que vários fatos ou indícios sejam alegados, ele exige então a concordância deles, sem pôr empecilhos à invocação de uma presunção única, quando ela tem as características de gravidade e de precisão necessárias.<sup>232</sup>

Em comentários ao art. 2729 do Código Civil italiano<sup>233</sup>, o qual teve direta inspiração no art. 1353 do Código Civil francês, Carnelutti assevera, “Isto não é um vínculo é mais uma advertência. A lei quer que o juiz seja cuidadoso na escolha das regras de experiência (...)”.<sup>234</sup> Do mesmo modo doutrina Decottgnies, ao afirmar que as presunções comuns são deixadas a inteira prudência do magistrado, em nada alterando as disposições contidas no art. 1353 do Código Civil francês, as quais seriam “simple conselho de prudência, uma diretiva que o magistrado está livre para seguir ou não”.<sup>235</sup>

Sobre os requisitos no direito brasileiro, Leonardo Sperb De Paola assim se posiciona:

<sup>230</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 51.

<sup>231</sup> “Diferente é a situação no processo civil. Nele, não há razões materiais para impedir o juiz de proceder a uma avaliação que se poderia denominar ‘conglobante’ na apreciação dos indícios: mesmo que falte o requisito da gravidade para cada peça indiciária, o julgador poderá supri-la mediante a combinação de todos os elementos disponíveis, desde que concordante entre si e conducente à certeza exigida segundo o modelo de constatação aplicável (*preponderância de provas ou provas clara e convincente*). KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 56.

<sup>232</sup> *Apud* PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 601.

<sup>233</sup> Art. 2729. Presunzioni semplici: Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.

<sup>234</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Direito Processual Civil*, p. 654.

<sup>235</sup> Tradução livre, no original, “simple conseil de prudence, une directive que le magistrat est libre de suivre ou non”. DECOTTIGNIES, Roger. *Les Présomptions en Droit Privé*, p. 284-286.

É bem de ver que nenhum dos requisitos mencionados exige, do operador jurídico, respostas exatas, absolutamente certas. Mais uma vez, o objetivo são aproximações verossímeis. Assim, a gravidade é medida pela régua do provável. O mesmo se diga da precisão. No que respeita à concordância, ela só deve ser exigida quando vários indícios estiverem em jogo, o que nem sempre acontece.<sup>236</sup>

### 3.6 Prova *prima facie*

A prova *prima facie* está estreitamente ligada ao tema das presunções. *Prima facie* é o termo latino utilizado para expressar uma evidência, circunstância ou fato, que por si só seria suficiente para provar uma alegação, desde que não devidamente refutada.<sup>237</sup> Segundo definição de Pestana de Aguiar Silva:

Consiste na formação do convencimento do juiz através de princípios práticos da vida e da experiência daquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*).<sup>238</sup>

Na doutrina de Amaral Santos:

A aparência da verdade, ‘a verossimilhança dos fatos alegados’ se apresenta ao juiz, quando os submete em cotejo com as máximas da experiência, produzindo a prova *prima facie*. Pelo que o juiz infere das máximas da experiência, a verossimilhança dos fatos é de tal ordem que os considera *prima facie* provados.<sup>239</sup>

Na lição de Rosenberg:

También estriba en principios fundados en la experiencia la llamada prueba prima-facie o prueba de primera vista, aplicable cuando se trata de los así llamados sucesos típicos, esto es, en los casos en que se há comprobado un estado de cosas, el que según la experiencia de la vida indica la existencia de una causa determinada o de una culpa, como, sobre todo, em caso de colisión de barcos pero también em otros casos de perjuicio. La prueba prima facie se contenta, para probar la culpa, com que se demuestre una irregularidad o la violación de um deber la cual justifica la conclusión de que solo la omisión de la diligencia necesaria puede haber causado el dano, y deja al demandado la tarea de probar circunstancias de las cuelas se infiere la falta de culpa.<sup>240</sup>

<sup>236</sup> SPERB DE PAOLA, Leonardo. *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, p. 74.

<sup>237</sup> *Prima facie*. Lat. At first sight; on the first appearance; on the face of it; so far as can be judged from the first disclosure; presumably; a fact presumed to be true unless disproved by some evidence to the contrary. *Black's Law Dictionary*. West Publishing CO., 1968.

<sup>238</sup> PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. *As Provas no Cível*, p. 74.

<sup>239</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 441.

<sup>240</sup> ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*, p. 166-167

Amaral Santos esclarece as condições de admissibilidade da prova *prima facie*: “a) dificuldade da prova do fato, b) facilidade da prova contrária; c) possibilidade de julgar por verossimilhança, através das máximas de experiência.”<sup>241</sup> A prova *prima facie* tem ampla aplicação para os casos em que a prova da culpa é de difícil produção, presumindo-se a culpa.

Os autores Fredie Didier Jr, Rafael Oliveira e Paulo Sarno Braga explicam a prova *prima facie* do seguinte modo:

(...) a normalidade de alguns acontecimentos (eventos típicos) faz com que a experiência considere irrelevantes as circunstâncias concretas do caso, cabendo à parte unicamente provar a existência desse evento típico, dispensando a prova das peculiaridades da situação específica.<sup>242</sup>

Como anteriormente visto, a presunção judicial é um raciocínio lógico efetuado pelo julgador tendo por base um fato, o indício. A prova *prima facie*, de outro lado, não se funda num indício, ou melhor, num fato, mas sim em uma regra de experiência comum. Verifica-se, entretanto, certa confusão entre a prova *prima facie* e a presunção simples.<sup>243</sup> Transcrevemos, a respeito, os ensinamentos de Amaral Santos, “Na presunção essa fonte são as circunstâncias que rodeiam o caso concreto; na prova *prima facie*, por não haver essas circunstâncias, o fundamento da ilação está numa norma da experiência.”<sup>244</sup>

Contudo, Amaral Santos classifica as provas *prima facie* entre as presunções *hominis*. Segundo o autor:

Consistirá, assim, numa modalidade ou espécie das presunções de homem. Destas se distingue, todavia, em razão da fonte sobre que repousam. Em verdade, a presunção terá por fonte um indício concreto; a prova *prima facie* tem lugar exatamente porque, na falta desse indício, o juiz se serve da experiência da vida para dela extrair a presunção, isto é, formar seu convencimento.<sup>245</sup>

<sup>241</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V p. 442.

<sup>242</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 51.

<sup>243</sup> Confusão feita, por exemplo, por Cambi, “(...) a prova *prima facie* é o resultado de uma presunção simples, não se pode suprimir da cadeia lógica que dá origem a essa prova a idéia de estar o magistrado, em última análise, baseando seu raciocínio em um fato conhecido (indício). (...) Logo, não há razão suficiente para distinguir as *praesumptiones hominis* das provas *prima facie*, na medida em que estamos diante do mesmo fenômeno, visto sob duas perspectivas diversas”. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 385-386.

<sup>244</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 432.

<sup>245</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Op cit.*, p. 432-433.

Na prova *prima facie*, como não há um fato concreto (indício), a conclusão é extraída diretamente da própria máxima de experiência. O raciocínio lógico empreendido na prova *prima facie*, assim, é distinto do utilizado na presunções.

### 3.7 Presunção de presunção

Antiga máxima reza, “*praesumptum de praesumpto non admittur*”, ou seja, não se admite a presunção fundada em outra presunção. Controvertida na doutrina, a utilização da presunção de presunção (ou presunções duplas) é combatida pela maioria dos doutrinadores.

