
PRESUNÇÃO E FICÇÃO*

VELOCY OLIVEIRA MELO e VALERIA BASTOS DIAS**

1 – Presunção

1.1 – Etimologia e conceito

Em sentido lato, podemos conceituar o vocábulo presunção como sendo o elemento formador de convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtido mediante fato conhecido e conexo.

Presunção vem de *praesumptio* que, por sua vez, deriva do verbo *sumere* e da preposição *prae*, ou seja, ter por verdadeira alguma coisa antes de provada (Antonino Coniglio, *Le Presunzioni nel processo civile*, p.1) ou como explica Durantou, citando Alciat, no seu tratado *De Praesumptionibus*, a palavra “presunção deriva do verbo *sumere* e se compõe com a preposição *prae*, isto significa que a lei ou o Juiz “*sumit aut habet aliquid pro vero; et id prae, id est entequam aliund probetur*” (M. Durantou, *Cours de Droit Français Sui vant Le Code Civil*, t.3, p.407).

Possui a presunção, entre outros, dois relevantes papéis dentro da técnica do direito: ora serve como meio de prova, ora é meio de elaboração do direito.

Nesta última acepção a encontramos na base de infinitas regras jurídicas, algumas vezes nitidamente, muitas dissimuladas.

Num sentido mais estrito temos a presunção jurídica que é espécie do gênero “presunção” e que se encontra consagrada como meio de prova em nosso Código Civil em seu artigo 136 que diz:

Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I. . .

V: Presunção.

*Trabalho elaborado pelas bacharéis-alunas para a Cadeira de Registros Públicos no Curso de Aperfeiçoamento na Escola Superior do Ministério Público.

** Alunas da Escola Superior do Ministério Público.

É a presunção jurídica um instituto que herdamos do Direito Romano Justiniano e que surgiu da necessidade de o magistrado resolver casos práticos à vista da inexistência ou dificuldade de prova direta em determinada circunstância.

Nosso código, entretanto, não oferece definição de presunção.

Assim, para defini-la, recorreremos ao conceito doutrinário da mesma.

Ramponi, cuja monografia sobre o assunto é de relevante importância definiu o instituto em exame como sendo:

“a superposição de um fato desconhecido por consequência indireta e provável de um outro fato conhecido”. (Ob. citada pelo Dicionário Jurídico — diversos autores — ed. Saraiva p.410).

Coelho Rocha, estudioso português, conceitua presunção como

“a legítima consequência que a Lei ou o Juiz tira de um fato conhecido para a verdade de outro desconhecido”. (Coelho da Rocha — Instituições de Direito Português).

Tomando por base elementos comuns a essas definições, e endossando a sábia lição do eminente mestre Caio Mario da Silva Pereira, em suas Instituições de Direito Civil, diríamos que presunção é

“a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido. Não é propriamente uma prova, porém um processo lógico por via do qual a mente atinge a uma verdade legal”.

1.2 — Fundamento da presunção

Entendemos serem duas as principais razões de ser da presunção:

- a) a dificuldade de provar certos fatos por via direta;
- b) a estabilidade e a economia na aplicação do direito.

Já que o direito não é uma categoria puramente metafísica, um simples ente de razão, sem uma expressão justa da realidade social, é a presunção, por assim dizer, um meio integrativo, um elemento de conexão, entre este mesmo direito e a realidade fática.

Na verdade, como já foi dito, a presunção nasceu da necessidade do magistrado resolver casos práticos à vista da inexistência ou da dificuldade de prova direta em determinadas circunstâncias.

1.3 — Natureza jurídica

Não tem sido pacífica a doutrina quanto a um entendimento a respeito da natureza jurídica da presunção.

Inclusive, não faltam juristas que recusam ao instituto o caráter de natureza probatória *proprio sensui*.

Deste modo, há várias orientações formuladas no sentido de distinguir a presunção da prova, entre elas destacando-se as seguintes teorias:

a) teoria da presunção como substituto da prova, para a qual a presunção não constitui prova, mas substitutivo de prova em casos previstos pela lei;

b) teoria clássica que entende que a distinção entre prova e presunção está em que a prova estabelece o fato de forma imediata e a presunção de forma mediata, por indução com base em fato já provado;

c) teoria da maior ou menor facilidade na conclusão, segundo a qual a única diferença entre uma figura e outra é que a presunção diferentemente da prova é a consequência tirada de um fato que não tinha por escopo estabelecer a verdade de outro fato;

d) teoria do fundamento que diz que enquanto a prova tem sempre por base uma declaração escrita ou oral a presunção tem por base um fato diverso da declaração humana;

e) teoria do efeito probatório, esposada por Gluck e Laurent e que distingue a prova da presunção por seu efeito probatório diverso: a prova dá a certeza, enquanto a presunção dá a probabilidade.

