

# SIMULAÇÃO E PROVA

## Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado na Universidade de Milão. Ex-Procurador da República. Advogado em Curitiba.

### 1. Introdução.

É corrente, em nossos dias, a idéia de que o processo civil deve permitir a efetiva realização do direito material, ou deste último ser um instrumento.

Salienta-se, desse modo, a importância do resultado do processo e mede-se a sua utilidade a partir da verificação da sua correspondência com os desejos do direito material.

O processo, nesta linha, pode ser visto como uma tecnologia, ou como uma conjugação de técnicas que devem possibilitar a outorga das vantagens que são prometidas ao cidadão pelas regras de direito substancial.

Analisando-se o direito substancial e as tutelas que devem ser prestadas pelo processo para que este não seja desprestigiado, fica muito fácil constatar quais são as técnicas de tutela, ou as técnicas processuais que devem estar presentes na legislação processual.

Tais técnicas são apenas os instrumentos processuais que necessariamente devem estar insculpidos nas normas para que o processo civil seja efetivo. Estes instrumentos visam possibilitar a construção de um processo realmente útil; assim, por exemplo: os diferentes tipos de procedimento, as técnicas de antecipação, as espécies de sentença e os diversos meios de execução.

Em outras palavras, quando alude-se à tutela antecipada, presente no art. 273 do Código de Processo Civil, ou às sentenças mandamental e executiva, postas no art. 461 do mesmo Código, fala-se simplesmente das técnicas que servem para a prestação das tutelas do direito material.

O legislador processual, portanto, ao editar os novos artigos 273 e 461 no Código de Processo Civil, nada mais fez do que colocar a disposição dos operadores jurídicos instrumentos processuais atualmente indispensáveis para a adequada tutela das novas situações jurídicas<sup>1</sup>.

E assim o fez em razão de que a Constituição da República, no seu art. 5º, XXXV, conferiu a todos o direito a uma resposta jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva<sup>2</sup>, obrigando o legislador

---

<sup>1</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, 4ª ed., p. 37 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 2ª ed., p. 31 e ss.

<sup>2</sup> “Os estudos modernos de direito processual focalizam com grande intensidade o tema da efetividade da tutela jurisdicional, num combate aberto ao conformismo judicial perante decisões não cumpridas ou mal cumpridas. Postulam-se reforçados poderes ao juiz e seu severo empenho, **para que aquilo que no processo se faz seja efetivamente traduzido em tutela ao litigante que tiver direito a ela**. Foi assim que, de mero técnico encarregado de

do processo a instituir instrumentos processuais que permitam a todos obter uma tutela realmente de acordo com as promessas do direito substancial<sup>3</sup>.

Nesta perspectiva de análise, em que fica evidenciada a necessidade de técnicas processuais que tornem realmente possível a realização do direito material, não só merece análise a projeção de instrumentos que viabilizem uma tutela jurisdicional tempestiva (tutela antecipatória<sup>4</sup>) e preventiva (tutela inibitória<sup>5</sup>), como também a adequada análise do tema da prova<sup>6</sup>, sabido que, tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador.

Não obstante, costuma vigorar a regra de que o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito e o réu os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo, pouco importando a situação de direito substancial que é oferecida ao conhecimento do juiz, ou pouco importando a extrema dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade prática que aquele, a quem a norma de direito substancial outorga um direito, possui para demonstrá-lo em juízo.

Neste sentido, se acaso realmente deseja-se um processo que seja efetivamente capaz de garantir o ordenamento jurídico, é de se considerar as situações em que praticamente não é possível demonstrar um direito, trabalhando-se, então, com técnicas processuais que permitam a inversão do ônus da prova ou a denominada prova indiciária<sup>7</sup>.

## 2. A efetividade do processo e a efetividade do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico, e por consequência o direito substancial, somente tem efetividade quando há um processo civil realmente efetivo.

Se não existem instrumentos processuais efetivos, o direito substancial, nos casos em que é lesado ou ameaçado de lesão, simplesmente é desconsiderado, não passando as normas que outorgam direitos de regras meramente proclamadoras de um direito completamente vazio de conteúdo, e que, assim, somente podem ter uma função meramente mistificadora.