Antes de analisarmos as opiniões de alguns autores, vejamos um exemplo formulado por Knijnik:

Assim, se uma testemunha afirma ter visto alguém danificando um objeto, bastará ao juiz concluir, por força da credibilidade do depoente, que foi a pessoa mencionada que danificou o objeto; se, porém, a testemunha afirmar que viu alguém deixando o local do dano, portando um instrumento contundente, será necessária uma ‘inferência de segundo grau’: o juiz emprestará credibilidade à testemunha, tomará por verdade o que ela diz (primeira inferência) e considerará que, por ter sido visto com o objeto cortante, a pessoa indicada foi quem danificou o bem (segunda inferência). Eis aí o indício de segundo grau.<sup>246</sup>

Consoante Ferragut, “Mas será possível que esse indício também seja resultado de uma presunção anterior? Acreditamos que não, pois a presunção também do indício enfraqueceria em demasiado a prova indireta.”<sup>247</sup> Moniz De Aragão, quando faz referência aos cuidados que as presunções demandam do juiz, afirma, “Em primeiro lugar há de raciocinar com fatos indiciantes a cujo respeito não haja dúvida: fatos que estejam comprovados; não poderá argumentar com presunção extraída de fato igualmente presumido.”<sup>248</sup>

Outrossim leciona Dellepiane, “Os indícios devem achar-se desde logo comprovados e esta comprovação deve ser feita por meio de provas diretas.”<sup>249</sup> Cambi argumenta que, “(...) de um fato ignorado, não se pode vir a conhecer outro

<sup>246</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 59.

<sup>247</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 80.

<sup>248</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 116.

<sup>249</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Op cit.*, p. 124.

fato ignorado.”<sup>250</sup> Knijnik também opina pela não admissão das presunções duplas, asseverando que:

No processo civil, inexistente regra expressa, mas no momento em que a *presumptum de presunto* não corresponde à estrutura da prova indiciária, mas à suposição, deve-se excluí-la do rol de expedientes aptos a formar o juízo de fato, podendo servir, apenas, como argumento de prova.<sup>251</sup>

Em termos legais, não há qualquer restrição ao uso das presunções duplas, mesmo no direito comparado. Entretanto, o cân. 1586 do Código de Direito Canônico assim dispõe: “O juiz não formule presunções que não estejam estabelecidas pelo direito, a não ser em base a fato certo e determinado, que esteja diretamente relacionado com o objeto da controvérsia”.<sup>252</sup> Ao que parece, este cânone impede que juiz formule presunções com base em fatos que não estejam diretamente provados, ou melhor, impede que o juiz se utilize de presunções duplas.

Por outro lado, alguns doutrinadores argumentam que, em face à teoria da persuasão racional (livre convencimento motivado), pode o juiz acolher a presunção de presunção, apreciando estes indícios conforme entender devido, desde que motive suas razões. Dentre os autores que admitem as presunções duplas, encontram-se Amaral Santos, Alvim<sup>253</sup> e Sperb de Paola.

Discorrendo sobre a máxima “*praesumptum de praesumpto non admittur*”, Amaral Santos afirma:

A máxima referida não tem cabimento no sistema pátrio, que confere ao juiz a faculdade de livremente apreciar a prova e formar seu convencimento (Código, art. 118). Porque nela se contém uma regra restritiva da liberdade de apreciação da prova, reminiscência da prova legal. De resto, não se acha escrita em qualquer lei.<sup>254</sup>

Para Alvim:

<sup>250</sup> CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 362.

<sup>251</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 62.

<sup>252</sup> HORTAL, Jesús S. *Código de Direito Canônico*, p. 681.

<sup>253</sup> Para Arruda Alvim, entretanto, só se admite presunções duplas em se tratando de presunções comuns, pois as presunções legais se baseariam num fato auxiliar ou fato base, o qual deve ser provado diretamente. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 535.

<sup>254</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 421. (O art. 118 citado corresponderia atualmente ao art. 131 do Código de Processo Civil).

No campo das presunções do homem, do ponto de vista lógico, é perfeitamente possível que, provado um fato, se chegue à conclusão de outro e, ainda, deste, pelo mesmo tipo de raciocínio, que se admita outro fato. A doutrina, porém, de um modo geral, tem repellido tal possibilidade. Entretanto, no Direito brasileiro, deve-se admitir, diante da amplitude do art. 131 do CPC, a presunção de presunção, em nosso sentir. Dever-se-á, todavia, raciocinar com a maior precisão e com redobrada cautela.<sup>255</sup>

Ao acolher uma presunção baseada em outra presunção, o julgador deverá, prudentemente, sopesar as probabilidades de cada presunção, considerando que quanto mais distante estiver do fato a ser provado, menor será a força da presunção<sup>256</sup>, para então, valorá-las diante das demais provas.

Nesse sentido, Sperb de Paola argumenta:

Não há nenhuma restrição absoluta a tal encadeamento, mas certas dificuldades a ela relacionadas impõem um maior cuidado do aplicador da norma. Os fatos relevantes para a caracterização de uma presunção absoluta, que tem natureza de norma substancial, podem ser provados com auxílio de uma presunção simples. Quanto às presunções legais relativas e às presunções simples, o maior afastamento da segunda presunção relativamente ao fato que se pretende provar implica, naturalmente, acréscimo de insegurança, pois há a soma de duas meras probabilidades, que, conjugadas, tornam mais duvidosa a existência do fato importante para o deslinde do processo. De qualquer maneira, tida em conta essa advertência, as presunções de presunções são admissíveis. No Direito italiano, opinam pela sua possibilidade *Lessona e Maffezzoni*, o qual nos dá conta da jurisprudência favorável na Itália. Nada impede, também, que uma presunção simples seja utilizada para infirmar outra presunção simples ou uma presunção legal relativa. Igualmente, pode infirmar a convicção oriunda de provas diretas ou representativas.<sup>257</sup>

Com efeito, o uso de presunções duplas, ou, no extremo, de várias presunções encadeadas envolve, a cada passo, diminuição da gravidade da presunção na medida em que se distancia do fato relevante, isto é, do que se quer provar. Não encontramos, dos argumentos expostos, qualquer um capaz de justificar a impossibilidade da utilização de presunções duplas. Entretanto, no máximo, devemos considerar as críticas que ressaltam a fragilidade de seu valor probatório.

Desse modo, encontramos razões para que sejam admitidas, principalmente na falta de outras provas, pois como ensina Dinamarco, uma busca

---

<sup>255</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 538.

<sup>256</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 100; FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 80.

<sup>257</sup> SPERB DE PAOLA, Leonardo. *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, p. 75.

incessante pela verdade poderá significar mais injustiças do que justiça.<sup>258</sup> Ademais, consoante bem expôs Rosenberg, nenhuma prova que tenha por objeto a comprovação de afirmações de fato pode mais que convencer um homem razoável e experiente.<sup>259</sup>

### 3.8 A presunção como meio de prova

Se os indícios e presunções são ou não meios de prova, é questão muito controvertida.<sup>260</sup> Parte da doutrina, dentre os quais figuram João Batista Lopes, Dinamarco e Cambi, não admitem a inserção das presunções entre os meios de prova<sup>261</sup>, consideram-na simples operação mental. De outro lado, doutrinadores do porte de Marques, Humberto Theodoro Jr., Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, Sperb de Paola, Amaral Santos, Pestana de Aguiar Silva, Ferragut e Covello entendem que são meios de prova.<sup>262</sup>

<sup>258</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 81.

<sup>259</sup> Nas palavras de ROSENBERG, “El juez que gracias a su instrucción y educación está al nivel de la cultura de su época y por su actividad práctica conoce la situación de su país y de su distrito, las ideas y costumbres de su pueblo, no debe dudar en un caso en que cualquier otra persona razonable que sepa apreciar claramente las condiciones de la vida estaría convencida: en tal caso debe considerar lograda la prueba de la verdad, sin preocuparse de que dentro del dominio inmenso de las posibilidades lo contrario no es, desde luego, inimaginable. Pues ninguna prueba que tenga por objeto la comprobación de afirmaciones de hecho puede más que convencer a un hombre razonable y experimentado”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*, p. 165.

<sup>260</sup> A questão de ter ou não a presunção caráter de provar ou de ser a presunção meio de prova já ensinou, desde há muito, as maiores discussões doutrinárias”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 34.

<sup>261</sup> “(...) não se cuida de meio de prova, mas de operação mental que conduz à aceitação de um fato independentemente de prova.” LOPES, Batista João. *A Prova no Direito Processual Civil*, p. 66. “Nenhuma presunção é meio de prova, quer as absolutas ou as relativas, as legais ou judiciais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 124; “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).” CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 360.