Em verdade, cada uma dessas teorias trata apenas parcialmente do problema.

É inútil, sem sombra de dúvida, que se pretenda negar à presunção o caráter probatório.

Embora possa ser a presunção considerada como prova indireta, ela não deixa de ser prova em sentido amplo, uma vez que sob o aspecto jurídico e moral constitui meio legítimo de produzir convencimento que, como bem sabemos, é o fim precípuo da prova, consoante o art. 332 do Código de Processo Civil.

1.4 – Pressupostos da presunção

Podemos distinguir pelo menos quatro pressupostos da presunção jurídica no direito positivo.

São eles:

a) a *presunção comum* emerge do caso concreto e só a este se aplica, isto significando que tal presunção tendo nascido de elaboração mental do Juiz ao julgar determinado caso, só tem validade para esse caso específico;

b) *não existe presunção legal sem texto de lei que a estabeleça*, já que, sendo norma jurídica, a presunção legal só existe se consagrada em texto de lei.

Não pode o magistrado criá-la, já que esta é tarefa do legislador;

c) a *presunção legal, como norma jurídica é disposição especial*, isto significando, assim, que recusa qualquer interpretação extensiva ou analógica, só se aplicando ao fato a que se refere;

d) *quem possui presunção legal em seu favor deve provar o fato determinado, conhecido e conexo.*

É importante que quem invoca a presunção legal deve provar o fato que a embasa, não, porém, o fato presumido em lei.

O fato presumido é justamente o fato desconhecido que se prova mediante o fato conhecido e conexo.

1.5 – Importância do estudo da presunção no direito

Sendo a presunção uma categoria da técnica da elaboração do Direito, o seu estudo vai ter importância na medida em que ajuda aperfeiçoar o raciocínio jurídico, raciocínio este de que se servem não só os legisladores na feitura das leis, mas também os juízes e advogados.

Entretanto, têm as presunções outras dimensões de importância, além do fato de servirem de aperfeiçoamento do raciocínio.

Em primeiro lugar, é através de presunções que o legislador chega a determinados conceitos legais, ou seja, ao conteúdo das normas jurídicas, conteúdo este que se depreende da realidade fática que se apresenta.

A presunção, por outro lado, é também o elemento importante na dialética da prova jurídica.

Também, “a existência das presunções legais é uma questão de política legislativa pois é por meio delas que aqueles que ditam normas (legislativo, executivo e judiciário) procuram estabelecer melhor segurança nas relações sociais”.

“Em síntese: a presunção é um elemento a mais de que dispõe o legislador para instaurar a segurança na vida jurídica e, por consequência, na vida social”. (In *Dicionário Jurídico*, ed. Saraiva, p.368 e 369).

Em verdade, é tão grande a importância das presunções que, efetivamente, não podemos conceber a sociedade sem que existissem essas mesmas presunções que são outorgadoras de ordem e segurança jurídica.

Concluindo, entendemos que além de aprimorar o raciocínio jurídico, contrbuído para a elaboração de melhores leis, o estudo das presunções é também elemento importante dentro da matéria da prova, ajudando dessa forma, o direito a realizar sua árdua tarefa que é a de estabelecer a ordem e a segurança com justiça.

1.6 – Espécies

Podemos classificar as presunções segundo três critérios fundamentais, quais sejam: quanto a procedência, quanto a finalidade e quanto a matéria.

a) segundo o critério da procedência

Sob o aspecto da procedência classificam-se as presunções em dois grandes grupos:

comuns (ou pessoais), derivadas de uma elaboração mental do magistrado; e *legais*, derivadas da elaboração mental do legislador.

Tradicionalmente umas são chamadas *hominis* outras *iuris*.

Assim, a diferença fundamental entre as presunções comuns e as legais está em que as primeiras são enunciadas do juiz na apreciação da prova, ao passo que as outras são normas de direito estabelecidas *a priori*.

As presunções legais se subclassificam: absolutas e relativas.

Em relação às presunções absolutas e relativas, trataremos do assunto posteriormente por entendermos se tratar de tema relevante, que merece capítulo à parte.

b) segundo o critério da finalidade

Conforme seu objetivo jurídico, as presunções podem ser classificadas em quatro categorias principais:

1) As que se destinam a impedir a formação de uma relação jurídica, como aquela contida no art. 111 do Código Civil que diz:

“Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.”

2) As que visam a permitir a produção de certos efeitos jurídicos, como dispõe o art. do Código Civil:

“A existência da pessoa natural termina com a morte presume-se esta, quanto aos ausente nos casos dos arts. 481 e 482”.