---

explicar ou burilar formas, **o processualista moderno transformou-se num verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos. A vida dos direitos no processo é o objeto de seus estudos e de suas propostas**” (Cândido Rangel Dinamarco, Nasce um novo processo civil, in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 304).

<sup>3</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Manual do processo de conhecimento, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 42 e ss.

<sup>4</sup> Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação da tutela, São Paulo, Malheiros, 2000, 6<sup>a</sup> ed; Luiz Guilherme Marinoni, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 4<sup>a</sup> ed.

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 2<sup>a</sup> ed; Sérgio Cruz Arenhart, A tutela inibitória da vida privada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>6</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, tomo 1; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, tomo 2.

<sup>7</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 5, tomo 1, p. 134 e ss.

### 3. O direito de afirmar a simulação.

O Código Civil, a partir do seu art. 102, consagra o direito à alegação da simulação.

Para que o direito à alegação da simulação seja realidade, confere-se ao jurisdicionado o direito constitucional de bater nas portas do Poder Judiciário, ou seja, o direito de acesso à justiça. Mas isto só não basta.

Sabe-se que a simulação somente adquire relevância quando demonstrada, vale dizer, quando provada. E a prova da simulação é uma das questões mais intrigantes do direito probatório. Contudo, a simulação não pode perder o seu significado e o Código Civil ser desconsiderado, apenas em razão de que a sua prova é muito difícil de ser feita.

Imaginar que a simulação não tem relevância jurídica apenas porque a sua prova é difícil, é o mesmo que afirmar que todos estão livres para praticá-la, quando a simulação não passaria de mera proclamação de direito do inocente lesado<sup>8</sup>.

Se o direito do prejudicado pela simulação não pode ser desconsiderado, e se o sistema jurídico não pode deixar de combatê-la, não há outra alternativa a não ser pensar em uma técnica processual, no campo da prova, que esteja adequada a proteger aqueles por ela prejudicados.

### 4. A dificuldade do lesado provar a simulação e a necessidade de o juiz poder trabalhar com a presunção.

O art. 102 do Código Civil afirma que há simulação, nos atos jurídicos em geral, quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem (inc. I); quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira (inc. II); e quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (inc. III).

Tendo ciência da dificuldade da prova da simulação, o art. 404, I, do Código de Processo Civil, afirma expressamente que “é lícito à parte inocente provar com testemunhas, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada”.

Esta norma deseja deixar clara a possibilidade do uso da prova testemunhal em face de qualquer contrato simulado, pouco importando o valor do contrato, bem como o contido no art. 401 deste mesmo Código, no sentido de que não é de admitir-se a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Luiz Guilherme Marinoni, **Parecer** (Fraude – Configuração – Prova - Desconsideração da personalidade jurídica), Revista dos Tribunais, v. 783, p. 137 e ss.

<sup>9</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 270/443). Na internet: [www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br) – art. 404.

Porém, não é suficiente proclamar que a simulação pode ser demonstrada através de testemunhas. Em regra, somente é possível demonstrar que alguém desejou algo, e declarou coisa diversa, através da prova de fatos indiciários, que são fatos que circundam ao redor da alegação da simulação.

Admitindo-se a alegação de tais fatos e por conseqüência a sua prova, isto é, a prova indiciária, o magistrado forma um juízo acerca da alegação da simulação partindo da constatação da prova do fato indiciário.

Para formar este juízo o magistrado raciocina por meio da presunção judicial. A presunção judicial, portanto, é uma maneira através da qual o juiz raciocina, formando o seu convencimento<sup>10</sup>. A presunção<sup>11</sup> não é um fato, nem muito menos um meio de prova assim como a prova testemunhal ou a prova pericial.

## 5. Presunção, indício e prova indiciária: distinções.

Com efeito, é preciso frisar a distinção entre presunção – que muitos pensam ser uma modalidade de prova -, indício e prova indiciária.

A presunção é um processo mental<sup>12</sup>, uma forma de raciocinar, por meio da qual o juiz parte da prova de um fato indiciário, isto é, da prova indiciária, para, por dedução, chegar a uma conclusão sobre o fato principal<sup>13</sup>.