<sup>262</sup> “A verdade, porém, é que tudo isso não passa de um jogo de palavras, pois que os indícios e as presunções *hominis* em nada diferem. O indício, ao que dizem, é o elemento provado pela qual se atinge o fato probando. Mas, se o indício é só isso, não constitui ele meio de prova. A presunção, sim, por ser o resultado desse processo lógico de construção sobre a existência do fato probando”. MARQUES, Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 430; “Finalmente, entre os meios não previstos no Código, mas ‘moralmente legítimos’, podem ser anotados os clássicos indícios e presunções”. THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 425. “As presunções não são, para nós, meio de prova em sentido objetivo, senão simples operações mentais pelas quais o julgador, partindo de um fato conhecido chega a um fato desconhecido; poderão considerar-se prova em sentido subjetivo, mas há quem as considere prova em sentido objetivo também. (...) Os indícios constituem, para nós, autênticos meios de prova, em sentido objetivo, quando encarados na sua verdadeira perspectiva, de fatos auxiliares (indiciários), desligados da respectiva presunção de que, segundo as máximas de experiência, possam fazer-se

Em anotações ao Código Civil português, Lima e Varela lecionam, “As presunções são meios de prova por sua natureza falíveis.”<sup>263</sup> Marinoni e Arenhart, a seu turno, admitem as presunções entre os meios de prova, entretanto, sob a condição de serem argumentos, e portanto, também meios de prova, pois, para tais autores, qualquer argumento capaz de influenciar o convencimento do magistrado é meio de prova.<sup>264</sup> Barbosa Moreira aceita, com reservas, o indício, porém rechaça veementemente as presunções judiciais como meio de prova.<sup>265</sup>

Diferentemente Decottignies, que considera as presunções judiciais como simples meio de prova com a qual as partes podem fazer uso com mais ou menos

---

acompanhar”. UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Indícios e presunções como meio de prova. In: *Revista de Processo*, SP, nº 37, jan/mar 1985, p. 66. “O indício é o meio de prova propriamente dito, ou, em outras palavras, a prova em sentido objetivo. A presunção tem mais a ver com a convicção, a prova em sentido subjetivo”. SPERB DE PAOLA, Leonardo. *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, p. 73; “Prova, no sentido subjetivo, é a convicção quanto à verdade de um fato, é a afirmação da existência ou inexistência de um fato; no sentido objetivo é o meio pelo qual se demonstra a existência ou inexistência do fato. Tanto naquele, como neste sentido palpita o caráter probatório da presunção: autoriza a convicção do juiz quanto à verdade do fato que resultou do raciocínio presuntivo”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. V, p. 354-355; “A presunção, decorrente de um raciocínio indutivo e dedutivo, igualmente pode colocar-se entre os meios de prova, embora *indiretos*”. PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. *As Provas no Cível*, p. 386; “A prova, segundo o ensino dos tratadistas, pode ser vista sob dois aspectos: a) *objetivamente*, como um conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos alegados; b) *subjetivamente*, como a própria convicção que o juiz forma sobre a existência desses mesmos fatos. A presunção tanto é prova no sentido objetivo como no subjetivo”. COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 46; “A prova pode ser vista tanto objetivamente (como o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos alegados), quanto subjetivamente (como a convicção que o julgador forma acerca da existência desses fatos). A presunção é prova nesses dois sentidos, pois se constitui na forma legal de criar conhecimento que proporcione convicção ao julgador”. FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 73.

<sup>263</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Código Civil Anotado, p. 312.

<sup>264</sup> “Vale ponderar, todavia, que considerando-se como meio de prova um argumento destinado ao convencimento do magistrado sobre a atendibilidade ou não da pretensão inicialmente exposta, não haverá dificuldade em considerar as presunções, como argumentos que são, também como meio de prova” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 293.

<sup>265</sup> “Em todo caso, se se quiser dar à expressão *meios de prova* sentido amplo, a abranger todos os elementos que desempenham, no descobrimento da verdade pelo juiz, papel *instrumental*, não haverá maior inconveniente em catalogar entre aqueles meios o indício, desde que não se perca de vista a diferença notável que existe entre a maneira por que funciona esse e a maneira por que funcionam os outros instrumentos. À presunção judicial é que *jamaiz* se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, por que o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de *outro* fato. Não se observa, aqui, a função *ambivalente* de indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento *adquirido*, e basta”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova* In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 59.



sucesso.<sup>266</sup> Outrossim Ancona Lopez, para quem somente as presunções judiciais constituem meios de prova.<sup>267</sup>

Para Ancona Lopez, aliás, as presunções possuem dupla função, “(...) ora serve como meio de prova, ora é meio de elaboração do Direito.”<sup>268</sup> Do mesmo modo aponta Covello:

No plano judiciário, a presunção se apresenta como meio de prova. O legislador, compreendendo que em inúmeros casos a prova é de difícil produção, permite ao juiz que se utilize de sua experiência pessoal para atingir o fato desconhecido.<sup>269</sup>

Quanto à segunda função, continua Covello:

No plano legislativo, a presunção é utilizada para a elaboração de uma regra jurídica de conteúdo probatório com vistas a facilitar a atividade do magistrado e da parte em cujo favor ela milita. Nessa função, a presunção é regra atributiva de direito e assegura o funcionamento da regra de fundo, à qual presta mais eficácia, ao facilitar a prova de fatos que determinam as condições de aplicação ou de incidência do preceito legal.<sup>270</sup>

Conforme este autor, portanto, as presunções são efetivamente meios de prova e, nesta perspectiva, as presunções legais são provas legais pré-constituídas.<sup>271</sup>

O Código de Processo Civil de 1939, no título reservado às provas (arts. 251-253), faz menção aos indícios e presunções. Entretanto, o Código de 1939 não acolhe as presunções entre os meios de prova como, à primeira vista, poderia parecer. Limita-se a dispor no art. 251: “A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria Lei excluir”. Quanto aos indícios, estes

<sup>266</sup> DECOTTIGNIES, Roger. *Les Présomptions en Droit Privé*, p. 287.

<sup>267</sup> “Em síntese, nas presunções legais é a regra de Direito que comanda a conclusão a ser tirada do fato, é a verdade legal. Não constituem, portanto, estas presunções meios de prova, mas apenas “conceitos ligados ao onus probandi”. Por outro lado, as presunções de fato ou comuns são meios de prova, pois se apóiam na experiência comum (“ex quod plerumque fit”) para chegarem a uma conclusão”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 34.

<sup>268</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 29.

<sup>269</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 52.

<sup>270</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 52-53.

<sup>271</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 46.

sim são expressamente admitidos entre os meios de prova, conforme o disposto nos arts. 252 e 253.<sup>272</sup>

O Código Civil de 2002, seguindo o que já dispunha o art. 136, V do Código Civil de 1916, acolheu em seu art. 212, IV, como meio de prova, as presunções.<sup>273</sup> Todavia, a mera previsão por parte do legislador do Código Civil das presunções entre os meios de prova não significa, por si só, serem as presunções meios de prova. Segundo opinião de Ubaldino Miranda:

(...) o legislador de 1973 não se referiu aos indícios e às presunções por não considerar estas últimas meios de prova, senão processos de elaboração mental, inerentes ao homem e à sua atividade intelectual na busca do conhecimento.<sup>274</sup>

Fundamentando-se nos arts. 332 e 335 do CPC, Ubaldino Miranda conclui pela inclusão dos indícios e presunções entre os meios de prova, argumentando, ainda, que a disposição das máximas de experiência torna dispicienda a menção das presunções.<sup>275</sup>

### 3.9 A presunção como técnica de distribuição do ônus da prova

Antigo brocardo latino preceitua, “*allegatio et non probatio, quasi non allegatio*” ou seja, alegação sem prova é o mesmo que não alegação. Diz-se, correntemente, “fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”. Segundo a regra do art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A afirmação, todavia, de que a prova dos fatos é, em regra, ônus do autor, não é propriamente exata, pois conforme dispõe o art. 319 do CPC, “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Por conseguinte, não contestada a ação, considerar-se-á revél o réu e se presumirão

<sup>272</sup> UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Indícios e presunções como meio de prova. In: *Revista de Processo*, SP, nº 37, jan/mar 1985, p. 53.

