

AS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

Caio Leão Câmara Felga¹

RESUMO

Este artigo pretende organizar o entendimento em torno das presunções no processo civil; estabelecendo, por meio de uma perspectiva analítica, os fundamentos, as classificações e as definições para, em seguida, extrair repercussões jurídicas práticas em conformidade com o Código de Processo Civil 2015.

Palavras-chave: Presunções. Presunções Legais. Presunções Relativas. Presunções Absolutas. Presunções Judiciais.

1. INTRODUÇÃO

Parte-se no estudo do pressuposto de que o conhecimento da verdade dos fatos no processo é relativo, na medida em que se relaciona com o contexto em que surge, com o método adotado para apreendê-lo e com a quantidade e a qualidade de informações que se dispõem no processo².

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 105.

Por outro lado, reconhecer que o conhecimento da verdade é relativo não impede que os enunciados fáticos trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz sejam verificados como verdadeiros ou falsos, uma vez que se trata de descrições pertinentes a algum fato³.

Todavia, ao mesmo tempo em que é relativo, o conhecimento da verdade dos fatos no processo é objetivo, pois independe das condições subjetivas e individuais daquele que aprecia as provas e julga o caso⁴.

Compreendida, assim, que uma verdade absoluta dos fatos não pode ser alcançada pelo processo, e que esse processo lida, em realidade, com enunciados fáticos, os quais poderão ter grau de confirmação diversos, com maior ou menor aproximação da verdade, conclui-se que a verdade não precisa ser alcançada para a prolação de uma sentença, em que pese deva ser buscada na maior medida possível⁵.

Assim, entender que a prova não pode buscar uma verdade absoluta dos fatos, em que pese a verdade deva ser uma preocupação da ciência processual, abre caminho para o uso das presunções no processo, ou seja, de expedientes que consideram um fato como ocorrido, independentemente de sua efetiva comprovação.

Nesse caminhar, as presunções, seja por previsão legal ou por raciocínio judicial, são vitais para que o magistrado possa formar racionalmente sua convicção judicial ou, ainda, superar eventual *non liquet*, com a finalidade de decidir e colocar termo ao conflito jurídico.

Entretanto, em que pese essenciais para o momento decisório, a revisão da doutrina revela certa discordância, em especial no que diz respeito às classificações, às definições e às consequências jurídicas das presunções no âmbito do processo civil. De fato, aponta Raymundo Gama⁶, que o termo presunção, de ma-

3 Nas palavras de Taruffo (*Ibidem*) “[...] o enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser ‘mais ou menos’ verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade”.

4 *Ibidem*, p. 105-106.

5 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 147.

6 GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach. In: DEL MAR, Maksymilian; TWINING, William (Org.). *Legal Fictions in Theory and Practice*. London: Springer, 2015, v. 110, p. 355-356.

neira geral, é comumente utilizado para representar diferentes realidades, entre elas: (a) designar um princípio ou máxima legal de argumentação; (b) descrever uma conexão entre dois fatos, no qual se presume a existência de um dos fatos a partir do outro; (c) constituir uma regra de direito material formulada em termos presuntivos; (d) por fim, constituir uma regra que inverte o ônus da prova.

Demais disso, observa-se na doutrina espaço, que pode ser preenchido pelo estudo, entre a teoria das presunções e suas repercussões práticas no processo, notadamente a melhor doutrina a permitir o controle das presunções por ocasião da decisão pelo magistrado.

Nessa perspectiva, este artigo procura contribuir com o tema das presunções no processo civil, buscando seus fundamentos, classificações e definições por meio de uma abordagem analítica do fenômeno, para, em seguida, extrair repercussões práticas em conformidade com o Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

2. PRESUNÇÕES E O PROCESSO CIVIL

A presunção no campo do processo civil encontra profunda relação com o problema da verdade no processo. Com efeito, a presunção serve como importante meio para resguardo de determinados valores e para a formação de uma decisão racional, já que a verdade absoluta dos fatos dificilmente pode ser alcançada no processo.

Etimologicamente, presumir (do latim *praesumere*) consiste em tomar uma coisa como certa sem que esteja provada ou conhecida⁷. Em termos jurídicos, entende-se que as presunções são juízos lógicos do legislador ou do juiz em que se considera como certo ou provável um fato ou uma coisa⁸.

Vale esclarecer que o tema das presunções não constitui matéria exclusivamente afeta ao processo civil, tampouco ao tema das provas, em que pese seja feita tal relação com frequência pela doutrina⁹. De fato, exemplificativamente, as presunções são importantes mecanismos no direito constitucional (presunção de constitu-

7 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, tomo II, p. 693.

8 *Ibidem*, p. 694.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direitos Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55.

cionalidade das normas) e no direito administrativo (presunção de legitimidade dos atos administrativos).

Nesse caminhar, as presunções tratadas no processo civil modernamente são de duas ordens: as presunções legais e as presunções judiciais. Aquelas primeiras ainda se subdividem em presunções legais relativas e absolutas.

3. TEORIA DAS PRESUNÇÕES JUDICIAIS (SIMPLES OU HOMINIS)

Entre as presunções se encontram, conforme dito, as presunções judiciais (simples ou *hominis*)¹⁰. Com efeito, entende-se neste estudo, na esteira de Barbosa Moreira¹¹, que a presunção judicial constitui juízo lógico feito pelo magistrado sobre a existência de um fato conhecido e um desconhecido que logicamente ou com absoluta certeza pode ser inferido a partir do primeiro¹².

Não constitui, de modo algum, meio de prova, em que pese o art. 212 do Código Civil a arrole como tal. Representa, em verdade, o resultado de um raciocínio silogístico que ocorre na mente do próprio juiz, no qual se parte de um fato conhecido ou provado (fato base) para alcançar um fato presumido¹³.

De maneira geral, as presunções judiciais têm por função guiar o juiz na valoração das provas. Permitem, ainda, que o juiz verifique a verossimilhança das hipóteses fáticas trazidas pelas partes¹⁴. Cuida-se, assim, de instrumento valioso no cotidiano judicial, na medida em que a verdade absoluta dos fatos, como visto, é dificilmente alcançada no processo.

