# PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO PROBATÓRIO (Ensaio destinado à coletânea em Homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixeira)

**Carlos Alberto Alvaro de Oliveira***

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

1. O tema das presunções tende a ser obscurecido e mal compreendido pelo tratamento unitário que geralmente se empresta às presunções legais – sejam *iuris et de iure* ou *iuris tantum* – e às presunções simples. Trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos. Também não podem ser confundidas as presunções legais com as *ficções legais* ou *jurídicas.* É o que procurarei demonstrar neste ensaio.

2. As *presunções legais* constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica.

Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste ape-

* Professor Titular de Processo Civil nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela USP. Advogado e Consultor em Porto Alegre, São Paulo e Brasília.

nas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências[1].

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

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

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

---

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

[2] Wróblewski, Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, n° 13, p. 55-57.

[3] José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, n° 4, p. 60.

[4] Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial.* 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 388, p. 695, tomo II.

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

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

**Exemplo de valor ideológico de natureza material:** o interesse da criança em uma filiação determinada, garantido no direito brasileiro pelo art. 1.597, inciso I, do Código Civil vigente, a configurar presunção legal de que os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, foram concebidos na constância do casamento.

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

Como se vê, os valores técnicos são instrumentais em relação aos valores ideológicos, contribuindo também para a certeza e a segurança na aplicação do direito, dando, além disso, bases para que se possa prever em que sentido a decisão será tomada

[5] Sobre isso e o que segue ver Wróblewski, Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, n° 14, p. 57-58.

[6] Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 141-142.

e, uma vez adquiridas as informações suficientes, qual será o seu conteúdo[7].

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

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

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

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

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

[7] Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 141-142.
[8] Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, n° 30, p. 39-40, vol. IV; Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ónus da prova no processo civil.* Coimbra: Almedina, 2000, p. 220.
[9] Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial.* 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 394, p. 703, tomo II.
[10] STJ, 4ª Turma, REsp 94.193/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15.9.1998, *DJU* de 3.11.1998, p. 140.

tempo permitem que a verdade possa ser evidenciada por prova em contrário.[11]

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

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

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

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

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

**Exemplo:** a presunção de pagamento pela entrega do título ao devedor (Código Civil, art. 324).

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

Daí decorre que essa espécie de presunção legal não está conectada ao ônus da prova relativamente a um fato passado, mas se destina a exercer influência sobre fatos futuros, a fim de que se conformem o mais possível à presunção estabelecida[12]. Esse aspecto ressalta, ainda com mais força, a natureza normativa dessa espécie de presunção legal.

[11] Cf. a definição de Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho — bases argumentales de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 145, que conclui acertadamente ser dispensável, nessa hipótese, a demonstração probatória, direta ou indireta, da afirmação fática que se pretenda demonstrar, o que à evidência não afasta a produção de prova em contrário à presunção.

[12] Ch. Perelman, *Presómptions et fictions en droit. Essai de synthése.* In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, p. 341.

**Exemplo:** a presunção de concepção do filho na constância do casamento havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (CÓDIGO CIVIL VIGENTE, art. 1.597, inciso V).

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

**Exemplos:** a) o não comparecimento da parte intimada pessoalmente para depor implica confissão dos fatos contra ela alegados (art. 343, § 1°). Embora a lei, de forma errônea, fale em presunção, trata-se de ficção: o fato da confissão não se pode considerar senão inexistente. Não se verifica qualquer juízo de probabilidade; estamos diante de algo que sabidamente não ocorre, e ao legislador não é dado "presumir" que ocorra. Nem é isso que ele pretende; quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não comparecimento) *os mesmos efeitos* que decorreriam do fato *não verificado* (a confissão). Tudo se situa no pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar, ao propósito, de *ficta confessio*[14]; b) a ficção de que a lei é conhecida de todos (LICC, art. 3°), o que é impossível e, por conseguinte, falso.

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

Ao contrário das presunções legais, as presunções simples não se baseiam em uma regra de lei, mas têm assento nas chamadas re-

[13] A respeito, Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 148-150, e Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial.* 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 400, p. 707-708, tomo II.

[14] José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, n° 6, p. 65.

gras de experiência (CPC, art. 335), as quais refletindo regularidades empiricamente observadas permitem conectar o fato conhecido com o fato desconhecido[15].

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

**Exemplos:** a) a posse de faca pelo acusado, suja de sangue da vítima, faz presumir a autoria do delito; b) a pensão que o investigado dá ao pretenso filho faz presumir a paternidade.

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

Observe-se, finalmente, que as presunções simples não são admitidas nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal (CÓDIGO CIVIL VIGENTE, art. 230).

---

[15] Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 151-152.

[16] José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, n° 2, p. 57.

[17] Cf. Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 152-157. Também de interesse para o tema, embora dizendo respeito a matéria conexa, as interessantes observações de Danilo Knijnik, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-71, sobre a prova judiciária e a formação do convencimento judicial.

## REFERÊNCIAS

Amaral Santos, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

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

Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civili.* 2.ed. Torino: UTET, 2004.

Devis Echandía, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial.* 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, tomo II.

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

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 1999.

Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial – Indícios y presunciones.* 3. ed. Bogotá: Libreria del Profesional, 1997, tomo IV.

Perelman, Ch. *Presómptions et fictions en droit. Essai de synthése.* In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974.

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

Wróblewski, Jerzy.Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: *Les* présomptions *et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974.

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