<sup>273</sup> Segundo Ancona Lopez, “O art. 136, n. V, do CC refere-se à presunção comum, pois, aí, a presunção é considerada meio de prova. Estamos com Pontes de Miranda em não ver no art. 136, n. V, do CC uma presunção legal”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 35.

<sup>274</sup> UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Indícios e presunções como meio de prova. In: *Revista de Processo*, SP, nº 37, jan/mar 1985, p. 62.

<sup>275</sup> UBALDINO MIRANDA. *Op cit.*, p. 63.

verdadeiros os fatos alegados pelo autor, exceto nas situações prescritas nos incisos I a III do art. 320 do CPC. E mais, não basta a mera contestação da ação, cabendo ao réu se manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, sob pena de presumidamente serem considerados verdadeiros (CPC, art. 302).

Nesse sentido, Castro Mendes bem asseverou, “Em regra, a afirmação de facto feita por uma das partes deve ser tomada como verdadeira pelo juiz, e só o não será se for impugnada pela outra parte.”<sup>276</sup> O autor afirma “em regra”, pois também há exceções, como as dos incisos I a III do art. 302 do CPC.

Tratando-se de ação não-contestada, os fatos alegados pelo autor serão tidos como presumidamente verdadeiros, pois, consoante assinalou com clareza Perelman, “Quando se trata de fatos alegados pelo demandante, que parecem concludentes ou simplesmente relevantes, a prova deles só deverá ser fornecida se forem negados pelo demandado.”<sup>277</sup>

Vê-se, pois, que a afirmação de que a prova dos fatos, ordinariamente, constitui ônus do autor não é, a rigor, correta. O ônus será do autor somente quando o réu impugnar especificadamente os fatos, porque neste caso, de acordo com ensinamento de Castro Mendes, “estão frente a frente duas afirmações opostas, cujos valores probatórios se anulam; então é necessário fazer pender com outras provas um dos pratos da balança.”<sup>278</sup>

Havendo, destarte, duas afirmações contraditórias, ter-se-á que se fazer prova das alegações para pender “um dos pratos da balança”, a qual, de início, pende em favor do réu se os fatos são especificadamente impugnados, sendo ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito.

Analisando-se o art. 334, inciso IV, do CPC, verifica-se que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade não dependem de prova. Porém, isto significaria dizer que as presunções legais<sup>279</sup> (evidentemente as relativas) inverteriam o ônus da prova? Nesta perspectiva, somente as presunções legais inverteriam o ônus da prova ou também as presunções comuns?

---

<sup>276</sup> MENDES, João de Castro. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 552.

<sup>277</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 587.

<sup>278</sup> MENDES, João de Castro. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 552

<sup>279</sup> Para MARINONI e ARENHART este inciso se refere apenas às presunções legais absolutas. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 456.

Ferragut defende que as presunções, mesmo as legais, não invertem o ônus da prova, pois aquele que alega os fatos favorecidos pela presunção deve provar os fatos diretamente conhecidos, ou seja, os indícios. Nas palavras da autora, “Entendemos que o ônus da prova não é alterado pela presunção, tendo em vista que todas as partes permanecem com a obrigação de provar os fatos relacionados com suas afirmações.”<sup>280</sup>

Discorrendo sobre os efeitos das presunções legais, Rosenberg conclui que constituem regras de prova, modificando-se tanto a carga da afirmação como a carga da prova. Nas palavras do autor:

La presunción produce, pues, una modificación del tema de la prueba, y no de los principios relativos a la distribución de la carga respectiva. Por eso, efectivamente, se reduce a una mera disputa terminológica la cuestión de saber, si la presunción invierte la carga de la prueba y exime de ésta a quien está favorecido por la presunción, o si la presunción sólo alivia esa carga, puesto que en lugar del hecho presunto deben probarse los presupuestos de la presunción.<sup>281</sup>

Amaral Santos, a seu turno, anota, “Ela não atribui à parte, que invoca uma presunção legal, o benefício de poder ficar inativa (...). Quem a invoca deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la”.<sup>282</sup> Isto é, a parte que alegar presunção legal em seu favor terá, ao menos, de provar o fato que originou a presunção, o indício.

Carvalho dos Santos, tendo por base o art. 186 do Regulamento nº 737<sup>283</sup> assim se manifestou:

Estas presunções dispensam do ônus da prova aquêle que as tem em seu favor (...). Importa em dizer que o ônus da prova passa para a parte contrária, que as pode destruir com provas plenas e líquidas (...). Como se vê, as presunções legais *juris tantum* constituem antes dispensa de provas do que meios de provas, como acentuam os escritores.<sup>284</sup>

<sup>280</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*, p. 71.

<sup>281</sup> ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*, p. 195.

<sup>282</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 49.

<sup>283</sup> Conforme dispunha o art. 186 do Regulamento nº 737 de 1850: “Presumpção legal condicional é o facto, ou o acto que a lei expressamente estabelece como verdade, emquanto não ha prova em contrario (arts. 200, 305, 316, 432, 433, 434, 476 e outros Codigo). Estas presumpções dispensam do onus de prova áquelle que as tem em seu favor”.

<sup>284</sup> CARVALHO DOS SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 402. Conforme dispunha o art. 186 do Regulamento nº 737 de 1850: “Presumpção legal condicional é o facto, ou o acto que a lei expressamente estabelece como verdade, emquanto não ha prova em contrario (arts. 200, 305, 316, 432, 433, 434, 476 e outros Codigo). Estas presumpções dispensam do onus de prova áquelle que as tem em seu favor”.

Para Barbosa Moreira:

(...) a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato *contrário*.<sup>285</sup>

Na mesma linha Marinoni e Arenhart, os quais defendem que a presunção legal relativa atua na distribuição do ônus da prova, na “imposição de um dever de dividir o ônus da prova de determinado modo”, diferentemente da presunção judicial, que “é um mecanismo de convencimento do juiz”.<sup>286</sup>

Nas palavras de Barbosa Moreira, contudo:

Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em *inversão* do *onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente *coincidir*, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra *legal* de distribuição daquele ônus.<sup>287</sup>

Isto porque, na linha de Barbosa Moreira, a presunção pode favorecer a parte que já não possui o ônus da prova, de modo que nada haveria para se inverter.

Desta forma, as presunções legais relativas, embora não redundem diretamente na inversão do ônus da prova, aliviam a carga probatória da parte beneficiada pela presunção, bastando que se produza a prova do indício.<sup>288</sup>

A respeito, Didier Jr, Braga e Oliveira lecionam:

Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (aditem prova em contrário; presunções legais

<sup>285</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 59.

<sup>286</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 169.

<sup>287</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 60-61.

<sup>288</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 119.

relativas) ou que tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas).<sup>289</sup>

Covello defende que apenas a presunção legal inverte o ônus da prova, pois constitui norma, já a presunção comum seria prova indiciária ou reforço de prova.<sup>290</sup> Semelhantemente Magalhães, a qual afirma, acerca das presunções legais relativas, “Tem como característica principal reverter o ônus da prova, que normalmente caberia ao autor.”<sup>291</sup> Do mesmo modo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

Diferentemente das presunções simples, que são relevantes durante o momento valorativo do juiz, as presunções legais são de grande importância para a fase de julgamento, exercendo influência sobre a distribuição do ônus da prova.<sup>292</sup>

Destarte, as presunções simples possuiriam função durante a valoração judicial da prova, enquanto as presunções legais teriam relevância como regra de julgamento, na distribuição do ônus da prova quando o julgador chega ao final da instrução e ainda não está suficientemente convicto dos fatos.

Na lição de Pacífico:

Esse trabalho intelectual do juiz, tendo por base o curso normal das coisas, situa-se no âmbito da valoração judicial, e não propriamente no campo da distribuição dos riscos da ausência de prova. A valoração e a aplicação da regra de julgamento ocorrem em fases processuais distintas.<sup>293</sup>

Assim, consoante Rosenberg:

El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó.<sup>294</sup>

<sup>289</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 44.

<sup>290</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*, p. 106-107.

<sup>291</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: *Revista dos Tribunais* nº 513, julho de 1978, p. 32.

<sup>292</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 162.