10 Curioso notar que Pontes de Miranda entende que a presunção judicial não poderia ser denominada também de presunção *hominis*. Para o autor, não é só o juiz que presume no processo, mas também as partes e terceiros. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IV, p. 396.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 56.

12 Vale registrar que semelhante raciocínio teria surgido na classificação de provas diretas e indiretas propostas por Carnelutti. Com efeito, esclarece o autor que a prova indireta tem lugar naquelas hipóteses em que o juiz conhece fato diferente daquele que se queria provar. Assim, na esteira do autor, a percepção do juiz não seria suficiente para buscar o fato que se quer provar, mas sim há de se integrar com um procedimento lógico de dedução do fato a se provar com a prova do fato conhecido. CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 62.

13 FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

14 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 694.

Do até então exposto, fácil perceber que no âmbito das presunções judiciais, o elemento de probabilidade é essencial¹⁵.

Seja lá como for, mais do que um simples raciocínio de um fato conhecido para outro presumido, a análise detida da presunção judicial revela um raciocínio complexo na mente do juiz, segmentado em etapas, no qual os conceitos de indício e regra de experiência assumem importante relevo. Vejamos, então, as etapas e como se relacionam os conceitos.

3.1 Presunção judicial e o fato base

Em um primeiro momento do raciocínio, o juiz, para formar sua convicção, observa que um determinado fato (fato base), uma vez provado com ajuda de qualquer meio de prova, pode permitir o conhecimento de outro fato (fato presumido) por meio de um raciocínio presuntivo¹⁶.

Apresenta Barbosa Moreira o seguinte exemplo: “ficou provado que, na ocasião em que praticara o crime, o réu estava na posse da única arma capaz de produzir a lesão: desse fato, já conhecido, extrai o órgão judicial a ilação de que foi o réu quem desfechou o golpe”¹⁷.

Ou seja, infere-se que o fato base, uma vez provado, é um ponto de partida para o raciocínio presuntivo do juiz, o qual permitirá o conhecimento de outro fato. Constitui, assim, a presunção judicial um ponto de chegada em que o conhecimento de outro fato é adquirido¹⁸.

O raciocínio mental feito pelo juiz nessa hipótese não se confunde com um meio de prova¹⁹, em que pese o Código Civil expressamente eleger a presunção como tal (art. 212)²⁰. Em verdade, a atividade probatória foi realizada antes, relativamente ao fato base, tendo por consequência permitir o estabelecimento da ocorrência de

15 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 312.

16 *Ibidem*.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 57.

18 *Ibidem*, p. 58.

19 *Ibidem*, p. 57.

20 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 11 jan. 2002, página 1, art. 212.

outro fato²¹. Ou seja, o órgão judicial, por meio do raciocínio presuntivo, valora determinada prova para se convencer que outro fato ocorreu²².

O juiz, no entanto, não retira sua conclusão imediatamente da presunção judicial a partir do fato base. É necessário, antes, uma etapa intermediária a partir da qual se realizará verdadeiro raciocínio silogístico para alcançar a presunção judicial.

Nessa etapa intermediária, que constituirá tanto o ponto de chegada em relação ao fato base, como ponto de partida para o fato presumido, o indício ganha relevo.

3.2 Presunção judicial e indícios

O conceito de indício, revela Munoz Sabaté²³, é um dos mais confusos no direito probatório. De fato, há quem entenda que a presunção judicial e os indícios se confundem, como por exemplo na doutrina de Mittermayer²⁴; há também quem entenda que o indício e a presunção são espécies da prova indireta, como por exemplo Malatesta²⁵.

Seja lá como for, adota-se neste texto que o indício e a presunção judicial não se confundem, e tampouco são espécies de prova indireta: antes, em verdade, se complementam em um raciocínio presuntivo.

Com efeito, constitui o indício “o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido, ou seja o fato conhecido em que se funda o raciocínio do juiz para chegar ao fato desconhecido”²⁶.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 57.

22 *Ibidem*.

23 SABATÉ, Luis Munoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Editorial Praxis, 1967, p. 181.

24 MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc*. Madrid: Imprenta de la revista de legislacion, 1877, p. 360.

25 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Ca, 1927, p. 205.

26 MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 79, 1984, p. 193.

Já se observa, de plano, que o indício não constitui meio de prova “[...] pois, ainda que tenha o objetivo de demonstrar, de forma indireta (através de raciocínio judicial dedutivo), a afirmação do fato direto, antes deve ser elucidado por prova”²⁷.

Dentro desse esquema lógico, constitui o indício a etapa intermediária entre o fato base e o fato presumido. É, portanto, concomitantemente um ponto de chegada em relação ao fato base provado e um novo ponto de partida para o fato presumido²⁸. Com efeito, explica Barbosa Moreira:

Fica patente que a atividade mental do juiz não tem a mesma natureza das duas etapas do itinerário descrito. A passagem da prova (documental, testemunhal etc.) ao indício faz-se através de operação intelectual de estrutura diversa daquela através da qual se passa do indício à presunção. Na primeira, trata-se de examinar e valorar um *quid* material sensível, em que, por hipótese, se acha representado certo fato, exatamente para alcançar o conhecimento do fato representado. Na segunda, trata-se apenas de efetuar um raciocínio de tipo silogístico: o fato cuja existência se indaga não está representado no indício da mesma forma que este se encontrava representado no documento ou no depoimento da testemunha; mas o indício serve de *premissa lógica* para a afirmação ou a negação) do outro fato²⁹.

Fácil perceber que a segunda etapa, destinada a resultar na presunção judicial e que é realizada a partir da prova do fato base, não seria sequer necessária se este fato base, uma vez provado, fosse em si mesmo suficiente para o julgamento da causa³⁰.

Em conclusão, duas etapas ocorrem na mente do juiz para se alcançar a presunção judicial: uma etapa de conhecimento de um fato por meio de uma prova, que levará ao indício; uma segunda etapa em que o indício constitui premissa lógica dentro de um raciocínio silogístico para se alcançar a conclusão, que é a própria presunção judicial.