3) As que visam a reconhecer a modalidade de uma relação jurídica já constituída com o previsto no art. 126 do Código Civil:

“Nos testamentos a prazo se presumem em favor do herdeiro e, nos contratos em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contraentes”.

4) Aqueles que reconhecem o desfazimento de uma relação jurídica, como é o caso da presunção inserida no art. 945 do Código Civil:

“A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”.

c) segundo o critério da matéria

De acordo com esse critério as presunções legais classificam-se em:

1) Relativo às pessoas (exemplo: a presunção de morte).

2) Relativo aos bens e a propriedade (exemplo a presunção de posse dos móveis e objetos que se encontram no imóvel; art. 498 CC).

3) Relativo às sucessões (exemplo: art. 1700 CC).

4) Relativo às obrigações (exemplo: o já citado art. 945 CC).

É possível, ainda, esboçarmos uma classificação sob o aspecto da matéria, em: presunções civis, penais, comerciais, tributárias e trabalhistas.

1.6.1 – Presunção absoluta e relativa

A presunção absoluta, como dissemos anteriormente, é espécie do gênero presunção legal.

Com efeito, a presunção absoluta ou *Juris et de Jure* é a consequência que a lei expressamente deduz de certos atos ou fatos, estabelecendo-a como verdade, não admitido prova em contrário.

Por exemplo, a lei presume que a coisa julgada seja verdadeira.

Chama-se também de *Juris et de Jure* a presunção absoluta, como dito acima, porque firmada em lei, e, também porque nenhuma prova a destrói, estabelecendo, assim, de maneira decisiva, o direito.

As presunções absolutas são, em verdade, formas especiais assumidas pela norma jurídica.

Já as presunções relativas ou *Juris Tantum* são aquelas presunções legais que admitem como verdadeiras enquanto não se prova em contrário.

Têm essas presunções, também chamadas condicionais, a característica de reverter o ônus da prova, que normalmente caberia ao autor.

Como exemplo, podemos citar o art. 859 do Código Civil, que presume pertencer o Direito Real à pessoa em cujo nome está inscrito.

Entretanto, admite que os interessados provem em contrário (Código Civil, art. 860).

Há autores, entre eles Pontes de Miranda e Moacir Amaral dos Santos que colocam uma terceira categoria de presunção legal, qual seja, a das presunções intermediárias ou mistas.

Tais presunções estariam entre as absolutas e as relativas, por que a lei, sem excluir completamente a prova em contrário, só as admite em condições especialmente determinadas.

Assim, no caso dessas presunções intermediárias, só se pode utilizar certos meios de prova especificados pela lei. É o caso do art. 340 do Código Civil.

Somente ao marido caberá o direito de ação para impugnar a legitimidade do filho nascido na constância do casamento e tal ação não poderá ter qualquer outro fundamento além dos indicados no referido art. 340 do Código Civil.

Concluído, podemos dizer, então, que dentro do gênero presunção legal, encontramos as espécies:

a) presunção absoluta ou *Juris et de Jure*, que é aquela que, não podendo ser destruída por prova alguma estabelece de modo decisivo o direito;

b) presunção relativa ou *Juris Tantum*, que pode ser aniquilada por provas que se lhe oponham, e

c) presunção mista ou intermediária, admitida por alguns autores, as quais, não sendo indisputáveis com as *Juris et de Jure* não cedem, todavia, como as *Juris Tantum*, à prova em contrário, senão em circunstâncias especiais.

2 — Ficção

A ficção jurídica é gênero do qual a ficção legal é espécie. Na prática, ambas se confundem.

É ela um dos resultados da realização formal do Direito;

Portanto, de valor técnico adequado e de valor prático na construção jurídica.

“As ficções jurídicas apresentam assim certa analogia com a extensão artificial dos atos naturais, citando a extensão da noção de *fructus* ao “uso” (*fructus civilis*), da posse às servidões (*Juris possessio*), da pessoa física às pessoas jurídicas, da coisa à coisa jurídica (Sílvio Macedo — In *Dicionário Jurídico*, ed. Saraiva).

As ficções jurídicas, ao lado da legislação e da equidade, ajudam a construir formalmente o direito.

Como exemplo de ficções jurídicas, poderíamos enumerar, entre outras: os conceitos técnicos de pessoa jurídica, de efeito retroativo, filiação legítima, domínio legal, transmissão da posse dos bens ao herdeiro sem interrupção e desde o momento da morte do indivíduo, o filho nascido dentro dos dez meses, ainda que a mãe possa declarar-se contra a legitimidade, etc.