A presunção, portanto, não pode ser confundida com o fato indiciário, que somente poderia ser comparado com o fato principal. É que o indício é, como o fato principal, um mero fato.

---

<sup>10</sup> Carnelutti dizia que a presunção é o **resultado** do raciocínio do juiz (Francesco Carnelutti, *La prova civile*, Roma, Edizione Dell'Ateneo, 1947, p. 235). Contudo, parece mais adequado pensar que o resultado do raciocínio do juiz é o **juízo, ao passo que a presunção indica apenas uma maneira de raciocinar: o dito raciocínio presuntivo**.

<sup>11</sup> Sobre o tema da presunção, ver, na doutrina estrangeira, Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1981; Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Themis, 1985, p. 229 e ss; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 484 e ss; Luigi Montesano, *Le 'prove atipiche' nelle 'presunzioni' e negli argomenti del giudice civile*, *Rivista di diritto processuale*, 1980; Elena Maria Catalano, *Prova indiziaria, probabilistic, evidence e modelli matematici di valutazione*, *Rivista di diritto processuale*, 1996; Michele Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1985, 2ª ed., p. 652 e ss; Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil procedure*, Boston, Little, Brown and Company, 1992, 4ª ed., p. 346 e ss. No direito brasileiro, ver José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, *Temas de direito processual*, 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 55 e ss; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, tomo 1, cit., p. 134 e ss; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 59 e ss.

<sup>12</sup> Ver José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, *Temas de direito processual*, 1ª série, cit., p. 57.

<sup>13</sup> “Verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Este poderoso instrumento, como se observa, é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação ou de incerta ocorrência (como os fatos futuros, no caso de ações inibitórias)” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, tomo 1, p. 135).

O indício não é prova; a prova indiciária, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de fato. A particularidade da prova indiciária está nela recair em um fato que é indiciário, isto é, em um indício.

## 6. A distinção entre prova e juízo.

Outra questão importante, para o nosso discurso, é o da diferença entre prova e juízo<sup>14</sup>.

Embora esta distinção seja quase original, não é possível ignorar a sua importância, principalmente quando o próprio Código de Processo Civil fala em prova e em juízo, aparentando estar fazendo referência a situações inconciliáveis (por exemplo, o art. 273 diz que para a concessão da tutela antecipatória deve estar presente “prova inequívoca” que seja capaz de formar um “juízo de verossimilhança”).

Ora, o juízo é formado a partir do raciocínio do juiz, que recai sobre a afirmação do fato, a prova produzida, e as peculiaridades da situação do caso concreto (por exemplo, a dificuldade de se demonstrar a alegação e a sua credibilidade, dentro das regras de experiência do magistrado (art. 335, CPC).

Pode haver juízo suficiente para que seja proferida uma sentença de procedência, pouco importando se a prova na qual o julgador se baseia é direta ou indiciária. O que é preciso verificar é se o indício, a prova indiciária e a presunção permitem ou não um juízo de procedência. É apenas desta forma que é possível tutelar o direito do autor protegendo-se, igualmente, a posição de réu.

## 7. A admissão da presunção e os critérios para um adequado controle do juízo do julgador.

Como o raciocínio judicial fundado na presunção deve ser admitido para que o direito substancial não seja negado pelo processo, e como deve haver uma forma de controle sobre o juízo do julgador, evitando-se a arbitrariedade e garantindo-se o réu, não há, conforme dito, como não distinguir juízo e a prova em que o juiz se baseia para a sua formação.

É interessante perceber que o fato indiciário não precisa ser alegado, já que ele é um fato destinado a demonstrar o fato essencial. Esse, sim, necessariamente deve ser alegado pelo autor, já que representa a própria causa de pedir.

Para que a presunção possa ser utilizada, é necessário, em primeiro lugar, verificar se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito.

---

<sup>14</sup> Referindo-se ao juízo do magistrado, assim ensinava o ilustre Devis Echandía: "El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo com las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso; **pero ese acto del juez no es probatorio, sino decisorio, puesto que se trata de adoptar la decisión que sea procedente.**" (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 416).