Poderia se perguntar, então: considerando que o raciocínio operado pelo juiz na segunda etapa é silogístico e que uma das premissas lógicas é o próprio indício, qual a outra premissa lógica que parte o julgador para alcançar a conclusão? É o que se verá em seguida.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 59.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*, p. 58.

3.3 Presunção judicial e regras de experiência

De fato, embora a forma pela qual a presunção judicial se realiza (ou seja, o raciocínio empregado pelo juiz) não tenha previsão expressa no ordenamento, o que faz sentido, já que seria impossível regular o pensamento do juiz³¹, certo é que o ordenamento brasileiro cuidou ao menos de prever a existência da premissa maior no raciocínio silogístico resultante na presunção judicial: a regra de experiência.

O estudo das regras de experiência, que já data mais de um século, iniciou na Alemanha e tinha por objetivo analisar o problema de o juiz invocar, nas razões de decidir, certos conhecimentos que adquiriu fora do processo e que, portanto, colheu não por meio de provas, mas em função de circunstâncias pessoais³².

Em que pese a preocupação possa parecer legítima, tendo em vista a necessidade de se evitar arbitrariedades pelo julgador, observa Barbosa Moreira³³ constituir absurdo exigir que o juiz se desprenda de todas as noções que nutriu ao longo da vida enquanto membro de uma comunidade.

Nessa linha de raciocínio, sublinha Stein que o princípio do livre convencimento motivado (que foi adotado em nosso CPC no art. 371)³⁴ desligou o juiz das ataduras que antes constituíam óbice à aplicação de sua experiência de vida nas decisões judiciais, o que representou avanço para o processo melhor alcançar a verdade dos fatos³⁵.

Com efeito, o ordenamento brasileiro, pautado na livre persuasão racional do juiz (art. 371)³⁶, traz a previsão das regras de experiências, as quais, como veremos, guardam profunda relação com as presunções judiciais. Nesse sentido, as regras de

31 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos – Traducción de Jordi Ferrer Beltrán*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 471.

32 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil : segunda série*, 1988, p. 61.

33 *Ibidem*, p. 62.

34 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 371.

35 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 41.

36 BRASIL. *Op. cit.*, art. 371.

experiência se encontram previstas no art. 375 do CPC³⁷, no art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis³⁸ e no art. 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³⁹.

As regras de experiência constituem aquilo que ordinariamente o juiz observa enquanto partícipe da sociedade, com caráter de generalidade e abstração⁴⁰. Ou seja, por meio de um processo indutivo (do particular para uma premissa geral), o juiz, com base no que ordinariamente observa em sua convivência social, cria determinadas regras de experiências das quais fará uso no processo⁴¹.

Do conceito acima, percebe-se que a regra de experiência não se confunde com os fatos notórios. Com efeito, os fatos notórios são aqueles “cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sociocultural em que se acha inserido o juiz”⁴² e, por conseguinte, independem de prova (art. 374, I, do CPC)⁴³. Logo, percebe-se a distinção: os fatos notórios, como o próprio nome indica, são fatos, acontecimentos singulares; enquanto as regras de experiência são regras com caráter de generalidade e abstração formadas indutivamente por aquilo que o juiz observa de acontecimentos semelhantes⁴⁴.

Vale salientar que a simples pluralidade de casos em um mesmo sentido não é suficiente para formar uma regra de experiência⁴⁵. A regra de experiência surge

37 Art. 375. “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 376.

38 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”. BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 27 set. 1995, página 15033, art. 5.

39 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”. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 9 ago. 1943, página 11937, art. 852-D.

40 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 62.

41 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 53.

42 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 62.

43 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 374, I.

44 *Ibidem*, p. 61-62.

45 STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, p. 25.

quando pensamos nesses casos como aplicação de uma regra e a estabelecemos como tal, de modo a se esperar que em casos futuros se observe o mesmo resultado dos casos passados que formaram a regra de experiência⁴⁶.

Da definição apresentada e das distinções feitas, já se observa que as regras de experiência carecem de certeza lógica e constituem na realidade valores aproximados da verdade⁴⁷. Estruturam-se, assim, na probabilidade⁴⁸.

Segue-se a isso que sua vigência depende de que em novos casos observados se demonstre que a regra de experiência formulada e até então aplicada não seja falsa⁴⁹. Logo, a credibilidade da regra de experiência aumenta conforme cresce o número de casos em que a regra é manifestada e validada; do contrário, a credibilidade é reduzida quando outras regras de experiência surgem para excepcioná-la, impossibilitando sua utilização⁵⁰.

Avançando no tema, observa-se que as regras de experiência se dividem em dois tipos: as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica. Nesse sentido, as comuns são generalizações que se extraem da sociedade e que se alicerçam em crenças, regras morais, leis naturais ou científicas⁵¹. Por sua vez, as técnicas são aquelas regras que decorrem do próprio pensamento técnico-científico⁵².

Curioso notar que as regras de experiência comum, conforme definição acima utilizada, podem se basear em leis científicas, o que poderia gerar conflito com as próprias regras de experiência técnica. Porém, não há de se confundir: enquanto a regra de experiência técnica se alicerça no pensamento científico, a comum é; na verdade, uma versão popular acerca do pensamento científico⁵³.

46 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 25.

47 *Ibidem*, p. 37.

48 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 76.

49 STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, p. 37.

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 76-77.

51 *Ibidem*, p. 171.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

Feita a breve explicação, é fácil perceber que a regra de experiência tem várias finalidades. Tem por finalidade, por exemplo, valorar o conjunto probatório⁵⁴ servir de auxílio para a interpretação de normas jurídicas⁵⁵. Chama a atenção, em razão do objetivo do estudo, a finalidade, em conjunto com os indícios, de formular as presunções judiciais⁵⁶.

À luz disso, no raciocínio silogístico realizado pelo juiz para se alcançar a presunção judicial, a regra de experiência constituirá a premissa lógica maior⁵⁷.