<sup>293</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 109.

<sup>294</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 57.

Sobre as presunções comuns, ensina Carvalho dos Santos, “Essas presunções, em regra, não influem em nada sôbre o ônus da prova. Não exige aquêle em cujo favor milita, do ônus da prova e nem o transfere para a parte contrária.”<sup>295</sup>

Contudo, há doutrinadores, como Dinamarco e Cambi, que defendem que tanto as presunções legais relativas quanto as presunções comuns atuam na distribuição do ônus da prova. Discorrendo sobre as três formas de inversão do ônus da prova, Dinamarco ensina:

As inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei (*praesumptiones legales*); as judiciais, pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes (*praesumptiones hominis*) ou por determinação diretas destes, quando autorizada em lei (relações de consumo); as convencionais, pela vontade convergente das partes.<sup>296</sup>

A respeito, destaca-se a dicção do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), o qual inclui dentre as formas de facilitação da defesa do consumidor, a inversão do ônus da prova em favor deste, quando, segundo as regras ordinárias de experiência, for verossímil suas alegações ou for considerado hipossuficiente.

Relativamente às presunções comuns, Cambi assevera:

(...) a utilização das presunções judiciais deve servir não tanto para formar a convicção do juiz, mas como um mecanismo de inversão do ônus da prova de que o magistrado se vale não no momento da sentença, mas quando da fixação do *thema probandum*, para terem as partes a possibilidade e as chances de provar os fatos que integram o fundamento das suas respectivas alegações.<sup>297</sup>

Consoante Cambi, relativamente à presunção legal relativa, “(...) 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>298</sup>

Acerca da prova *prima facie*, Alvim afirma que ocorre “verdadeira inversão do ônus da prova”.<sup>299</sup> Do mesmo modo doutrina Cambi:

<sup>295</sup> CARVALHO DOS SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 404.

<sup>296</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 76-77.

<sup>297</sup> CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 382-383.

<sup>298</sup> CAMBI, Eduardo. *Op cit.*, p. 373.

<sup>299</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 541.

As provas *prima facie*, tal como as presunções simples, implicam a *inversão do ônus* da prova e prevalecem desde que a prova em contrário seja insuficiente para demonstrar não haverem os fatos ocorrido tal como se presumem. Entretanto, como visto acima, o mecanismo da prova *prima facie*, tal como o das presunções simples, por implicar a inversão do ônus da prova, não deve ser utilizado como uma *regra de julgamento*.<sup>300</sup>

Como observou Larenz, a prova *prima facie* corresponde ao “processamento típico do evento” e, portanto, enquanto não se comprovar que o fato ocorreu de forma atípica, considera-se provado.<sup>301</sup> Semelhante é a doutrina de Araújo Cintra:

(...) a regra de experiência tem natureza normativa, em posição equivalente às normas jurídicas que estabelecem presunção relativa, produzindo presunções que, igualmente dispensam a parte por elas favorecidas do respectivo ônus da prova, embora autorizem a prova em contrário.<sup>302</sup>

Do exposto, conclui-se que as presunções legais relativas invertem o ônus da prova, desde que invocadas pela parte que possuía o ônus. Em se tratando de presunções comuns a situação é diferente, pois como essas presunções agem no convencimento do juiz, poderão ou não serem suficientes para que ocorra a inversão.

A respeito da inversão do ônus da prova, Cambi conclui:

Portanto, toda vez que, com base em máximas de experiência, se criam presunções (jurisprudenciais ou legais) que culminem na utilização da técnica da inversão do ônus da prova está-se tutelando, efetiva e

<sup>300</sup> CAMBI, Eduardo. *Op cit.*, p. 384-385

<sup>301</sup> “O tipo médio ou tipo de frequência desempenha, além disso, um grande papel na denominada *prova prima facie*. Trata-se aqui de que se considerará como comprovado um processo causal, quando um tal processo causal corresponde, segundo as circunstâncias constatadas, ao <<processamento típico do evento>> e não se comprovou qualquer circunstância que sugira aqui a possibilidade de um distinto, quer dizer, não típico, processamento do evento. O <<processamento típico do evento>> dedu-lo o tribunal de <<máximas de experiência>> que, por seu lado, podem ser obtidas da <<experiência geral da vida>>. Tais máximas de experiência podem unicamente fundamentar um grau mais ou menos elevado de probabilidade, pois que não podem nunca ser tidas em conta na sua elaboração todas as circunstâncias que possam ter um papel no caso particular. A prova de que, precisamente no caso concreto, possa ter ocorrido de outro modo tem que ficar, portanto, em aberto. Mas se no caso concreto não houver circunstâncias que vão no sentido de um desenvolvimento distinto do habitual, aceitar-se-á que neste caso o desenvolvimento efectivo foi o esperado de acordo com o desenvolvimento <<típico>>.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 566.

<sup>302</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 31.



adequadamente, os direitos materiais, a que o processo, enquanto mero instrumento, destina-se a proteger.<sup>303</sup>

---

<sup>303</sup> CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 335.

## 4 – CRITÉRIOS DE DECISÃO

### 4.1 Os modelos de constatação, critérios de decisão ou *standards*

Quanto à avaliação da prova, vige em nosso ordenamento jurídico o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado (CPC, art. 131). Tal sistema não significa, é claro, que o convencimento do julgador não esteja submetido a regras. As regras não são jurídicas, mas sim lógicas. A liberdade, portanto, não é subjetiva, mas objetiva.<sup>304</sup>

Consoante observa Knijnik:

(...) toda decisão judicial envolverá um certo grau de probabilidade, cabendo aos personagens processuais – não somente ao juiz – ter presente as limitações do conhecimento humano. Tudo o que as partes poderão fazer é ‘convencer (o juiz), *com determinado grau de certeza*, de que um fato é provavelmente verdadeiro’.<sup>305</sup>

Embora não se possa estabelecer um critério objetivo para fixar a convicção, é corrente na doutrina determinadas discriminações. Perelman, a respeito, ensina:

É normal, numa lide cível, confie-se na prova preponderante, na tese mais provável, ao passo que, em direito penal, só se pode condenar quando os fatos estão estabelecidos de uma forma praticamente certa, *beyond reasonable doubt*.<sup>306</sup>

Semelhantemente Castro Mendes:

Assim, na doutrina inglesa, a tendência segundo refere CROSS é para, em processo civil, se considerar bastante a simples preponderância da probabilidade de certa afirmação sobre a contrária; ao passo que em processo criminal a condenação requer a *proof beyond reasonable doubt*, a exclusão da dúvida razoável.<sup>307</sup>

A constatação de que é distinta a exigência da prova em processo criminal e processo civil não deixa de ser intuitiva, entretanto, cumpre colacionar a justificação de Perelman:

<sup>304</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 19

<sup>305</sup> Baseando-se em MCCAULIFF, C. M. A. KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 35.

<sup>306</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 598.

<sup>307</sup> CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 321-322.

(...) é inegável que o juiz se contentará, para dizer que os fatos estão estabelecidos, com provas bem menores quando se trata de estacionamento ilegal de um veículo do que quando se trata de um indiciamento por homicídio: é óbvio que ele será tanto mais exigente acerca da prova dos fatos, quanto mais graves forem as consequências jurídicas que deles decorrerem.<sup>308</sup>

Considera-se, deste modo, que os fatos estejam suficientemente provados de acordo com a gravidade daquilo que se julga. Nesta perspectiva, provados, significa, aqui, prova em sentido psicológico, a convicção do julgador. Pode-se, por exemplo, falar que os fatos estão provados para a esfera cível, porém não para a esfera criminal. O que isto significa, em última análise, é que os fatos já estão suficientemente provados num determinado grau de exigência de prova, enquanto no outro não.