O fato indiciário é pertinente quando ele tem relação direta com o fato essencial, ao passo que será ele relevante quando, uma vez demonstrado, for efetivamente capaz de evidenciar o fato essencial e assim influir no julgamento.

Caso verifique-se que o fato essencial não é uma conseqüência do fato indiciário, ou melhor, que de nada adianta provar o fato indiciário já que dele não decorre o fato essencial, o juiz deve indeferir a produção da prova indiciária.

Se o fato essencial **pode** decorrer do fato indiciário, mas também **pode** decorrer de um outro fato, a prova deve ser realizada, já que a demonstração do fato pode colaborar, quando somada a outras provas, para formar o juízo do magistrado. Neste último caso, avulta a importância da motivação para a explicação do juízo; note-se que o juízo precisa ser explicado, e isto é feito através da fundamentação ou da motivação das decisões judiciais.

Além disso, quando o fato indiciário exigir o que se chama de “prova especial” para a sua validade, nenhuma outra prova pode ser admitida. Neste sentido, pode ser lembrada a regra do art. 366 do Código de Processo Civil, a qual afirma que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta".

Por outro lado, verificando-se que a demonstração do fato indiciário não foi suficiente, não é possível estabelecer um raciocínio adequado, através de presunção, para concluir pela existência do fato essencial; o raciocínio judicial, neste caso, será falho por tomar como premissa um fato que não foi efetivamente demonstrado.

É necessário, ainda, que a prova do fato indiciário permita que o juiz conclua, através da presunção, sobre a totalidade do fato essencial, a menos que várias provas sejam somadas para que o magistrado forme o seu convencimento pela procedência do pedido.

Já foi lembrado que de nada adianta a prova do fato indiciário quando este não tem relação com o fato essencial. Quando o fato indiciário, uma vez demonstrado, **pode** auxiliar para demonstrar o fato essencial, mas também pode apontar para outro fato, a prova indiciária pode ser somada a outra prova para formar um juízo de procedência.

Verificando-se que o fato essencial apenas pode decorrer, mas não necessariamente, do indício que se pretende provar, não há que se indeferir a produção da prova indiciária, mas ela não é suficiente, por si só, para formar um juízo de procedência, devendo, para tanto, ser somada a outra prova<sup>15</sup>.

É preciso que fique claro, entretanto, que não são absolutamente necessária a soma de várias provas indiciárias para a formação do juízo de procedência; uma única prova indiciária, dependendo

---

<sup>15</sup> "The first question can be rephrased in terms of the symbols we have already used. If from *A* there is a presumption of *B*, and *A* is shown, what must the opponent do to escape a compulsory finding of *B*? The answer is that the opponent must introduce evidence that will justify a finding of non-*B*. This requirement has, to use Maguire's terms, both an extensive and intensive aspect. To satisfy the extensive aspect, the evidence must cover the whole of *B*. Thus, a presumption of the negligence on the part of the charterers of a vessel turned over to them in good condition but sinking while in their control is not met by a showing of care during part of the time it was in their control. Such evidence is not enough to lift the burden of production. To satisfy the intensive aspect of the requirement, the evidence must satisfy the qualitative tests of sufficiency of the evidence to show non-*B*" (Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, Civil procedure, cit., p. 349).

do caso concreto, pode ser suficiente para formar a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido.

Como está claro, é necessário que seja valorada a credibilidade das presunções e a racionalidade do juízo. Somente assim é possível a tutela efetiva dos direitos e a proteção da posição de réu.

## **8. Conclusão.**

Espera-se que este discurso tenha contribuído para o estudo da prova indiciária e ressaltado que ela é imprescindível para a efetiva tutela de uma série de situações de direito substancial.

Não admitir a prova indiciária é simplesmente negar o direito constitucional de acesso à justiça àqueles que não podem demonstrar os seus direitos através da prova direta.

Agradeço novamente o convite que recebi da coordenação deste evento, a oportunidade de encontrar velhos e bons amigos e a atenção que me foi dispensada.

Muito obrigado.