Barbosa Moreira⁵⁸ traz o seguinte exemplo: “em geral, o crime é cometido pela pessoa que possuía a arma adequada; ora, a pessoa que possuía a arma adequada é o réu; logo, o crime deve ter sido cometido pelo réu. De onde tirou o órgão judicial, para assim raciocinar, a premissa maior? Da observação do que ordinariamente acontece”.

Assim, a presunção judicial tem relação tanto com o fenômeno indutivo quanto com o dedutivo: de um lado, forma-se a regra de experiência por meio de indução do que o juiz ordinariamente observa em sua vida; de outro lado, as regras de experiência (premissa maior), em conjunto com os indícios (premissa menor), formam um raciocínio dedutivo que deságua na própria presunção judicial⁵⁹.

Demais disso, percebe-se, conforme elucida Calamandrei⁶⁰, que a sentença é fruto de uma lógica judicial empregada pelo julgador que não se diferencia de questões práticas postas aos humanos que estão fora do processo, com a diferença, no entanto, de que o Estado assume para si o monopólio e a responsabilidade da resolução judicial, de modo que a razão do juiz é uma razão oficial e garantida pelo Estado.

54 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 63.

55 *Ibidem*, p. 64.

56 *Ibidem*, p. 63.

57 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 23.

58 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 68.

59 SABATÉ, Luis Munoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, p. 187.

60 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia – conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autonoma de Mexico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 32.

Em suma, a regra de experiência (premissa maior) em conjunto com o indício (premissa menor), a partir de um raciocínio silogístico, resultam na presunção judicial. A partir de agora, então, serão discutidas as repercussões práticas.

4. REPERCUSSÕES PRÁTICAS DAS PRESUNÇÕES JUDICIAIS

Conforme visto, a presunção judicial é resultado de um complexo raciocínio ocorrido na mente do juiz: (i) em primeiro lugar, tem-se a descoberta de um fato base, provado por qualquer meio de prova, o qual levará a um indício; (ii) o indício, ponto de chegada relativamente ao fato base, é o ponto de partida para um raciocínio silogístico voltado a criar a presunção judicial. Para conformar esse raciocínio jurídico, o juiz se vale das regras de experiência, criadas indutivamente por aquilo que observa ordinariamente em sua vida, por também ser um membro da comunidade.

Embora, em termos teóricos, o raciocínio operado na mente do juiz possa parecer complexo, visualizar o fenômeno de maneira analítica pode ajudar em termos práticos. É o que se passará a ser feito nos tópicos seguintes.

4.1 Repercussões práticas: fato base ou indício

Em primeiro lugar, para a formação de uma presunção judicial, o fato base, isto é, o fato que uma vez provado dá azo ao indício, deve sempre ser provado⁶¹.

Fácil perceber, nessa linha de raciocínio, não existir óbice sobre a possibilidade de afastar a prova que recai sobre o fato base por meio de outras provas produzidas nos autos, de modo a rechaçar a própria presunção judicial⁶².

Segue-se, para além disso, que o magistrado pode indeferir eventual produção de prova para provar o fato base, se entender que do fato base não resultará qualquer presunção judicial⁶³; afinal, devem ser indeferidas no processo as provas consideradas inúteis ou protelatórias (art. 370, parágrafo único, do CPC)⁶⁴.

61 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 699.

62 *Ibidem*, p. 705.

63 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 161.

64 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 370, § único.

Por fim, tema interessante e polêmico na ciência processual diz respeito à possibilidade de se valer do comportamento das partes no processo como um indício (seja a favor ou contra a parte). Em nosso sentir, na esteira de Munhoz Sabaté⁶⁵, o juiz pode sim se valer do comportamento das partes no processo para formar sua convicção. A ideia, no entanto, não é se valer do indício como punição aos comportamentos das partes, ou mesmo delas exigir uma sinceridade ou bondade que evidentemente jamais existiria no processo⁶⁶. Em realidade, parte-se do raciocínio de que determinadas ações das partes no processo não estão desconectadas das afirmações de fatos que as partes levam à apreciação do juiz⁶⁷. No entanto, não é exatamente a falta de moralidade das partes que leva ao indício ora estudado, mas sim a falta de colaboração específica das partes no processo que normalmente é exigida, como, por exemplo, ser sincero nas afirmações de fato, não impedir a contraprova, consentir com inspeções etc⁶⁸; exigências de colaboração esta, que no caso brasileiro, tem inclusive previsão em uma série de dispositivos normativos, a exemplo do princípio da cooperação (art. 6 do CPC)⁶⁹ e da necessidade de que as partes exponham os fatos de acordo com a verdade (art. 77, I, do CPC)⁷⁰.

4.2 Repercussões práticas: regras de experiência

Diversamente do fato base ou indício, a regra de experiência, a princípio, não precisa ser provada pelas partes⁷¹. Constitui, como visto, uma regra que auxilia o juiz, criada por aquilo que o próprio julgador observa ordinariamente, enquanto indivíduo que convive em comunidade.

Vale afastar desde já a ideia de que a máxima de experiência empregada pelo juiz deve necessariamente ser observada pelo órgão revisor, a não ser que haja

65 SABATÉ, Luis Munoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, p. 389 e ss.

66 *Ibidem*, p. 390.

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem*, 391.

69 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 6.

70 *Ibidem*, art. 77, I.

71 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 126.

prova em sentido contrário⁷². Afinal, o Tribunal, composto por juízes, também se valerá da experiência de vida deles para aplicação do direito⁷³. Até porque, em geral, o Tribunal é composto por juízes mais experientes, de modo que faz pleno sentido valer-se disso para o controle das regras de experiência usadas pelo magistrado que prolatou a sentença.

Sem embargo, o problema prático neste tópico é o de que a regra de experiência eleita para realizar o raciocínio presuntivo, de maneira geral, sequer é enunciada pelo magistrado na decisão⁷⁴. Ou seja, o raciocínio ocorre apenas na mente do juiz, que em geral enuncia na sentença apenas sua conclusão diversamente da presunção legal, que tem sua existência já positivada no ordenamento⁷⁵.