A respeito, Castro Mendes doutrina:

Quanto ao grau de convicção que é necessário para se falar em prova, diremos que é aquele que for necessário para justificar a decisão que nela se baseia. O julgador deve medi-lo em face das circunstâncias do caso concreto e do seu prudente arbítrio; domina aqui a ideia de *justificabilidade*. Toda a prova é, portanto, uma *prova bastante*; bastante para justificar o acto que se vai praticar.<sup>309</sup>

Para Castro Mendes, o *quantum* de prova exigido será determinado, também, pela importância do processo em causa (valor da causa), posição processual da alegação probatória (questão fundamental ou incidental) e conteúdo da alegação probatória (em regra, exige-se convicção superior para a procedência do pedido).<sup>310</sup> A convicção, portanto, não é uniforme e nem desvinculada do direito material.<sup>311</sup>

Admitindo-se que as decisões não são baseadas na certeza do que aconteceu ou não aconteceu, mas sim em probabilidades, as quais podem ser graduadas, a doutrina elaborou alguns modelos de constatação. Os modelos de constatação oferecem um parâmetro para a determinação do *quantum* de prova

<sup>308</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 510.

<sup>309</sup> CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 325.

<sup>310</sup> CASTRO MENDES, João de. *Op cit.*, p. 325-327.

<sup>311</sup> “Para que os direitos possam ser adequadamente tutelados, a convicção do juiz não pode deixar de considerar as diferenças entre as várias situações do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 182.

necessário para formar a convicção, em cada caso e com razoabilidade, de que determinados fatos assim tenham ocorrido.

Knijnik enumera quatro modelos de constatação. O modelo mais exigente é o da *prova incompatível com qualquer hipótese de inocência* (processos penais indiciários), seguida da *prova acima da dúvida razoável* (processo penal em geral), seguido da *prova clara e convincente* (processo civil especial) e, por fim, *preponderância de provas* (processo civil em geral).<sup>312</sup> Como se pode perceber, dos modelos de constatação acima descritos, apenas os dois últimos se aplicam ao processo civil. Segundo o modelo de constatação mais comum ao processo civil, *preponderância de provas*, considera-se provado aquilo que é mais provável, isto é, autor e réu em pé de igualdade.<sup>313</sup>

Assim, basta que a prova produzida por uma das partes seja mais provável do que a produzida pela adversária, independente de serem autores ou réus, para que se tenha por provado os fatos alegados. Entretanto, este modelo de constatação no processo civil só tem aplicação para as demandas exclusivamente patrimoniais.<sup>314</sup> Nas demais, como as discussões acerca de anulação do pátrio poder e anulação de testamento, deve-se recorrer a um modelo de constatação intermediário entre a *preponderância de provas* e a *prova acima da dúvida razoável*. Neste modelo, de constatação da *prova clara e convincente*, a parte deverá convencer o juiz de que suas alegações são altamente prováveis, não apenas mais prováveis do que da outra parte.<sup>315</sup>

De outro lado, Marinoni e Arenhart afirmam:

Não há dúvida de que a *dificuldade de prova e a natureza do direito material* podem justificar a redução das exigências de prova *no caso concreto*, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança. *Mas isso somente pode ser admissível em casos excepcionais, e não como regra.*<sup>316</sup>

Para Marinoni e Arenhart, portanto, não se pode estabelecer modelos de constatação genéricos, deve-se, por outro lado, verificar no caso concreto se o juiz

<sup>312</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 43.

<sup>313</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 38.

<sup>314</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 38.

<sup>315</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 39.

<sup>316</sup> “É que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da ‘verossimilhança preponderante’.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 463.

poderá se dar por convicto pela simples verossimilhança, diante do direito material em litígio.

É cediço, entretanto, que em lide civil na qual se discute apenas acerca de direitos disponíveis não se terá a mesmo rigor que numa lide em que se discute direitos indisponíveis. Neste sentido, Arruda Alvim assim expõe:

Quando se trata de bens indisponíveis, procura-se de forma mais acentuada, fazer com que, o quanto possível, o resultado obtido no processo (verdade formal) seja o mais aproximado da verdade material, que se pretende fielmente retratar na processo, como, por exemplo, na anulação de casamento. (...) Há, pois, uma maior ou menor severidade na aferição das provas, em função do bem da vida em lide.<sup>317</sup>

Diante disso, conclui Knijnik:

(...) o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o *grau de certeza* necessário e, via de conseqüência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração.<sup>318</sup>

Os modelos de constatação observa Knijnik, “operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, portanto, elevado grau de abertura e flexibilidade”.<sup>319</sup>

Por fim, importante a contribuição de Knijnik:

(...) é necessário que a decisão judicial enuncie, fundamentalmente, o modelo de constatação de que se vale para formar o juízo de fato – *preponderância de prova, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação* – viabilizando que esse critério seja conhecido, justificando e, obviamente, submetido ao contraditório enquanto capítulo essencial do julgamento.<sup>320</sup>

## 4.2 Ônus da prova como regra de julgamento

Se ao chegar o momento de sentenciar, o juiz não tiver alcançado a convicção necessária (suficiente), terá de se valer do ônus da prova como regra de julgamento. Sobre este ponto, esclarece Dinamarco:

<sup>317</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 405-406.

<sup>318</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 44.

<sup>319</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 45.

<sup>320</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op cit.*, p. 45.

É nesse momento que a regra de julgamento pode ter relevância *para o juiz*, o que acontecerá se ainda permanecer em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados. (...). A doutrina brasileira tradicional, por influência de processualistas austríacos, refere-se a essa regra de julgamento como *ônus objetivo da prova*, em oposição ao *ônus subjetivo*, que recai sobre as partes.<sup>321</sup>

O ônus da prova, à exceção da opinião de alguns autores<sup>322</sup>, possui dois aspectos. Um voltado às partes<sup>323</sup> e o outro voltado ao juiz.<sup>324</sup> Voltado às partes é uma regra de conduta, voltado ao juiz, uma regra de julgamento.<sup>325</sup> O ônus da prova objetivo é adotado, em *ultima ratio*<sup>326</sup>, como regra de julgamento, nos casos em que, ao final da instrução, resta lacuna no material probatório<sup>327</sup> que impeça o juiz de decidir com base nos fatos provados. Nesse sentido Bedaque:

As regras sobre o ônus da prova constituem a *ultima saída para o juiz*, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções.<sup>328</sup>

<sup>321</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 83.

<sup>322</sup> “As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo.” BEDAQUE, José dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 94.

<sup>323</sup> “O desejo de obter a vitória cria para o litigante a *necessidade*, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de *ônus da prova*, num primeiro sentido (*ônus subjetivo* ou *formal*).” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova* In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 74.

<sup>324</sup> “Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma *distribuição dos riscos*: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao *ônus da prova*, mas num segundo sentido (*ônus objetivo* ou *material*).” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova* In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 75.

<sup>325</sup> A respeito, transcrevo a lição de Cambi, “(...) o ônus da prova é, ao mesmo tempo, uma *regra de conduta* para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções, e uma *regra de julgamento*, para o julgador, pois permite ao magistrado decidir mesmo não existindo provas suficientes”. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*, p. 317.

<sup>326</sup> Nas palavras de Danilo Knijnik, “*ultimum refugium* para evitar o *non liquet*”. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 174.

<sup>327</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova* In: *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), 1977, p. 79.

<sup>328</sup> BEDAQUE, José dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 88.

Assim, subsidiariamente, mediante a aplicação da regra do ônus da prova, afasta-se o pronunciamento do *non liquet*, pois ao juiz é imperativo que decida (CPC, art. 126).

#### 4.3 A decisão com base em verossimilhança

Sob o dever de prestar a jurisdição, ainda que permaneça em dúvida ao final da instrução probatória, terá o juiz a árdua tarefa de decidir. Tratando-se de processo criminal, a solução é relativamente simples, não havendo prova cabal para condenação, absolve-se o réu mediante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

No processo civil, a despeito de haver regra dispositiva acerca do ônus da prova, resta controvertida a solução em caso de dúvida sobre os fatos. Knijnik aponta a existência de três correntes.

A primeira soluciona a demanda com base na regra do ônus *objetivo* da prova (CPC, art. 333), ou seja, julga-se improcedente a demanda se a prova cabia ao autor e procedente se cabia ao réu. Para esta primeira corrente, o conflito de provas equivale à ausência de provas (corrente majoritária). Nesse sentido Amaral Santos, “Note-se que se fala em falta ou insuficiência de prova, pois uma coisa e outra, para os fins judiciais, são idênticas. Por falta de prova ou insuficiência de prova, a verdade não aparece: a prova, na acepção judiciária, não existe”.<sup>329</sup>

A segunda corrente resolve com base na doutrina das máximas da experiência, isto é, fazendo um juízo de verossimilhança.