Como dito anteriormente, confunde-se a ficção legal com a jurídica, que é gênero abrangente, portanto, da espécie ficção legal.

É a ficção legal que vem explícita no ordenamento jurídico tipificada ou descrita nos dispositivos da lei positiva.

A funcionalidade da ficção legal é um imperativo da tecnicidade do processo jurídico, com a finalidade de suprir eventuais “lacunas” das leis naturais, quando, elas se estendem aos atos humanos.

Assim, é a ficção um artifício técnico de criação legislativa e que se inspira na ordem jurídica que transcende, para melhor atendimento da normatização da interação social.

A legislação pátria, consagra esse procedimento lógico em diversos seguimentos do nosso sistema normativo.

No campo civilístico poderíamos citar o art. 156 do Código Civil — que equipara ao maior o menor entre 16 e 21 anos quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos — E os art. 33 e 34 do mesmo diploma legal, quando enunciam critérios para definição do domicílio e dos imóveis.

No âmbito penal, ampliando a configuração do delito de furto, o parágrafo terceiro do art. 155 do Código Penal equipara à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outro que tenha valor econômico.

Por último, o parágrafo único do art. 327, ainda do Código Penal, equipara ao funcionário público aquele que exerce o cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, cuja personalidade jurídica, notoriamente, é de direito privado.

3 — Distinção entre presunção e ficção

Os dois institutos estudados até aqui, quais sejam, a presunção e a ficção, são procedimentos técnicos que muito se aproximam.

Entretanto, possuem os mesmos fortes elementos diferenciadores a saber:

a) a ficção é uma invenção do direito, uma disposição legal que tem como verdadeiro o que na realidade não existe, enquanto que a presunção é uma norma que admite como verdadeiro o que provavelmente o é;

b) a ficção situa-se na esfera da imaginação, ao passo que a presunção insere-se no campo da probabilidade;

c) a ficção não permite que sejam discutidos os seus antecedentes, já que é uma criação legislativa imperativa. Já a presunção — exceto a absoluta — permite prova em contrário;

d) a presunção se reveste de carácter probatório enquanto que a ficção desempenha, no direito, outras funções e visa a outras finalidades.

A presunção *Juris et de Jure* tem um ponto de contato com a ficção jurídica mas com esta não se confunde.

De fato, pela presunção absoluta o legislador converte uma probabilidade em certeza irrefutável, mas enquanto o conteúdo da presunção é a probabilidade, o da ficção é a imaginação.

Além do mais, na presunção, prepondera a finalidade probatória.

Conclusão

Após um breve estudo das presunções e ficções, o que se constata é que se torna cada vez mais importante uma precisa definição dos institutos já que o nosso código não os define e, de outra parte, as conceituações apresentadas pelos doutrinadores são divergentes e incompletas.

Sendo os referidos institutos meios de integração entre o Direito, que se apresenta inicialmente como uma entidade abstrata, e a realidade fática, concreta, se conclui que a existência dos mesmos tomou carácter de necessidade jurídica.

Deste modo, é de suma importância a elaboração de uma teoria das presunções e ficções a qual, como dissemos anteriormente, não foi cuidada com o devido critério por nossos doutrinadores.

Presunções e ficções são dois procedimentos da técnica jurídica que, como vimos, muito se assemelham, principalmente a presunção *Juris et de Jure* e a ficção.

Muitos doutrinadores as confundem e igualam. Entretanto, a presunção de modo algum é ficção jurídica, visto que esta é invenção do Direito que admite como verdadeiro o que na realidade não existe, enquanto a presunção é norma que admite como verdadeiro o que provavelmente o é.

Finalmente, podemos dizer que é grande a importância das presunções e ficções pois são as mesmas outorgadoras de ordem e segurança jurídica. Inclusive, além deste relevante papel dos institutos, qual seja, o de dar maior segurança jurídica a um grupamento social, constitui eles elementos de aprimoramento do raciocínio jurídico, e, ainda, elementos importantes dentro da matéria da prova ajudando o direito a realizar a sua difícil tarefa que é a de estabelecer a ordem e a segurança com justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em Matéria Civil*, Saraiva, 1983.
2. DABIN, Jean. *La Technique de L'Elaboration Du Droit Positif*, ed. 1935.
3. FORIERS E PERELMAN. *Les Présomptions et las Fictionses em Droit*, Bruxelas, 1934.
4. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*, 2.ed., Forense, 1960.
5. LACAMBRA, Luis Y. *Introduccion a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943.
6. LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*, 14.ed., Livraria Freitas Bastos S/A, 1964.
7. MACHADO NETO, A.L. *Introdução à ciência do Direito*, v.1, Saraiva, 1960.