Diante da impossibilidade de se regular a regra de experiência, que se cuida em realidade de raciocínio do juiz; resta, então, a necessidade de se criar critérios para racionalizar sua aplicação. O ponto de partida para um exame racional, nesse caso, é o próprio princípio da livre persuasão racional, insculpido no art. 371 do CPC, no qual se exige motivação racional do magistrado por ocasião do julgamento⁷⁶.

A partir da livre persuasão racional (art. 371 do CPC)⁷⁷, é imprescindível que a regra de experiência seja demonstrada na decisão. Essa é a única maneira de garantir a racionalidade em sua utilização e, ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando-se que o juiz as utilize sem qualquer critério⁷⁸.

Sucedem que, sendo uma construção do que ordinariamente é percebido pelo magistrado, a regra de experiência deve ser na decisão também demonstrada no tempo e no espaço. Logo, mais do que enunciar a regra de experiência, deve o julgador demonstrar que a regra de experiência ainda se mantém vigente no momento

72 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 128.

73 *Ibidem*.

74 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 699.

75 *Ibidem*.

76 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 174.

77 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 371.

78 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 174.

em que a decisão é prolatada, bem ainda se extrai daquela comunidade em que o fato a ser demonstrado se insere⁷⁹.

De outro giro, notadamente quanto à regra de experiência técnica, o já citado art. 375 do CPC⁸⁰ deixa claro pela possibilidade de seu uso no processo; ressalvado, no entanto, o exame pericial. Quer indicar o dispositivo normativo que a regra de experiência técnica deve ser comum a todos; do contrário, caso seja uma regra de conhecimento exclusiva de uma dada expertise, ainda que o juiz seja conhecedor de tal regra, deve proceder à produção de prova pericial⁸¹.

Sucedendo ainda ser plenamente possível existir eventual conflito entre as regras de experiência comum e as regras de experiência técnicas. Prevalece, sem embargo, a regra de experiência técnica, pois do contrário haveria uma regra de experiência comum negada pela própria ciência⁸², o que fere a necessidade de que a decisão seja racional, tal como demanda o princípio da livre persuasão racional.

4.3 Repercussões práticas da inferência lógica que resulta na presunção judicial

Por se tratar de raciocínio mental do juiz; e que, portanto, carece de regulamentação do ordenamento, o controle das inferências lógicas entre as premissas e a conclusão não é tarefa fácil no processo.

O ponto de partida para controlar em alguma medida a inferência lógica entre as premissas que resultará na presunção judicial é o princípio da livre persuasão racional (art. 371 do CPC)⁸³, no qual se exige do juiz motivação racional de sua decisão.

Com efeito, parte-se aqui da ideia de que o grau de certeza de uma inferência lógica se alicerça no valor cognoscitivo das premissas adotadas como critério para

79 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 174-175.

80 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 375.

81 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 78.

82 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 176.

83 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 371.

sua formação⁸⁴. Ou seja, “o grau de credibilidade da presunção judicial repousa na convicção da procedência da ilação formulada”⁸⁵.

A partir de tal raciocínio, é possível formular graus racionais de confirmação da inferência lógica que resulta na presunção judicial, os quais podem ser úteis para o controle da decisão judicial:

- a) Em primeiro, há aquelas inferências baseadas em noções de experiência comum que correspondem a leis científicas de caráter universal, ou seja, baseada em uma regra de experiência técnica. A conclusão, nesse caso, tem caráter de certeza dedutiva⁸⁶;
- b) Em outros casos, a inferência é baseada em experiência comum que corresponde a generalizações não universais, ou seja, que importam em alto nível de probabilidade de frequência estatística. A conclusão, nesse caso, será altamente confiável, com caráter de certeza prática⁸⁷;
- c) Outras vezes, a inferência se funda em senso comum que exprime a normalidade de certos acontecimentos. Nesse caso, a inferência não terá caráter dedutivo, produzindo conclusões com grau variado e de confiabilidade não tão alta⁸⁸;
- d) No mais, tem-se aqueles casos em que a inferência se alicerça em pseudoregras, ou seja, regras sem qualquer fundamento em realidade empírica, constituindo, em verdade, preconceitos dos mais variados gêneros. Resultam em conclusões equivocadas e carentes de qualquer grau de confirmação considerável⁸⁹.

Assim, observa-se, a depender do grau de confirmação, que a inferência lógica pode ter caráter de certeza dedutiva ou, ainda, ser uma conclusão plenamente equivocada, fruto de preconceitos, de modo que o uso da presunção judicial deve ser feito de maneira comedida pelo magistrado. Sem embargo, nada impede, quando

84 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos* – Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 242.

85 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 160.

86 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 242.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*, p. 243.

a conclusão for duvidosa, que a presunção judicial seja utilizada como elemento convergente com outras provas para se obter a comprovação do fato desconhecido⁹⁰.

Do exposto, é fácil perceber ser plenamente possível variados raciocínios presuntivos que podem ser extraídos de um ou mais fatos bases. Se os raciocínios levarem a uma única conclusão, haverá maior grau de confirmação da presunção; se, no entanto, as conclusões forem diferentes, prevalecerá aquela com maior grau de confirmação⁹¹. Será possível, inclusive, que um único raciocínio presuntivo, a depender do seu grau de confirmação, afaste variados outros raciocínios convergentes em conclusão diversa⁹².

5. TEORIA DAS PRESUNÇÕES LEGAIS

Constituem as presunções legais aquelas regras jurídicas em que se presume a existência de um fato que se requer como característica definidora para a produção de um efeito jurídico⁹³.

Deveras, ao contrário das presunções judiciais, que decorrem da atividade do julgador, as presunções legais decorrem de regras criadas pelo legislador, fundadas, de maneira geral, em considerações de probabilidade, de razões políticas ou de justiça⁹⁴.

Nessa perspectiva, Echandia⁹⁵ esclarece que as presunções legais nascem no âmbito material e, portanto, tem inicialmente atuação extraprocessual. São, portanto, regras de direito material⁹⁶, criadas com a finalidade de conferir seguran-

90 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, p. 473.

91 *Ibidem*, p. 476.

92 *Ibidem*, p. 477.