Uma terceira corrente prefere a adoção de “medidas de melhor prover”, como a produção de provas de ofício. Esta última corrente parte do princípio de que novas diligências poderão dirimir as dúvidas.<sup>330</sup> Retirando-se, portanto, a hipótese em que é possível e viável a realização de maiores diligências para a elucidação dos fatos, tem-se que a lide pode se resolver de duas formas: aplicação da regra do ônus *objetivo* da prova ou mediante o uso das máximas de experiência, através de um juízo de verossimilhança.

Para Knijnik, a melhor solução, entre as correntes citadas, seria a utilização das máximas de experiência, pois para o autor o conflito de provas não

<sup>329</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. I, p. 344.

<sup>330</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 73.

equivale à ausência de provas e, portanto, não se poderia privilegiar as alegações feitas pelo réu.<sup>331</sup> Mesma solução proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Certamente, para melhor formar sua convicção, deve o juiz até de ofício ordenar a realização de determinadas provas, mas, se apesar de tudo a dúvida permanece, não lhe será lícito considerar provados os fatos só porque lhe pareça mais justo acolher o pedido inicial. Em hipótese assim extrema, em vista do veto ao *non liquet*, o único recurso será recorrer a juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral, regras essas concernentes ao ônus da prova, a determinarem em certa medida um retorno à formalização na apreciação da prova evitando, todavia, o perigo maior que decorreria do puro arbítrio judicial.<sup>332</sup>

Contudo, a solução da lide com base na verossimilhança que preponderar, fazendo uso das máximas de experiência, não torna a regra do ônus da prova obsoleta e sem qualquer razão?

Segundo Marinoni e Arenhart, a idéia central da tesa da verossimilhança preponderante é a de que “não há racionalidade em julgar contra o autor que demonstrou o que alegou com certo grau de probabilidade, mas não conseguiu convencer o juiz.”<sup>333</sup> Segundo esta teoria, o juiz poderia afastar a aplicação da regra do ônus da prova sempre que uma das partes tivesse, ainda que minimamente, provado a verossimilhança de suas alegações.<sup>334</sup>

Nas palavras de Marinoni e Arenhart:

*A lógica da verossimilhança preponderante se funda na premissa de que as partes sempre convencem o juiz, ainda que minimamente, o que é totalmente equivocado. O juiz não se convence quando é obrigado a se contentar com o que prepondera. Frise-se que a teoria da verossimilhança preponderante não se confunde com a possibilidade de o juiz reduzir as exigências de provas ou as exigências de convicção para atender a uma particular situação de direito material. Nesse último caso, não se trata de julgar com base na verossimilhança que preponderar, mas sim de julgar com base na verossimilhança exigível à luz das circunstâncias do caso concreto, quando então o juiz se convence, ainda que da verossimilhança, por ser essa a convicção de verdade possível diante do caso concreto.*<sup>335</sup>

<sup>331</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, p. 74.

<sup>332</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*, p. 54.

<sup>333</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 127.

<sup>334</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 128-129. “Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria – segundo a doutrina escandinava – *um julgamento mais racional e melhor motivado do que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 128.

<sup>335</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 267.



Para Marinoni e Arenhart, portanto, o juiz não deve julgar de acordo com a verossimilhança preponderante, mas sim diminuir a exigência da prova em determinados casos, quando é suficiente a convicção de verossimilhança.

#### 4.4. A redução do módulo de prova

Segundo Marinoni e Arenhart, para Gerhard Walter há “três métodos de constatação dos fatos: o modelo da convicção da verdade, o modelo de controle por terceiros e o modelo da verossimilhança, cuja variante mais importante seria o modelo da preponderância.”<sup>336</sup> Deste modo, Walter se afasta de um modelo unitário de constatação dos fatos aplicável a todos os casos. A distinção de sua tese para a da verossimilhança preponderante, entretanto, reside em que, para este autor, não se pode reduzir em todos os casos o módulo de prova, isto é, a exigência da prova.<sup>337</sup> Para Walter a redução do módulo de prova se justifica pelo próprio direito material discutido no processo, ou melhor, na dificuldade existente para a realização de prova em determinados casos.<sup>338</sup>

Baptista da Silva aproxima o juízo resultante da chamada jurisdição de urgência dos casos em que o julgador deve reduzir o módulo de prova:

A insuperável distância entre os índices de verossimilhança e certeza – cuja eliminação, embora desejada, mostra-se impossível – é que, em determinadas circunstâncias, pode tornar-se maior e mais aparente, seja em virtude de pressão externa imposta pela urgência, seja porque, em certos setores do conhecimento humano, o próprio índice de certeza científica é ainda significativamente reduzido, seja finalmente porque o julgador encontre-se ante o que JON ELSTER (*Juicios salomônicos – Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, p. 17) denomina ‘o problema dos ótimos múltiplos’, comum em direito processual, sempre que existam várias soluções para o caso, ‘todas igualmente boas’ ou nenhuma delas dotada de tal grau de excelência capaz de impor-se às demais sem reserva, especialmente nos casos em que a tutela outorgada tenha uma importante função preventiva, quando for impossível ao julgador prever com segurança absoluta as imponderáveis circunstâncias futuras e a maneira como as partes haverão de comportar-se frente a elas. O exemplo, dentre vários outros dados pelo

---

<sup>336</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo I, p. 129.

<sup>337</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op cit.*, p. 130.

<sup>338</sup> “Os casos devem formar um campo que, diante de sua natureza, tem dificuldade de ser esclarecido. Ademais, o direito material deve deixar entrever que essas dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 462.

escritor, é o referente ao litígio em que os pais disputam a respeito da guarda do filho menor (p. 108 e ss.). Nestes casos, a racionalidade ingênua, que haveria de determinar um juízo de certeza, como se pudéssemos raciocinar em termos de *certo* e *errado*, não terá lugar, e o magistrado haverá de decidir (*decidir-se*) sobre duas ou mais alternativas igualmente legítimas. Aí o componente volitivo peculiar ao ato jurisdicional aparece com grande evidência. Para essas hipóteses – e a inteira *jurisdição de urgência* inscreve-se neste campo –, tem-se preconizado, no direito europeu, em parte por influência da doutrina escandinava, como indica WALTER (ob. cit., §10), a ‘redução do módulo de prova’ suficiente, como solução possível e adequada para legitimar o julgamento.<sup>339</sup>

Por isso que, consoante Marinoni e Arenhart:

Há situações de direito substancial que exigem que o convencimento judicial possa se formar a partir da verossimilhança do direito sustentado pelo autor. Assim, por exemplo, os casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir do autor, para a procedência da ação ressarcitória, a prova de que a doença do recém-nascido deriva do acidente que sua mãe sofreu quando em gestação. Em um caso como esse, a ausência de prova não leva o juiz a um *estado de dúvida*, que teria que ser dissipada através da aplicação da regra do ônus da prova como regra de decisão, julgando-se improcedente o pedido pelo motivo de o autor não ter se desincumbido do ônus da prova. E isso por uma razão bastante simples: é que o juiz, nesses casos, não finaliza a fase de convencimento em estado de dúvida. Estar convicto que a verossimilhança é o bastante não é o mesmo que estar em dúvida.<sup>340</sup>

Com efeito, na mesma linha doutrina Baptista da Silva:

Nossa experiência judiciária conhece inúmeros casos em que o convencimento judicial nunca poderá atingir um grau de certeza tão elevado como seria desejável, tendo de contentar-se com alguma forma equivalente ao que WALTER denomina ‘redução do módulo de prova’.<sup>341</sup>

Por fim, concluindo a tese de Walter, Marinoni e Arenhart assentam:

Em alguns casos, o juiz pode estar em estado de dúvida no momento de sentenciar. Nessas hipóteses, se a dificuldade da prova e as características do direito material em litígio não justificarem a chamada ‘redução do módulo da prova’ ou a inversão do ônus da prova, não resta outra saída ao juiz senão julgar improcedente o pedido, com base na regra do ônus da prova.<sup>342</sup>

A redução do módulo de prova pressupõe que o direito material sobre o qual se discute e a dificuldade de prova tenham repercussão na exigência de

<sup>339</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 158-159.