93 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 238. Interessante o relato de Rosenberg no sentido de que por muito tempo se confundiu as presunções legais com as regras sobre ônus da prova. Assim, entendia-se que quando o ônus da prova recaía sobre o autor, é porque haveria presunção em favor do réu, e assim por diante. *Ibidem*, p. 234.

94 GAMA, Raymundo. *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, p. 361.

95 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 695.

96 Diversamente, Mauro Cappelletti e Joseph Perillo entendem que somente a presunção absoluta são regras de direito material, o que, conforme reconhece o autor, tem consequência importantes, especialmente para saber qual a lei (se material ou processual) que regularia a presunção. CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil Procedure in Italy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965, p. 214.

ça a certas situações sociais, políticas, familiares e patrimoniais reputadas como relevantes pelo legislador⁹⁷.

Na esteira de Pontes de Miranda⁹⁸, a presunção legal se funda em presumir fatos que não se poderia conhecer facilmente ou que fugiriam a uma certa investigação. Como consequência, pontuam Allen e Callen⁹⁹ que referidas presunções acabam por realocar os riscos da prova, determinando-se o perdedor naquelas hipóteses em que nenhuma das partes logrou êxito em comprovar os fatos do processo.

Em que pese nasçam no campo material, os efeitos da presunção legal são sentidos também no processo, especialmente na seara das provas¹⁰⁰. Daí decorre diferença importante entre a presunção legal e a judicial: estas últimas, como acima visto, cumprem funções apenas processuais¹⁰¹.

Curioso ser possível, no entanto, presunções voltadas a regular situações exclusivamente processuais, na medida em que permitem considerar como verdadeiro um fato para a estabilidade do próprio procedimento¹⁰². É a hipótese contida no art. 344 do CPC¹⁰³, segundo a qual, ocorrida à revelia, seguirá o seu efeito material de presumir verdadeiro os fatos formulados pelo autor.

Não se pode deixar de reconhecer, porém, que a presunção judicial e a legal se aproximam em sua estrutura: “Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente junto”¹⁰⁴.

Mas de maneira alguma os institutos se confundem. Com efeito, difere a presunção judicial da presunção legal no fato de que, na primeira, incumbe ao órgão

97 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 695.

98 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 393-394.

99 ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. The Juridical Management of Factual Uncertainty. *Internacional Journal of Evidence and Proof*, Illinois, v. 7, p. 1-30, 2003, p. 5.

100 ECHANDIA, Hernando Devis. *Op. cit.*, p. 695.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*, p. 702.

103 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art.344.

104 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 59.

judicial valorar a correlação entre o fato conhecido e o desconhecido¹⁰⁵; no caso da presunção legal, o próprio legislador estabelece de antemão a correlação entre o fato conhecido e o desconhecido, o que dispensa o livre convencimento do juiz sobre o fato presumido caso não haja prova em sentido contrário¹⁰⁶.

Em síntese, como aduz Rosenberg¹⁰⁷, a presunção legal não cuida de comprovação de fatos, mas sim de simples aplicação do direito.

Tem-se que as presunções legais se dividem em dois tipos: a presunção relativa e a presunção absoluta. Passaremos, então, a discorrer sobre as classificações, buscando ao final aprimorar o entendimento prático sobre o assunto.

5.1 Teoria das presunções legais absolutas

Correntemente se diz que a presunção legal absoluta, ou ainda presunção *iuris et de iure*, constitui espécie de presunção “[...] acompanhada de proibição feita ao adversário de lhe destruir o efeito pela prova do contrário”¹⁰⁸. No entanto, observando-se acuradamente o fenômeno, a figura em questão se relaciona exclusivamente com o direito material¹⁰⁹.

Com efeito, o entendimento completo da presunção absoluta pressupõe o conhecimento anterior da estrutura das normas jurídicas. Nesse caminho, sublinha Geraldo Ataliba¹¹⁰ que a norma é estruturada em hipótese, mandamento e sanção. Assim, “verificada cada hipótese, o mandamento atua, incide. Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e se torna atuante, produtivo dos seus efeitos próprios [...]”¹¹¹.

105 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 60.

106 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 257.

107 *Ibidem*, p. 255.

108 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 213.

109 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 166.

110 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

111 *Ibidem*.

Assim, na esteira de Andrea Proto Pisani¹¹², o que faz a presunção absoluta é, dentro de uma certa hipótese de incidência, tornar desnecessário, para a produção de determinado efeito jurídico, a ocorrência de um fato. Bem exemplifica Barbosa Moreira:

Suponhamos que, *em regra*, a existência ou a validade de certo ato, ou a produção de certo efeito, fique condicionada à concorrência dos elementos ou requisitos *a*, *b* e *c*, mas que, em alguma hipótese particular, quiçá para facilitar a satisfação de interesse julgado merecedor de mais forte proteção, queira o legislador dispensar um deles – *c*, por exemplo. Em vez de dizer que bastam *a* e *b* para que exista ou valha o ato, ou para que se produza o efeito, diz que, sob aquelas circunstâncias peculiares, se *presume* (de modo absoluto) a presença de *c*¹¹³.

Conclui-se que a presunção absoluta não se relaciona com o campo das provas¹¹⁴. Ao contrário da presunção relativa, a presunção absoluta dispensa o próprio fato para a produção de um determinado efeito jurídico¹¹⁵. Em outras palavras, a presunção absoluta atua diretamente no plano material e não no processual¹¹⁶.

A ficção jurídica, de certa forma, muito se assemelha com a presunção absoluta. Com efeito, a ficção jurídica também constitui obra do legislador e consiste em supor como existente ou inexistente um fato para produção de determinado efeito jurídico. A diferença, no entanto, é que na ficção jurídica, é muito provável que as coisas na realidade tenham ocorrido de maneira diversa¹¹⁷.

Igualmente às presunções absolutas, as ficções se fundamentam em razões de conveniência política legislativa e social¹¹⁸. Como exemplo, tem-se a ficção prevista no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no sentido de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Cuida-se de evidente ficção, pois, é impossível que qualquer ser humano conheça por completo todo o ordenamento jurídico.

112 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 440.

113 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 63.

114 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 395.

115 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 64

116 PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, p. 440.

117 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 393.

118 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 708.

Daí porque, com frequência, confunde-se ficção jurídica com presunção legal absoluta, como inclusive já o fez o próprio legislador no art. 385 do CPC, em que se previu a pena de confissão caso a parte não compareça ao depoimento ou, comparecendo, se recuse a depor. Com efeito, aduz Barbosa Moreira¹¹⁹ no sentido de que “[...] é evidente que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum *confessa*: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como *inexistente*”.

Ao fim e ao cabo, consigna-se que o uso da ficção, tal como a presunção absoluta, tende a ser progressivamente menos utilizado com o passar do tempo¹²⁰. Uma vez que a presunção absoluta e a ficção jurídica apenas atuam no campo normativo, infere-se ser suficiente que a técnica legislativa seja apurada para que determinados efeitos jurídicos se produzam a partir de uma hipótese fática bem montada¹²¹. Em outras palavras, “a lei *não precisa* ‘fingir’ que se deu o fato x para atribuir os respectivos efeitos a qualquer fato diverso de x: entra na sua normal competência, quando assim o entenda [...] tratar igualmente situações desiguais”¹²².

5.2 Repercussões práticas das presunções legais absolutas

A primeira dificuldade prática parece surgir com a própria identificação da presunção absoluta no ordenamento. Com efeito, analisa Maluf, que em razão de sua excepcionalidade, somente quando a lei determinar, ou proibir expressamente prova em contrário, admitir-se-á sua presença¹²³.

Em verdade, Maluf¹²⁴ sublinha não se exigir que a lei declare a natureza absoluta da presunção. Caso, então, surja dúvida quanto a natureza, observa o autor, escorado em Câmara Leal e Carvalho Santos, que o melhor critério será buscar o que

119 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 55.

120 *Ibidem*.

121 *Ibidem*.

122 *Ibidem*.

123 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 204.

124 *Ibidem*.

levou o legislador a estabelecer a presunção, vislumbrando se a presunção obedece a uma razão de ordem pública que justifique ser de natureza absoluta¹²⁵.

Para além disso, em que pese se reconhecer que a presunção absoluta (e em mesmo sentido a ficção jurídica) atue exclusivamente no campo do direito material, pois dispensam o próprio fato para a produção de um dado efeito jurídico¹²⁶, consequência prática importante é a desnecessidade de produção de prova do fato absolutamente presumido.

Nesse sentido, o art. 374, IV, do CPC¹²⁷ prescreve que não dependem de prova os fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, sendo plenamente aplicável, portanto, às presunções absolutas¹²⁸.

A dispensa, no entanto, para além do artigo citado, se dá também porque para produzir determinado efeito jurídico, dispensa-se a ocorrência na hipótese de incidência de um ou mais fatos. Logo, a prova, em verdade, é irrelevante¹²⁹, de modo que não deve ser admitida, afinal, devem ser indeferidas as provas consideradas irrelevantes ou inúteis, na forma do art. 370, parágrafo único, do CPC¹³⁰.

No mais, tendo em vista que a presunção absoluta nada tem relação com a matéria de provas, constituindo um recorte fático da hipótese de incidência para produção de determinados efeitos jurídicos, não há de se falar na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no art. 373, § 1º, do CPC¹³¹.

5.3 Teoria das presunções legais relativas

De maneira geral, constitui a presunção relativa espécie de presunção legal na qual se considera como certo determinado fato enquanto não fornecida nenhuma

125 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 204.

126 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 64

127 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 374, IV.

128 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 150.

129 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 315..

130 BRASIL *Op. cit.*, art. 370, § único.

131 *Ibidem*, art. 373, § 1º.

prova em contrário¹³². Acresce Pisani¹³³ que as presunções legais relativas constituem técnicas legislativas para qualificar como impeditivos, ao invés de constitutivos, fatos que compõem uma dada hipótese de incidência para que se produzam determinados efeitos jurídicos.

Reconhece-se que tais presunções devem estar previstas no ordenamento, daí inclusive o nome “presunção legal”, mas com frequência o legislador se vale de uma série de termos para expressar a presunção¹³⁴. Por vezes, inclusive, somente expressa a conclusão da presunção.

De todo modo, em que pese nasça no direito material, como acima visto, importante consequência jurídica da presunção legal relativa se dá no campo da distribuição do ônus da prova¹³⁵.

Nessa perspectiva, a consequência jurídica da presunção legal não é necessariamente a inversão do ônus da prova, como é comum se dizer. Logo,

[...] o resultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinados casos, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus¹³⁶.

Assim, a presunção legal relativa se trata de uma regra especial de ônus da prova¹³⁷ relativamente àquelas previstas no art. 373 do CPC¹³⁸.

Com efeito, por de certa forma atuar no campo da distribuição do ônus da prova, as regras de presunção nada dizem respeito aos meios de prova, tampouco à atividade de instrução. Constituem, em termos gerais, regras de julgamento para superar o *non liquet*¹³⁹. Ou seja, as presunções relativas assumem importante relevo na hipótese de insuficiência probatória.

132 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 694.

133 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 441.

134 ECHANDIA, Hernando Devis. *Op. cit.*, p. 706.

135 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 60.

136 *Ibidem*.

137 *Ibidem*.

138 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373.

139 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 61.

Assim, sublinha Barbosa Moreira¹⁴⁰ que: “em hipóteses tais, para não ser injusto, pondo sobre os ombros do interessado carga pesada demais, o legislador prefere definir-se pela solução oposta, dispensado a prova de que os acontecimentos realmente seguiram o curso normal, o curso que seria de esperar que seguissem”.

Acresce ainda Perelman¹⁴¹ que a presunção legal relativa concede uma vantagem a uma das partes em nome de outras considerações e outros valores que não a verdade objetiva; o que, no entanto, não impede que a verdade seja buscada no processo, afinal, a presunção em questão permite prova em contrário.

Do exposto, fácil perceber que a presunção relativa, na realidade, facilita a prova da parte favorecida por ela “[...] sob o pressuposto de que outra orientação poderia frustrar a tutela jurisdicional acaso necessária”¹⁴². Facilita, além disso, a própria função do juiz por ocasião do julgamento, tendo em vista eventual prova de determinado fato que pode vir a ser muito difícil¹⁴³.