<sup>340</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 264.

<sup>341</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 159.

<sup>342</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 464.

prova, possibilitando que o julgador responda mais adequadamente de acordo com o caso concreto.

## CONCLUSÃO

Refletindo acerca dos conceitos de verdade, certeza, verossimilhança e convicção observamos que, relativamente à ocorrência dos fatos, não se pode obter uma certeza, mas tão-somente se alcançar uma convicção. Tal constatação, entretanto, não impede o direito de ser racional e lógico. Deve-se apenas reconhecer que a lógica jurídica é uma lógica da razão prática, baseada em premissas ou argumentos apenas prováveis. O raciocínio empregado é o dialético, baseado na argumentação.

O que se exige do julgador é que a convicção seja suficiente para a decisão que se irá proferir, variando conforme o direito material em discussão, pois, como bem observou Cândido Rangel Dinamarco, a “convicção não pode corresponder à certeza, é inevitável correr riscos, sob pena de inviabilizar os juízos”.<sup>343</sup> A respeito, aliás, importantíssima a contribuição de Danilo Knijnik acerca dos critérios de decisão, *standards* ou modelos de constatação. Isto posto, fica fácil entender porque a convicção necessária não é a mesma para todos os casos.

A prova se destina a fundamentar a convicção do julgador, servindo de substrato para que possa decidir motivadamente, aplicando o direito aos fatos. Contudo, não se pode mais aceitar que se pretenda com a prova demonstrar a verdade dos fatos, porque as provas não são demonstrativas ao ponto de necessariamente levar o julgador a determinado juízo acerca dos fatos. Não existem provas absolutas ou infalíveis.

As presunções possuem como característica principal a probabilidade. A finalidade das presunções é a facilitação da prova, pois se pretende ter por provado algo com a prova de outro. Como foi visto, porém, todas as provas em direito constituem argumentos mais ou menos fortes, mais ou menos prováveis. As presunções são meios de prova indiretos, que auxiliam o julgador a alcançar a convicção partindo de um indício e raciocinando de acordo com as regras de experiência, ou seja, a ordinária ocorrência das coisas. Tais regras não só formam as presunções como também permitem que o julgador avalie todas as demais provas.

---

<sup>343</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 239.

As presunções podem ser absolutas, relativas ou judiciais. As absolutas não admitem contraprova e, portanto, se afastam não só do esquema geral da presunção como de todas as provas judiciais. As relativas acarretam na inversão do ônus da prova, bastando à parte que é por ela favorecida provar o fato indiciário. As judiciais atuam na formação da convicção, podendo até, em alguns casos, inverter o ônus da prova.

Quanto aos critérios de decisão do julgador para decidir em caso de dúvida quanto aos fatos, verifica-se que há a possibilidade de redução do módulo de prova, a aplicação da teoria da verossimilhança preponderante e, por fim, a aplicação da regra do ônus da prova, critério tradicionalmente mais utilizado no nosso direito.

A redução do módulo de prova implica na obtenção, pelo julgador, de uma convicção com base em provas que, em regra, não seriam suficientes para fundamentar uma decisão. A tese da verossimilhança preponderante defende que o julgador deve decidir em favor da parte que tiver comprovado seu direito com mais probabilidade, tornando a regra do ônus da prova praticamente desnecessária.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª ed., São Paulo: Editora Mandamentos, 2001.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (organizador) *et alii*. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: Prova Cível. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. vol. 2: Processo de Conhecimento, 10ª ed., São Paulo: RT, 2006.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV, art. 332 a 475, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV (arts. 332 a 475) 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. Prova Judiciária no Cível e Comercial. vol. I, São Paulo: Max Limonad, 1955.

\_\_\_\_\_. Prova Judiciária no Cível e Comercial. vol. V, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1955.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

BEDAQUE, José dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, visto por nós, os advogados. Tradução de Ary dos Santos, 4ª ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Sistemas de Direito Processual Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, vol. 2, 1ª ed, São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. 2ª ed., Campinas: Bookseller, , 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO DOS SANTOS, J. M. de Código de Processo Civil Interpretado. 3ª ed., arts. 180-262, vol. III, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1946.

CASTRO MENDES, João de. Do Conceito de Prova em Processo Civil. Lisboa: Edições Ática, 1961.

CIRIGLIANO, Raphael. Prova Civil. 2ª ed., Anotações e adaptações ao Código de Processo Civil de 1973 por Mauro Fichtner Pereira. São Paulo: RT, 1981.

DECOTTIGNIES, Roger. Les Présomptions en Droit Privé. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1950.

COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983.

DELLEPIANE, Antônio. Nova Teoria da Prova. São Paulo: Minelli, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2, Salvador: Edições Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. III, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A instrumentalidade do processo. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

HORTAL, Pe. Jesus S. Código de Direito Canônico. Tradução oficial Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas e Comentários: Pe. Jesus S. Hortal. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOLDSMITH, James. Derecho Procesal Civil. Tradução de Leonardo Pietro Castro, Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. Estudos de Direito Processual. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: Revista Forense, v. 376 (novembro/dezembro), Rio de Janeiro, 2004.

FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, SP, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 1994.

KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. v. I, 4ª ed. Coimbra Editora, 1987.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 3ª ed., São Paulo: RT, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. 2ª ed., São Paulo: Bookseller, 2001.

MARCATO, Antônio Carlos (Coordenador), *et alii*. Código de Processo Civil Interpretado. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção do direito, especialmente no direito civil. In: Revista dos Tribunais nº 513, julho de 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., v. 5, tomo I, arts. 332 a 341, São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Curso de Processo Civil. 6ª ed., v. 2, São Paulo: RT, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. In: Revista de Processo nº 24, out./dez. 1981.

MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1ª ed., v. II, Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. 1ª ed., v. III, Campinas: Millennium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. In: Revista de Processo, nº 155, mai./jun. 2004.

MENDES, João de Castro. Do Conceito de Prova em Processo Civil.

MILL, John Stuart. Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva e Outros Textos. 3ª ed. Coleção Os Pensadores, tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Victor Civita, 1984.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., tomo IV (Arts. 282-443), Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MILHOMENS, Jonatas. A Prova no processo. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MITTERMAYER. C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Traduzido por Alberto Antonio Soares, anotações de Pontes de Miranda, 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. Exegese do Código de Processo Civil. V. IV, tomo I (arts. 329 a 399), Rio de Janeiro: AIDE Editora.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: Temas de Direito Processual (Primeira Série), 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de direito processual. (Segunda Série), 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 11, São Paulo: RT, 2001.

NEVES e CASTRO, Francisco Augusto. Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Civis. 2ª edição, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. Derecho Procesal. v. II, Estructura del Proceso, Buenos Aires: Depalma, 1983.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001.

PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. Lógica Jurídica: Nova Retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. As Provas no Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., v. IV, São Paulo: RT, 1977.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENBERG, Leo. La Carga de la Prueba. Tradução de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

SANTO, Víctor de. La Prueba en el Proceso Civil, 2ª ed, Buenos Aires: Universidad, 1994.

SANTOS, J. M. Carvalho dos. Código de Processo Civil Interpretado, arts. 180-262, vol. III, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1940.

SCHOPENHAUER, Arthur. A Arte de ter Razão: exposta em 38 estratagemas, organização e ensaio Franco Volpi, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SICHES, Luis Recaséns. Tratado General de Filosofia del Derecho, 7ª ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1981.

SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, 6ª ed., v. 1, São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti, Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Traducion y notes de Andres De La Oliva Santos, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A, 1973.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

UBALDINO MIRANDA, Prova Custódio da Piedade. Índícios e presunções como meio de prova. In: Revista de Processo, nº 37, p. 52-67, jan./mar., São Paulo: RT, 1985.

## **Dicionários**

Blacks's Law Dictionary. West Publishing CO., 1968.

Dicionário de Alemão-Português. Porto-Portugal: Porto Editora, 1997.