Assim, a presunção legal relativa, como regra especial de ônus da prova, deve ser usada como último recurso no processo e apenas quando houver insuficiência probatória por ocasião do julgamento. Sem embargo, até o momento do julgamento, o processo deve ser orientado para buscar a verdade na maior medida possível, com ampla produção de provas, inclusive determinadas de ofício pelo magistrado, na forma do art. 370 do CPC¹⁴⁴. É que, na linha de Ferrer-Beltrán¹⁴⁵,

[...] somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários.

140 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 62.

141 PERELMAN, Chaïm. *A lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 44.

142 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 165.

143 PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 44.

144 Sobre o tema da ampla produção de provas de ofício pelo juiz, faz-se menção aos ensinamentos de William Santos Ferreira (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 234.).

145 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 45.

5.4 Repercussões práticas das presunções legais relativas

Em termos práticos, a presunção legal relativa, como visto, serve como regra especial de ônus da prova relativamente àquelas previstas estaticamente no art. 373 do CPC¹⁴⁶.

Para facilitar o estudo em sua prática, tem-se que a presunção legal relativa se constitui de três elementos: 1º) o fato conhecido; 2º) o fato desconhecido; 3º) e o nexó de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido¹⁴⁷.

Com efeito, na presunção relativa, o fato desconhecido é tido por havido pela lei. Mas a presunção legal relativa só se opera quando quem a invoca provar o fato conhecido do qual ela emana¹⁴⁸. Ou seja, a presunção legal relativa, no que diz respeito àquele que a invoca, não o exime de nada fazer no processo, pelo contrário, “quem a invoca deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la”¹⁴⁹. De modo que a presunção legal exime aquele por ela favorecido de provar o fato presumido, mas não os fatos nos quais a lei alicerça a presunção¹⁵⁰.

Na esteira desse raciocínio, entende-se que a presunção relativa, uma vez que constitui regra especial de ônus da prova, pode ser alterada tendo em vista a distribuição dinâmica da prova prevista no art. 373, § 1º, do CPC¹⁵¹, respeitados os requisitos ali previstos. Cuida-se, inclusive, de interpretação que bem exprime a ideia de que o processo, conquanto não busque uma verdade absoluta dos fatos, pode na maior medida possível tentar alcançá-la.

Ao fim e ao cabo, em termos práticos, chama ainda atenção, no campo das presunções legais relativas, os possíveis conflitos que no caso concreto podem estabelecer com outras presunções ou provas. Vejamos:

- a) Havendo conflito entre a presunção legal relativa e a prova feita em sentido contrário, a presunção relativa, como visto, pode plenamente ceder espaço à prova, avaliação que deve ser feita conforme o conjunto probatório do caso concreto.

146 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373.

147 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 210.

148 *Ibidem*.

149 *Ibidem*.

150 *Ibidem*, p. 211.

151 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373, § 1º.

No entanto, remanescendo dúvida quanto à prova do fato, deve prevalecer na sentença a presunção já criada em lei¹⁵².

- b) Por sua vez, havendo conflito entre a presunção relativa e a absoluta, deverá prevalecer a presunção absoluta, uma vez que esta não admite prova em contrário¹⁵³.
- c) De outro giro, havendo conflito entre a presunção legal relativa e a presunção judicial, não há, a princípio, presunção que deva prevalecer. Ou seja, as presunções em questão não guardam entre si força abstratamente maior do que a outra. A avaliação de qual presunção deve prevalecer será feita no caso concreto, de acordo com o princípio da livre persuasão racional do juiz¹⁵⁴.
- d) Por fim, havendo conflito entre as presunções legais relativas, a solução segue padrão parecido com o item anterior. Nesse caminho, “[...] não haverá outra saída senão buscar a sua solução nas circunstâncias do caso concreto. Nesse caso, o juiz deverá, motivadamente, acolher uma das presunções, afastando a outra”¹⁵⁵.

6. CONCLUSÃO

Compreender que o processo não pode buscar uma verdade absoluta dos fatos, em que pese a verdade deva ser uma preocupação da ciência processual, abre caminho para o uso das presunções no processo civil.

Assim, este artigo, pautado por este raciocínio, buscou trazer aspectos teóricos e práticos das presunções judiciais e legais (relativas e absolutas) no âmbito processual civil, em conformidade com o CPC de 2015, procurando preencher o espaço entre a teoria das presunções e suas repercussões práticas no processo, notadamente a melhor permitir o controle das presunções por ocasião da decisão.

Conforme se observou, os institutos em apreço se aproximam. Afinal, em um ou outro caso se estabelece, a partir da prova de um fato, o conhecimento de outro fato desconhecido. No entanto, as diferenças entre os institutos são claras: ao contrário das presunções judiciais, que decorrem da atividade mental do julgador, as presun-

152 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 705.

153 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 168.

154 *Ibidem*.

155 *Ibidem*.

ções legais decorrem de regras criadas pelo legislador por força de variadas razões políticas e sociais.

Ao fim e ao cabo, as presunções são instrumentos essenciais à atividade do magistrado. Deveras, as presunções, seja por previsão legal ou por raciocínio judicial, são vitais para que o juiz possa formar racionalmente sua convicção judicial, aproximando-o da verdade; ou, ainda, superar eventual *non liquet* em matéria fática, com a finalidade de colocar termo ao conflito jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. The Juridical Management of Factual Uncertainty. *Internacional Journal of Evidence and Proof*, Illinois, v. 7, p. 1-30, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 11 jan. 2002, página 1.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 27 set. 1995, página 15033.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 9 ago. 1943, página 11937.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia* - conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autonoma de Mexico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil Procedure in Italy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, tomo II.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach. In: DEL MAR, Maksymilian; TWINING, William (Org.). **Legal Fictions in Theory and Practice**. London: Springer, 2015, v. 110.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Ca, 1927.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 79, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc**. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1877.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direitos processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valaración de la prova**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **A lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. Tomo IV.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria**. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Barcelona: Editorial Praxis, 1967.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.